

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO- PUC/SP

NATHALIA MOREIRA E SILVA ALVES

O JUDICIÁRIO E O ATIVISMO

SÃO PAULO/SP

2016

NATHALIA MOREIRA E SILVA ALVES

O JUDICIÁRIO E O ATIVISMO

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **Especialista em Direito Constitucional**, sob orientação da Professora Doutora Mônica de Melo

ORIENTADOR: PROF^a DR^a MÔNICA DE MELO

SÃO PAULO/SP

2016

O JUDICIÁRIO E O ATIVISMO

NATHALIA MOREIRA E SILVA ALVES

Monografia avaliada em ____/ ____/ ____ com conceito _____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Mônica de Melo
Orientadora

Examinador

Examinador

SÃO PAULO/SP

2016

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, pela demonstração durante toda a minha vida, do que significa amar um ofício, me inspirando diariamente mesmo sem objetivar isso;

À minha mãe, minha mestra, por ela ser quem é: verdadeira, forte e única;

Aos meus irmãos, pelo companheirismo que a convivência nos permitiu, porém mesmo diante da distância o amor nunca foi atenuado;

Às minhas amigas, pelo apoio e os corações que sempre querem estar unidos.

RESUMO

O trabalho monográfico em questão trata sobre o Ativismo Judicial. O objetivo do estudo centrou-se na possibilidade de o Poder Judiciário realizar ou não um controle maior do que lhe fora conferido de maneira originária, seja pela própria separação de poderes, seja pelos poderes conferidos a ele por parte da Constituição Federal. Sabe-se que com o passar do tempo houve uma ascensão do Poder Judiciário na sociedade, pois, na medida em que os indivíduos conquistaram seus direitos, passaram eles a ter o direito subjetivo de questionar esses mesmos direitos no Judiciário em busca de tutela. Assim, trata-se o ativismo judicial de uma atuação maior por parte dos juízes e tribunais, e é um tema controvertido na doutrina nacional e internacional, pois há posições bem estabelecidas de ambos os lados. Se por um lado pode haver certa invasão e não deferência no tocante aos poderes estabelecidos ao Legislativo pelo Judiciário, de outro pode visualizar-se que o crescimento deste não foi danoso a ponto de prejudicar a sociedade, pelo contrário, há importantes passos que foram alcançados através de uma atuação mais proeminente dos Juízes. De maneira breve, buscou-se mostrar que diante de todo o exposto não há como generalizar como somente prejudicial o ativismo para a evolução da sociedade, uma vez que a presença mais forte do Judiciário, em especial a do Supremo Tribunal Federal, em questões importantes, constituiu um importante passo para a aproximação entre direitos e indivíduos e, se em algumas oportunidades já foi além das suas competências, geralmente se sustenta na busca da democracia.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Direitos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The monograph in question deals with the Judicial Activism. The objective of the study focused on the possibility of the Judiciary performing or not more control than what was originally permitted either by the very separation of powers or by the Federal Constitution. It is known that, over time, there has been a rise of the Judiciary relevance in society, because, due to the extent to which individuals conquered rights, they came to have the subjective right to question these very same rights in the Judiciary seeking guardianship. Thus, the judicial activism is a focused effort on the part of judges and courts that represents a controversial topic in national and international doctrine as there are well-established positions on both sides. If, on one hand, there may be some invasion and no deference by the judiciary regarding the established powers of the Legislative, on the other, it is possible to see that the growth of Judiciary prominence was not damaging enough to harm society, in contrary, there are indeed important steps, that have been achieved through a more prominent role of the Judges. Briefly, this work sought to show that, considering all the above, there is no way to depict this activism only as harmful to society evolution, because the stronger presence of the Judiciary, especially the Supreme Court, on important issues is a real step towards bringing rights and individuals closer, and, if in some opportunity it has gone beyond its powers, it was, generally, supported by the pursuit of democracy.

Keywords: Judiciary. Judicial Activism. Rights. Supreme Court (Supremo Tribunal Federal)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO	9
1.1 Idade Medieval e o Feudalismo	9
1.2 Absolutismo.....	10
1.3 Positivismo.....	12
1.4 Estado de Direito	13
1.5 Vinculação do Direito à Política	18
2 O PODER JUDICIÁRIO	21
2.1 A separação de Poderes.....	25
2.2 A ascensão do Judiciário (diante da Omissão do legislativo)	28
2.3 Políticas Públicas	32
2.4 Judicialização	35
3 O ATIVISMO, CONCEITO E CORRELAÇÕES.....	38
3.1 O Supremo Tribunal Federal e sua atuação	41
3.2 Sobre a efetivação de direitos e princípios	47
3.3 Casos emblemáticos julgados pelo STF	53
3.3.1 Cláusula de barreira ou desempenho e proteção das minorias parlamentares.....	53
3.3.2 União entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277).....	55
3.4 Benefícios e possíveis malefícios atribuídos ao ativismo	57
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Este trabalho versará sobre ativismo judicial, realizado pelos juízes e tribunais, no exercício de sua jurisdição, quando a realizam de maneira a abarcar elementos não apenas restritos as leis e normas constitucionais em sentido estrito, tendo princípios valores tão importantes embora sejam mais abstratos que as demais.

O tema a ser relatado não é pacificamente entendido pela doutrina, visto que há autores que não acreditam que o ativismo representa benefício, pois sustenta que este gera uma usurpação por parte do poder Judiciário no Poder Legislativo. Assim, “como quer que seja, costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas”. (BRANCO, 2011, p.392).

Por outro lado, há quem creia ser uma evolução no andar da sociedade, pois o Judiciário com o Ativismo acaba por sanar certas falhas existentes no sistema do país, uma vez que tem o condão, contanto que as lides se encontrem sob sua responsabilidade de dizer o direito, ou seja, confere-se direitos que não existiram outrora, ou melhor, existiam porém apenas formalmente e não faticamente.

No decorrer dos capítulos, partindo de uma pesquisa de caráter qualitativo e bibliográfica, buscou-se referenciar autores que pudessem contribuir e dialogar com a temática em questão, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2013), Rodrigo Pires da Cunha Boldrino (2010), Daniel Giotti de Paula, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), Gilmar Ferreira Mendes (2015) e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015).

No primeiro capítulo, especificamente, trouxe-se a respeito sobre a formação do Estado, ao passo que nos primórdios houve a Idade Medieval e o Feudalismo com os senhores feudais e seus vassalos, cegamente submissos em troca da sobrevivência. Neste contexto, houve posteriormente uma concentração de poder nas mãos do monarca que detinha o mando sobre determinado Estado que fora o chamado de Absolutismo, em consequência o Positivismo, que sustentava a ideia de que a lei escrita advinha toda a ordem, devendo-se à lei o respeito. Não obstante, não se levou em consideração apenas o respeito a lei, contudo houve um envolvimento da lei, mas esta passou a ter relação com a moral, permitindo direitos assim chega ao chamado Estado de Direito.

No segundo capítulo, discutiu-se sobre o Poder Judiciário, suas funções primárias, bem como atentou-se sobre a separação de poderes e sua abordagem nos dias atuais, a qual

permite que haja uma interferência maior no papel de um poder no outro, e não há uma atuação isolada de cada poder com uma única função. Sobre a ascensão do Judiciário, notou-se que este poder vem ganhando espaço e importância na sociedade devido ao alcance de suas decisões, sendo inclusive dotado da capacidade de frear outro Poder, sobretudo, diante de certas falhas. Frisou-se também o Judiciário pode atingir direitos sociais para os seus detentores, pois com o dinamismo atual da sociedade há uma judicialização, assim, temas que não pertenciam inicialmente à pauta do Judiciário hoje podem ser discutidos em sua seara.

No que concerne ao Ativismo Judicial abordou-se o seu conceito assim como o seu entendimento pela doutrina que não é pacífica ao seu respeito, visto que embora há quem entenda a importância do Judiciário para o alcance de direitos que não foram tutelados outrora, outra parte sustenta que não há uma tutela e sim uma usurpação de poderes por parte dos juízes. Assim, tratou-se de dois julgados do Supremo Tribunal Federal tidos como ativistas devido a justificativa da Corte e seus respectivos pontos positivos e negativos.

Ademais, enfatizou-se também sobre a relevância do Supremo Tribunal Federal para o Brasil, que muitas vezes traz o avanço em suas decisões, porém pode apresentar falhas devido ao seu sobrecarregamento de processos, bem como a visão doutrinária que trata dos benefícios e malefícios de tal ativismo.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO

1.1 Idade Medieval e o Feudalismo

Marcante se fez essa época, em que a lógica era baseada em instrumentos de concentração nas mãos de poucos e a sujeição por parte de muitos, algo que gerou a hierarquização estratificada da população. Neste sentido, a respeito do feudalismo e os três institutos jurídicos Streck e Moraes (2014) salientam que:

O feudalismo desenvolve-se sob um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados a situação patrimonial. Ocorre, principalmente, por três institutos jurídicos: 1º) Vassalagem (os proprietários menos poderosos, a serviço do senhor feudal em troca da proteção deste); 2º) benefício (contrato entre o senhor feudal e o chefe de família que não tivesse patrimônio, sendo que o servo recebia uma porção de terras para cultivo e era tratado como parte inseparável da gleba); 3º) imunidade (isenção de tributos às terras sujeitas ao benefício). (STRECK; MORAIS, 2014, p. 25).

Como ressaltado, a coordenação da população tinha como meio as terras e o que dessas se derivaram, assim, uma vez que o indivíduo detinha menos poder este se submetia aos mandamentos do senhor feudal para que o mesmo comandasse as atividades.

Por trás de "benefícios" cedidos aos vassalos, estava a moeda de troca dos senhores feudais que, embasados no poderio, estrategicamente organizavam suas propriedades através do trabalho de quem necessitava, gerando servidão através da sua influência econômica.

Tomados como partes integrantes da terra, os homens e mulheres eram propriedade dos senhores como se não tivessem opções de escolha para suas vidas, gerando um aumento no mando dos detentores do poderio, pois:

Os servos não conheciam outra autoridade que não a do seu senhor. Não era o rei que submetia o plebeu - vassalo - e, sim, o conde ou barão, proprietário do feudo. Por outro lado, tal situação refletia uma multiplicidade de ordens e poderes, tantas quantas fossem os feudos e seus senhores, as quais concorriam entre si, bem como com o Monarca (STRECK; MORAIS, 2014, p. 25).

O plebeu se atinha as ordens de seus senhores que tinham todo o domínio em suas posses, e a maneira que mais dispusessem de propriedades, mais podiam mandar. Sobre o vassalo, Streck e Moraes afirmam que: “O vassalo do suserano feudal passa a ser súdito do rei, o que, à evidência, não deixa de ser uma novidade (e um avanço), da mesma forma que os diversos poderes dispersos pelos feudos são substituídos e unificados no poder soberano da monarquia absoluta”. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 27).

Neste sentido, entende-se que o Feudalismo e sua maneira de organização da sociedade, deixou resquícios em períodos posteriores. O instituto que veio a ser sucedido pelo absolutismo possuiu similitudes calcadas na existência de autoridade superior dotada de poderes voltados contra uma sociedade dependente do possuidor de tais privilégios.

Porém, há de se diferenciar da monarquia devido a diferença de que, enquanto no Feudalismo há uma espécie de dispersão do controle, pois só o possuía quem fosse capaz, na Monarquia havia uma unicidade, dado que a concentração desse controle pertencia a uma pessoa, sem haver a necessidade de uma concorrência como existia no Feudalismo.

Desse modo, a partir já do mercantilismo, ao superar o modo feudal no curso histórico ocidental, o capitalismo deu origem e definição àquele novo conceito político da sociedade, dicotômico, irrompendo com a burguesia no momento em que ela evoluía na base social, no terceiro estado, identificada com este na oposição aos dois estados ou estamentos dominantes: a nobreza e o clero. Nesse momento nasceu a sociedade civil ou sociedade burguesa, contrastando com os dois estamentos que, por governarem a anterior sociedade feudal, vieram a constituir a primeira manifestação do Estado na transição para a sociedade capitalista, marcada pela distinção do domínio político em face do domínio econômico. (BARROS, 2008, p. 13).

1.2 Absolutismo

A fase absolutista marcada pela existência de um monarca a frente do Estado, na visão de Marcelo Neves, foi como o princípio do Estado Moderno no qual ainda não possuía o constitucionalismo propriamente dito como se existe nos dias atuais. Assim em seu entendimento acreditava que a idéia de política e direito não apenas eram correlacionados porém poderiam se confundir. E pregou: “O surgimento do Estado moderno não significa ainda o advento do constitucionalismo. O absolutismo monárquico na emergente ordem estatal dos inícios da modernidade não admite ainda a diferenciação funcional entre política e direito.”(NEVES, 2009, p.17)

Caracterizado como o modelo de concentração de poder na figura de um indivíduo, o absolutismo é o modelo em que o monarca é divinizado, bem como tem o poder de gerir o Estado, passando-se de uma divisão do poder para o redirecionamento deste que se faz verdadeiramente legítimo na figura do Rei. Segundo Neves:

Dessa maneira, eles se apresentavam como direito mutável subordinado ao direito natural imutável e verdadeiro dos príncipes. Isso significa a distinção entre expectativas normativas e cognitivas ainda não se afirmava com nitidez

na formação social do limiar da sociedade ocidental moderna, no âmbito do Estado absoluto. (NEVES , 2013, p. 21).

Nos Estados Absolutistas, ainda prevalecia o poder do monarca alterar o que se tinha por normatividade, assim as leis que existiam em determinado momento eram submetidas ao crivo do príncipe, de modo que o que fora estabelecido e pactuado normativamente poderia a ser confundido pelas percepções do monarca. Sendo assim, “com o nascimento do Estado absolutista, a reformulação do conceito de soberania foi suficiente para fundamentar a produção do direito pelo príncipe, legitimado pela vontade de Deus”. (CLÈVE, 2000, p. 45).

Em verdade há por parte do monarca a legitimação para a produção de leis, e isso se atribui pelo fato de ser conferido tal função por Deus, assim havia uma justificativa religiosa para que houvesse o monopólio do poder através do rei ou príncipe. Neste sentido, para além da divinização do monarca, as relações entre público e privado tomaram outra perspectiva, conforme comenta Sarmento, pois:

Com o advento do Estado Moderno, na sua feição absolutista, a relação entre público e privado torna-se mais complexa. Por um lado, a identificação física entre o Estado e a figura do monarca (recorde-se a frase famosa de Luís XIV), impunha uma lógica privada sobre o domínio das relações políticas. (SARMENTO, 2006, p. 320)

Considerando-se parte da Época Moderna do Estado, o absolutismo gerava a visão de poder uníssona, pelo fato da não haver separação entre rei e Estado, pois o primeiro era o autêntico representante do segundo e com ele se confundia, o que conduzia a uma ótica desmesurada para a atuação do monarca no gerir das relações políticas existentes no Estado. A respeito da concentração de poder, destaca-se que:

O processo de concentração do poder soberano no Estado moderno termina no momento em que o Estado baseado em estamentos transita para a monarquia absoluta, por meio da paulatina conquista, por parte do poder central, do direito de decidir sem vínculo de mandato. (BOBBIO, 2003, p. 291).

O que se havia anteriormente ao Estado Absolutista era o fracionamento do poder devido ao fato de que a sociedade na mesma medida era estratificada, e também havia o mandato para que se mantivesse no poder, porém houve uma dominação por parte do poder central que com a conquista passou a ter o poder sem a necessidade da existência do mandato prevista outrora:

Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que neles se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno, passa a haver a identificação absoluta

entre Estado e monarca em termos de soberania estatal. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 43).

No tocante às diversidades entre um modelo e outro faz-se mister ressaltar o que ocorreu no absolutismo diante da autoridade máxima, ao passo que esta passa a ser o Estado na figura do monarca como quem atua em seu comando e, anteriormente, os indivíduos quando não possuidores de território dependiam bem como eram posses de seus donos, quais sejam marqueses, monarcas, barões e condes. Portanto, “a concentração de poderes nas mãos do príncipe, que deu origem ao Estado absoluto, foi corroborada pela ação dos juristas formadores do conceito de soberania. Naquele momento, o poder soberano legitimava a ação governamental do monarca”. (CLÈVE, 2000, p. 29).

Desta forma, o poder dado ao monarca era lícito e isto o era conferido através de participação de juristas, desta feita, uma vez corretamente em seu cargo, o monarca possuía amplamente poder de ação que era considerado legítimo.

1.3 Positivismo

Caracterizado pela letra fria da qual era investida a lei, o positivismo deixou de lado a preocupação com a filosofia e moral para que tais leis fossem legítimas. Bastaria a existência de normatividade e seu devido cumprimento. Como afirma Barroso:

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e das discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram barbárie sob a proteção da legalidade. (BARROSO, 2006, p.101).

Assim, o século XX foi marcado por esse Estado que prezava formalidades, debruçando-se sobre a força normativa que detinha as leis, porém o lado ruim se concentrou nas consequências negativas no tocante ao que podia se esconder atrás do viés obrigatório legal. Seu desprestígio adveio quando da queda de regimes autoritários e cruéis como o Nazismo, que ocorreu na Alemanha, e o fascismo, que ocorreu na Itália, isto é, foram maneiras de promover a selvageria atrás da cortina das leis. Na visão de Barroso o desenvolvimento da legislação necessitava da presença de uma autoridade para que de certa maneira validasse o que havia sido expresso, e assevera em suas palavras que : “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”. (BARROSO, 2013, p. 227).

Inclusive, a Carta dos Estados não tinham a notoriedade ou especialidade como nos dias atuais, pois era considerada como uma norma comum uma vez que seus preceitos não poderiam ser colocados em prática de maneira direta, dado que lhes restava que fosse efetivado pelo administrador ou pelo legislador. Desse modo, destaca-se “a percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão[...]”. (SARMENTO, 2013, p. 77).

Ocorreu de maneira injusta em regimes totalitários, como no nazismo, o domínio através de uma parte majoritária que concentra o poder e desenvolve regulamentos que trazem seu recrudescimento, e também o poder de mando quanto as minorias que se submetem a barbaridades “legalmente” impostas. E, por trás do que outrora havia sido escrito para sociedades inteiras se desvirtuou o sentido ao qual normas foram previstas, fazendo importante observar que: “As barbáries dos totalitarismos, onde o Direito foi transfigurado em mero mecanismo de organização e imposição da força, alertam para a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de um conteúdo ético mais sólido”. (VIEIRA, 1999, p. 25).

1.4 Estado de Direito

Marcadamente de viés aprimorador do direito, o Estado de Direito surge como uma corrente contra as injustiças, uma espécie de limitador do poder do Estado, porém aceito pelo próprio Estado. Para Ferreira Filho, “é ao Direito que o liberalismo, descendente direto e imediato do iluminismo, confia a tarefa de limitar e organizar o Poder, bem como de disciplinar a sua atuação, sempre resguardando-se o fundamental: a liberdade, os direitos do homem.” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 5).

Originando-se o Estado de Direito de disputas que tinham como necessidade uma instituição de um novo conceito que faria renascer uma estrutura que outrora fora danosa e prejudicial aos indivíduos, buscou-se uma releitura do que se tinha como Ordem, visto que “[...] o fato é que as teorizações do Estado de direito nascem da luta da burguesia contra o poder absoluto do monarca, isto é, da luta pelo Estado juridicamente controlado/limitado, cuja legitimidade não carece mais de fundamento teológico, transcendente, metafísico”. (GRAU, 2010, p. 37).

Constituindo não como um legitimador para atrocidades, mas como um modelo de Estado que dá abertura a uma unidade, porém diferentemente do Absolutismo, que havia um domínio com idolatrias na figura do monarca, ou o positivismo, que impunha a leitura do ordenamento sem um crivo de moralidade, pois a lei em si seria bastante para seu cumprimento. O Estado de Direito há uma unidade no tocante ao poder, mas esta traz consigo um poder soberano que não é disseminado intuitivamente mal intencionado aos indivíduos. Assim, conforme elucida Souza:

O Estado de Direito, no molde liberal clássico, representou valiosa conquista na trajetória das instituições políticas da humanidade. Não obstante, marcada pelo individualismo e pelo abstencionismo ou neutralismo, tal realidade estatal provocou imensas injustiças e se mostrou insuficiente para garantir o cabal atendimento dos novos clamores por melhoria das condições de vida da população, em sua constante luta pela efetivação de padrões qualitativos de bem-estar e harmonia social geral. (SOUZA, 2010, p.79-80)

Tratou-se o Estado de Direito de um marco dotado de benefícios inquestionáveis, tendo em vista o histórico ao qual havia se submetido o mundo, seja na fase da figura única do rei, seja da lei sem um cunho protetor, não havia anteriormente uma prestação por parte do Estado às necessidades da população, que trazia a humanidade uma vida desprovida de qualidade. Para tanto, surgiu um modelo estatal baseado na busca do que os outros modelos careciam, consolidando os antigos pedidos não reconhecidos e atendidos. Trazia-se uma legitimidade, um melhoramento, que concedia de maneira uma direitos, e não os destinava para determinada classe e para outra não. E, nas palavras de Cléve: “ Portanto, a noção de Estado Constitucional (ou de Direito) repousa sobre a idéia de unidade. Aliás, bem o disse Rousseau o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão”. (CLÈVE, 2000, p. 30).

Necessário se faz adentrar na esfera do Estado para conhecer o que o fez evoluir, ao passo que o que hoje parece ser indissociável já fora pregado de maneira apartada, ou seja, os direitos que pertecem a condição humana outrora não estavam assim aliados:

O Estado contemporâneo é conhecido como Estado de Direito, porque visa a que o exercício do poder político seja limitado pelo Direito, opondo-se ao Estado absoluto . Até então, no Estado absoluto o rei era lei (“Rex est Lex”), porque a vontade do rei prevalecia sobre qualquer vontade. (BOLDRINI, 2010, p. 25).

Neste sentido, o Estado de Direito traz em seu cerne uma preocupação no tocante a alteração do que anteriormente se tinha como lei, visto que o exercício arbitrário do Monarca era ilimitado e necessitava ser tolhido ou restringido de maneira mais justa, o que representa a

força do Direito como tal diminuidor. Sobre o entendimento do conceito de soberania, Silva destaca que:

Finalmente, o conceito de soberania, cunhado no período medieval, manteve-se no pensamento jurídico sistemático-racionalista, mas agora centrado no Estado e não mais na pessoa do monarca. Por isso a soberania deixou de ser considerada como relação direta e concreta entre rei e súdito para ser entendida como relação impessoal e abstrata entre Estado e povo. Destarte, o poder do Estado era visto como disciplinar, e somente poderia atuar se tivesse por fundamento normas previamente postas (SILVA, 2006, p. 16).

Toda a influência advinda do poder do rei em relação a seus súditos foi deslocada, passou-se a ter outra visão. Dessa forma, ao invés das pessoas se submeterem aos mandamentos da realeza, direcionava-se a figura do Estado, o qual possui seu fulcro nas leis anteriormente estabelecidas assim condicionando a sua atuação. A respeito da relação entre o Estado de Direito e o liberalismo econômico, Boldrini aponta que:

No primeiro momento o Estado de Direito surge sob inspiração do liberalismo econômico, que pregava a abstenção estatal de modo que as relações sociais e ocorressem livremente, sem intervenção do Estado, regidas apenas pelas leis naturais e pela “mão invisível”. O Estado liberal identificava-se com o paradigma do individualismo abstrato e era baseado no império da lei como expressão da vontade geral, na divisão dos poderes-funções e na garantia formal da liberdade individual. (BOLDRINI, 2010, p. 26-27).

Aduziu o autor sobre a gênese fundamental do Estado de Direito, este com um viés marcadamente mais aberto, pois o Estado teve um papel reduzido diante da força da lei, o que trouxe de certa maneira mais independência aos indivíduos, pois estes faziam parte das regras que os regiam, atribuindo-lhes assim legitimidade.

Neste sentido, tomando o contexto da industrialização como ponto de partida para problematizar as desigualdades sociais e a constituição do Estado Social, Boldrini afirma:

No segundo momento, o incremento da industrialização promoveu o agravamento das e desigualdades sociais. Esse quadro fez surgir um novo modelo de Estado que se preocupasse não somente em proteger a liberdade do indivíduo, mas também em promover ativamente a igualdade material e a superação de injustiças ensejadas pelo antigo abstencionismo estatal. Portanto, as desigualdades sociais geradas pelo liberalismo burguês ensejaram as revoluções proletárias, cujo exemplo é a Revolução Russa. O Estado Social foi construído com o intuito da superação do individualismo liberal por meio da intervenção do Estado na Economia e da tutela do cidadão socialmente considerado. (BOLDRINI, 2010, p. 27).

Visualizou-se que a ampla liberdade conferida pelo modelo liberalista concedia a vantagem ao povo de possuir certa autonomia, porém o tornava refém na medida em que de

maneira amplamente cedida trazia desníveis em relação as pessoas. Neste sentido, carecia de um modelo que, apesar de dar aberturas, garantisse também equidade tendo em vista que o distanciamento do Estado poderia ser danoso diante da ausência de uma presença governamental reguladora. Do contrário, traria severa desordem, gerando crises, uma vez que a atuação do Estado requer inserção em todas as camadas sociais para que o seu poder desenvolva a sociedade, distribua pesos e traga crescimento estruturado.

No Estado constitucional de direito, a constituição passa 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. (BARROSO, 2013, p. 227-228).

Desse modo, de acordo com o regimento do Estado de Direito, a constituição do Estado valeria não unicamente para estabelecer as regras para a criação das leis, mas também seria um instrumento capaz de atribuir limites ao Estado, determinando obrigações que este teria em face de seu povo:

O Estado de Direito, na busca do interesse público, implementa, através da razão prática (espaço do agir humano na sua coletividade), contemplado na razão teórica (esfera filosófica e científica), operando por uma razão técnica (aspecto instrumental de concreção), para efetivar o indispensável à promoção do bem comum. (REVERBEL, 2010, p. 64).

Importante se ter em mente que o Estado de Direito tem no seu cerne a instrumentalização para que se atinja a eficiência, assim une as razões prática e teórica a fim de buscar o bem da coletividade, gerando bem estar ao povo.

Em geral, esta superação da “letra” da lei e a incorporação de valores têm sido o fundamento teórico para que esta perspectiva seja denominada de pós-positivismo. Por outro lado, o pós positivismo recepcionou uma característica fundamental e estruturante do argumento positivista: a concepção centrada no juiz. (ASENSI, 2013, p. 206).

No comparativo entre o Positivismo e o Pós Positivismo, tem-se que de comum entre ambos há a presença essencial do juiz, ou seja, se no primeiro o apego a lei ou no segundo se requer uma lei onde se tenha valores agregados a tais leis, deve-se atentar para o fato de que o poder e dever do juiz se fazem presentes bem como necessários em ambas as maneiras de se governar. Nesta perspectiva, “[...] o ressurgimento do positivismo jurídico, denominado “neoconstitucionalismo”, dá-se, atualmente, por meio da valorização da Constituição como norma”. (BERCOVICI, 2003, p. 306).

Também apreciador da norma com validade há, de acordo com Bercovici (2003), um positivismo aprimorado, pois no Estado de Direito a lei tem cunho obrigatório, o que se

assemelha ao positivismo, porém se diferencia pois esse neoconstitucionalismo vislumbra-se a elevação da Constituição como detentora de normatividade e aplicabilidade, e suas normas tem caráter redesenhado visto que se fundem com outros valores. Portanto, como atenta Sarmento, “no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa de valores constitucionais”. (SARMENTO, 2010, p. 240).

Desta feita, o neoconstitucionalismo se evade da visão rígida e clássica da Constituição, que possuía classicamente a divisão de poderes, com cada um dos Poderes adstrito e limitado, e, na função do Poder Judiciário, esta é lapidada, dando lugar a uma participação mais efetiva deste. Partindo desse pressuposto, “ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado democrático de Direito e solidariedade o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral”. (SARMENTO, 2010, p. 241).

Tendo como foco o indivíduo como detentor de direitos, as normas passam a ter no Estado Democrático de Direito um caráter valorativo, que nasce da união entre direito e moral, e não o primeiro isoladamente como se viu no positivismo, uma vez que o tom da regra trouxe a valorização das pessoas. Para tanto, a consciência de cidadania social no Estado Democrático de Direito passou necessariamente pelo reconhecimento da distância, a qual “separa, por um lado, leis e princípios fundantes de liberdades e direitos e, por outro lado, a própria consciência de tais direitos, além de mecanismos institucionais e dos recursos para garantir sua prática ou sua fruição”. (CASTRO, 2009, p. 87).

Assim, buscou-se desviar do que se concebia anteriormente como lei e passou-se a visualizar que o ordenamento não somente possuiria obrigatoriedade, mas conceberia a ideia de possibilitar maneiras para que tais direitos fossem efetivados. É neste âmbito que os direitos humanos, também conhecidos como direitos fundamentais, uma das pilstras do Estado Democrático de Direito, constituem-se numa espécie de vacina que inibe violências arbitrárias do Estado. (CASTRO, 2009, p. 99).

Faz-se crucial mencionar que no ordenamento do Estado Democrático de Direito existe além de um envolvimento entre direito e moralidade, pois as normas que possuíam obrigatoriedade a preservaram, porém, agora com um caráter bem mais protetor serviria de impeditivo para que o Estado com seu poder de normatizar o fizesse de maneira injusta e arbitrária como já o realizara outrora. Desta forma, conforme Castro:

No Estado Democrático de Direito Contemporâneo, a igualdade procedimental deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade. (CASTRO, 2009, p. 101).

Devido a demanda crescente de cidadãos o Estado de Direito não se projeta para delimitadamente para o público existente na época de sua criação, e sim, deve ser capaz de suportar e incluir para que mais e mais pessoas possam ser aptas a participarem de da escolhas para a sociedade em que vivem, permitindo que haja espaço mesmo que muitas vezes este possa ser deficiente, mas que se proteja os mais diversos cidadãos, assim: “É que o Estado de Direito abomina casuísmos, as ofensas à isonomia, pois estas atacam fundo um objetivo básico que se visou a preservar através do princípio da legalidade”. (MELLO, 2009, p. 45).

Para tanto, distancia-se o Estado de Direito de afrontas que possam a ser causadas a direitos pertencentes aos indivíduos sob tutela do Estado e, unindo o dever de cumprimento da lei, bem como feições protetivas a ela conferida, baseia-se o Estado de direito, visto que, segundo Lima:

Há uma identificação entre a concepção de Estado de Direito e supremacia constitucional, especialmente das normas que preveem direitos fundamentais, reconhecidos com uma espécie de núcleo intangível do Estado, que representam uma “esfera” do que pode ser decidido ou não, e podem “legitimar” ou “deslegitimar” uma determinada ação estatal. (LIMA, 2014, p. 258).

Com a adoção de um Estado de Direito há consequentemente uma vinculação ao alcance de direitos e de proteção pelo Estado, e que este não pode ou deve atingir. Assim, uma ação do Estado pode ser restringida em face desses direitos agora protegidos.

1.5 Vinculação do Direito à Política

Para uns há uma conjunção, bem como para outros há uma necessidade de dissonância, entre um e outro há de se perceber que o Direito se alia a política e vice-versa, o que traz uma importância para a sociedade, pois não havendo o excesso na prevalência de um ou de outro, encontra-se o equilíbrio. Neste direcionamento, Boldrini respalda que:

Política é a ferramenta democrática e cidadã de intervenção prática nos processos decisórios. Em um regime democrático, a atividade política é um instrumento de realização da Constituição na medida em que o cidadão participe da execução e do controle das funções classicamente atribuídas ao Estado. (BOLDRINI, 2010, p. 128).

Dessa forma, Boldrini assevera que o conceito de política tem a ver com democracia e cidadania e desse elo, diante da concretização da Constituição, abre-se espaço para a participação dos cidadãos no controle das funcionalidades constitucionais destinadas ao Estado. Portanto, não é possível dissociar Política e Direito, uma vez que os instrumentos políticos também são jurídicos, bem como todos os instrumentos jurídicos também são políticos; mesmo porque Estado é a “gestalt” de Direito e Política, desta feita no Estado concentram-se de maneira necessária ambos, e justifica-se de maneira clara : “Por um lado, o Estado deve buscar o máximo de juridicidade; para que, por outro lado, seja alcançada sua finalidade política, que é promover o bem comum. Por isso tanto Política quando Direito conjugam-se como garantias da Constituição”. (BOLDRINI, 2010, p.129).

O mesmo autor afirma que o Estado é o todo que compreende duplamente a política e Direito de maneira indissociável, e que se constituem como maneiras se salvaguardar aos indivíduos a Constituição, a partir da cumprimento das leis e também da busca pelo bem da sociedade. Para Abellán:

Em outras palavras, a justiça constitucional deve limitar-se a velar para que no processo político se respeitem todas as suas condições de legitimidade, o que afinal de contas conduziria a controlar exclusivamente o respeito à igualdade e aos direitos políticos , por ser os que constituem a essência da participação e debate democrático. (ABELLÁN, 2012, p. 652).

Desse modo, entende-se que a relação entre Estado, este instrumentalizado na Constituição, e a política traz caráter de cuidado no tocante a preservação da democracia, fixando-se direitos políticos que se constituem como verdadeiros meios para que se busque a isonomia e bem legitimidade na representação. Para tanto, a Constituição é considerada como elemento primordial na interface entre política e direito. Assim, “cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à rule of law”. (BARROSO, 2013 , p. 241). Portanto, de acordo com o pensamento de Luís Roberto Barroso, há de certo uma aliança entre Direito e política desde a origem do Estado manifestada na Carta Maior, pois através dela o que é de teoria vira realidade, porém submetendo tais instituições derivadas do sistema ao regramento de obediência a lei.

Para Feres e Mendes:

A política num sentido amplo, interfere no direito na medida em que pode estruturar o processo de institucionalização da comunidade personificada, dando, pois, o fundamento político-moral, sempre com base em avaliações qualitativas de valor. O direito, em momento posterior, se erige em fundamento de validade e de legitimidade das políticas públicas para que

estas se realizem tendo por orientação avaliações qualitativas de valor. (FERES; MENDES, 2013, p. 200).

Sobre a ingerência da política no Direito, diante da visão dos autores Brahwlio Soares de Moura R. Mendes e Marcos Vinício Chein Feres, há por parte da primeira um controle axiológico, e a partir do momento em que há a feitura de políticas públicas por parte do Poder Público fazem com que o Direito se edifique através da adequação moral estabelecida previamente pela política. Portanto, compreende-se que “no plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que o produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias”. (BARROSO, 2013, p. 239). Neste sentido, tanto Barroso como Boldrini creem numa indivisão do direito e política, baseando-se no fato de que as leis que constituem um Estado são fruto da vontade de uma maioria que é legítima para fazer suas escolhas. Partindo desse pressuposto, Barroso destaca dois instrumentos utilizados no âmbito da cultura jurídica:

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual os juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis. (BARROSO, 2013, p. 242).

Não obstante, frisa o mencionado autor que diante de uma predominância inadequada da política sobre o direito há de se respeitar que o Poder Judiciário possui independência em relação às instâncias políticas do governo e este mesmo poder personificado também pelos juízes que exercem seus ofícios com submissão a Constituição e leis de maneira aprioristicamente.

Sobre o Poder Político, Clève destaca que:

O Poder Político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparato funcionais, como, inclusive o Estado e o Direito. (CLÉVE, 2000, p.30).

Assim, conforme ressaltado pelo autor Clèmerson Merlin Clève, o Poder Político é um arcabouço capaz de aglutinar diversos setores da vida em sociedade, dando origem à costumes sociais, instituições como o Direito e o Estado.

2 O PODER JUDICIÁRIO

Constituído para ser o substituto da vontade das Partes, o Poder Judiciário tem a função de exercer a atividade da jurisdição, qual seja a de dizer o direito aplicável aos casos concretos que nela chegam, desempenhando a justiça em nome do Estado. Nesta perspectiva, o Poder Judiciário tem a função típica de exercer a atividade jurisdicional, substituindo a vontade das partes ao solucionar os conflitos que lhes são apresentados, com a aplicação do Direito. (MARTINS, 2013, p. 477). A tarefa atribuída é a aplicação das leis, voltada para a resolução das lides, pois tem a capacidade de que seu poder decisório é predominante. Para Asensi, “historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei”. (ASENSI, 2013, p. 212).

Anteriormente havia a visão de que o Poder Judiciário era um Poder que se atinha somente as leis editadas pelo Legislativo, assim construiu-se uma imagem que sua atividade era adormecida até que alguém a despertasse, mas que mesmo assim estaria restrita ao que a lei previa. No entanto, é importante ressaltar que “os instrumentos de defesa da Constituição só são eficientes se as decisões judiciais contemplarem os valores da Constituição. Por isso, é fundamental que o sentimento constitucional esteja permeado em todos os órgãos e instâncias do Poder Judiciário”. (BOLDRINI, 2010, p. 118).

Basilar se faz que as decisões proferidas por parte do Poder Judiciário tenham um elo com os princípios estabelecidos constitucionalmente, servindo como um validador, ou seja, não podendo órgãos ou pessoas que representem o poder jurisdicional agir de encontro ao que é pregado na Carta do Estado. Portanto, conforme alusão de Boldrini:

O Poder Judiciário, além de fiscalizar o cumprimento das normas constitucionais por parte dos outros poderes- funções , também deve fiscalizar a aplicação dessas normas constitucionais por seus próprios órgãos e instâncias . Por isso a atividade jurisdicional é, ao mesmo tempo, um “instrumento de controle “e um “controle de instrumento”. (BOLDRINI, 2010, p. 119).

Assim, pode-se dizer que o Judiciário detém a “chave-mestra” da fiscalização, tanto no tocante à seus próprios órgãos quanto a outros, para que estes ajam de acordo com os preceitos constitucionais, não os violando. Como bem atenta Bercovici: “O acerto ou não da jurisdição constitucional está na manutenção da coerência essencial de sua interpretação com os princípios fundamentais da Constituição, atualizando-os conjuntamente, mas sem

manipular o texto contrariamente a seus fins”. (BERCOVICI, 2003, p. 308). Nesta perspectiva, Bercovici evidencia que a atuação judiciária deve guardar não apenas compatibilidade com a Constituição, bem como deve possuir similitude não cabendo ao Poder Judiciário transformar o que foi dito pelo texto constitucional violando o que outrora fora escrito.

Ademais, não se pode esquecer que “o juiz é o diretor e o decisor do processo, é o sujeito em torno do qual orbitam não só os interesses como as atividades de todos os que participam do processo”. (SLAIBI FILHO, 2005, p. 69). O julgador tem o condão de comandar a lide, e não se bastando, deve decidir como se dará a sua solução, devendo conjugar lei que embora não tenha sido elaborada pelo Poder Judiciário deverá levar em conta os seus ditames, bem como deve se atentar e visualizar os direitos dos envolvidos pois,

Em princípio, qualquer assunto pode ser levado ao conhecimento judicial. É o que se extrai do art. 5º XXXV, da Constituição de 1988. Mas isso não significa uma primazia do Judiciário na tomada de quaisquer decisões. Ao contrário, existem temas cuja complexidade recomenda cautela na intervenção judicial. Isso é assim, por exemplo, quando se exigem conhecimentos técnicos globais sobre o assunto ou o mercado envolvido. (PIRES, 2013, p. 60).

Reza o inciso em questão – art. 5º XXXV, da Constituição – que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Deste modo, a Constituição abre tamanho espaço à participação do Judiciário na vida da sociedade, que em seu próprio texto afirma que não face a lesões ou ameaça dei direitos se busque a avaliação por parte do Judiciário. Contudo, não se dá o monopólio para este Poder agir diante de causas de alta complexidade técnico em que se buscará participação de quem tem tal conhecimento. Para Mendes e Branco:

Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais poderes ou influências externas. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 962).

Neste sentido, como bem enfatizou Gilmar Mendes, faz-se mister tanto pelo poder Judiciário bem como pelo juiz estes possuírem autonomia em relação a sua atuação, pois a nstes deságua a última ação diante das situações da vida estatal, cabendo agir com imparcialidade e liberdade em seus julgamentos, uma vez que:

A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que a sua interpretação deve

estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história de seu direito e da cultura política. (VIANNA. et al. 2014, p. 37).

Lembrando do que ocorreu no passado, no molde positivista, a atividade se atinha somente a lei de maneira restrita, não existindo outras maneiras de se buscar outras bases para julgamento, ao passo que assim se caracterizaria como abusivo, caso extrapolasse o que estava prevista, porém não se deve visualizar por esse exagero devido ao fato de que há não um viés despótico por parte do magistrado e sim ele se firmar através de meios que permitam o fundamentos em questões normativas ligadas ao direito, cultura e política.

No que condiz a autonomia administrativa e financeira do Judiciário, Mendes e Branco pontuam:

A autonomia administrativa e financeira do Judiciário é corolário da indispensável independência desse Poder e, portanto, deverá ser respeitada pelo Executivo e pelo Legislativo. O Conselho Nacional de Justiça, atualmente é o órgão que procura acompanhar e fiscalizar a execução do orçamento do Poder Judiciário, bem como a implementação de ações aptas a aumentar a eficiência da prestação jurisdicional e controlar os gastos da Justiça brasileira, de modo a otimizar o custo relativo do Poder Judiciário (MENDES; BRANCO, 2015, p. 964).

Sobre o funcionamento do Poder Judiciário é de se ressaltar que este é possuidor de uma liberdade que é garantida, inclusive sobre a via financeira e orçamentária que o sustenta, devendo seu espaço ser considerado pelas vias dos outros poderes. Há, porém, um órgão responsável pela supervisão do Poder Judiciário, que é o Conselho Nacional de Justiça, assim a autonomia atribuída ao Judiciário não é absolutamente ampla e irrestrita no tocante ao orçamento e gastos, uma vez que esta se encontra por vezes freada diante do CNJ, que visa aumentar a eficiência e o controle, tornando ideal o andamento da máquina do Judiciário.

Segundo Mendes:

A vitaliciedade assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado. No caso de juiz de primeiro grau, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, somente podendo o juiz perder o cargo, nesse período, mediante deliberação do tribunal a que estiver vinculado (CF, art. 95, I). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos casos de crime de responsabilidade, nos termos do art. 52 II, e parágrafo único, da Constituição de 1988. (MENDES, 2015, 968).

Portanto, a Constituição Federal estabelece que, em relação aos juízes e suas garantias, é dada ao juiz a vitaliciedade, o que significa que o juiz não perderá o seu cargo a não ser que haja sentença transitada em julgado. Dessa forma, a conquista de tal direito se dá para o juiz de primeiro grau após dois anos de exercício, no entanto, dentro desse lapso de tempo, o juiz

somente perderá seu cargo através de votação realizada no tribunal ao qual estiver vinculado. No que diz respeito aos juízes do Supremo Tribunal Federal, estes somente poderão perder o cargo caso cometam crime de responsabilidade e, conseqüentemente, sejam julgados pelo Senado Federal e este decida no sentido da perda do cargo, pois:

A inamovibilidade garante que o juiz não seja removido do cargo ex officio. Não se permite, igualmente, que, mediante qualquer mecanismo ou estratégia institucional, seja ele afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo. A ordem constitucional contempla a possibilidade de se efetivar a remoção do juiz – bem como a decretação de sua disponibilidade ou aposentadoria –, por interesse público mediante decisão de maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII) (MENDES; BRANCO, 2015, p. 968).

Outra garantia que assegura o exercício da magistratura de maneira protegida contra arbitrariedades é a inamovibilidade, permitindo que o magistrado não seja proibido de julgar determinada lide, contudo, este só será afastado ou removido para determinada área ou posto em disponibilidade ou aposentadoria quando, pela maioria absoluta do tribunal ao qual estiver vinculado ou pelo Conselho Nacional de Justiça, assim julgarem, ressaltando que se faz necessária a presença do interesse público para que seja legítima.

A irredutibilidade dos vencimentos, antes garantia exclusiva dos magistrados e hoje integrante da proteção dos servidores públicos em geral, completa esse elenco de garantias integrantes da proteção dos servidores públicos em geral, completa esse elenco de garantias pessoais voltadas para assegurar a independência dos magistrados. Afasta-se aqui a possibilidade de qualquer decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios pagos aos juízes. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 968).

O que outrora já fora garantia exclusiva dos magistrados, hoje é direito dos servidores públicos como um todo, é a irredutibilidade dos subsídios. Assim, inexistente a possibilidade de lei que projeta a diminuição dos vencimentos, o que garante a segurança do exercício do cargo sem que em momento inesperado haja um decréscimo no que deveria receber a título de pagamento. Sendo assim, “ao magistrado, a publicidade é, talvez, uma das mais importantes garantias que a Constituição lhe defere, muito mais relevantes e presente no cotidiano que as clássicas e inócuas garantias da irredutibilidade dos subsídios, inamovibilidade do cargo e vitaliciedade na função”. (SLAIBI FILHO, 2005, p. 68).

Portanto, na visão de Nagib Slaibi Filho, muito mais se faz válida diante das garantias estabelecidas aos magistrados a de que deve haver publicidade no dia a dia dos atos dos magistrados, e isso se faz mais importante do que as clássicas garantias ressaltadas anteriormente. E, deve-se prezar também como característica para o correto exercício da

magistratura, que seus profissionais não se desliguem do que normativamente previsto, e mesmo quando atuam com criatividade não se deve afastar totalmente do texto legal, e explicou nesse sentido, Laurentiis : “A admissão da capacidade, criativa dos magistrados que desconsidere completamente a expressão do texto legislado desvirtuaria o que há de mais elementar na função jurisdicional.”. (LAURENTIIS, 2012, p. 111).

Apesar da autonomia que os magistrados detêm em relação a tomada de suas decisões, não se olvida que eles devem se ater ao texto estabelecido para que, a partir dele, desenvolvam seus julgamentos, o que jamais pode ser deixado de lado a ponto de desconhecer o texto legal. Neste sentido, não se pretende dizer que a atividade jurisdicional deva permanecer presa a uma simples subsunção, isto é, aplicação da norma ao fato concreto, por isso, “é necessário e salutar que o juiz busque o verdadeiro sentido da norma, que ele exerça a atividade interpretativa”. (COSTA, 2010, p. 54-55). Nem tanto uma subsunção automática, nem tanto uma criatividade desmedida ao juiz cabe interpretar a norma diante do caso que se expõe aos seus olhos, realizando a função ao qual foi destinado.

Para Mendes:

Segundo, com a superveniência do Conselho Nacional de Justiça instituiu-se um órgão central de controle da atuação do Poder Judiciário, pelo que as fronteiras de sua atuação constitucional restam garantidas institucionalmente. De outra sorte, também a indicação política para o órgão de cúpula do sistema judicial não representa déficit democrático, dando disso testemunho a secular história da jurisdição constitucional americana, dentre outros. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 970).

Sendo assim, o clássico doutrinador Gilmar Mendes afirma que o Conselho Nacional de Justiça, apesar de ter nomeação de cunho político para a sua instituição, não macula o lado democrático que deve existir, e se trata do órgão que controla o Poder Judiciário brasileiro.

2.1 A separação de Poderes

Em sua concepção, a separação dos poderes busca um misto entre limitação e proteção, de modo que a primeira traz funções bem distinguidas e limitadas de acordo com o seu objetivo, ou seja, ao Legislativo a lei, ao Executivo a execução e administração e ao Judiciário o julgamento, porém, no tocante a proteção, esta advém do cerceamento trazido pela primeira característica, permitindo assim que haja um equilíbrio no exercício dos poderes que possibilite a fruição de direitos que forma estabelecidos constitucionalmente.

De acordo com Ferreira Filho:

Dois aspectos, assim, se entrelaçam na Constituição. Por um lado, esta imprime no Estado a reta organização, a qual deverá impedir o abuso, isto é, a violação pelos órgãos estatais dos direitos do homem. Por outro lado, esta reta organização põe o Estado a serviço da finalidade que o legitima, a defesa desses direitos na vida social cotidiana. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 19).

O Estado em seu cerne deve reger a ordem social na medida em que suas próprias instituições não podem ou devem violar a proteção aos direitos dos indivíduos estabelecidos pela leis desse Estado, logo, ao mesmo tempo que deve coordenar a prestação de tais direitos, pois:

É consenso entre os tratadistas do Direito Constitucional que a teoria da separação de poderes é, em uma sociedade com práticas democráticas avançadas, elemento que consubstancia a limitação do poder estatal, servindo como seu anteparo, visando preservar intacto da melhor maneira possível, o usufruto das garantias e liberdades individuais previstas nas cartas constitucionais. (CAMPANO, 2013, p. 63).

Neste sentido, é tido como regra o fato de que a teoria de separação dos poderes é uma maneira para o melhor funcionamento do Estado, gerando eficiência na prestação e possibilitando a preservação do sistema. Sendo assim, entende-se a teoria da separação dos poderes como um sábio mecanismo propiciador da contenção do poder pelo poder, em que alcançará inusitada significação. Por isso, não é por outra razão que o referido princípio foi inscrito de modo incisivo nas Constituições a seguir elaboradas. (CLÈVE, 2000, p. 28).

Dotado de uma lógica verdadeira, a separação de poderes passou a influenciar diversas constituições que vieram a ser elaboradas posteriormente, meio adequado da limitação de um poder pelo outro que, uma vez instituído nos estados, geraria poderes contidos em suas prestações na sociedade.

Portanto, de forma bem singela, pode-se dizer que: ao legislativo cabe legislar, ao executivo, executar as leis, e ao Judiciário, julgar a baliza para o exercício dessas atividades e o sistema de freios e contrapesos, que significa a possibilidade de interferência de um órgão em outro exclusivamente com o fito de “manutenção do sistema”, jamais para se imiscuir na atividade do órgão alheio de forma a permitir o seu desprestígio. (COSTA, 2010, p. 52).

Dessa forma, é importante ressaltar que na visão clássica, a partir do momento em que se abria espaço para a interferência de um poder em outro – tendo em vista os excessos cometidos por um dos poderes –, o intuito jamais seria desmoralizar a instituição que foi além

de suas atividades, mas somente para manter às ordens do sistema sem que houvesse um desequilíbrio.

Como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes, os quais, de regra são explicitamente mencionados nas constituições modernas do Ocidente. Tais unidades orgânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.” (MELLO, 2013, p. 31).

Na visão do aclamado autor Celso Antônio Bandeira de Mello, as funções divididas entre os poderes, ainda que não se esgotem dentro do poder respectivo, deve predominantemente ocupá-lo, fazendo que sua função principal seja a qual fora atribuída desde o início deste.

Na verdade, tinha o modelo como premissa que os órgãos estatais eram representativos da sociedade, de modo que os excessos de cada um deles poderiam ser contidos pelos demais, já que todos eles detinham a mesma legitimidade advinda da representação popular. (PAULA, 2013, p. 275).

Primariamente foi elaborada a teoria de separação do poderes, partindo-se do pressuposto que, à medida que um deles fosse além de suas incumbências, todos eram legitimamente instituídos, de forma que um poderia conter o outro. Conforme Paula:

Estreme de dúvidas, portanto, que o modelo de separação de poderes, baseado em freios e contrapesos, partindo de uma visão homogênea da sociedade, quando transportado para os dias atuais, esbarra na complexidade da sociedade, não atingindo à representação total da sociedade que qualquer modelo de ordenação almeja. (PAULA, 2013, p. 276).

Porém, há de se ressaltar que nos tempos atuais, a mesma teoria não se encaixa tão perfeitamente à realidade uma vez que a sociedade não pode ser concebida de maneira uniforme, portanto, a ideia permanece correta, entretanto não se encaixa tão perfeitamente aos moldes hodiernos.

A missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes. (CLÈVE, 2000, p. 44).

É digno de nota que nos dias de hoje paira uma necessidade de redesenho da teoria da separação de poderes, há uma mudança válida diz respeito ao aumento do Executivo na gestão

porém, na medida em que se infla um poder, deve-se também fornecer maneiras para que este tenha limites que devem ser respeitados para que exista segurança para as demandas sociais serem atendidas.

E nesse contexto de mudança institucional, de diminuição da distância entre a arena política e o espaço jurídico que se propõe uma separação de poderes de forma dinâmica. Essa é a nova realidade; esse, o admirável mundo novo na ordem jurídico-política, da qual não mais se pode afastar invocando modelos apriorísticos sem correspondência com a realidade e deletérios aos próprios anseios da sociedade. (PAULA, 2013, p. 309).

O modelo fixado pela separação de poderes em sua origem não pode deixar de ser levado em consideração, contudo, mais do que isso se aguarda, assim, deve ser aplicado um meio compatível com a realidade, em que o jurídico ventilado pela política ganha a cena. Porém não se deve haver uma miscelânea onde não se distinga a função jurídica e política, por isso faz-se importante visualizar que: “Neste diapasão, tem-se que a despreocupação do constituinte em separar o desde sempre tênue liame entre político e o jurídico leva a uma mistura que pode se revelar eficaz explosivo para a demolição da já combalida repartição de funções constitucionais.” (LAZARI, 2012, p. 57).

2.2 A ascensão do Judiciário (diante da Omissão do legislativo)

A notoriedade conquistada pelo Poder Judiciário ao longo dos anos deveu-se, por parte, ao fato de que a real efetividade das leis editadas pelo Legislativo, por vezes, exige um mecanismo que consiga envolver o comando com maior densidade. Não que não exista na essência das leis uma força, no entanto o ciclo que a norma deve percorrer muitas vezes se completa com a atuação do Judiciário, onde faz-se sentido filiar-se na linha de pensamento que reza:

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. (SOUZA, 2010, p. 91).

A visibilidade se atribui também ao fato de determinadas lacunas que, outrora foram criadas através de certa deficiência legislativo, levou algumas pessoas à buscarem outras maneiras de terem seus direitos realizados. Dessa forma, “a inércia e a omissão do Poder Legislativo em debater temas fraturantes para a sociedade brasileira levam os cidadãos a

buscar outros canais institucionais para que vejam seu direito reconhecido”. (SILVA, 2015, p. 57).

A relevância ascendente do Poder Judiciário traz além da consideração de temas importantes para a sociedade e, como consequência disso, o Supremo Tribunal Federal passa a ocupar um lugar de destaque no interesse geral dos cidadãos.

Por outro lado, a ascensão institucional do Judiciário e a riqueza e importância prática ou simbólica dos temas que ele vem julgando tem provocado um grande aumento no interesse da sociedade pelo Direito Constitucional e pela atuação do Supremo Tribunal Federal. (SARMENTO, 2010, p. 255).

Sobre o papel exercido pelo Poder Judiciário em relação ao Legislativo temos que, em virtudes das leis, bem como as políticas públicas editadas pelo segundo terem um fundamento democrático e consequentemente maiorias que votaram, o Judiciário deve ter também função contramajoritária, afinal, a Constituição ao estabelecer direitos e garantias não só o fez para maiorias, mas o fez também para minorias. Conforme explica Gomes e Balestero:

O caráter majoritário das leis bem como de políticas públicas são o resultado de escolhas políticas fundadas na Democracia, como vontade da maioria, da soberania popular. Por outro lado, a Constituição representa a defesa das minorias contra a maioria atual. Nesse sentido, a Jurisdição atua como instrumento de proteção e garantias dos direitos das minorias, exercendo um papel contramajoritário, como resposta aos ditames constitucionais dos princípios, dos direitos fundamentais individuais e do caráter plural da sociedade. (GOMES; BALESTERO, 2015, p. 45).

A proteção realizada pelo Judiciário às minorias, também pode ser refletida no fato de que, já que estas não ganharam lugar na batalha contra uma maioria vencedora, há ainda um “luz no fim do túnel” que abre espaço para tal participação na vida política dessas pessoas, pois “[...] no fundo, portanto, a própria idéia de um judiciário controlando as instâncias políticas traz a garantia para uma minoria, de que na remota hipótese de perderem na arena política, terem no espaço jurídico a salvaguarda de seus interesses”. (PAULA, 2013, p. 279).

Como bem ressaltado pelo mestre José Afonso da Silva, ao legislador cabe a faculdade da edição da norma, não havendo uma apreciação negativa caso não a faça. Porém, deve-se lembrar que, uma vez que opta para a feitura de um lei, deve inquestionavelmente levar em consideração os ditames constitucionais, que são obrigatoriamente limites existentes, onde observa-se que:

O legislador tem apenas uma faculdade . Quanto a iniciativa da lei, tem discricionariedade completa, não podendo sequer ser censurado moral ou

politicamente se não a tomar, até porque, nesse caso, sequer cabe declaração de inconstitucionalidade por omissão. Fica, porém, vinculado ao texto constitucional se resolver disciplinar os interesses ou instituições consignados à sua descrição. (SILVA, 2008, p. 134).

O Judiciário e sua interpretação ganham mais amplitude diante de princípios constitucionais, pois à medida que ocorrem mudanças sociais, estes vão se adaptando dinamicamente. Não obstante, apesar da forte carga valorativa que os princípios possuem, deve haver um respeito a um núcleo significativo para o qual ele foi criado, assim as possíveis alterações que vão se amoldando não deixam de levar em consideração ao real papel de tal preceito. “O elevado grau de abertura dos princípios constitucionais permite que sejam adaptados, pela interpretação, às mudanças históricas. Contudo, existe um significado ou conteúdo mínimo que não é alterável mediante interpretação”. (BERCOVICI, 2003, p. 308).

Há de se observar que no Brasil a realidade que se faz presente quando se refere ao texto constitucional é a presença do subjetivismo, o qual leva ao inchaço do Poder Executivo e, por vezes, desídia do Poder Legislativo:

A linguagem abstrata e genérica do texto constitucional, portanto, serve como uma garantia de que, curiosamente, a harmonia e a independência dos poderes persistam em agigantamento do Executivo e retração da atuação parlamentar. A chave para o problema, porém, está em entender o real papel do judiciário, deferente às escolhas das instâncias representativas, mas intolerante com posturas que transbordem dos limites constitucionais. (PAULA, 2013, p. 304).

Em contrapartida, há a presença proativa do Judiciário que, tendo em vista o desequilíbrio ocorrido entre os outros poderes, deve antes de tudo reconhecer o que houvera sido escolhido pelos representantes legitimamente eleitos. No entanto, não deve “cerrar os olhos” diante de limites ultrapassados por eles, e assim traz-se o avanço partindo do pressuposto que:

Neste ponto, é notável o avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década. Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passassem de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. (SARMENTO, 2010, p.179).

Nas palavras de Daniel Sarmento havia um distanciamento pontual entre o texto constitucional e os direitos que este estabelecia com a aplicabilidade de ambos na realidade. Assim, o que não saia de programas etéreos passou a poder ser exigido para que se tornassem

palpáveis aos indivíduos através de ações positivas do Estado. No entanto, atualmente, este panorama se inverteu. Tornaram-se frequentes em todo o Brasil as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. (SARMENTO, 2010, p. 180)

Diferentemente do afastamento antes existente entre norma e pedidos, hoje são recorrentes as ações que requerem prestações ajuizadas judicialmente para que se exija o que foi garantido na constituição. Porém há de se observar que existem outros atores que fazem parte da realização de direitos, o que as vezes gera impedimento para a realização destes é o fato de que : “Entretanto, a nossa realidade nos mostra um legislativo inerte e uma administração ineficiente gerando a necessidade de ingerência do Poder Judiciário no espaço político”. (GOMES; BALESTERO, 2015, p. 44).

Como consequência do panorama nacional da atualidade, visualizamos que há o fortalecimento do Poder Judiciário, pois este avoca para si competências, inclusive políticas, devido à ineficiência da gestão do executivo ou estagnação por parte do Legislativo. O que amplia a eficiência do mesmo Poder, explicando-se essa visão a partir de que:

A opção da Constituição de 1988 pela inserção explícita de um conjunto dos Direitos Fundamentais, inclusive sociais e da normatividade dos princípios constitucionais, conferiu ao Poder Judiciário concomitantemente uma competência legítima e inafastável para atuar como verdadeiro garantidor dos Direitos Fundamentais. (GOMES; BALESTERO, 2015, p. 45).

Muito do agigantamento atribuído ao Judiciário nesses últimos tempos sob a vigência da Constituição Federal de 1988 foi devido a uma conjunção de fatos, envolvendo tanto a realidade constitucional brasileira, que é de certo uma grande margem para que dela se originem diversos direitos. E isso somado a diminuição no agir de outras instâncias, que eram supostamente responsáveis para garantir tais direitos, abriu-se espaço para um Judiciário que além de suas funções originárias galga outras, traduzindo em pouco, assegura o que estava distante ou o que era tido por quase irrealizável. Auxiliando para tal entendimento, faz-se mister compreender que:

Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência. (ÁVILA, 2014, p. 218-219).

O Judiciário tem que se fazer sempre presente devido ao seu papel, pois age diante dos outros poderes como filtro, devendo avaliar se age como se deve e se emprega o que deve ser posto trazendo segurança para a coisa pública. Diante desta perspectiva, Ávila destaca que:

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos poderes. (ÁVILA, 2014, p. 219).

Dentro de qualquer compreensão atribuída ao Poder Judiciário, segundo Humberto Ávila, não há o que se lembrar de uma possível usurpação por parte do mesmo, das funções dos outros poderes, ao passo que se faz relevante abordar que o Judiciário é predestinado a realização de controles, sejam de constitucionalidade diretamente ou não.

2.3 Políticas Públicas

As políticas públicas, de uma maneira simplória de conceituação, são mecanismos que buscam alcançar fins públicos, que surgem da necessidade da população em determinadas áreas. Sobre o conceito de políticas públicas, Oliveira afirma que:

O que deve estar claro é que o conceito de políticas públicas não compreende apenas as metas e os programas traçados na Constituição Federal, mas vai além para abarcar as próprias ações concretizadoras ou implementadoras do agente público estatal em esforço conjunto, coordenado e cooperativo com a iniciativa privada. (OLIVEIRA, 2005, p. 69).

Desta maneira, percebe-se que o alcance de uma política pública é muito complexo, dado que envolve alguns setores da sociedade, não se atendo apenas ao setor público, envolvendo a participação do setor privado também. Partindo desse pressuposto, a política pública é considerada uma categoria jurídica nova, decorrente do conceito de atividade, visto como um conjunto de normas e atos, com uma finalidade. (SMANIO, 2013, p.7).

Trata-se de um instituto relativamente novo que tem uma meta, por mais abrangente que seja, em toda política pública há um propósito que está diretamente ligado a prestação de algo para a população, afinal,

A realidade social de hoje demanda do Estado uma enorme gama de atividades para garantir da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais, daí a afirmação de que o Estado é Democrático e Social de Direito, significando que o Estado deve realizar políticas ou programas de ação, para atingir determinados objetivos sociais. (SMANIO, 2013, p. 6).

O grande ator da sociedade se traduz na figura do Estado – o que não impede a existência de outros atores –, porém, nos tempos hodiernos, há por parte desse ator certo comprometimento de cunho garantidor, levando-o ao dever de concretizar direitos, e isso pode se dar através de políticas públicas, conforme explica Duarte:

A política pública de acordo com essa concepção, está voltada à realização de direitos por meio de arranjos institucionais que se expressam em programas de ação governamental complexos. Trata-se de uma série de estratégias para fomentar o uso racional dos meios e recursos postos à disposição dos Poderes Públicos para desempenhar as tarefas próprias do Estado Social e Democrático de Direito. (DUARTE, 2013, p. 18).

A logística constitucional fornece o aparato necessário para que se utilize por parte dos agentes públicas medidas úteis que busquem a consecução dos fins aos quais se mira, porém que se utilize de maneira racional os meios aos quais possui o Estado.

Em relação às Políticas Públicas, desde a sua decisão, até sua concretização devem poder ser acompanhadas por seus destinatários, que, assim, poderão efetuar o controle necessário dos atos estatais até mesmo da sociedade civil organizada que atue em cooperação com o Estado na execução das políticas. (SMANIO, 2013, p. 11).

Como lembrou bem Smanio, não deve haver pura e simplesmente a execução de políticas públicas sem que se haja fiscalização, assim, aos indivíduos que se destinam tais políticas deve existir por parte destes uma avaliações de resultados do que se está sendo prestado. E, relacionando-se a este fato deve ser frisado o papel permitido ao Judiciário, assim : “Já o Judiciário, por óbvio, não tem a função precípua de formular e implementar políticas públicas. Contudo, ele pode participar do processo, aprovando ou desaprovando uma determinada política pública à luz de parâmetros juridicamente vinculantes”. (DUARTE, 2013, p. 27).

Quando se falou numa participação cooperativa e ampla no tocante a políticas públicas é válido lembrar que poderá haver a participação do Poder Judiciário e este avaliará tal ação afirmando estar ou não ela de acordo com os limites existentes. Neste âmbito, para Duarte “[...] dizer que ao Judiciário não cabe determinar a execução de políticas públicas sob o argumento genérico de usurpação de competência do Legislativo e do Executivo traduz uma visão estanque do conceito de separação de poderes, que , aliás , nem Montesquieu defendeu”. (DUARTE, 2013, p. 28).

No tocante a presença do Judiciário no procedimento de políticas públicas é relevante avaliar que a separação dos poderes e/ou funções não pode ser uma justificativa para que se impeça o controle por parte do Judiciário, pois soa desconexo diante do dever atribuído a cada poder, ao passo que não haverá uma invasão por parte de algum poder no outro:

A promoção do diálogo entre os Poderes Públicos com o objetivo de contribuir para a realização de direitos constitui uma tarefa importantíssima a ser desempenhada pelo Judiciário no quadro de um Estado Social, de modo a permitir a verificação da presença e adequação dos elementos necessários à configuração de uma política pública. (DUARTE, 2013, p. 36).

Deve-se visualizar muito mais uma maneira dialógica do que isolada o modo em que as políticas públicas se inserem na sociedade, a participação de um poder, não tem o condão de inibir a presença de outro. Ou seja, avalia-se o grau no qual o Judiciário age no controle, logo, coerentemente, frisa-se:

Assim, o debate sobre a possibilidade de intervenção judicial nas escolhas feitas pelos gestores públicos - na substituição destas ou na verificação de suas omissões e consequente determinação de medidas concretas a serem observadas pelos administradores é dos mais interessantes para a caracterização ou não de um ativismo judicial. (LIMA, 2014, p. 296).

No que tange a interferência do controle do Poder Judiciário, ao controlar os possíveis erros cometidos pelos responsáveis pela execução de tais medidas, deve haver um controle comedido pois, do contrário, caso ultrapasse as funções institucionais, caracterizar-se-á como um ativismo invasivo de competência do outro poder.

Segundo Duarte:

Como já reconheceu o próprio STF, é preciso que o Judiciário assuma um novo papel, passando a funcionar como um órgão capaz de estabelecer um diálogo constitucional, exigindo dos poderes públicos explicações objetivas e transparentes sobre a escolha de prioridade de ação e alocação de recursos públicos, por exemplo, sempre que provocado nesse sentido. (DUARTE, 2013, p. 41) (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-5).

Assim, de uma maneira que haja diálogo e não imposição, a participação do Judiciário funciona como um intermediador com poderes, já reconhecido pelo STF, inclusive, que o Judiciário tem um funcionamento proativo para que se encaminhem da melhor maneira os recursos públicos. Por isso há de se lembrar da dificuldade para a realização que trazem as normas constitucionais, trazem em seu seio:

No plano fático verifica-se uma descrença na efetividade das normas constitucionais, que se substancia na impossibilidade de concretização imediata de determinados preceitos, em especial os direitos que exigem uma

atuação positiva do Estado, como é a realização das políticas públicas. (SIQUEIRA JR, 2011, p. 42).

Porém, na realidade, há uma descrença social devido ao distanciamento que existe entre o texto garantidor e o direito efetivamente realizado, especialmente nos direitos que advém da necessidade social que são os pregados em políticas públicas. Neste sentido, “[...] as políticas públicas que possam dar concreção aos programas de ação e que promovam o bem estar coletivo requerem ação e onde e sob qualquer forma que se apresentem, impõem aos que se dirigem um dever de ação”. (OLIVEIRA, 2005, p. 75).

A política pública em si mesma carrega o dever de uma atuação, é como se o que se encontra nela descrito tivesse a obrigatoriedade de se “solidificar”, de se tornar factível e possível, visto que “[...] diante das incertezas do processo decisório político (e dos riscos a ele inerentes) o Judiciário estaria, cada vez mais, assumindo um papel de revalidador, de legitimador ou de instância recursal das decisões políticas”. (CAMPILONGO, 2011, p. 80).

Há por parte do Judiciário uma presença que tende a diminuir as incertezas e descréditos trazidos pelo processo político, ratificando às políticas públicas, acrescentando às mesma um grau de validade maior.

2.4 Judicialização

Sendo um fenômeno mais tendente a ocorrer nos dias de hoje, em razão do crescimento da importância das instâncias judiciais para as soluções de conflitos da sociedade como um todo, a Judicialização gera uma atração para o Poder Judiciário de causas que anteriormente não faziam parte de sua agenda.

A respeito do significado de Judicialização, Barroso elucida que:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas , em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2013, p. 229).

Como afirmou o autor Luís Roberto Barroso de maneira simples, porém esclarecedora, a judicialização se trata da atração por parte do Poder Judiciário de causas que não lhes pertencem originariamente, mas que lhe afluem, trazendo-lhe poderes. E esse fenômeno da Judicialização ajuda a desenhar o Estado de Direito, assim, entende-se, que:

Assim, a judicialização da política é um processo que tem origem no século XX, quer como consequência , quer como pilar do Estado democrático (ao final da 2ª Guerra Mundial), e depois , entre as décadas de 70 e 80, como

baliza que moldaria a feição do Estado Democrático de Direito. (SOUZA, 2010, p. 85).

Pode-se dizer que a Judicialização tem relação com o Estado Democrático de Direito que, como dito anteriormente, não bastaria à lei por si só, de forma que esta deveria trazer valores morais e éticos, logo, ao afirmar que o fato de carimbar como judicial a política estaria trazendo valores a esta que não se atribui anteriormente. Bem como também tem a judicialização uma ligação com o ativismo judicial, onde:

Embora correspondam a noções distintas, ativismo e judicialização da política se relacionam, uma vez que as chances de sucesso da demanda-afetada em vista de critérios jurídicos e também da receptividade do tribunal ao pedido formulado, verificável por suas decisões anteriores- convertem-se num incentivo para a busca da intervenção judicial. (LIMA, 2014, p. 224).

Mesmo com diferenças entre ativismo e judicialização, estes possuem vínculo, da maneira que o primeiro é uma prática do judiciário e o segundo é o valor judiciário atribuído, em um caso ou em outro visa-se a interferência do Judiciário. Assim, “[...] a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar a centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais”. (ASENSI, 2013, p. 213).

A crescente posição ocupada pelo Judiciário aumenta junto com a evolução da sociedade que não pode dissociar a presença deste poder no tocante a resolução de problemas presentes. Sendo atraído para este poder, cada vez mais pautas que o fortalecem, logo :

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.” (MENDES, 2015, p. 667).

Como bem frisado por Gilmar Mendes, não é tarefa do Poder Judiciário a criação das políticas públicas, porém, devem-se fazer avaliações para que sejam realizadas da melhor maneira, pois é preciso “colocar na balança” a efetividade de direitos previstos na constituição e, conseqüentemente, se o Poder Público está cumprindo, ou quando este não cumprir o

porquê que o fez. O fato do Poder Judiciário ter aumentado tanto visibilidade bem como atuação pode ser esplanado:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. (BARROSO, 2013, p. 231).

Barroso atribui ao fenômeno da judicialização brasileira à existência de uma gama forte de direitos previstos na Carta Brasileira, e também ao fato do controle de constitucionalidade ser realizado de duas maneiras mundialmente conhecidas – a americana e a européia –, fazendo com que se possa exercer, por parte do Judiciário, da maneira mais ampla possível o controle das normas em todo o território nacional. Portanto, “[...] o que hoje se identifica como um processo de politização do judiciário, nada mais é que o resultado de desenvolvimento de sensibilidade para dar respostas necessárias às necessidades coletivas pela expansão da função política dos Tribunais [...]”.(OLIVEIRA, 2005, p. 213-214).

O envolvimento do Judiciário com a política muito tem a ver com a vontade que se providencie eficiência aos pedidos dos indivíduos que não tiveram seus direitos fornecidos de outra forma. E, politicamente o correto seria a realização do bem comum, que atrela-se a presença mais fortalecida do Judiciário, onde no Brasil atribuiu-se que:

Entendido o ativismo como uma prática oposta à auto contenção judicial e que se justifica em um contexto de crise da representação popular e de ampliação do direito – que não é mais apenas lei –, agravado no caso brasileiro por ser a nossa Constituição altamente compromissória e prolixa, aponta-se, ainda que sucintamente, que o crescimento da invasão das funções legislativas e administrativas pelo Judiciário se dá sob o influxo de um movimento maior, que é o da judicialização da política. (PAULA, 2013, p. 294).

Logo, tendo em vista uma conjunção de fatores, seja a descrença nos representantes eleitos democraticamente e a consequência de um judiciário ativo, seja diante de uma Constituição como a brasileira que traz um dever de cumprimento de direito previstos, há uma automática união da política ao Poder Judiciário através da judicialização que tem um motor social enorme hoje em dia.

3 O ATIVISMO, CONCEITO E CORRELAÇÕES

O ativismo traz distinção e controvérsia nos posicionamentos, no entanto, *à priori* sem que se tragam valorações, trata-se de uma atitude por parte dos juízes que, no exercício de sua função, levam em conta outros aspectos que nem sempre estão na lei, porém que dela podem derivar, a título de exemplo, nos julgamentos quando se utiliza de princípios que, apesar de serem previstos constitucionalmente, carregam grande carga de abstração. Para que se compreenda mais tal fenômeno do ativismo faz-se mister saber com o que este se familiariza, ou seja:

A primeira definição do ativismo judicial peca pela precariedade ínsita à toda concepção inaugural. Ademais, constituía uma descrição jornalística das perspectivas jurídicas e, por conseguinte, políticas dos juízes, sem outras pretensões. De toda sorte, fixa um aspecto importante sobre a noção : a ideia de que determinados magistrados, a partir do instrumental fornecido em sua formação acadêmica e de considerações particulares sobre o direito, podem inclinar-se a desenvolver uma visão expansiva da revisão judicial. (LIMA, 2014, p. 165).

Primeiramente é necessário afirmar que o conceito prematuro de ativismo advém de uma notícia jornalística, mas de qualquer forma guarda uma ligação com a realidade, qual seja, o fato de o ativismo ser uma prática que amplia a atuação do juiz em seus conhecimentos originários. Sobre as origens ativismo judicial e a relação com a Suprema Corte, Costa ressalta que:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral. (COSTA, 2010, p. 53).

Sendo originado dos Estados Unidos da América, quando pela atitude da Suprema Corte se alcançou direitos, o ativismo judicial atuou de maneira ao esquivar-se de problemas ao fazer com que houvesse apoio à sociedade trazendo mais igualdade. E, além de atuar para que haja concretização do que fora constitucionalmente previsto, há de se lembrar que muitas vezes essa efetivação concentrava-se sob tarefa dos outros poderes, logo:

De forma singela, afirma-se que o ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes. (COSTA, 2010, p. 52-53)

Simplificadamente, pode-se dizer que diante da ordem constitucional que prega uma infinidade de direitos ao ser humano, o ativismo judicial seria a ação do Judiciário na concretização do que fora estabelecido, fazendo-o de maneira mais ampla do que o lhe fora conferido de maneira inicial. Porém a dosagem com a qual atuação do Poder Judiciário ocorre é vital para a caracterização de ativismo, deve observar, que : “Um cenário político hostil pode conduzir à postura de passivismo judicial; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória traduz-se em larga oportunidade ao ativismo judicial”. (CAMPOS, 2014, p. 154).

Em contrapartida, quando não se confere aos juízes a larga oportunidade de julgar a realidade política, fica-se frente ao passivismo, assim, não se confundindo com o ativismo que sendo o oposto, dá-se aos juízes a chance de julgar de maneira mais livre e que conceda direitos. Segundo Paula:

O caso do ativismo não é diferente. Por um lado, sabe-se que a idéia de judicial review, datada e localizada, deu ensejo a um modelo de controle de constitucionalidade difuso. Fala-se aqui dos Estados Unidos da América e o famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, ocasião primeira a partir da qual a Suprema Corte americana afirmou a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre atos normativos advindos de outros órgãos políticos. (PAULA, 2013, p. 282).

Pode-se ainda falar na influência anterior da Suprema Corte Norte Americana no ativismo, quando se abriu para o Judiciário o poder de julgar os atos de outras instâncias políticas, de maneira difusa, ou seja, por qualquer juiz ou tribunal, no tão famoso caso *Marbury Vs. Madison*. No Brasil, a influência, para a configuração do ativismo muitas vezes deriva da atuação do Poder Legislativo, que nas palavras de Barroso:

Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala - e este é o caso do Brasil- em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2013, p. 234).

No Brasil há uma inflação do Poder Judiciário, pois este diante da realidade social abarca mais poderes para a concretização de direitos em relação ao legislativo que, por vezes, ineficiente acaba tendo seu espaço diminuído. Portanto, “[...] os juízes criam novo direito toda vez que decidem um caso importante, mas essa criação guarda relação com o direito anterior, o que corresponde à idéia de *romance em cadeia*”. (ASENSI, 2013, p. 208).

Mas ao se conferir mais espaço para os juízes não se está o fazendo de maneira desregrada a ponto de não haver qualquer vínculo aos direitos conferidos anteriormente, ou

seja, diante de casos emblemáticos, deve haver uma coerência, uma lógica, para que o judiciário possa “inovar”. E, uma vez inovando, a postura do Judiciário é mais considerada como avanço do que como regresso, na ótica de Daniel Sarmento, há a seguinte posição:

No Brasil, é muito comum traçar-se um paralelo entre a defesa do ativismo judicial e posições sociais progressistas . Talvez isso se deva ao fato de que na nossa história, o Judiciário brasileiro tem pecado muito mais por omissão, acumpliciando-se diante dos desmandos dos poderes político e econômico do que por excesso de ativismo. (SARMENTO, 2010, p. 258).

Na visão de Daniel Sarmento o histórico brasileiro pecou numa omissão por parte do Judiciário, logo, o conceito de ativismo, partindo da premissa que o judiciário estaria atuando de maneira proativa, relaciona-se automaticamente com uma evolução por parte desse poder. Barroso corrobora que o Judiciário por lógica deve exercer seu papel atendendo ao que lhe fora demandado, e o grau de ativismo será mensurado a partir de como esse poder, responde a demanda, logo : “Juízes e Tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como tenham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial .” (BARROSO, 2013, p. 232)

Barroso crê que o juiz vai se pronunciar impreterivelmente, porém a caracterização ou não de ativismo judicial virá da maneira com a qual ele se portará diante da demanda que fora ajuizada. Baseando-se também através de outros mecanismos, o juiz forma sua convicção, pois:

Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem e do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida esta premissa -a de que o juiz, ao menos em certos casos precisa recorrer a elementos extrajurídicos -, ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação. (BARROSO, 2013, p. 249).

Vale lembrar que devido a variedade de juízes existentes não é correto querer que todos pronunciem o direito da mesma maneira, no entanto, todos partirão da premissa legal e, caso esta não se esgote de significado, buscar-se-á meios que estão fora das normas, tais quais a filosofia. E ao tratar de tal atuação dos juízes, esta se dará a partir de algumas causas, valendo salientar que:

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim “resolve” problemas políticos

por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos [...] (REVERBEL, 2010, p. 73).

Desse modo, o que o juiz objetiva é a solução do caso concreto em virtude de alguns fatores, seja a falta por parte do Poder Legislativo, seja a não existência ou má utilização dos recursos por parte do administrador, entre diversas outras causas, é que se busca um juiz que saia de sua seara e se faça legítimo para agir em outras.

Lição das mais importantes diz sobre a diversidade dos fatores explicativos do ativismo judicial. Diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico- cultural favorecem, restringem, enfim, moldam o ativismo judicial e devem, portanto, compor a equação explicativa ao lado de elementos normativos como “democracia” e “constitucionalismo”. (CAMPOS, 2014, p. 162-163).

A dosagem de ativismo praticada pelos juízes e tribunais é resultado de uma série de elementos que compõem a realidade do Estado, sejam esses elementos internos, ou seja, eles externos. Assim, juntamente com a vontade do povo, bem como a força que possui sua constituição, tal ativismo vai moldando-se. Conforme Campos:

Quando se afirma ser o núcleo comportamental do ativismo judicial a expansão por juízes e cortes de poder político- normativo sobre as outras arenas rescisórias relevantes e que as cortes acabam, desta forma, se comportando como autênticos atores políticos, está-se, na verdade, dizendo que as relações institucionais compõem o centro do debate e não o acerto ou o erro de mérito constitucional ou moral das decisões judiciais. (CAMPOS, 2014, p. 155).

Neste sentido, ao criticarem a postura ativista muito enfatizam o fato do protagonismo político que ocorre diante da postura proativa dos órgãos judiciais. No entanto, o fato do Poder Judiciário emergir em causas importantes não o transforma em vilão, não devendo se ater a essa premissa, mas demonstra-se que são problemas que merecem ser analisados em face da sua relevância social.

3.1 O Supremo Tribunal Federal e sua atuação

Diante da suprema importância para a realidade brasileira, o Supremo Tribunal Federal é a Corte de mais alta escala, representando órgão que o traz destaque principalmente na atualidade em que vem ganhando atenção, inclusive da mídia, ao aproximar a sociedade ao judiciário:

Não obstante a ascensão institucional em geral do Judiciário, é o Supremo Tribunal Federal a instituição que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem mais, gradativa e destacadamente, ampliado a participação na vida pública brasileira, ganhando mais visibilidade e importância política e social e se transformando em ator central do nosso sistema de governo. (CAMPOS, 2014, p. 211).

Como consequência da visibilidade atraída ao judiciário, há a visibilidade do Supremo Tribunal Federal. Outra justificativa é que a Constituição Federal de 1988 o torna núcleo das relações do governo brasileiro. E, em sua formação a Corte brasileira, é formada da seguinte maneira:

O Supremo Tribunal Federal compõe-se, atualmente, de onze ministros, escolhidos dentre pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada, maiores de 35 anos e menores de 65 anos, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. (MENDES, 2015, p. 979)

Em sua composição há 11 ministros com idade entre 35 e 65 anos, que devem ter notório saber jurídico e reputação sem máculas, além de serem nomeados pelo Presidente da República após aprovação por parte do Senado Federal. Sobre o perfil profissional de um ministro, Mello destaca que:

De todo modo, parece válida a afirmação de que o perfil de um ministro do Supremo Tribunal Federal, nomeado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado, é naturalmente o de um profissional que transita tanto pelo direito quanto pela política. Portanto, não se pode esperar que ele seja absolutamente indiferente a questões ideológicas. (MELLO, 2013, p. 369).

Diante do caminho entre Direito e Política há similitudes, e mais especificamente nos casos em que se nomeia juízes por parte do Presidente da República, para a composição de uma Corte Constitucional é notório a presença da política nos membros do STF. Afinal, embora sejam juízes, não deixam de ser juízes políticos, e é importante frisar:

A rigidez da separação de Poderes no sistema presidencialista potencializa a necessidade de um árbitro nos conflitos frequentes entre Executivo e Legislativo e no controle constitucional dos atos destes dois Poderes. Se, por um lado, o STF adquire eminência mais pronunciada neste sistema político, por ser o agente mais qualificado para arbitrar tais conflitos e para salvaguardar a Constituição, por outro ele não está sozinho nessa tarefa. (ARANTES, 1997, p. 198).

Como ressaltado, o Supremo Tribunal Federal funciona como um mediador entre os poderes, e também com função de controlá-los em seus limites, entretanto, apesar dessa competência cedida a ele, é importante uma ação conjunta, pois o STF não pode ser

responsável sozinho por um complexo processo jurídico e político, embora tenha a maior parte dessa tarefa. Não obstante, “[...] ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Desempenha ele, de modo concentrado e, ipso facto, privativo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da República, nas hipóteses em que cabível”. (BARROSO, 2008, p. 148).

Dentre suas funções, o principal papel exercido pelo tribunal está no fato de ser o guardião da Constituição Federal e nas hipóteses em que essa estabelece e realiza o controle de constitucionalidade nas modalidades difuso e concentrado diante das normas frente a República de forma exclusiva. E nas suas tarefas o Supremo Tribunal Federal, realiza da seguinte maneira:

A corte constitucional ocupa-se do controle concentrado, na apreciação da ação declaratório de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mandado de injunção (MI) e proposta de súmula vinculante (PSV). Já a corte recursal refere-se ao julgamento das ações que chegam ao Tribunal por força do questionamento de decisões tomadas por outras instâncias judiciais quanto à matéria constitucional- no exercício do controle difuso (concreto e individualizado), cujas principais categorias são os recursos extraordinários (RE) e agravos de instrumento (AI). (LIMA, 2014, p.230-231).

Da vasta competência que detém o Supremo Tribunal Federal, há o controle concentrado e as ações cabíveis, quais sejam: ADO (Ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ADI (Ação direta de inconstitucionalidade), ADC (Ação declaratória de Constitucionalidade), ADPF (Ação de descumprimento de preceito fundamental), MI (Mandado de Injunção) e PSV (Proposta de Súmula Vinculante). Além do controle concentrado, à Corte chegam processo provindos de outros tribunais em grau de recurso que se manifestam nas formas de Recurso Extraordinário (RE) e agravo de instrumento (AI).

Segundo Campos:

Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas. (CAMPOS, 2014, p. 153).

Trata-se de um fenômeno de caráter mundial, haja vista que as principais cortes dos países adquirem importância tamanha devido ao fato de que decidem sobre causas que afetam diretamente a sociedade, de maneira que não se pode impedir que estas se tornem necessárias

para o processo democrático. No caso brasileiro, a atuação do Tribunal Superior representa um mecanismo de importância para soluções dos problemas nacionais, assim:

A jurisdição constitucional no Brasil vem ganhando importância cada vez maior. Diversas questões centrais da vida pública brasileira são debatidas hoje à luz da Constituição, o que decorre da retomada de uma dimensão mais profunda do princípio do Estado do Direito e dos esforços no sentido da consolidação do princípio democrático. (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 220).

Ocorre com os julgamentos das questões sociais relevantes por parte da Corte a viabilização do que é constitucionalmente previsto, fazendo com que se concretizem valores vitais para a sociedade. Logo, dotada de viés a favor a democracia a jurisdição se concentra em:

À jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situada no limite entre o jurídico e o político sua missão será a de intervir a favor e não contra a democracia. “ (BINENBOJM, 2001, p. 10).

Conforme elucida Gustavo Binjenbojm, a jurisdição constitucional trata-se de função contramajoritária, pois assegura não só o cumprimento de direitos de uma maioria, como também atenta que as minorias não podem ser esquecidas. Porém, apesar desse viés, não se pode agir contrariamente à democracia. A repercussão do Supremo é vasta, atingindo diversos setores onde entende-se, que:

E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político- institucional sobre o qual sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo : a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros poderes , instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento. (BARROSO, 2013, p. 258).

Mesmo ganhando grandiosas proporções o Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário possuir ação conjunta com outros atores que fazem parte do processo político, o qual suas decisões repercutem, de maneira que seu poder não deve ser exercido de maneira ilimitada e de maneira isolada. “Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF

estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte”. (SARMENTO, 2013, p. 94).

A busca pela jurisdição constitucional por mais demandas sociais faz com que o Supremo Tribunal Federal atue de maneira dinâmica, modificando o seu planejamento para atender aos pedidos, pois:

Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. (BARROSO, 2013, p. 245).

Apesar da interpretação ser função jurisdicional por excelência de todos, o Supremo Tribunal Federal traz um trunfo na frente dos outros tribunais e juízes, uma vez que este impende o ponto final da interpretação, agregando poder a decisão de modo que se vincule os outros poderes.

No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um hearing, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juízes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. (BARROSO, 2013, p. 264).

Com proeminência, segundo Luís Roberto Barroso, deve-se observar a Corte Brasileira, pois em comparativo com as demais cortes, visualiza-se aqui um processo mais democraticamente realizado devido a participação de atores sociais, o que imprime uma comunicação diversificada, aprimorando o debate. Devem ser levados em consideração uma série de fatores além da lei para a elaboração das decisões, compreendendo-se que: “Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral”. (BARROSO, 2013, p. 267)

Porém, há de se lembrar que mesmo diante de uma participação da população, o que caracteriza uma certa consideração pela opinião popular, não devem os julgadores formarem seus juízos tão somente pela opinião da massa, pois esta nem sempre é a mais apropriada. Neste sentido, a partir dessa premissa, visualiza-se o viés contramajoritário que deve ser exercido pela Jurisdição Constitucional:

De tais observação é possível inferir que, quando a jurisprudência recorre à noção da vontade do legislador, buscando nesse conceito um limite à

realização da interpretação conforme a Constituição, nada mais faz senão procurar um ponto de vista dogmaticamente neutro para a construção hermenêutica a ser realizada. (LAURENTIIS, 2012, p. 115).

A formação da interpretação dos juízes não pode ignorar o que intentou o legislador e juntamente a vontade da própria Constituição, realizando sempre um balanço para que não se afaste plenamente uma ou outra, tendo em vista que “[...] se há uma forte tendência a argumentar com base em princípios na respectiva Corte, é compreensível que se utilizem meios retóricos que correspondam a esse contexto”. (NEVES, 2013, p. 216).

Desta maneira se faz saliente a utilização por meio da Corte em suas argumentações de princípios constitucionais, dado que estes possuem uma grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro. E além dessa relevância há uma expansão na sua atuação, que resulta das entrelinhas da Constituição, pois:

O Supremo Tribunal Federal também exerce uma série de competências que o modelo constitucional brasileiro implicitamente lhe confere. Há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional. (MENDES, 2015, p. 985).

Além da competência que já se encontra expressamente prevista, como ressaltado pelo ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal avoca para si também competências implícitas que constam na Carta brasileira. Segundo Mendes:

O sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece que o argumento da competência estrita do STF não encontra respaldo na prática jurisprudencial. Afigura-se, pois, incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação, corrente em inúmeros manuais, segundo a qual a competência da Corte há de ser interpretada de forma restritiva. (MENDES, 2015, p. 987).

Afirma que se faz prudente analisar não apenas de maneira fechada as competências da Corte criticando a doutrina que tem visão restritiva do que do que seriam os poderes do Supremo Tribunal, pois diante de algum espaço vazio há de se fazer presente atuação da Corte para que se preencha o que outrora não fora realizado. Um importante mecanismo de atuação que possui o STF, é a súmula vinculante, que :

A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um

espaço de tempo muito amplo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico - institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação. (MENDES, 2015, p. 996).

Um dos instrumentos que o Supremo Tribunal Federal dispõe em sua competência é a edição de súmulas vinculantes que, segundo Gilmar Mendes, estas devem ser produzidas no tempo adequado, tendo em vista a presença de controvérsia a respeito da matéria, fazendo com que o entendimento do tribunal seja repetido em outras instâncias, inclusive, na Administração Pública de maneira ampla. Algumas opiniões divergem do atuar da Corte, tendendo a crer que há um desvio ou excesso em suas decisões, nesse sentido:

Contudo, a forma como a Corte tem utilizado esse instrumento tem sido fator de ampliação ainda maior de poder, haja vista estar passando por cima das condições impostas pelo constituinte derivado para a edição das súmulas e, dessa forma, tem criado normas gerais e abstratas em hipóteses além do autorizado pela Constituição. (CAMPOS, 2014, p. 311-312).

De maneira crítica vista por alguns autores, dentre eles Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o mecanismo da súmula vinculante traz como consequência o sobrepujamento do poderio dado à Corte, deixando margem para que ela vá além de seus limites na edição de tais súmulas.

3.2 Sobre a efetivação de direitos e princípios

Os direitos que vêm previstos em preceitos normativos devem ser parte do Estado cumpridos para que se vislumbrem realizados ou realizáveis, cabendo as instâncias tutelá-los para que não sejam mera folha de papel. Portanto, “[...] a norma jurídica é, em primeiro lugar, uma regra de conduta social. Seu objetivo é regular a atividade dos homens em suas relações sociais”. (AZKOUL, 2015, p. 10)

A lei tem função precípua de disciplinar as vidas dos indivíduos que vivem sob sua tutela e diante da infinidade e dinamismo dos tipos de vínculos existentes é que atuará a norma para reger a sociedade. No que corresponde ao preceito que se encontra na constituição, este traz uma grande força, por isso :

A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até bem

recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições. (SILVA, 2008, p. 88).

Como bem lembrado por José Afonso da Silva, a atualidade urge por normas constitucionais que tragam consigo não programas distantes e difíceis de serem concretizados, mas mecanismos que permitam que sejam aplicadas de pleno, ou seja, deve a garantia ser o bojo da norma. As normas constitucionais, em particular os direitos e garantias fundamentais, trazem consigo o poder de terem aptidão de serem aplicados de plano, pois:

A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no §1º do art. 5º do Texto, em que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais. (MENDES, 2015, p. 154)

Reafirma Mendes o que a Carta de 1988 explicita que é o fato dos direitos individuais, incluindo-se também os fundamentais, em que se tem a aplicabilidade imediata de maneira imanente. “Ficava assim patenteada, mais uma vez, a distância que vai do idealismo programático da Constituição às concretizações purificadoras e legitimantes da ação política”. (BONAVIDES, 2002, p. 24). Dessa forma, asseverou Paulo Bonavides sobre a Constituição Federal de 1988 que o que acontecia anteriormente a ela, tornava muito mais longíquo o viés factível da norma constitucional, porém a Carta de 1988 atrai em seus preceitos o prestacionismo. De acordo com Gilmar Mendes há um reforço para a autonomia dos direitos fundamentais de maneira que estes não necessitem de normas reguladoras para que sejam aplicados, expressa da seguinte maneira:

Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador. (MENDES, 2015, p. 153)

Já Gilmar Mendes assevera que deve já se encontrar ultrapassado o entendimento existente durante o Estado de Direito mais tradicional, de modo que para se ter acesso a um direito constitucionalmente previsto haveria a necessidade da participação do legislador para que este fosse viável. Para que faça jus a essencialidade a qual os direitos existentes na Constituição se projetam, estes devem poder ser reconhecidos aos indivíduos de maneira aberta, nesse sentido, prega Ronald Dworkin: “Pois o ideal da prestação jurisdicional, no

modelo centrado nos direitos, é de que, na medida em que isso é praticável, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal”. (DWORKIN, 2000, p. 15-16).

Nesta perspectiva, para Dworkin, o melhor para que se alcance pelos cidadãos os direitos que à estes são consagrados pela ordem jurídica, uma vez que estes recorressem à justiça tais direitos deveriam ser exequíveis e alcançáveis. Porém lembrou Ávila do dever do controle na concessão dos direitos: “Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. (ÁVILA, 2014, p. 219). Logo, Humberto Ávila acredita que há certos direitos fundamentais que o possuem em um processo mais criterioso de realização e, na medida em que isso acontece, há uma necessidade maior de participação do judiciário para que se controle a sua efetividade. Para se localizarem no âmbito constitucional, as normas requerem importância, pois: “Se assim é, somos forçados a concluir que o que determina o conteúdo dos direitos fundamentais, e particularmente dos direitos e liberdades e garantias reconhecidos constitucionalmente, é o bem ou valor de proteção”. (QUEIROZ, 2006, p. 21).

Para tanto, leva-se em consideração de que para se caracterizar um direito como fundamental aprecia-se também o grau de relevância que este direito ou liberdade possui, ou seja, há um sentido funcional de atribuição. Afinal, “[...] os direitos fundamentais sociais requerem essencialmente do Estado uma *ação*, não uma omissão, o que naturalmente implica que o legislador goze de uma margem estrutural para a escolha de meios.” (QUEIROZ, 2006, p. 36).

Partindo desse pressuposto, no tocante à direitos fundamentais, há uma “discrecionalidade” do legislador ao escolher maneiras para que se realizem esses direitos que trazem em seu cerne uma postura positiva do Estado, haja vista que “[...] o direito fundamental consagrado na Constituição configura-se como direito subjetivo público. Essa assertiva vale também, em certo sentido, para as denominadas normas programáticas, que regeram os anseios políticos e sociais do povo”. (SIQUEIRA JR, 2011, p. 42).

O direito subjetivo é aquele que permite a exigência de sua prestação por parte do titular de tal, assim, as normas que consagram direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira são normas exigíveis por parte da sociedade. Portanto, para Neves, “a Constituição em sentido moderno depende, no plano estrutural conceitual, para que seja uma categoria apta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea.” (NEVES, 2013, p. 4).

Tendo em vista a conjuntura atual, diante da existência de uma complexidade de problemas, a função constitucional muito se aproxima utopicamente e seria a solução de todas as controvérsias. Contudo, sendo a resolução mais ou menos efetiva, intenta-se reduzir o distanciamento entre o caos e o remédio para este. Deve haver uma ponderação na destinação de recursos pois há diversas causas as quais se debruçar, problemas importantes e a reserva do possível faz-se vital para peneirar ações, assim:

Entendemos que o princípio da reserva do possível deve ser encarado por outro viés : o econômico -financeiro . A exaustão financeira muitas vezes é vista como tão somente a mera impossibilidade de se cumprir as decisões judiciais por restrições financeiras, o que denotaria um sentido restritivo à teoria. Afinal não há tais restrições em um país como o Brasil (talvez no caso do Haiti a reserva do possível possa ser vista nesse sentido). Aqui a questão é outra : há recursos, mas ao mesmo tempo há diversos programas que devem ser atendidos, que operam concorrentemente na busca por recursos: saúde, erradicação da fome, da pobreza, educação, dentre outros. (CARVALHO, 2010, p. 37).

E, na conjunção de tantas dificuldades, em meio à busca de soluções ou também do reconhecimento de direitos, surge mais um empecilho e justificativa para o adiamento da realização de tais garantias, chama-se a reserva do possível, pois embora ao visualizar uma Carta cheia de promessas como a de 1988, há no Brasil uma série de problemas imbricados os quais também são merecedores da destinação de verbas para que se concretizem direitos. Preza-se por um controle para tais merecedores, devido a grande diversidade, assim:

Em primeiro lugar, convém afirmar que a Reserva do Possível é matéria exclusivamente de defesa do Estado. Ora se compete à Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma, em especial aqueles de caráter fundamental, a ela caberá o ônus de contrariar essa determinação. (LAZARI, 2012, p. 58).

A Administração Pública detém o poder inclusive de não conceder certos direitos fundamentais previstos, tendo em vista a alocação dos recursos para outras áreas, baseando-se na reserva do possível. Conforme reitera Lazari:

Assim, quando decidem os tribunais pela existência de limites materiais que efetivamente impedem o Estado de cumprir com seu escopo constitucional (limitação jurídica), significa dizer que os fatores orçamentários pré-considerados foram respeitados, o que se diminui o sentimento de injustiça naquele que teve seu pedido negado.(LAZARI, 2012, p. 77).

Nem todo direito que é coroado na Carta pode ser cumprido (apesar de dever), ao passo que há impedimentos e circunstâncias em que o Estado não pode deixar de levar em

consideração. Logo, o que se pode concluir é que o Estado deve realizar prudentemente seus fins tendo meios adequados, mas uma vez não realizando algum direito, é provável que não há possibilidade de realizá-lo tendo em vista outra infinidade de alguns que foram realizados. Neste sentido, para Godoy:

Os juízes, quando decidem pela não aplicação de direitos sociais reclamados em juízo, também muitas vezes fundamentam suas decisões sob o argumento de que são direitos que têm alto custo (enquanto os direitos de liberdade ou políticos não tem custo algum). (GODOY, 2012, p.152-153).

Desta feita, aos magistrados cabe o condão da decisão sobre a materialização de direitos, pois quando se fala na não negativa de direito, por causa da reserva do possível e sua implicação direta nos cofres do Estado, é devido ao fato que há direitos que são mais “caros” que outros para a máquina estatal. “Os princípios constitucionais também desempenham um papel hermenêutico essencial, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e a aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais”. (PEDRA, 2006, p. 29).

Construída também com princípios, a Carta Constitucional se amolda de maneira mais ampla, pois estes auxiliam devido ao grande grau de abstração no entendimento das demais normas previstas no ordenamento. E esse grau, que ao mesmo tempo abre espaço para outros direitos serem questionados, da mesma forma impede a realização de muitos outros, devido ao fato de que :

É certo que de um lado a vontade popular não é sempre canalizada de forma uniforme e obtém voz consensual no local originário da promulgação das leis, a saber: o Parlamento. De outro, a constituição brasileira tem viés compromissório à proteção de direitos e alta densidade programática, o que demanda que supra - até por via de atuação da Jurisdição Constitucional- a omissão inviabilizadora do exercício de direitos constitucionais. (VIEIRA, 2008, p. 269).

Há uma conjunção de fatores, um mundo complexo para que os direitos cheguem até o seu ponto final, se por vezes há da parte de quem produz as leis (Legislativo) alguma falha e, conseqüentemente, uma Carta que é deveras garantista como a brasileira, se faz lógico buscar que estes direitos sejam viabilizados por parte do Judiciário:

Assim, princípios que compõem um sistema jurídico-democrático, tais como a liberdade e a igualdade, têm que ser postos conjuntamente, em relação dialética com a realidade, num debate de compromisso, em busca da solução mais adequada, evitando-se construções unilaterais ou unidimensionais, que importem o sacrifício de um princípio em proveito de outro: por exemplo, a

igualdade sufocando liberdade, ou a liberdade reprimindo a igualdade. (BONAVIDES, 2009, p.132).

Segundo o ilustre doutrinador Paulo Bonavides, o ideal na existência de princípios é que não haja colisão entre eles, pois são igualmente importantes para a resolução de um conflito, devendo haver um diálogo para que se chegue ao ponto ótimo sem que se abandone por completo algum princípio envolvido. Sobre a finalidade dos princípios, Costa ressalta que:

Os princípios têm por finalidade garantir a unidade, completude e coerência do sistema. São normas jurídicas que trazem consigo forte carga axiológica, enunciando valores a serem preservados ou fins a serem alcançados ; a isonomia, por exemplo, é um valor, enquanto a justiça social é um fim - eles não delimitam condutas a serem seguidas para sua realização, apenas indicam fins ou ideais a serem perseguidos, muitas vezes possuem elevado grau de indeterminabilidade objetiva, por exemplo, o princípio da dignidade humana. (COSTA, 2010, p. 55-56).

Assim, traz-se que princípios quando lastreiam a ordem jurídica não funcionam para acrescentar um destino hermeticamente fechado no resultado, pelo contrário, estes servem para direcionamento de posição do intérprete, buscando a aproximação aos valores aos quais se está perseguindo.

Em outras palavras, os direitos fundamentais podem ser vistos como respostas do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade: liberdades econômicas e direito ao trabalho, direitos políticos, liberdade religiosa, liberdade científica, direito à educação direito à saúde etc. (NEVES, 2013, p. 43).

Um dos propósitos dos direitos advém no sentido que eles possuem na sociedade, logo, complementando a existência para que esta seja pacificamente ordenada, o regimento desses direitos, por parte do Estado, são uma contrapartida para o funcionamento ordenado do sistema. Faz-se mister frisar que:

É dizer: ao consagrar a dignidade humana no bojo de uma Constituição, lhe atribuem-se os valores de segurança jurídica e humanização aos que se submetem à Lei Fundamental, mas, por outro lado, retira-se qualquer privilégio quando do encontro de diferentes normas constitucionais. (LAZARI, 2012, p. 41).

Nesta perspectiva, o autor enveredou que no sistema brasileiro constitucional há destaque e primazia para o princípio da dignidade humana, como se este trouxesse uma proteção tamanha a ponto de se sobressair diante das outras normas. Ressalte-se que o desenho das atitudes estatais são resultado que fora determinado constitucionalmente, desta

feita: “Por força disto, impende reconhecer que as disposições constitucionais, balizadoras da ação do Estado são mecanismos prepostos a conter certos rumos estatais, em prol dos indivíduos, e a direcionar-lhe as condutas para certos rumos, em *prol dos cidadãos*”. (MELLO, 2009, p. 47, grifo do autor).

Como um conjunto ordenado, as normas constitucionais prescrevem a vida em sociedade, uma vez que à medida que a quem se direciona tais comandos, ou seja, restringe-se o arbítrio estatal e em consonância, delimita-se a postura dos indivíduos que estão sob sua guarda. Em vista dessa conjuntura, pregou-se:

Ademais, o discurso dos direitos fundamentais se popularizou, passando a fazer parte da consciência e do tráfego social. A sociedade bate na porta do Judiciário e, destacadamente do Supremo, reivindicando direitos fundamentais e isso com frequência quase inacreditável. (CAMPOS, 2014, p. 322).

O que se vê com frequência na atualidade é a abordagem da pauta da extensão garantista da Carta brasileira, em que traz em seu seio uma infinidade de direitos aos seus cidadãos e que, como muitas vezes não há como alcançar a tudo que a Constituição concede, busca-se o meio judiciário para se aproximar do cumprimento.

3.3 Casos emblemáticos julgados pelo STF

Faz-se mister avaliar a postura do Supremo Tribunal Federal em dois casos distintos para que se avalie, se essa suposta existência de um ativismo seria positiva ou negativa, visto que a Corte detém o poder de guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

3.3.1 Cláusula de barreira ou desempenho e proteção das minorias parlamentares

Sobre o caso em questão, tratou-se da lei nº 9069/95 que continha dispositivos que mencionavam tal cláusula de barreira ou de desempenho, esta que adotada por alguns países mundo afora, não foi autorizada pelo STF para ser implantada no Brasil. O artigo que se deve mencionar, reza:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos,

distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles. (BRASIL, 1995, s/p).

O artigo da lei, que fora aprovada pelo Congresso consagrava a cláusula de barreira, ou seja, se exigia que o partido deveria cumprir certos requisitos para que pudesse ter funcionamento regular nas Casas Legislativas, assim, devendo obter 5% de apoio nas eleições, divididos entre 1/3 dos Estados, cada um tendo no mínimo 2%. Neste âmbito, para Campos:

De acordo com essa lei, os partidos políticos deveriam, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obter, no mínimo, 5% dos votos apurados, não computados os brancos e nulos, em pelo menos um terço dos Estados e ainda o mínimo de 2% do total de votos em cada Estado, para que pudessem ter direito ao pleno funcionamento parlamentar e consectários (participação no rateio do fundo partidário, tempo de propaganda partidária gratuita, formação de bancadas e de suas lideranças). Em unanimidade, o Supremo considerou-se essas condições excessivas e desproporcionais. (CAMPOS, 2014, p. 281).

Essas exigências legislativas tinham um cunho por deixar mais criteriosa a presença e atuação dos partidos políticos, restringindo acesso ao tempo de propaganda ou até mesmo ao fundo partidário e seus recursos. Porém, o Supremo Tribunal Federal julgou afirmando serem rigidamente incabíveis para o processo eleitoral brasileiro, pois:

O partido que não atendesse a essa “cláusula de desempenho” sujeitar-se-ia a repercussões como: redução drástica no tempo de exibição de programa eleitoral em cadeia nacional e inexistência de programa em cadeia estadual. Estabeleceu-se, ainda, substancial redução de participação destas siglas na distribuição do fundo partidário, uma vez que 99% do total seria dividido pelos partidos que a atingiram e 1% restante seria disponibilizado, em partes iguais, a todos os que possuísem estatuto registrado no TSE. (LIMA, 2014, p. 287).

Objetivava-se com isso o fato de que menores partidos que não atingissem essas metas determinadas pela lei teriam repercussões na sua participação da vida política, uma vez que seriam tolhidos direitos outrora concedidos. Contudo, implicaria que se o resultado fosse a aceitação de tal cláusula de desempenho, poderiam ocorrer mais alianças entre partidos menores, e estes poderiam unir forças para que fossem à concorrência com outros partidos.

O ativismo judicial é aqui evidenciado na aplicação concreta de princípios muito abstratos e indefinidos como razões objetivas suficientes para declarar

a nulidade de exercício concreto de ampla capacidade jurídica e epistêmica do legislador na definição de critérios de desempenho eleitoral que julgou adequados ao aperfeiçoamento do processo político brasileiro. Isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, pluripartidarismo, democracia, embora amplamente abstratos e indefinidos, ganharam, no discurso do Supremo, concretude normativa rigorosa para tornar nulo o livre exercício de conformação normativa feita pelo legislador sobre como deve funcionar o nosso sistema político. (CAMPOS, 2014, p. 281).

Antes de adentrar no mérito é importante observar que no julgamento do Supremo Tribunal Federal, no tocante à cláusulas de barreira aos partidos políticos, visualizou-se tão somente critérios axiológicos, como o pluripartidarismo e a isonomia. Portanto, não se nega aqui a infinita importância que esses princípios, bem como os outros também citados, possuem para a ordem jurídica brasileira. Porém, neste caso especificamente, a conduta beirou o dano, não pela abstração dos princípios – pois estes constituem pilares do direito brasileiro – no entanto, na conjuntura política atual brasileira, com disseminação de partidos políticos dentro do país, há uma necessidade de se peneirar mais a participação dentro das casas legislativas, o que geraria com essas cláusulas de desempenho um afunilamento ideológico, assim como o enrijecimento dos partidos mais fortes. Ademais, os tidos como minoritários se aproximariam dos que tivessem semelhanças para que a participação fosse mais legítima, jamais com o objetivo de tolher democracia, mas de torná-la coerentemente adequada.

3.3.2 União entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277)

Nos julgados sobre a união de pessoas do mesmo sexo, pode-se perceber o quanto a Corte brasileira se faz importante para decidir os rumos da sociedade, não por ser uma instituição impecável e a única que detém a solução, porém, que pode ter o condão de aparar as arestas antiquadas deixadas por um passado omisso e incompatível com a atualidade.

Na decisão da ADPF 132 e ADI 4277, o STF, em sede de controle concentrado, proferiu uma de suas decisões mais polêmicas e que provoca amplo embate entre os juristas, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar, no exercício de uma “interpretação conforme a Constituição” do art. 1273 do Código Civil, cuja primeira parte é uma reprodução do art 226 § 3º da CF/88, ao afirmar que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (LIMA, 2014, p. 318).

A redação constante e questionada é a seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1996, s/p).

Um tema controvertido na sociedade como um todo foi trazido ao Supremo Tribunal Federal por meio das Ações: ADPF 132 e ADI 4277, e se discutiu sobre a constituição da família para pessoas do mesmo sexo, pois na redação originária da Constituição Federal há somente menção do reconhecimento da união estável do homem e mulher, ou seja, carece-se de uma releitura devido a necessidade de evolução da legislação para que esta abarque também o direito para a união estável para pessoas do mesmo sexo. Logo:

Estava em jogo a equiparação de direitos entre as uniões estáveis hetero e homossexuais. Apesar de toda a complexidade moral e social da questão, devem ser reconhecidas a “progressiva abertura da sociedade” e a evolução institucional em favor dos direitos dos casais homoafetivos. Mesmo que ainda haja setores religiosos e associativos, condizentes com suas doutrinas particulares, opondo-se fortemente a essas uniões e ao reconhecimento de direitos correspondentes e até manifestações isoladas de violência gratuita, é de toda evidência que em geral o tema não é mais o tabu de outrora (CAMPOS, 2014, p. 285).

Negar a existência de direitos para uma família diferenciada da convencional não é, de longe, compreensível, até porque a valoração do conceito do que é família vai muito além de entendimentos dogmáticos e já que não havia uma estabilização de entendimento se fez basilar a manifestação da Suprema Corte para que se protegesse essa minoria discriminada. Neste sentido, para Campos:

A decisão é de todo acertada e deve ser festejada. Todavia, deve também ser colocado o dedo na ferida- a decisão é bastante ativista: extraiu direito fundamental das entrelinhas do Texto Constitucional e opôs a ordem axiológica objetiva para contornar o único dispositivo que trata do tema e que tem, em seu significado mais imediato de conteúdo, uma resposta negativa ao direito pretendido. (CAMPOS, 2014, p.287).

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a decisão por parte do STF pode ser considerada ativista por ter sido buscada nas entrelinhas da Constituição Federal, porém, não se faz eticamente plausível desfavorecer a ilustre decisão, tendo em vista uma gama de direitos que estavam a ser aguardados por uma minoria que se faz ainda mais

prejudicada pela repressão escancarada da sociedade, assim, a classificação de um julgado desse porte não é digna de diminuição sendo, portanto, proativista.

Baseou-se em princípios de elevada abstração, contudo estes jamais deveriam ser afastados, principalmente em uma causa pela qual não se invocou-os de maneira irreal e utópica, afastando-se da realidade, no entanto com extremo vínculo de uma necessidade social para acolhimento dessa situação.

3.4 Benefícios e possíveis malefícios atribuídos ao ativismo

O termo ativismo demanda controvérsias distintas, com pontos positivos e negativos realçados pela doutrina, mas desde sua criação houve certo receio quanto ao emprego do mesmo. Entretanto, ao se despir das roupagens antigas, deve-se atentar até aonde seria seu alcance e suas possíveis consequências:

Ora, se é certo, por um lado que o Supremo Tribunal Federal há de se ocupar lugar de destaque em qualquer reestruturação de Poderes estatais que se pretenda promover, haja vista a centralidade da função de guardião da Constituição que lhe compete exercer no modelo de Estado Constitucional de Direito, de outra parte, não há como torná-lo imune a críticas deslegitimadoras da parte dos Poderes por ele fiscalizados se não forem claramente estabelecidos os marcos dentro dos quais sua atuação é constitucionalmente autorizada. (RAMOS, 2010, p. 26).

De maneira contundente o doutrinador Elival da Silva Ramos, apesar de reconhecer que o Supremo Tribunal Federal possui tremenda importância não só para o ordenamento jurídico, mas também para a realização do Estado de Direito, não o isenta de críticas na sua atuação caso esta vá além do que está delimitado pela Carta.

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos a criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante o que por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes. (RAMOS, 2010, p. 120).

Continuando o entendimento do mesmo autor, este afirma que muito do enfraquecimento da distribuição entre os Poderes, em especial o Legislativo, vem do Poder que se conferiu outrora ao Judiciário e sua capacidade de governar-se autonomamente

refletindo inclusive no uso artifícios de criatividade para o exercício da função judicante, inflando a este poder e diminuindo os outros. Portanto,

A interpretação jurídica não tem uma natureza primordialmente teórica, mas prática, expressar o direito não é um mero movimento de conhecimento e aplicação da lei, é um movimento em que se realiza a lei, no eterno ir e vir entre o empírico e o abstrato. (FERES; MENDES, 2013, p. 196).

Já outra parte da doutrina, acredita que há um grau de abstração que permite que a jurisdição seja exercida de maneira mais dinâmica, porém não deixando de se realizar a lei imposta.

Num país como o nosso, em que a ordem constitucional confia à Suprema Corte a guarda e o patrocínio de princípios dedutíveis das normas jusfundamentais, não se pode ter como estranho ao desenho de repartição de poderes que a Suprema Corte contraste opções políticas com o conteúdo mínimo de valores morais positivados constitucionalmente. (BRANCO, 2011, p. 396).

Na ordem brasileira é notório o destaque dado ao Supremo Tribunal Federal, pois representa a instituição capaz de impor a proteção da Constituição, havendo assim, uma visão mais ampla do conceito de tripartição dos Poderes, dado que muitas vezes a Corte confronta outras instituições, baseando-se na carga valorativa atribuída pela Carta. Segundo Campos:

A interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições, assim como a aplicação direta de princípios constitucionais, muito vagos e imprecisos, para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário, constituem hoje a dimensão mais importante de ativismo judicial. (CAMPOS, 2014, p. 165).

A justificação da ocorrência da disseminação do ativismo judicial, já citado anteriormente, surge como muitos sustentam da existência de uma gama de valores da Constituição e, como esses princípios não possuem uma legislação infraconstitucional para regê-los, bastam-se por si mesmos, de modo que são aplicados pelo intérprete, dando margem a julgamentos ativistas. E isso soma-se a grande demanda que recorre ao STF ressaltando a sua importância para a sociedade, neste sentido: “Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte”. (SARMENTO, 2010, p. 253). Neste sentido, na ótica de Daniel Sarmento, o estreitamento de laços entre a sociedade e Supremo Tribunal Federal nasce também de seu viés protetor manifestado por meio de decisões ativistas. Muitos

duvidam do caráter proativo do ativismo, atribuindo-lhe o fato de ser instantâneo porém não mais correto, nessa direção:

Mas se trata de uma técnica muito questionável pois não é precisamente a expressão de um self-restraint do Tribunal Constitucional; bem o contrário, por meio destes pronunciamentos este ultrapassa os limites da interpretação conforme, suplantando clara e simplesmente ao legislador. Nesta medida as sentenças manipulativas violentam o princípio democrático e o da separação de poderes nos quais se assenta todo o edifício constitucional. Só podem ser aplaudidas por aqueles que veem nelas uma forma rápida de acomodar aos valores constitucionais, ordenamentos inspirados em princípios bem distintos. (ABELLÁN, 2012, p. 649).

Também, pela via contrária ao ativismo, há um forte posicionamento ao afirmar que o ativismo vai além do que é proposto, não tendo deferência com os outros poderes, e aborta a separação dos poderes bem como o princípio democrático. Desta feita, foi encarado como um mecanismo mais automático e simplório de solução, porém não menos pior. Por isso prezou-se que: “Assim, numa Constituição que assume valores políticos e morais como princípios jurídicos não há falar em ativismo reprovável quando o Tribunal não se atém a um mero papel de *legislador negativo*”. (BRANCO, 2011, p. 398, grifo do autor).

Porém, à favor, firma-se que diante de uma carga completamente valorativa, que é assumido na Constituição Federal brasileira, não seria condenável a implantação desses valores pelos Tribunais em seus julgados, e não deveria o judiciário se limitar a uma instituição legislativa negativa. Afinal, “[...] o erro da decisão deve ser tratado como tal, não sendo o caso de minorar-lhe a ácida realidade mediante o emprego da expressão ativismo judicial, que, aí sim, soaria eufemística, Não é de deliberação errada que se cuida quando se fala em ativismo”. (BRANCO, 2011, p. 399).

Combatendo o tom pejorativo, que estaria presente no termo ativismo, firmou-se não devesse confundir quando de fato há um erro de julgamento por parte da autoridade judiciária, ao passo que o ativismo não estaria ligado necessariamente a uma mácula no processo judicial.

A respeito da singularidade do ativismo, Ramos destaca que:

A singularidade do ativismo em matéria constitucional está diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais ; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com a atuação mais decisiva no

tocante à interpretação-aplicação da Constituição. (RAMOS, 2010, p. 308-309).

Elival da Silva Ramos caracteriza como fatores que impulsionam o ativismo judicial no Brasil, os seguintes fatos: a força que as normas constitucionais possuem frente as demais, o forte viés valorativo de tais normas, a densidade e ou vagueza dos preceitos constitucionais e se referindo-se aos juízes que tem a chave mestra para aplicação da Carta, entre outras características.

Entre os fatores de impulsão ao ativismo judicial no Brasil, alguns são de ordem geral como o modelo de Estado intervencionista, que leva juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2010, p. 314).

Prossegue o autor na argumentação desfavorável ao ativismo, atentando para o lado manifestado pela Constituição de que o Estado brasileiro dá um “aval” para que juízes e tribunais ignorem certos procedimentos em seus julgados, com base no modelo intervencionista do Brasil. Neste sentido, “[...] o resultado é, por um lado, mais Constituição, mais Estado, mais Judiciário, mais princípios e termos indeterminados; e, por outro, menos respeito à lei, menos autonomia, menos democracia e menos segurança”. (PIRES, 2013, p. 37).

Para alguns, o que alarma frente à um ativismo por parte do Judiciário é a repercussão que este pode trazer as relações jurídicas, gerando insegurança devido ao não fiel cumprimento da lei. Nesse sentido criticou-se a possível falta de legitimidade quem toma as decisões e argumentou-se: “Esta crítica democrática se assenta na idéia de que, numa democracia é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou ‘tecnocratas de toga’”. (SARMENTO, 2013, p. 97). Portanto, conforme Daniel Sarmento frisou, visualiza-se uma predominância decisões políticas tomadas pelos magistrados, porém, a democracia que é o regime adotado pelo Brasil, prima pelas intervenções políticas realizadas por parte dos eleitos democraticamente pelo povo em seu nome, pois:

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. (BARROSO, 2013, p. 235).

Porém, apesar dos juízes não serem eleitos democraticamente pelo povo, Luís Roberto Barroso atribui que mesmo quando estes invalidam atos dos membros dos outros poderes, bem como quando instituem a estes que cumpram determinada medida, não há uma desvinculação do viés político da ordem. E tais juízes podem de acordo com Dworkin assentarem suas decisões em princípios abstratos desde que cabíveis, pois :

Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. (DWORKIN, 2000, p. 15).

Nesta perspectiva, o consagrado americano Ronald Dworkin propõe que no Estado de Direito o juiz pode se utilizar de preceitos valorativos diante de um caso, onde haja base para os direitos das partes envolvidas, validando a utilização de princípios. Já, em contrapartida, Daniel Sarmento não apoia a utilização de princípios por juízes, acreditando que estes põem em risco o Estado de Direito, enfraquecendo a segurança jurídica devido a grande abstração contida nesses preceitos. Assim, entende-se que numa democracia aguarda-se que as decisões sejam feitas por parte de quem foi escolhido pelo povo através das leis, e não baseado-se na imprecisão de princípios:

A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um de seus fundamentos - a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido. (SARMENTO, 2013, p. 106).

Nesta perspectiva, para Lazari, “o ativismo judicial não pode ser utilizado como um ‘super herói’ para de quem dele necessita, tão menos como ‘um remédio para dormir’ do magistrado que, em favor de um estado de consciência tranquilo, anui a tudo de caráter social que lhe pleiteia” (LAZARI, 2012, p. 79). Para o autor, isso significa dizer também que o .ativismo judicial deve encontrar limites, e um destes limites certamente é a reserva do possível.

Como bem afirmado, o ativismo não é desregrado ou ilimitado, a atuação do juiz não é meramente apaziguadora, porém, ao conceder direitos sociais em seus julgados, deve-se levar em consideração inclusive a reserva do possível, o que restringe mais ainda o exercício da

judicância. Portanto, não se trata o ativismo de um exercício arbitrário de julgamento do magistrado, uma vez que “[...] esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição – como Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal”. (SARMENTO, 2013, p.100). Dessa forma, negatizando algum benefício que venha a ser trazido pelo ativismo, Sarmento ferrenhamente afirma que este destrói a estruturação pre determinado das outras instância que fazem parte da Constituição. Firmaram-se também como argumentos que diminuem a visibilidade positiva do ativismo, o seguinte:

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional poderia ser equacionada, assim, em dois pontos básicos: (primeiro) a circunstância de as cortes constitucionais serem compostas de juízes não eleitos – embora nomeados, em regra pelos agentes que detêm mandato popular – que não se submetem aos controles periódicos de aferição de legitimidade de sua atuação, próprio da democracia representativa; (segundo) a circunstância de as decisões das Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, salvo por meio de emendas que venham a corrigir a jurisprudência do tribunal. (BINENBOJM, 2001, p. 51-52).

A crítica de Gustavo Binjenbojm à corte constitucional funda-se na maneira pela qual os juízes que dela fazem parte não são membros eleitos, o que violaria a democracia bem como a superioridade que a faz não ser controladas somente por emendas. Não obstante, o fato é que não apenas os membros eleitos são os ideais para a aplicação da justiça. Logo, “[...] Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvio do modelo de separação de poderes”. (BRANCO, 2011, p. 394).

De um lado o ativismo é considerado um atentado a tripartição de poderes pois viria a desviar o que é primariamente estabelecido para cada poder. Por outro lado, vê-se que diante de um sistema cheio de falhas, que inviabiliza direitos, o ativismo é visto positivamente como um meio saneador, mas que “[...] não cabe ao sistema jurídico suprir as deficiências dos partidos, das eleições e do parlamento, pois isso é atribuição do sistema político”. (CAMPILONGO, 2011, p. 86).

Também argumentou-se que o fato de se conferir direitos pelo Judiciário que não foram feitos outrora, não poderia gerar por parte do juiz um poder de cura nas mazelas deixadas pelo Legislativo. E, além do que dito, Elival Ramos que mais cabe ao Judiciário mais a execução de lei do que criação, e segundo ele: “A afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor

normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta.” (RAMOS, 2010, p. 250).

A criatividade e o uso excessivo de princípios constitucionais foi visto como um danoso meio para que se ultrapassem os limites conferidos ao poder judiciário, a que cabe executar a lei na visão do doutrinador. Para Reverbel:

O sistema da separação de poderes, bem como o da separação de funções, deve ser repensado em nosso ordenamento jurídico. Cumular no poder judiciário ordinário e no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis favorece o ativismo judicial. (REVERBEL, 2010, p. 74-75).

Sendo assim, Reverbel crê que os poderes conferidos a Suprema Corte brasileira, a título de exemplo o de declarar a inconstitucionalidade de leis, facilita a existência de um ativismo judicial, porém, prejudicial seria que não houvesse tal controle nas leis as quais uma nação inteira vai se submeter. Outro adendo para maior riqueza argumentativa quanto à postura da Corte Constitucionais são os seguintes:

Neste sentido, a constante afirmação da "supremacia judicial" sobre a constituição ou do poder de dar a “ última palavra” sobre a interpretação do seu texto – numa manifestação aproximada ao maximalista judicial –, a constante publicização da atividade do tribunal nos meios de comunicação, a disposição de seus membros em ocupar espaços na opinião pública e discutir suas próprias atividades e dos pares, formam um universo em que o tribunal parece ser uma instância privilegiada do debate constitucional- o que, como visto, não caracteriza precisamente a sua atuação, mas reverbera a pretensão de seu protagonismo. (LIMA, 2014, p. 331-332).

O espaço ocupado pelo Judiciário pode ter causado certa estranheza por se aproximar de um super heroísmo, visto que a sociedade agora mais do que nunca plenamente envolvida, se vê sob seus direcionamentos. No entanto, é válido afirmar que uma vez que esse dito protagonismo não prejudica a vida em sociedade, mas facilita, não deve ser de todo ignorado. Para tanto, “o importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios”. (SARMENTO, 2013, p. 105).

Portanto, como bem afirmado por Daniel Sarmento, quando pela neutralidade da afirmação acima exposta, é digno de nota, pois uma vez que o sistema jurídico possui rigidez excessiva, ele é prejudicial ao não abrir margem para valorações extraleais que devem fazer parte do cotidiano devido a vida ser mais dinâmica do que qualquer outra coisa, e do

contrário, quando é demasiadamente aberto, os institutos podem vir a sofrer uma fragilidade em sua conceituação:

Cabe à crítica doutrinária auxiliar o Poder Judiciário a encontrar o equilíbrio entre a ousadia e criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade. (RAMOS, 2010, p. 274).

Como toda alternativa traz ônus e bônus, sustentações que beiram um lado e outro sempre haverá, porém se faz necessário filtrar toda subestimação bem como toda supervalorização pois ambas tendem a ser fanáticas. E, no tocante ao ativismo – apesar de seu termo ter minorado um sentido positivo, que se permita vislumbrar o que de fato acrescentara para a vida em sociedade, não se atendo a conceitos enclausuradamente formais – embora deva-se ter um constante respeito as demais instituições, não seria apenas fragilizá-las o fato de se reconhecer benefícios trazidos por tal ativismo, ou melhor, poderia em algumas vezes representar um “proativismo judicial”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico objetivou a discussão acerca do Poder Judiciário e sua atuação, tema pertinente aos dias hodiernos em que tanto se bate a porta desse poder em busca de solução de conflitos que não deixam de existir em face da constante mudança a qual a sociedade está submetida. Afinal de contas, “[...] o ponto, que é simples, pode ser sintetizado em uma oração: direito é cultura e, portanto, varia no tempo e no espaço. Com efeito, já se tornou clássica a afirmação de que as normas são o resultado da valoração – positiva ou negativa – de dados extraídos da realidade”. (PIRES, 2013, p. 34).

Abordar esse tema permite que cheguemos a pontos relevantes, pois o Direito é presente na vida de todos os brasileiros e vem ocupando cada vez mais espaço, popularizando-se, atingindo novas demandas e tendo diversas repercussões sociais.

Ao tratar-se sobre o Poder Judiciário se enveredou a respeito das tomadas de suas decisões, levando em conta a interpretação que ele realiza, foi quando chegou-se ao Ativismo Judicial, que se trata de uma postura deste Poder em que se interpreta de maneira mais ampla, partindo-se algumas vezes de princípios e sua acepção abstrata. O tema não é pacífico e vem sendo discutido bastante na doutrina, porém, observa-se que diante de algumas lacunas, há por parte dos Juízes um dever de proteção quando se há possibilidade de concessão de direitos, assim, concluiu-se que tal conduta do Judiciário chamada de ativismo não fora danosa à sociedade.

Desta forma, percebe-se que o conhecimento acerca de tal pauta merece ponderações e que de fato fora brevemente abordado. No entanto, é de extrema relevância para o Direito, pois constitui um desafio para os juízes e tribunais realizarem a guarda de nosso ordenamento jurídico. Resta-se, por fim, que há uma responsabilidade acentuada para o Poder Judiciário não ultrapassar a linha tênue que às vezes pode beirar a invasão nas atividades de outro Poder, porém que faz-se mister agir de maneira a proteger a dignidade da pessoa humana e ter como base o princípio da Justiça em todas as suas decisões.

Sendo assim, buscou-se entender que se requer um efeito deveras negativo para que a conduta de juízes e tribunais, ao realizarem decisões de cunho mais amplo ou valorativa, seja considerado prejudicial tal ativismo que tantas vezes é subestimado. Não obstante, é importante salientar que muitas vezes este pode representar a saída mais justa.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Argumentação e Estado Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Ícone Editora, 2012.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário & Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, FAPESP, EDUC, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- AZKOUL, Marco Antonio. **Segurança Pública e o acesso à Justiça**: teoria, problemas, e modelos de soluções. 1ª Edição. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. A Jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Américo Leite Sampaio (coord). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política No Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2013.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o Constitucionalismo**. Campinas/SP: Millennium Editora, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Américo Leite Sampaio (coord). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumento de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política. Antologia. Pref. Norberto Bobbio. Apres. José Fernandez Santillán. Trad. César Benjamim; Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
- BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Política e Direito como garantias da Constituição**. Itatiba, SP: Berto Editora, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores: 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Os Poderes Desarmados à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História**. Figuras do passado e do Presente. São Paulo: Malheiros Editores: 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, Bahia: Juspodivm: 2011, p. 387- 401.

BRASIL. Lei nº 9.278/96. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.9096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CAMPANO, Fernando Fabiani. A Leitura Contemporânea da Teoria da Separação de Poderes: Desafio para a melhor efetivação das políticas públicas concretizadoras da Constituição. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes **O Direito na Sociedade Complexa**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JR, José Levi Mello do (coord). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTRO, Raimundo Amorim de Castro. Inclusão com sensibilidade para as diferenças: responsabilidade e solidariedade – a luta pelo reconhecimento no estado democrático de direito. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (org). **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JR, José Levi Mello do (coord). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERES, Marcos Vinício Chein; MENDES, Brahwlio Soares de Moura Ribeiro. Direito Como identidade: Estado, Direito e Política. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Renata Nascimento; BALESTERO, Gabriela Soares. A função contramajoritária da jurisdição e os direitos fundamentais sociais prestacionais. In: BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo et al. **Processo e Constituição**: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica de 1988**. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LAURENTIIS, Lucas Catib De. **Interpretação conforme a constituição**: Conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Flavia Bahia. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª Edição. São Paulo: WMF martins fontes, 2009.

OLIVEIRA, Antonia Teresinha. **Políticas Públicas e atividade administrativa**. São Paulo: Fiúza Editores, 2005.

PAULA, Daniel Giotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2013.

PEDRA, Anderson Sant'ana. **O Controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral.** In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador, Bahia: Juspodivm, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neo Constitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.); PAULA, Daniel Giotti de (org.); NOVELINO, Marcelo (org.) **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador, Bahia: Juspodivm, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora LUMEN JURIS, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais** 7ª edição. São Paulo. Malheiros Editores: 2008.

SILVA, Rodney Cláide Bolsoni Elias da. **O Princípio como norma jurídica.** Estudo sobre o princípio, a regra e os valores dentro do sistema normativo constitucional. 1ª edição. São Paulo: Editora Esfera, 2006.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional.** 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da Justiça** Niterói, RJ: Editora Impetus, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 8ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013.

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

VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma).** São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.