

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

**ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

WALISSON JÚNIOR ALMEIDA GONÇALVES

**SÃO MATEUS
2018**

WALISSON JÚNIOR ALMEIDA GONÇALVES

**ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação da Prof. Rosana Júlia Binda.

SÃO MATEUS

WÁLISSEON JÚNIOR ALMEIDA GONÇALVES

**ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Profª Rosana Júlia Binda
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADORA

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Agradeço primeiramente a Deus, aos meus pais, a minha namorada, amigos, professores e todos que de alguma forma direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse feito e que me apoiaram, acreditaram em meus sonhos e ideais.

Dedico essa presente monografia à minha querida família, que me ensinou muito, antes de chegar aonde estou che Obrigado por tudo, vocês são o me tesouro.

“Quando se nasce pobre, ser estudioso
é o maior ato de rebeldia contra o
sistema”.

Autor desconhecido.

RESUMO

Busca-se por meio desta pesquisa analisar o fenômeno do ativismo judicial, especialmente, no âmbito do Poder Judiciário, por meio de textos de importantes autores, fazendo, assim, uso de um método dedutivo e descritivo de pesquisa. Preliminarmente, serão analisadas as formas de organização do Estado e a contribuição de cada período para o direito atual, logo após a separação de Poderes Estatais com todas as suas minúcias. De igual modo, serão apresentados aspectos relevantes sobre as ações e o controle de constitucionalidade, considerando sua grande relevância para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Na sequência, é apresentado um estudo mais aprofundado sobre o tema ativismo, com sua origem, definição e reflexo na sociedade.

Palavras-chave: Poder Judiciário; ativismo judicial; ativismo; judicialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ESTADO	11
1.1 DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS	11
1.2 EVOLUÇÃO DO ESTADO	13
1.2.1 Estado antigo.....	13
1.2.3 Estado Grego.....	14
1.2.4 Estado Romano	15
1.2.5 Estado Medieval	16
1.2.6 Estado Moderno	17
1.2.7 Estado Moderno e Democracia.....	17
2 DA SEPARAÇÃO E FUNÇÃO DOS PODERES ESTATAIS	22
2.1 LEGISLATIVO.....	24
2.2 EXECUTIVO	26
2.3 JUDICIÁRIO.....	27
3 O ATIVISMO	30
3.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	30
3.2 NASCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	32
3.3 ATIVISMO JUDICIAL: AS CORTES CONSTITUCIONAIS.....	34
3.4 ATIVISMO JUDICIAL VERSUS JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	36
3.5 ATIVISMO JUDICIAL: DEFINIÇÃO.....	38
4 ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	41
4.1 REFLEXOS NA SOCIEDADE	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O Brasil possui uma democracia ainda jovem, levando-se em consideração que a sua Constituição Federal foi instituída em 1988 possuindo apenas 30 anos de existência.

Quando foi instituída a Constituição, o cenário era de abertura política. O Brasil acabara de sair do Regime Militar (1964-1984) e a sociedade brasileira buscava criar uma nova Constituição para assegurar a liberdade de pensamento e mecanismos para evitar abusos do Poder do Estado.

Trazendo em seu primeiro artigo que “todo poder emana do povo, que o exerce através de seus representantes ou diretamente na forma da lei”. A Constituição de 1988 consagra os princípios da democracia representativa e define o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como os Poderes do Estado.

O Brasil então, que em sua história possui as marcas da exploração, sendo esta exploração de diversas formas: econômica, social, de seus recursos naturais e sua população. O que acarretou nesta sociedade vários problemas sociais e estruturais.

Hoje este dito país vive os seus primeiros passos como um país democrático, muitas vezes sendo até referência para outras nações, o que pode demonstrar os incontáveis erros e mudanças vividas constantemente em todas as áreas dessa nação.

A importância desta pesquisa reside no fato da necessidade de se demonstrar a importância do ativismo judicial no Brasil uma prática que tem desempenhado um relevante papel na democracia brasileira. Demonstrando por meio de vários casos os efeitos e resultados alcançados por meio dessa prática que não é exclusiva deste país, mas sim, uma tendência no mundo.

Concentrado principalmente nas Supremas Corte, mas não exclusivamente, o ativismo judicial, para muitos tem significado um avanço nas democracias, uma vez que, por meio dessa prática vários direitos ainda não concretizados puderam ser implementados.

Por outro lado, alguns dizem ser um erro e a prática do ativismo nada mais é do que a ultrapassagem dos limites estruturais de divisão entre os três Poderes, em

que um Poder se sobrepõe aos outros sobre o pretexto de solucionar uma lacuna deixada por estes, quando na verdade possui o desejo de firmar sua vontade sobre a sociedade em matérias que quase sempre não seriam de sua competência.

O ativismo judicial, portanto, está ligado ao fenômeno da judicialização da política, concorrendo uma série de fatores, para este fenômeno, tais como: um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; a inefetividade das instituições majoritárias, a transferência dos poderes decisórios de outros poderes ao Poder Judiciário.

No Brasil em especial é preciso cautela. Como dito anteriormente um país ainda na infância de sua democracia precisa estar atento a prática do ativismo. Tendo em vista que a prática deste implica em efeitos para a sociedade.

Esta pesquisa tem a intenção de demonstrar as várias facetas do ativismo judicial, a partir de um contexto histórico de onde surgiu a necessidade desse instituto, sua origem, aplicações em outros países, aplicações no Brasil e etc.

1 ESTADO

1.1 DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS

Desde a aurora da humanidade, percebe-se a importância para o homem de se viver em comunhão. Compreendeu-se que caçar, procriar e se proteger ficava cada vez mais fácil ao passo que a população crescia. Com o passar da história, esses reduzidos grupos de pessoas transformaram-se em tribos, depois vilarejos e, mais tarde, tornaram-se diminutas cidades.

Por conseguinte, o relacionamento das pessoas ficou bastante acentuado, motivando, assim, pequenas hostilidades, solucionadas pelo instituto da autotutela, prevalecendo o mais resistente. Conforme o grupo crescia e fixava seus costumes e princípios tacitamente estipulados, analisava-se, que esta forma de solução de embates não tinha mais como ser empregada.

Lentamente, no decorrer da história, surgiram os primeiros aspectos da conexão de poder entre as pessoas da sociedade. Em seguida, veio a realização e refinamento das maneiras de gestão do povo, maneiras essas que, embasaram o nascimento do Estado, oportunidade em que pessoas distintas administravam a comunidade a qual faziam parte.

Em razão de discorre-se sobre um tema totalmente alusivo ao Estado, compete, traduzir preliminarmente, sua definição e sentido, examinando-se, em seguida, o enredo da questão.

O Estado é um conjunto estruturado de forma política. O nome “estado” que se origina do latim *status*, que quer dizer “estar firme” é mencionado por Maquiavel na obra “O Príncipe”, publicada em 1513, com sentido de convivência estável interligada à sociedade. No perpassar dos anos, o termo foi sendo recepcionado em textos pelos povos da França, Inglaterra e Alemanha.

Buscando-se entender o aparecimento do Estado, incontáveis opiniões foram concebidas, dentre as quais se sobressaem três:

- 1) Eduard Meyer e Wilhelm Koppers argumentam que, desde quando o homem passou a habitar o planeta, o Estado, assim como também a sociedade, passaram a existir também, munindo-se o homem de poder para que ordenasse o comportamento das pessoas do grupo;

2) Uma outra leva de autores crê que, por um momento, a sociedade existiu sem o Estado e seguidamente a criaram com intuitos múltiplos: responder as carências ou benefícios em classes sociais entre outros;

3) A última tese é a que já foi mencionada: a dos autores que só reconhecem como sendo Estado a sociedade dotada politicamente de certos atributos muito bem delimitados. O jurista Carl Schmidt, seguidor dessa teoria anue que a definição de Estado é um tema histórico material, que aparece com o rompimento do pensamento monárquico, o que só se aconteceu em meados do século XVII.

Para Kelsen, o Estado é “um ser minuciosamente normativo e, com uma construção, de alguma forma compreensível, através da legalidade causal”. O filósofo determinou essa ideia com a finalidade de enfrentar a teoria dos dois rostos idealizada por Georg Jelinek, a qual conceituou Estado como sendo uma instituição jurídica de formação social. Jelinek assegura, que Estado é um conjunto de homens que estão por baixo de um comando absoluto, ao passo que Kelsen entende os elementos do Estado com austero significado jurídico.

Desta forma, o Estado atravessou muitas etapas no transcorrer de sua subsistência, o que resultou num melhor entendimento de seu desenvolvimento histórico. Elaborou-se, então, uma sequência lógica, contendo as subseqüentes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

1.2 EVOLUÇÃO DO ESTADO

1.2.1 Estado antigo

Não obstante ter sido comprovada houberam povos anteriores, a Idade Antiga é objeto de estudo da ciência do Estado desde 3.000 anos a.C. até o século V d.C. Neste tempo a organização econômica, o Estado, a religião, as famílias todos compunham um grupo caótico, sem particularidades aparente.

É comprovado que houve anteriormente outras civilizações. A ciência do Estado, porém, estudando a evolução do poder político com base em elementos históricos, embora deficientes, tem como Idade Antiga o período que vem desde 3.000 a.C. até o século V da era cristã.

A característica comum que determinava essa época era que os Estados eram estabelecidos e sustentados pelas forças das armas, visto que viviam em constantes guerras, obtendo ganhos tomando, explorando e mercantilizando populações escravizadas. Por causa disso, também eram volúveis, pois do mesmo jeito que auferiam novos triunfos também estavam sujeitos a serem vencidos por outras civilizações. Sem contar no demasiado domínio dos dogmas religiosos desse período, onde as pessoas criam que toda autoridade era dom de Deus aos reis por dádiva de(os) deus(es).

O Império Antigo não era considerado Estados Nacionais, porque faziam misturas de Raças, em regra agrupamento heterogêneo humano.

Uma de suas características gerais, era a aplicação de vários poderes numa mesma pessoa, ele era Militar, Judicial, Sacerdotal e Cobrador de impostos. Essas acumulações de funções, tomava o chefe local praticamente independente do poder central, a tal ponto que o poder se transmitia hereditariamente.

Deve-se levar em consideração dois traços de suma importância dos aspectos desta época: a natureza singular e a influência da religião. O primeiro traço é que a autoridade sempre estava nas mãos de uma única pessoa, não existindo nenhum tipo de divisão interna, tampouco de funções. Esse pensamento permaneceu por toda antiguidade. Já em relação ao fator religioso pode-se enxergar dois aspectos possíveis, cujo próprio soberano se emaranhava com a figura divina, e o outro era o poder limitador eclesiástico, que acontecia quando o governante dependia da anuência do líder religioso, podendo ser tanto um sacerdote quanto um curandeiro.

1.2.3 Estado Grego

Ao se voltar ao Estado Grego, normalmente vem à nossa mente a ideia da democracia. Contudo, essa visão se distânciava muito do sentido que temos atualmente de democracia. O próprio Estado ateniense, na coroa de seu esplendor, tinha uma população de meio milhão de habitantes, aproximadamente 60% de escravos, sem direitos políticos de nenhuma natureza, da mesma maneira que os estrangeiros, que representavam algo em torno de 20.000 habitantes. Destarte, só era tido cidadão grego alguns poucos homens livres.

Mesmo que tenha havido grandes diferenças entre os costumes utilizados por Atenas e Esparta, o seu entendimento político da cidade-estado (*polis*) era o mesmo. A obra *A política*, do filósofo Aristóteles, a conceituava como sendo “a sociedade constituída por diversas pequenas aldeias que juntas formam uma cidade completa, com múltiplas formas de se guarnecer, tendo alcançado, por assim dizer, o resultado a que se almejava”. E dessa forma, se caracterizou o Estado Grego.

A polis grega eram as cidades-estados da Grécia Antiga. Estas cidades possuíam um alto nível de independência, ou seja, tinham liberdade e autonomia política e econômica.

Nas polis não existia separação entre as áreas rural e urbana, nem existiam relações de dependência. Muitos habitantes das polis, principalmente da nobreza, habitavam em casas de campo.

O centro político-administrativo das polis era a Acrópolis (geralmente a região mais alta da cidade-estado). Na Acrópolis se encontravam o templo principal da polis, os edifícios públicos, a Ágora (espaço em que ocorriam debates e decisões políticas) e a Gerúsia.

Ao redor da polis havia uma espécie de cinturão rural, onde eram produzidos grande parte dos alimentos necessários para a manutenção da polis. Esta organização reforçava ainda mais a autonomia das polis.

As áreas ocupadas pelas polis não eram de grande extensão. Em média tinham de 200 a 500 km². Atenas, uma das polis mais populosas e prósperas da época, era uma exceção com cerca de 2.500 km².

O aporte desse período é indiscutível. Apontado como o pontapé inicial do anseio democrático e constitucionalista foi na Grécia onde se estabeleceu a

descentralização das funções do Estado, a separação entre o poder laico e a religião e a criação do judiciário, do qual muito se assemelham aos atualmente utilizados. A vida política ateniense era guiada pelas as Cortes pela Assembleia e pelo Conselho. Na assembleia, reuniam-se os cidadãos para debater, no Conselho, órgão principal de poder, formado por quinhentos homens, eram estabelecidas as diretrizes da administração, e por último as cortes tinham grandes júris populares, possuindo função política mais ampla do que os órgãos judiciais contemporâneos.

1.2.4 Estado Romano

O Estado romano tinha como origem, e base principal, a família. A família era constituída pelo *pater*, seus parentes próximos, os parentes destes, os escravos e mais os desconhecidos (*famulus*). Na esfera familiar romana, havia uma autoridade máxima, que seria o *pater família*. Pontífice, juiz, censor dos costumes, incontestável. O nome que se dá ao poder do *pater* é *majestas*.

Nesse período resta difícil conceituar o Estado Romano com exata precisão por causa de ter passado por variados tipos de governo. Porém, podemos mencionar a existência da cidade-estado, desde a criação em 754 a.C., até o falecimento de Justiniano, em 565 d.C. Outro ponto é o pilar familiar da entidade da qual geria o domínio do poder nas famílias do Estado Romano, denominados como Patrícios.

Já em Roma, a ideia constitucionalista de delimitação do poder também foi partilhada onde a república se instalou em 529 a.C. O poderio bélico e político romano se espalhou por praticamente todo o mediterrâneo, porém sua organização política e instituições ficaram retidas a um número determinado de órgãos e pessoas. Essas instituições foram convertidas em Assembleias, e o outro em altos funcionários, sem contar o Senado que era conhecido como uma instituição simplesmente consultivo. A atuação popular era mínima.

Devido a derrocada do império e o começo da era cristã foram se deteriorando a experiência e o espírito constitucionalista trazidos desde os gregos. A contar Dalí, o constitucionalismo deixaria de ser visto por mais de um milênio, renascendo somente no final da idade média.

1.2.5 Estado Medieval

Com o ataque dos povos Germânicos, o império romano foi ruindo e em cima dos destroços do paganismo reapareceu uma nova ordem estatal, consoante a forma germânico-oriental. Destarte, sobrepuseram integralmente as práticas romanas. Sai de cena então a violência esmagadora por um modo de viver bem mais aceitável levando-se em conta a dignidade humana, norteadas na submissão aos princípios do direito natural do homem, à liberdade individual, à inviolabilidade da família e no direito de livre associação.

A sociedade medieval era formada pela nobreza, que apenas combatiam, podendo, muitas vezes exercer funções como administradores, juizes ou até pessoas da Igreja. A Igreja não dominava apenas o ensino, mas a arte e a cultura, ainda também a caridade, a medida do tempo e os laços de parentesco.

No Estado medieval a ordem era sempre bastante precária, pela improvisação das chefias, pelo abandono ou pela transformação de padrões tradicionais, pela presença de uma burocracia voraz e quase sempre todo-poderosa pela constante situação de guerra (invasão dos bárbaros) e, inevitavelmente, pela própria indefinição de fronteiras políticas.

As práticas e costumes foram as principais bases do direito, em concordância com as regras marcantes do direito natural, estas, consubstanciada basicamente no Cristianismo, estabelecendo como deveres da humanidade a comunhão com Deus e o respeito com os seus semelhantes.

Resumidamente podemos dizer que são fundamentos estruturais do Estado medieval o governo, a primazia do direito natural, a mistura do direito público com o direito privado, a divisão do poder pelos feudos, a obediência do Estado ao poder “divino” exercido pela Igreja Romana.

Tal época, explica Barroso que “... começa a aparecer o processo de concentração do poder que implicaria na formação dos Estados nacionais como organizações políticas que superaram as formas muito amplas e difusas (pontificado, império) e dos muito reduzidos e religiosos (tribos, feudos).”

1.2.6 Estado Moderno

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição da terra.

Os senhores feudais, com o passar dos anos, já não aguentavam mais as imposições dos aventureiros monarcas que permaneciam no poder em um extremo regime de guerra, o que só trazia gastos e prejuízos a vida social e econômica.

Por consequência, uma nova visão de Estado foi surgindo, e apesar da discórdia doutrinária quanto à especificação das características fundamentais dessa época em síntese essas características acabaram produzindo o conceito que temos hoje de Estado como sendo povo, território, soberania e a finalidade. Tal coisa se deu no começo do século XVI, no crepúsculo da idade média, raiando, em seguida, o absolutismo, separando-se da religiosidade, embora sem desconsiderar a legitimação trazida por ela.

O Estado Moderno, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo e à medida que, claramente apontadas pelos teóricos, tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado.

1.2.7 Estado Moderno e Democracia

A primeira coisa que nos vêm à cabeça quando falamos de democracia é, com certeza: governo do povo, revelada respectivamente pela origem do termo, manifestando suas primeiras marcas no século XVIII.

O Estado Moderno surgiu a partir da fragmentação do sistema feudal. É marcado por quatro fases: o estado moderno, estado liberal, crise no estado liberal e estado democrático liberal.

A democracia surgiu nas cidades-estados da Grécia antiga, durante o primeiro milênio antes de Cristo, e tomou sua forma clássica no auge político da cidade de Atenas. Sua etimologia provém dos termos “*demo*” (povo) e “*cracia*” (governo), significando literalmente “*o governo do povo*”. De acordo com a classificação das três

formas de governo feita por Aristóteles na sua obra “Política”, a democracia (governo de muitos) se distingue da monarquia (governo de um só) e da aristocracia (governo dos nobres).

Conforme Dallari (2012), a democracia atual surgiu das lutas contra o absolutismo, especialmente pela afirmação dos direitos naturais do homem. Proveio daí a grande ingerência dos jus naturalistas, sendo Locke e Rousseau os que mais se destacaram. Direitos estes que, foram alcançados por movimentos populacionais.

De igual modo o autor lista três principais acontecimentos político-sociais que conduziram as ideias ao campo real democrático: o movimento inicial foi o qual intitulamos de Revolução Inglesa, vigorosamente inspirada por Locke que trouxe sua expressão mais relevante em 1689 no *Bill of Rights*; Posteriormente aconteceu a revolução Americana, a qual as normas foram positivadas em 1776 na Declaração de Independências das colônias americanas; e por último foi a Revolução Francesa, que ao contrário dos outros movimentos conseguiu dar universalidade às suas normas, as quais foram compreendidas em 1789 na Declaração dos Direitos do Homem, ficando claro a influência direta de Rousseau (SOUSA, 2015).

É necessário para se entender essas revoluções que, antes que se mencione o envolvimento das pessoas dessa época. Em relação a Revolução Inglesa, as pessoas inspiradas pelas convicções do protestantismo e o desejo de limitar os poderes do monarca, ambos colaborando para consolidar a igualdade e a liberdade como direitos naturais, como também o desejo em firmar um governo que representasse a maioria, motivaram esses movimentos.

Logo adiante, os pensamentos de Locke terminaram por motiva a independência das colônias americanas. Malgrado terem uma aceitável liberdade em relação a metrópole, possuem poder legislativo eleito pelos cidadãos locais, assim como um poder judiciário autônomo não foram capazes de tranquilizar o trato entre eles. Ao longo dos anos 1760 os acontecimentos pioraram após a matriz se envolver economicamente no dia a dia da colônia. O estresse aumentou após alguns fatos como *Stamp Actem* que a Coroa britânica estipulou um imposto do selo, que deveria ser cobrado sobre diversos outros papeis como documentos e jornais; a carnificina na cidade de Boston, em que cinco pessoas foram mortas por consequência do confronto incentivado pela implantação de taxas sobre as importações de produtos feitas pelas treze Colônias; sem contar o *Boston Tea Party*, onde admitia que a Companhia das

Índias Ocidentais distribuísse seus produtos para serem comercializados na americana, lesando o comércio local.

Sob o comando de George Washington, inicia-se a guerra, sendo feita pelas treze colônias em 4 de julho de 1776 uma declaração de independência. Posteriormente em 17 de setembro de 1787, a primeira constituição escrita do mundo, seria confeccionada. Dividida em três partes a revolução americana tinha o seguinte conteúdo: a) autonomia das treze colônias; b) que a forma monárquica de governo fosse superada; c) fixação de um governo constitucional, fundamentado na divisão dos poderes, na primazia da Lei e na igualdade.

Claramente esse episódio fora instigado pelo movimento iluminista que predominava na Europa. Neste mesmo período, os Estados Unidos da América se tornava o primeiro país a legitimar o sistema tripartite dos poderes, idealizado por Montesquieu, 1754. No entanto antes mesmo deste, Locke já enfrentava o regime absolutista, incentivando a implementação do Parlamento como ideal da participação popular e limitador do poder.

Dessa forma, nascia um novo tempo que influenciaria todo o mundo. O compartilhamento de princípios intransferíveis como a vida e a liberdade e a busca pelo bem-estar seriam tutelados pelos governantes com poderes legítimos conferidos por seus governados. O Ideal democrático tinha sido instalado, os desejos da maioria sobrelevavam-se nas vastas terras dos Estados Unidos.

O último movimento se deu poucos anos mais tarde em 1798 com a Revolução Francesa, influenciada pela independência das colônias inglesas na América, a França que estava passando por conflitos internos como a insatisfação do modelo absolutista que reprimia o crescimento da burguesia, os pensamentos democráticos trouxeram à tona a indignação que implicou na derrubada do regime monárquico. Com a vitória dos burgueses foi valorizado o direito como a propriedade privada e a liberdade e estabelecido o Estado Mínimo o que, conseqüentemente, deu origem em 1789 a Declaração do Homem e do Cidadão, dando alcance universal aos direitos naturais e fundamentais ao homem, sendo a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão os principais.

Cai então o poder absoluto e emerge o liberalismo no qual é reduzir o domínio do Estado absoluto. Surge um tempo alicerçado na vontade da lei, isto é, um Estado, onde este não agiria mais com tirania como outrora.

O ministro Barroso diz que, tem como primazia, o Estado Democrático, estabelecer normas de divisão e restrição de poder, abrangendo a proteção aos direitos individuais entre outros. Não obstante, tal forma não bastava para erguer o espírito democrático, porque o Estado afirmava sua vigência com a simples presença de qualquer ordem legal que seria observada por qualquer órgão do poder como também por pessoas comuns, ou melhor, até mesmo um estado absolutista ou ditatorial que seguissem as normas estaria dentro do Estado de Direito.

O significado de democracia como sendo um Estado constitucional democrático foi melhor expressado no século XX. No seu aspecto formal, se limitava ao tipo de governo e a observância aos direitos individuais como a livre associação, locomoção, bem como liberdade de pensamento e expressão possíveis somente através da não intervenção do Estado. Em sentido substancial pode ser olhado como governo do povo e não só da maioria, devendo ser visto como governo de todos, em que pese a vontade da maioria não se podendo apagar o entendimento de que as minorias também possuem direitos. Assim, não é suficiente somente o respeito do estado para com esses grupos de menor expressão ou de minoria política, é preciso que se estabeleça formas que possam assegurar a igualdade real entre eles para que de forma efetiva todos desfrutem da liberdade.

Para Moraes (2014) o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado, por exemplo, no caput do art. 12 da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante : I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular".

Paulo e Alexandrino (2016) dizem que:

Na democracia, temos a participação dos destinatários das normas e políticas públicas na escolha dos titulares de cargos políticos, na produção do ordenamento jurídico e no controle das ações governamentais, formando o governo de baixo para cima- governo do povo. Na democracia, prevalece a vontade da maioria, conquanto sejam reconhecidos e protegidos os direitos das minorias. Suas principais características são: a liberdade do povo para

votar, a divisão de poderes e o controle popular da autoridade dos governantes (Paulo e Alexandrino, 2016, p. 274).

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular.

2 DA SEPARAÇÃO E FUNÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos (LENZA, 2015, p. 585).

Tal filósofo, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da Lei (LENZA, 2015, p. 585).

Assim, nas sábias palavras de Pedro Lenza (2015) “Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais, apesar de exercidas por um único órgão.”

Não se pode afirmar, contudo, que os gregos tenham pensado em um sistema político em que a tripartição tivesse o objetivo de reduzir os riscos de abusos no exercício do poder. Isso porque, na época em que Aristóteles escreveu sua obra, imperava a mais absoluta centralização política, com todo o governo sendo exercido por um único soberano, que detinha ilimitados e incontrastáveis poderes. Com isso, o eminente estagirita pregava o exercício das três funções - legislativa, executiva e julgamento - pela mesma pessoa, o soberano, que editava as leis gerais, determinava a sua aplicação aos casos concretos e, monocrática e unilateralmente, julgava os conflitos eventualmente surgidos (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 411).

Por essa razão, podemos asseverar que a contribuição de Aristóteles para a formação da teoria da tripartição do poder esgotou-se na identificação das três diferentes funções essenciais de governo, pois não havia no seu pensamento nenhuma preocupação com o elemento “limitação do poder”. E nos dois milênios seguintes não foi modificada a concepção de exercício do poder de modo absoluto: o monarca continuou governando com poderes ilimitados, exercendo, de forma unipessoal, as três funções identificadas por Aristóteles (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 411).

Ademais, muito tempo depois, a teoria de Aristóteles seria “aprimorada” pela visão precursora do Estado Liberal Burguês desenvolvida por Montesquieu em sua obra “o espírito das Leis” (LENZA, 2015).

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Essa teoria surge em contraposição ao absolutismo servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa, caracterizando-se, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão” (LENZA, 2015, p. 585).

Para Paulo e Alexandrino (2016) A teoria de Montesquieu surgiu como vigorosa contraposição ao Absolutismo (pois neste as três funções estavam concentradas nas mãos do soberano) e se consolidou definitivamente na Revolução Francesa, mediante a inclusão, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da asserção de que um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem Constituição. Desde então, o princípio da separação de poderes passou a estar vinculado ao constitucionalismo, transformando-se, em praticamente todo o Ocidente, no cerne da estrutura organizacional do Estado.

De acordo com essa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a Lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo (LENZA, 2015, p. 586).

Cabe alertar, conforme destacou, com acerto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “a divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a ‘*separação de poderes*’ – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim e o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou *Bill Rights* de 1689. De fato, a ‘gloriosa revolução’ pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se a independência dos juízes. Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza (LENZA, 2015, p. 586).

Retomando conceitos anteriores, observa-se que a teoria da “tripartição de Poderes”, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles (LENZA, 2015, p. 588).

Assim, mesmo exercendo funções típicas (*predominantes*), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Como, o Legislativo, por exemplo, que, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza *executiva* e outra função atípica de natureza *jurisdicional* (LENZA, 2015, p. 589).

2.1 LEGISLATIVO

Ao consagrar o princípio da separação dos poderes, a Constituição Federal de 1988 atribuiu funções determinadas a cada um dos três poderes (órgãos), mas não de forma exclusiva. Todos eles possuem, pois, funções próprias ou típicas e, também, funções atípicas, que ora são exercidas para a consecução de suas finalidades precípuas, ora o são para impor limites à atuação dos demais poderes, no âmbito do mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*) (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 415).

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar. No desempenho da função legislativa, cabe a ele, obedecidas as regras constitucionais do processo legislativo, elaborar as normas jurídicas gerais e abstratas. Em cumprimento à função fiscalizadora, cabe ao Congresso Nacional realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70), "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (CF, art. 49, X), bem como investigar fato determinado, por meio da criação de comissões parlamentares de inquérito- CPI (CF, art. 58, § 3.0) (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 415 - 416).

É importante destacar que essas duas funções típicas do Poder Legislativo dispõem da mesma dignidade, do mesmo grau de importância, vale dizer, não há hierarquia entre elas. As duas foram atribuídas pelo constituinte originário ao Poder Legislativo, sem nenhuma relação de subordinação entre elas (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 416).

As funções atípicas do Poder Legislativo são administrar e julgar. O Legislativo exerce função atípica administrativa quando, por exemplo, dispõe sobre a sua organização interna ou sobre a criação dos cargos públicos de suas Casas, a nomeação, a promoção e a exoneração de seus servidores. O desempenho da função atípica de julgamento ocorre, especialmente, quando o Senado Federal julga certas autoridades da República nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I, li, e parágrafo único) (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 416).

Ao se analisar o órgão Legislativo no Brasil observa-se que vigora o bicameralismo federativo, no âmbito federal. Ou seja, o Poder Legislativo, em âmbito federal, é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a primeira constituída por representantes do povo e a segunda, por representantes dos Estados-Membros e do Distrito Federal (LENZA, 2015).

A Câmara dos Deputados é composta de representantes do povo, proporcionalmente à população de cada ente federado, valorizando o princípio republicano-democrático (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 417).

A representação de cada estado e do Distrito Federal é proporcional à população, isto é, quanto mais populoso, maior será o número de representantes do ente federado na Câmara dos Deputados (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 419).

A Constituição Federal atribui à lei complementar a fixação do número total de Deputados, bem como a representação por estado e pelo Distrito Federal, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados (art. 45, § 1.0) (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 419).

Outrossim, o Senado Federal é composto por representantes dos estados e do Distrito Federal de forma paritária, assegurando-se, com isso, o equilíbrio federativo (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 421).

É correto afirmar, portanto, que no Brasil os senadores não representam o povo, mas sim os estados e o Distrito Federal, como meio de fazer valer a vontade

deles na formação da vontade nacional, característica marcante da forma Federativa de Estado. É por esse motivo que afirmamos antes que o nosso bicameralismo é do tipo federativo, haja vista que a existência dessa segunda Casa tem por fim assegurar a representatividade dos estados e do Distrito Federal na formação da ordem jurídica nacional (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 421).

Cada estado e o Distrito Federal elegem o número fixo de três senadores, com mandato de oito anos. Diferentemente da Câmara dos Deputados, na qual há renovação integral dos seus representantes a cada quatro anos, no Senado Federal a representação de cada Estado e do Distrito Federal é sempre renovada parcialmente, de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. Assim, numa eleição são eleitos dois senadores; na eleição subsequente (quatro anos depois), elege-se um senador; na eleição ulterior (quatro anos depois), dois senadores - e assim sucessivamente (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 421 - 422).

2.2 EXECUTIVO

No Brasil, a forma de governo presidencialista foi adotada pela população por meio de um plebiscito em 1993, antecipadamente fixado pela Constituição de 1988 (LOURENÇO; GIRALDI, 2013).

O presidencialismo tem as subseqüentes marcas (MORAES, 2014):

- a) forma de governo formada por intermédio da tripartição de Poderes idealizada por Montesquieu, com a sucessiva autonomia e equilíbrio destes;
- b) atribuições presidenciais provenientes do povo pelas eleições diretas ou, incomumente, indiretas;
- c) sendo possível a responsabilização política e penal do Presidente; sendo
- d) atribuído ao Presidente da República a função de chefe de Estado e chefe de Governo.

Como chefe de Estado compete ao Presidente representar a República Federativa do Brasil nas relações internacionais com outros Estados Soberanos, como também nas relações internas com os Estados-Membros. De igual modo, como

chefe de Governo é imputado a ele a prática de atos de administração e de natureza política.

Paulo e Alexandrino (2016) dizem que:

A característica nuclear do presidencialismo - o maior delineamento da separação das funções estatais entre os Poderes Executivo e Legislativo - resulta, especialmente, da independência estabelecida pela Constituição para os membros desses Poderes. Assim, o Poder Executivo concentra-se na figura do Presidente da República, que é eleito para mandato certo, sem responsabilidade política perante o Legislativo. Por outro lado, os membros do Legislativo também são eleitos para mandatos certos, que não poderão ser abreviados pela vontade do chefe do Poder Executivo. Com isso, o Presidente da República tem direito de nomear e exonerar seus auxiliares, Ministros de Estado, e a praticar todos os demais atos de governo durante a integralidade do seu mandato, ainda que sem apoio da maioria do parlamento, pois no presidencialismo não existe a possibilidade de o Legislativo, ordinariamente, afastar o Presidente da República. Por outro lado, não existe a possibilidade de o Presidente da República dissolver o parlamento, como meio de abreviar os mandatos dos membros do Legislativo (Paulo e Alexandrino, 2016, p. 590).

Assim, a função típica do Poder Executivo é administrar, compreendendo não só a função de governo, relacionada às atribuições políticas e de decisão, mas também a função meramente administrativa, pela qual são desempenhadas as atividades de intervenção, fomento e serviço público (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 591).

E tendo como funções atípicas a legislativa e a de julgamento. Assim, além de gerir, política e administrativamente, a coisa pública, o Poder Executivo também legisla (expedição de medidas provisórias) e julga (contencioso administrativo) (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 591).

Por fim, têm-se como condições de elegibilidade ser brasileiro nato, estar no pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária, idade mínima de 35 anos, não ser inalistável nem analfabeto e não ser inelegível (LENZA, 2015, p. 783).

2.3 JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário tem por função típica a jurisdicional, inerente à sua natureza. Exerce, ainda, funções atípicas, de natureza executivo-administrativa como concessão de licença e férias a seus membros, juízes e servidores imediatamente

vinculados, bem como funções atípicas de natureza legislativa como elaboração de regimentos internos (LENZA, 2015, p. 825).

Dessa forma, é possível conceituar jurisdição como sendo:

Uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada) (Lenza, 2015, p.825).

Assim como dito anteriormente o Judiciário também desempenha funções acessórias ou atípicas, de natureza administrativa e legislativa (PAULO; ALEXANDRINO, 2016).

Desempenhando função atípica administrativa quando administra seus bens, serviços e pessoal. A nomeação e exoneração de seus servidores, a concessão a eles de férias e demais direitos, a realização de uma licitação pública etc. são alguns exemplos de atuação do Poder Judiciário no exercício de função "atípica" administrativa. De igual forma desempenha função "atípica" legislativa quando produz normas gerais, aplicáveis no seu âmbito, de observância obrigatória por parte dos administrados. É o caso da elaboração dos regimentos dos Tribunais os quais dispõem sobre a competência administrativa e jurisdicional desses órgãos (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 621).

A Constituição Federal outorgou importantes garantias ao Poder Judiciário, como meio de lhe assegurar autonomia e independência para o imparcial exercício da jurisdição. Essas garantias, portanto, não devem ser vistas como privilégios dos magistrados, mas sim como prerrogativas que asseguram, ao próprio Poder Judiciário, a necessária independência para o exercício de suas relevantes funções constitucionais, sem ingerência e pressões dos Poderes Legislativo e Executivo (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 621).

Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira (CF, art. 99).

Em razão da autonomia financeira, os tribunais elaborarão suas próprias propostas orçamentárias, desde que dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Desse modo, o Poder Judiciário, embora não disponha de orçamento próprio, tem assegurado

constitucionalmente o direito de elaborar sua proposta orçamentária, com a participação ativa na fixação dos limites de gastos da lei de diretrizes orçamentárias (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 622).

Já no que tange a autonomia administrativa confere aos tribunais do Poder Judiciário a competência para:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correccional respectiva;
- c) prover, na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 623).

O ingresso na carreira da magistratura, em regra geral, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, dar-se-á mediante a realização de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (PAULO; ALEXANDRINO, 2016).

3 O ATIVISMO

3.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A análise de qualquer norma é um exercício racional, cujo escopo é, estabelecer o seu significado, tornar viável a execução das normas, imperiosamente subjetivas e gerais, a casos próprios e reais. O principal obstáculo dos juristas é o afastamento substancial entre o caráter geral da norma e a particularidade dos casos concretos. Tão somente aplicando-se a norma ao caso real é que se vislumbra a essência do texto jurídico, realizando seu papel de dirigir a vida.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 47), apresentando famosa declaração do Chief Justice Charles Evans Hughes, exhibe o contexto de conflito entre o realismo e o positivismo, em especial no que se refere ao estabelecimento hierarquizado dos pilares do direito, onde a Constituição estava no nível mais alto. Com o objetivo de mostrar a mudança de aceção da fonte de direito por perfeição para a maior parte da jurisprudência o juiz da Suprema Corte, fundamentado nos julgados, declarou que “(...) nos Estados Unidos se vivia sob uma Constituição, ‘porém a Constituição é o que os juízes dizem que é.

Na realidade, não há uma oposição entre a criatividade dos juízes e a interpretação judiciária da lei, pois há de se reconhecer que certo grau de discricionariedade – que não se confunde com arbitrariedade –, e, pois, de criatividade, é próprio de qualquer interpretação, não só a do direito. A interpretação é parte integrante do processo legislativo. Dessa forma, deve-se analisar criteriosamente o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por parte dos Tribunais.

Ao Judiciário foi entregue o dever de se fazer cumprir a lei nos casos concretos, considerando sempre a neutralidade no que tange às opções políticas do legislador. Ensina Montesquieu que, o poder Judiciário era “invisível e inoperante”, sendo os magistrados “(...) somente a boca que pronuncia as palavras da lei; seres sem vontades que não se podem controlar nem a força, nem a rigor (1994, p. 178).

Nasce então com o objetivo de resguardar o subjetivismo interpretativo a Escola da Exegese, por meio do qual o intérprete teria a todo momento que procurar e se limitar ao propósito do legislador. Assim, não era dado ao Judiciário a perspectiva de criação do direito, sendo a essência da atividade do juiz intelectual ou declaratória. Doravante, o subjetivismo legalista é alterado pelo subjetivismo do magistrado.

Segundo Lenza (2015) as constituições devem ser interpretadas, função essa atribuída ao exegeta, que buscará o real significado dos termos constitucionais. Assim, tal função é extremamente importante, na medida em que a constituição dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico (Kelsen).

Com a introdução do Código Civil de 1804 napoleônico na França, consolidou-se o modelo dogmático do positivismo, pondo fim ao dualismo do direito natural em contraposição ao positivo, uma vez que as fontes estatais passaram a preponderar sobre as demais. A supremacia da lei, como visto anteriormente, encontrava alicerce devido às características de legitimidade política e ética dos atos legislativos – produto do Parlamento, visto como a encarnação do princípio da soberania do povo e; expressão da vontade geral, que tendia sempre para a utilidade pública.

O princípio da maioria não deixou de ser fundamental para estabelecer os padrões e limitar os poderes do juiz constitucional. Dele emana um requisito de suma importância da esfera constitucional que é a de não se usurpar a função do legislador ordinário, evidência da maioria de governo, substituindo aquele nas opções possíveis. Dessa forma, é importante dizer que, embora não sendo permitido ao juiz constitucional o direito de autolimitar no exercício de suas funções, a Constituição fixa limitações que devem ser ponderados.

Se o poder Judiciário observar que o administrador público se afasta dos limites constitucionais, garantidos por direitos fundamentais e aplica a sua constatação, não estará tomando o lugar da vontade do representante popular pela sua, contudo estará apenas atestando e resguardando que a ordem jurídica esteja sendo atingida. Assim, as delimitações trazidas pelo princípio da maioria e da separação dos poderes permanecem tendo efetiva validade.

Antes de tudo, é importante ressaltar que, não é função do juiz atribuir à norma um significado que não possa ser religada à vontade do legislador, porque desse modo, ele se transformaria no próprio legislador. Nessa perspectiva, o magistrado deve empregar uma interpretação segundo à Constituição, dando uma das aplicações admissíveis pela legislação, de acordo com o modelo da interpretação. Outra questão que deve ser analisada, é quanto ao impedimento de o juiz gerar normas que possam se sobrepor as normas declaradas inconstitucionais, mesmo em caráter temporário. Também não é função sua dizer ao legislador as normas que este tem que criar para suceder as normas declaradas inconstitucionais. E quanto à fiscalização das lacunas constitucionais, as decisões devem ser de simples reconhecimento da

inconstitucionalidade, não podendo o tribunal invalidar a omissão, uma vez que está só pode ser vencida pela criação de legislação adequada.

A Constituição Brasileira se utiliza de inúmeras cláusulas abertas, que incluem princípios e conceitos jurídicos indeterminados. É incontestável que essas definições possuem sutilezas de valoração que estão intrínsecos a determinado grau de subjetividade, por mais que possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar. Quando se trata de princípios constitucionais, o fato ainda é percebido com maior intensidade devido à sua intensa carga axiológica, sendo impossível falar em sentidos claros e unívocos.

É fácil inferir que os juízes nem sempre se utilizam das mesmas técnicas de interpretação, a maior parte deles se apoiam, inclusive, não no princípio, mas sim no desfecho. Aqui, é de suma importância mencionar o debate acerca da corrente filosófica do pragmatismo jurídico, cuja consequência é sua principal parte.

O juiz pragmatista, ao seguir este caminho, tem como principal objetivo a escolha da decisão mais aceitável. Para esse fim, o juiz pode utilizar-se de sua experiência como operador do direito, de meios jurídicos e não-jurídicos, de muitas teorias e até mesmo de julgados anteriores.

Os julgados nesse sentido mostram a preocupação dos juízes quanto à repercussão que algumas decisões podem provocar na sociedade. Esse método de decisão busca analisar os efeitos que podem ser gerados a terceiros, a forma como o Direito repercute no cotidiano.

3.2 NASCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão ativismo judicial surgiu, de acordo com Arguelhes, Oliveira e Ribeiro (2012), numa reportagem publicada por um historiador nos Estados Unidos, em 1947, e, portanto, não no mundo acadêmico. Referia-se principalmente ao período em que Earl Warren presidiu a Suprema Corte americana, nas décadas de 1950 e 1960, e era empregado com sentido pejorativo.

Nos Estados Unidos a primeira decisão que teve uma roupagem ativista foi proferida em caráter conservador, onde se procurava manter uma segregação racial, o que causou desconforto entre o Presidente Roosevelt e a Corte Norte-americana, em virtude da contrariedade ao intervencionismo estatal (DIAS, 2013).

O ativismo judicial ocorre quando o Judiciário, incumbido de julgar e guardar a Constituição, por escolha própria, avoca para si o papel de tomar as decisões políticas. Elival Ramos o conceitua como:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (apud COELHO, 2010).

A partir da definição de ativismo judicial exposta acima é possível sintetizar o fenômeno. Ativismo judicial, em suma, consiste em uma prática do Poder Judiciário em interferir além do âmbito judicial, expandindo suas atividades também para as esferas dos outros Poderes do Estado.

No Brasil, o marco inicial do ativismo se dá com a Constituição da República de 1988, rompendo definitivamente com o estado autoritário brasileiro e consagrando o Estado Democrático de Direito, proporcionando as liberdades e direitos fundamentais (D'ALMEIDA, 2013).

Afirma ainda Lenza (2015) que o texto de 1988, por sua vez, muito embora já tivesse sido insinuado no texto de 1946 e na Carta de 1967, consagra a proteção aos direitos de terceira geração ou dimensão, marcando pelo lema da solidariedade ou fraternidade, evidenciando, assim, os direitos transindividuais.

Assim, o Supremo Tribunal Federal - órgão responsável pela guarda e cumprimento da Constituição da República, função atribuída por ela mesma à onze ministros que compõem tal Tribunal – passou a debruçar sobre questões relativas ao direito social e outras questões fundamentais relevantes, causadas em decorrência: ou da omissão legislativa ou da ausência de implemento de políticas públicas (DIAS, 2013).

No Brasil, os estudos começaram por meados da década de 90, com as primeiras decisões sendo proferidas no início do Século XXI. Contudo, o fenômeno ganhou mais forças no ano de 2008, quando dezenas de decisões foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (DIAS, 2013).

Pode-se no Brasil, citar como decisões que foram capazes de trazer esse caráter ativista para o Poder Judiciário brasileiro as seguintes: constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, vedação do nepotismo, demarcação de terras indígenas, passe livre para deficientes em transporte público, reconhecimento de união homoafetiva, distribuição de medicamentos (DIAS, 2013).

A mídia brasileira aponta esse tema como uma maior interferência do Judiciário na esfera de competência dos demais poderes. Diferente é a visão adotada nos Estados Unidos, onde a questão é vista como um problema entre juiz e lei, segundo aduzem Arguelhes, Oliveira e Ribeiro (2012).

3.3 ATIVISMO JUDICIAL: AS CORTES CONSTITUCIONAIS

A discussão a respeito do ativismo judicial desponta nos Estados Unidos da América. Pontualmente dizendo, no caso *Marbury v. Madison*, no estabelecimento do poder da Corte Constitucional dos Estados Unidos com o intitulado *judicial review*, semelhante ao que no Brasil conhecemos como sendo controle de constitucionalidade (CAMPOS, 2014).

No entendimento de Campos (2014), as decisões mais relevantes da corte norte americana no que se refere ao ativismo são *Dred Scott v. Sandford* (1857) e *Lochner v. New York*.

No primeiro caso, o tribunal deliberou pela ilegitimidade ativa de *Dred Scott* para apresentar ação em face ao judiciário americano. No voto, tido por quase todos como o mais detestável e desonrado da história dos americanos, determinou-se que *Scott*, que era escravo, não era cidadão americano, dessa forma sendo impossibilitado do exercício dos direitos e garantias constitucionalmente firmados (CAMPOS, 2014).

Já no segundo caso, o tribunal declarou inconstitucional a Lei do estado de Nova York que determinava jornada de trabalho de no máximo 60 horas semanais, dizendo que era dispensável e abusivo, afirmando que a constituição norte americana garantia, implicitamente, a liberdade de contratar (TEIXEIRA, 2012).

Desse julgado em diante a corte americana começou a resolver muitas ações fundamentado em princípios e influenciado na economia do país. O que ficou conhecido como “Era *Lochner*” (CAMPOS, 2014).

Porém o tema em apreço não ficou limitado somente à América do Norte. Em vários países as cortes Constitucionais estão tomando decisões polêmicas, como no caso da Alemanha, Itália e África do Sul.

A corte alemã passou a desempenhar função essencial no que tange a proteção dos direitos da pessoa humana assim que se findou a Segunda Guerra

Mundial, de modo que passou a fazer uso frequente do controle de constitucionalidade, o que influenciou os poderes Executivo e Legislativo a acatarem as decisões proferidas e ajustarem as novas leis as normas constitucionais apresentadas pelas cortes (CAMPOS, 2014).

Têm, até hoje, as cortes italianas e sul-africanas um relevante papel. Enquanto na Itália, a corte constitucional procurou se distanciar da antiga forma de governo totalitária, implementando a defesa da democracia e direitos fundamentais através da criação judicial do direito por meio das decisões manipulativas, em que há transformação no sentido da lei (CAMPOS, 2014).

Por outro lado, na África do Sul, a corte constitucional vem tendo um enorme destaque na mudança da sociedade pós-Apartheid por meio da constante interpretação da Constituição de 1996. O Judiciário tem aliviado as diferenças sociais do país ao propiciar a justiça social (PAUMGARTTEN, 2012).

Conforme Anjos (2010), o Brasil passou a aperfeiçoar a ideia de ativismo judicial logo após implementação da Constituição de 1988, com maior movimentação do Poder Judiciário.

Assim, a suprema corte brasileira, de forma progressiva, vem, mediante o sistema de controle de constitucionalidade das leis, se revelando como autoridade político-normativa, atitude nova em relação a sua história (CAMPOS, 2014).

Em 2008, o Ministro Celso de Mello, reconheceu abertamente o ativismo praticado pela suprema corte brasileira, em defesa das necessidades institucionais, bem como na presença da omissão e estagnação dos outros poderes, não sendo possível admitir frequentes violações à Constituição (CAMPOS, 2014).

No Brasil, o ativismo judicial é resultando do desenvolvimento racional da população, vencido a forma de governo autoritarista na promulgação da Constituição de 1988. Tal Constituição estabeleceu, prudentemente, em suas normas, meios jurídico-processuais almejando aumentar a aplicabilidade de seus princípios. Embora esse método necessite do Judiciário, decorre também dos movimentos populares e da cidadania jurídica participativa (CITTADINO, 2004).

3.4 ATIVISMO JUDICIAL VERSUS JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Primeiramente é bom esclarecer que, muito embora sejam tratadas as expressões “judicialização” e “ativismo judicial” como sinônimas, não se pode ter como certo esse tratamento. Há grande proximidade entre tais conceitos, mas as suas essências e finalidades são distintas, já que a judicialização está mais atrelada ao modelo constitucional que fora no Brasil determinado. Já o ativismo judicial remonta uma idéia de justiça proativa, juízes positivos e ativistas, fazendo preponderar a ética e eficiência em face do formalismo necessário, implantando com maior facilidade as finalidades constitucionais traçadas na Carta Magna de 1988 (DIAS, 2013).

O constitucionalista Luís Roberto Barroso apresenta a relevância de se diferenciar o ativismo judicial da judicialização política para pormenorizarmos o pensamento deste: a judicialização envolve uma transferência de questões de grande repercussão política, social ou moral ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – o Legislativo e o Executivo. Enquanto o ativismo é uma atitude, é interpretar a Constituição de modo específico e proativo. A expansão da jurisdição e do discurso jurídico tem causado no mundo romano-germânico, grandes mudanças como o distanciamento de se reservar ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo.

No entendimento de Barroso (2008), no Brasil, a “(...) judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.” O Judiciário passou de mero departamento técnico-especializado para verdadeira fonte de poder político, efetivando o cumprimento da Constituição e das leis. A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário. O ambiente democrático reavivou a cidadania e, com isso, a sociedade, consciente dos seus direitos, passou a buscar proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A Constituição brasileira de 1988, outrossim, está cheia de matérias que antes eram do processo político majoritário e da legislação comum. A Carta Magna é analítica e audaciosa. O Direito Contemporâneo se mostra cada vez mais profundo quanto à estrutura normativa de suas Constituições. Distintivamente das clássicas Constituições-garantia, como a do Império de 1824, que prescrevia em seu artigo 178, ser de competência constitucional apenas “(...) o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais

dos Cidadãos”; no momento atual, tem-se novos desafios para a interpretação constitucional, tendo em que fatos envolvendo direito individual, prestação estatal ou um fim público, ao serem sistematizadas em uma norma constitucional, possuem capacidade de se converter em um anseio jurídico, que pode ser garantido por intermédio de uma ação judicial (BARROSO, 2008).

Outro fundamento da judicialização no Brasil é o sistema de controle de constitucionalidade, que é o misto: uma mistura dos sistemas americano e europeu. Seguindo o controle incidental e difuso, característica marcante do sistema americano, a Lei pode deixar de ser utilizada dependendo do caso concreto por todos os juízes ou tribunais brasileiros que a vejam como inconstitucional. Por outro lado, do sistema europeu, acolhemos o controle por ação direta, que consiste em que matérias específicas sejam levadas ao STF em de maneira imediata. Melhor dizendo, quase toda demanda política ou moral importante pode ser atribuída ao Supremo.

José Eisenberg diz que, a judicialização na política é formada por dois movimentos bem diferentes, quais sejam:

“(1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2) a dissiminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma ‘tribunalização’ da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento” (2002, p.47).

Barroso (2008) analisa que, muitos foram os temas que chegaram ao STF nos últimos anos, como exemplo políticas governamentais, relações entre poderes e direitos fundamentais, sendo todos eles decididos nos limites dos pedidos feitos. Nesses casos, a Corte brasileira foi estimulada a se manifestar e “(...) não tinha a escolha de conhecer ou não dos petítórios, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.”

Nesse Cenário, a judicialização provém do sistema institucional em vigor, e não de uma escolha política do Poder Judiciário. Os magistrados e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a opção de se se expressão ou não sobre o caso em apreço. Contudo, a forma como respondem a essa provocação é que vai definir a presença ou não de ativismo judicial.

3.5 ATIVISMO JUDICIAL: DEFINIÇÃO

O ativismo judicial é reconhecido por ter uma presença mais ampla e acentuada no Judiciário, se intrometendo, até mesmo, na área de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

O ativismo judicial é frequentemente confundido com outro fenômeno jurídico: a judicialização da política. Embora em ambos os fenômenos as consequências sejam semelhantes, isto é, as questões ou decisões políticas que deveriam ser tomadas por outros poderes (Executivo e Legislativo) acabam por ser decididas pelo Poder Judiciário a origem, entretanto, é distinta.

Várias são as discussões na atualidade concernente à temática que defendem a ideia de que o STF, por meio de um comportamento ativista, está reorientando os limites de sua própria competência jurisdicional, alavancando áreas e temas que porventura no traçado original da Constituição não fossem de sua competência, modificando, dessa forma, seu próprio papel no cenário político de relação entre os poderes.

Vários podem ser os motivos por detrás do fenômeno. Como por exemplo, o reconhecimento da relevância do Poder Judiciário como um Poder sólido e autônomo o que possibilitou a promoção institucional dos tribunais e magistrados. Sincronicamente, um certo grau de desapontamento com a política majoritária, tanto pelas dificuldades no que tange a representatividade, quanto pela incapacidade do congresso quanto à sua funcionalidade em geral, todos esses de igual modo colaboraram para essa “instabilidade” da separação dos Poderes.

Outro motivo que deve ser observado, segundo análise feita anteriormente, é a predileção do próprio legislativo em ceder ao Poder Judiciário o encargo de solucionar certas demandas polêmicas, em relação às quais haja conflito moral relevante na sociedade, fugindo ele mesmo do desgaste da resolução de temas divisíveis, como por exemplo a fidelidade partidária, autorização de experiências científicas com células tronco-embrionárias, obrigatoriedade do uso das algemas, a greve dos servidores públicos, o fim do nepotismo nos três poderes do Estado, a probabilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, a demarcação de Reservas Indígenas como a Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade do casamento

homossexual e a demanda das ações afirmativas e das cotas raciais nas universidades públicas.

Em casos de difícil solução, tanto numa perspectiva política quanto num aspecto social, o Legislativo como também o Executivo pode, como em uma estratégia de xadrez, se manterem inertes, deixando assim o campo aberto para uma ação ativista dos tribunais.

Questões fortemente problemáticas, sem cenário algum de se chegar a um entendimento na sociedade, como a publicidade dos arquivos da ditadura militar, união homoafetiva, aborto, e assim por diante, têm os seus sacrifícios políticos meticulosamente repassados para os tribunais, os quais seus membros não têm o ônus de passar pela peneira do sufrágio após suas decisões.

A clássica obra de Aliomar Baleeiro, “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, publicada em 1968, não possui mais consonância com o que presenciamos na Suprema Corte. O Supremo marcha em direção à um Tribunal cada vez mais aberto, por meio da transmissão de sessões públicas na TV Justiça e na internet, a possibilidade de interposição de *amicus curiae* por organizações da sociedade civil e por grupos de interesse, assim como as audiências públicas, em que especialistas, militantes e acadêmicos têm a oportunidade de se manifestarem e influenciarem o processo decisório do Tribunal. “Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, policial (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura.”

No voto da ADI 1.351/DF, o Ministro Gilmar Mendes, no tocante à questão de cláusula de barreira, exprime seu desejo em legitimar o Supremo Tribunal Federal como um tribunal com competência criativa afim de resolver os conflitos:

“(…) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (2012).

Há de se reconhecer que o entendimento da Lei como resultado da vontade da maioria está longe de dar conta da realidade do Estado moderno. Em geral a Lei não é senão a vontade do partido ou coligação majoritária; o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o conteúdo das Leis.

De fato, a fragilidade na materialização dos direitos sociais, por vários motivos, não foi suficiente para debilitar a batalha, cada vez mais delicada, pelo reconhecimento jurídico de interesses de setores da sociedade atual. O Direito então aparece como aquele que resolverá todas as expectativas dos vários segmentos sociais que dele se valem para vários fins.

Aqui, caberia ao primeiro sentido o alerta do clímax do Poder Judiciário, em que a sociedade entrega todo o seu encargo moral-convivencial dos mais importantes impasses ao tribunal constitucional, que passa a ser o “superego” dessa sociedade, que, por sua vez, resta “infantilizada”, pois se a justiça eleva ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a se evadir de qualquer mecanismo de controle social.

4 ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil apresenta características que o singularizam. Nele se conjugam os modelos difuso, oriundo do direito americano, possibilitando a todos os órgãos do Poder Judiciário a realização do controle incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos, e concentrado, proveniente dos países europeus continentais, em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle abstrato da constitucionalidade de normas jurídicas (PAULO; ALEXANDRINO, 2016).

Deve-se destacar, ainda, que no Brasil a fiscalização da constitucionalidade alcança não só as leis em sentido estrito, mas também os atos administrativos em geral. Com efeito, o controle de constitucionalidade exercido perante o Poder Judiciário não tem por objeto, exclusivamente, as leis formais, elaboradas segundo o processo legislativo. Atos administrativos em geral, adotados pelo Poder Público, também podem ter a sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário, tanto na via concreta, quanto na via abstrata. Resoluções dos tribunais do Judiciário, decretos e portarias do Executivo, e outros atos não formalmente legislativos podem, dependendo de seu conteúdo, ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, ou atacados em ações próprias, na via difusa (PAULO; ALEXANDRINO, 2016).

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais (MORAIS, 2014, p. 721).

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la (MORAIS, 2014, p. 721).

A supremacia constitucional adquiriu tamanha importância nos Estados Democráticos de Direito, que Cappelletti afirmou que o nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional após a Segunda Guerra Mundial foi um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus (MORAIS, 2014).

Alessandro Pizzorusso aponta a primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de amparo ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos (MORAIS, 2014, p.721).

Klaus Schlah, analisando a proteção dos direitos fundamentais pelos demais órgãos do Poder Judiciário alemão aponta que a plena possibilidade dessa hipótese constitui-se uma das inovações mais importantes da jurisprudência tedesca, pois os tribunais têm o direito e são chamados a aplicar diretamente a Constituição quando necessário, interpretando as leis ordinárias de acordo com o Direito Constitucional (MORAIS, 2014, p. 722).

Assim, Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais (MORAIS, 2014).

Os ordenamentos constitucionais em geral preveem dois modelos distintos de controle judicial de constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa), criação dos Estados Unidos da América, e o controle concentrado (ou jurisdição concentrada), instalado inicialmente na Áustria, sob a influência do jurista Hans Kelsen (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 724).

Ocorre o controle difuso (ou aberto) quando a competência para fiscalizar a validade das leis é outorgada a todos os componentes. do Poder Judiciário, vale dizer, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, poderá declarar a inconstitucionalidade das leis (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 724).

Para Lenza (2015, p. 318) o controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

O modelo difuso de fiscalização da validade das leis surgiu nos Estados Unidos da América, a partir do célebre caso *Marbury 1-: Madison*, em 1803, quando a Suprema Corte Americana, sob o comando do Chief Justice John Marshall, firmou o entendimento de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma lei aos casos concretos a ele submetidos, por entendê-la inconstitucional. A partir de então, foi difundida para os mais diversos ordenamentos constitucionais a ideia de que os membros do Poder Judiciário, juízes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 722).

De igual modo, para Paulo e Alexandrino (2016, p. 722) o sistema concentrado (ou reservado) ocorre quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada somente a um órgão de natureza jurisdicional (ou, excepcionalmente, a um número limitado de órgãos). Esse órgão poderá exercer, simultaneamente, as atribuições de jurisdição e de controle de constitucionalidade das leis, ou, então, exclusivamente esta última tarefa.

Lenza (2015) afirma que no controle concentrado a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo principal e é o próprio pedido formulado na ação que se fundamenta em violação formal ou material à Constituição.

O modelo concentrado teve sua origem na Áustria, em 1920, sob a influência do jurista Hans Kelsen. Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder do Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 722).

Podendo-se também dividir o controle de constitucionalidade de acordo com o momento podendo ser preventivo ou repressivo.

Ocorrerá o controle de constitucionalidade preventivo (a priori) quando a fiscalização da validade da norma incidir sobre o projeto, antes de a norma estar pronta e acabada. No Brasil, exemplos de controle preventivo de constitucionalidade são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional e o veto do chefe do Poder Executivo fundamentado na inconstitucionalidade do projeto de lei (veto jurídico). Há, também, uma hipótese de controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de sustar a tramitação de proposta de emenda à Constituição ou de projeto de lei ofensivos à Constituição Federal (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 724).

Ocorre o controle de constitucionalidade repressivo (sucessivo, a posteriori) quando a fiscalização da validade incide sobre norma pronta e acabada, já inserida no ordenamento jurídico. É o caso, em regra, do controle de constitucionalidade judicial no nosso País, que pressupõe a existência de uma norma já elaborada, pronta e acabada, inserida no ordenamento jurídico (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 724).

Como se vê, por meio do controle preventivo não é declarada a inconstitucionalidade da norma (que, na realidade, ainda não existe!), mas, sim, evitada a produção de uma norma inconstitucional. Por sua vez, o controle de constitucionalidade repressivo tem por fim declarar a inconstitucionalidade de uma norma já existente, visando a sua retirada do ordenamento jurídico.

4.1 REFLEXOS NA SOCIEDADE

A doutrina constitucional expõe limitações à primazia de que o Judiciário é o Poder que dá a palavra final nos casos de divergência. Dessa forma, por meio da capacidade institucional, deve-se analisar qual Poder está mais habilitado para decidir determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o julgamento satisfatório devido à falta de informação ou conhecimento específico. Também deve-se atentar ao risco dos efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, que normalmente são desencadeados quando os juízes não conseguem antever o impacto das suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Segundo Barroso (2010), “A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm

acesso aos locus de discussão jurídica.” A realização de audiências públicas, amicus curie e o direito de proposituras de ações diretas por entidades da sociedade civil minimizam o distanciamento do direito por parte dos que desconhecem os termos jurídicos, mas não eliminam esse problema. O autor expõe a preocupação das forças sociais criarem uma certa apatia à espera de “juízes providenciais”. Outro ponto que deve ser levado em consideração é que “(...) a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.”

Isto posto, aponta-se para uma crescente confusão acerca da forma como decidem os membros da Corte Constitucional, sendo divulgado pela mídia e pela opinião pública em geral, que os magistrados do Supremo ora decidem de acordo com suas convicções pessoais, ora o fazem por motivações político-partidárias ou, até mesmo, comprometimentos pessoais decorrentes das pressões exercidas por grupos setoriais ou pela própria conjuntura econômica.

Lêda Rodrigues cita trecho da obra de Hugo Black (1968), *A Constitutional Faith*, em que o autor retrata essa ótica de inconformismo com relação à postura ativa dos tribunais:

“Existe agora uma tendência de algumas pessoas de pedir ao judiciário que tome as principais decisões políticas da nossa sociedade, sob o pretexto de determinar a constitucionalidade das leis e dos atos executivos. Acredita-se que a Suprema Corte alcançará um resultado mais rápido e mais desejável para os nossos problemas do que os ramos legislativo ou executivo do governo. Prefiro colocar minha fé no povo e em seus representantes eleitos para escolher as medidas políticas adequadas, deixando aos tribunais as questões de interpretação e execução constitucional” (1991, p.45).

Há uma certa dificuldade dos Ministros do Supremo em estabelecer parâmetros a serem seguidos quando se trata dessa postura proativa do Poder Judiciário. O Ministro Celso de Mello, procurou na Arguição de Preceito Fundamental n. 45 estabelecer situações em que caberia a intervenção do Judiciário nas políticas públicas:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos imprevistos de estatura

constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (2012).

O ativismo judicial sofre diversas críticas quanto ao risco que essa postura atuante dos juízes pode causar na separação dos poderes, não podendo ser considerado lugar comum dentro da democracia representativa. O que em um primeiro momento pode representar uma solução à omissão dos outros poderes, pode, na realidade, se tornar contrário aos interesses democráticos. Os críticos do ativismo afirmam que com essa prática:

“a) há o enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o “clientelismo”, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; e) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de Justiça; f) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; g) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros” (MONTEIRO, 2010, p.170).

O que temos presenciado é que a maioria dos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal dizem respeito a interpretações controvertidas das cláusulas constitucionais que apresentam conceitos extremamente abertos e vagos. São temas que ensejam debates apaixonados e que, a priori, não possuem uma resposta correta ou consensual. “Os principais casos constitucionais contemporâneos decididos pelas Cortes Constitucionais implicam uma análise de questões que a doutrina estrangeira classifica como desacordos morais razoáveis” (GALVÃO, 2010, p.147).

Kelsen, ao elaborar sua teoria de Jurisdição Constitucional, procurou determinar uma estrutura hierárquica de normas, escalonada de maneira objetiva e lógica a fim de limitar a margem de discricionariedade dos juízes àquela moldura de hipóteses fixada pela norma. Dessa forma, a Corte Constitucional teria competência apenas para eliminar o que não for ao encontro do estabelecido. Porém, esses casos polêmicos, que envolvem matérias passíveis de contestação, não possuem nos textos constitucionais, quaisquer indícios sobre qual posicionamento seguir. “Decidir se as pesquisas com células-tronco estão de acordo com a ordem constitucional vigente revela-se uma decisão muito mais subjetiva do que jurídica. Não há qualquer técnica em que se apoie o magistrado para defender qualquer um dos pontos de vista.” Jeremy Waldron, citado no artigo de Jorge Galvão, salienta que:

“é possível que diferentes juízes alcancem diferentes resultados, mesmo quando eles acreditam estarem diante da resposta correta, e nada sobre a ontologia de respostas corretas dá a nenhum deles razão para pensar que sua visão pessoal é mais correta do que qualquer outra visão” (2010, p. 150).

Diante de posições antagônicas, é preciso construir um ponto de equilíbrio. Reconhecer a necessidade de conciliação entre os interesses de segurança jurídica e legalidade. E a obediência ao Direito com a indispensável margem de liberdade aos juízes para resolver os problemas da contemporaneidade, sem causar crises institucionais.

Uma vez que a sensação de insegurança jurídica causada na sociedade é imensa, pois os critérios de julgamento e de decisões não são explícitos e muitas vezes até aparentam ser escusos o que acaba resultou em uma ideia de um Poder “autoritário”, sendo este o último vértice da Lei, contra o qual não há como se defender, já que o mesmo decide conforme seus anseios pessoais, ou institucionais, segundo a pressão política, bem como da mídia e em última ratio com os preceitos Constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente e claro que o judiciário brasileiro vem se destacando não somente no cenário institucional, como também político no país. Sendo protagonista de tantas e tantas decisões, essas muitas vezes propiciadas pela inercia dos outros poderes (Legislativo e Executivo).

O legislativo enfrenta na atualidade uma das maiores crises da história recente da democracia brasileira. A corrupção tem sido um dos grandes problemas dos países da América do Sul e no Brasil isso tem se acentuado, o que reflete nos políticos brasileiros que, muitas vezes, motivados por outros interesses, não cumprem o papel que deveriam desempenhar. A sociedade então indignada “corre” ao Poder Judiciário fazendo deste o “salvador da pátria.”

O poder executivo, muitas vezes impedido pela forma de governo vigente, uma vez que não possui a maioria parlamentar fica tolido de desempenhar todas as suas funções. Não atende aos anseios da população dando vazam à vários problemas sociais que desembocam nos tribunais para que estes os resolvam.

Este trabalho teve como objetivo a análise dos pontos positivos e negativos do ativismo judicial, sendo este uma tendência que não se restringe apenas ao Supremo Tribunal Federal e aos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, mas sim um fenômeno mundial. Sua adoção é consequência inevitável da hermenêutica constitucional. Aliada à insatisfação com atitudes danosas, sejam positivas ou negativas, à sociedade por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, a busca pelo pronunciamento de seus direitos perante o Judiciário tem sido cada vez mais frequente. Não imune às críticas, essa conduta encontra-se respaldada no princípio de proteção judicial efetiva, assim como no papel delegado ao Supremo de guardião da Constituição.

Entretanto, o ativismo não pode ser defendido de forma cética, inconsequente e liberal, em que tudo é permitido em nome da Justiça e em prol dos direitos fundamentais. Em contrapartida, uma postura conservadora não mudará o estado das coisas, gerando apenas descaso, injustiças sociais e perecimento de direitos. Por mais que o Judiciário possua as melhores das intenções, nada pode sozinho. A sua falta de estrutura para decidir, legislar e executar é notória. O Judiciário não possui condições de se assimilar a um “Superpoder”.

Prega-se, portanto, um ativismo prudente, baseado nos princípios constitucionais da separação dos poderes e da preservação da segurança jurídica. O Judiciário não pode ser visto como o único órgão responsável pela manutenção da democracia. É importante que haja um despertar de consciência dos membros dos outros Poderes para que cumpram com sua função e não sofram a intervenção do Judiciário determinando o cumprimento de suas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. 2009.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Expansão dos Instrumentos de Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. (Coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 40, p. 34-64, jan/jun 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/2artigo40.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica da OAB, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./mai. 2010.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1 984. p. 599.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Revista Alceu, p. 105-113, jul/dez. 2004. Disponível em http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf

COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição Constitucional**. Revista de Direito Administrativo. V. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação do direito? Os Constitucionalistas**, 17 mai. 2010.

D'ALMEIDA, Thiago Mello. **Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes**. 2013.

DIAS, Bruno dos Santos. **ATIVISMO JUDICIAL: O PODER JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA DO NECESSÁRIO CONTROLE PARA A DISCRICIONARIEDADE DESREGRADA E OMISSÃO INJUSTIFICADA DO PODER EXECUTIVO**. 2013. 23 p. Artigo (Pós-graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Qaurtier Latin, 2010.

HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo Judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2012. Disponível em http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3992/1/2012_RenataFernandesHanones.pdf

KELLY, Martin. **Marbury v. Madison: Supreme Court Case**. 2015. Disponível em <<https://www.thoughtco.com/marbury-v-madison-104792>>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1543 p.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Curso de Direito Constitucional**, 34. Ed., p. 135.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Elsevier, 2014. 948 p.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 3a. ed, 1994.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO**. 15. ed. São Paulo: FORENSE LTDA, 2016. 979 p.

RABAT, Márcio Nuno. **Sistema eleitoral majoritário (voto distrital)**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2010.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 12 de abr. 2012. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/acordao-ADPF-54.pdf>

_____. **Supremo Tribunal Federal. MI 708-0**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de set. 2007.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUSA, Laura Ferreira de. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Bacharelado em Direito. Centro Universitário Filadélfia, 2015. < Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj057773.pdf> >

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos**. 2007.

VITOVSKY, Vladimir Santos. **Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica**. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. (Coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.