

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**DANIEL SANTOS GONÇALVES**

**DIREITO, POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL – UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO  
CONTEMPORÂNEA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL**

**CURITIBA**

**2018**

**DANIEL SANTOS GONÇALVES**

**DIREITO, POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL – UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO  
CONTEMPORÂNEA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.**

**Monografia apresentada como  
requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, do Centro  
Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Msc. Luiz Gustavo de  
Andrade.**

**CURITIBA**

**2018**

**DANIEL SANTOS GONÇALVES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos Professores:

**Orientador:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**Prof. Membro da Banca**

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018

**Aos meus familiares, por todo  
carinho e apoio nessa longa  
trajetória.**

**“Venham até a borda, ele disse. Eles disseram: Nós temos medo. Venham até a borda, ele insistiu. Eles foram. Ele os empurrou... E eles voaram.”**

**Guillaume Apollinaire.**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação existente entre o direito e a política. Assuntos que corriqueiramente vem sendo discutidos na sociedade de forma separada, mas que na verdade apresentam uma intensa ligação, fazendo com que um não possa ser discutido sem apresentar elementos constante no outro. A relação existente entre esses dois elementos sociais, irá refletir diretamente no comportamento das instituições que formam o Estado, em especial, nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), fazendo com a democracia presente no país, comece a apresentar novos contornos, dando uma nova roupagem para a atividade legislativa e jurídica na sociedade. Isso decorre do movimento de evolução do conceito de democracia, a qual com o passar dos anos vai sendo lapidada pela sociedade, buscando cada vez mais cumprir com seus princípios e valores. Com base nesse objetivo, os juízes integrantes do Poder Judiciário, começam a interpretar as normas jurídicas que são emanadas pelos representantes do povo no corpo do Poder Legislativo, partindo da premissa de cumprir com o espírito democrático previsto na Constituição Federal, mas sem deixar de observar os limites que fazem parte da sua interpretação jurisdicional, não podendo inovar no mundo jurídico criando normas, pois não é essa a sua função outorgada pela Constituição. É então diante desse cenário que se conclui pela necessidade de realizar uma reflexão sob os limites existentes entre a atuação do poder Legislativo e Judiciário na sociedade, evitando que ambos violem o princípio constitucional da separação dos poderes, mas também não deixem de cumprir com os valores e princípios previstos na Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Estado, democracia, política, direito, constituição, princípios, valores, norma jurídica, judicialização, ativismo, politização, separação dos poderes, legitimidade, neoconstitucionalismo.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. DIREITO E POLÍTICA</b> .....	12
2.1. ESTADO E SUA DEFINIÇÃO CONCEITUAL .....	14
2.1.1. Direito e sua Definição Conceitual .....	18
2.1.2. Política e sua Definição Conceitual .....	20
2.1.3. A Relação entre o Direito e a Política.....	21
2.2. POLÍTICA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA.....	22
2.3. DIREITO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA .....	28
2.4. A CONSTITUIÇÃO E OS TRÊS PODERES DO ESTADO .....	30
2.5. PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAL FUNÇÃO CONSTITUCIONAL .....	33
<b>3. JUDICIÁRIO E POLÍTICA</b> .....	37
3.1. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL: PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO .....	39
3.2. JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA.....	46
3.3. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	48
3.4. ATIVISMO JUDICIAL .....	51
3.5. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA .....	54
<b>4. CARÁTER POLÍTICO DAS DECISÕES DO STF</b> .....	56
4.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO STF.....	59
4.2. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA <i>VERSUS</i> DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	62
4.3 EXEMPLO DE ATIVISMO JUDICIAL NO STF.....	66
<b>CONCLUSÃO</b> .....	69
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	71

## 1. INTRODUÇÃO

É de extrema importância a reflexão sobre os elementos que compõe a sociedade, principalmente os aspectos políticos e jurídicos que refletem cotidianamente na vida dos cidadãos. Dentre esses fatores, está o direito e a política, elementos sociais que fazem parte direta e indiretamente de todo o convívio social.

Isso porque as decisões políticas e jurídicas na sociedade refletem fortemente no comportamento dos cidadãos, os quais possuem o direito e dever de saber como elas são tomadas, bem como, quais são os limites do seu alcance. Assim, é de extrema relevância o conteúdo do presente trabalho, o qual busca esclarecer a atual conjuntura da atuação do Poder Judiciário no país, frente aos aspectos jurídicos e políticos da sociedade.

Desde os primórdios, o homem em seu convívio coletivo, busca a todo momento cumprir com os objetivos de sua existência, explorando a vida em sociedade em todas as suas formas, desde a natureza até a sua evolução intelectual. Dito isso, com o passar dos anos, é natural que as relações sociais passem por um aprimoramento decorrente dessa evolução, se enquadrando nesse cenário, o aperfeiçoamento dos regimes de governos adotados pelos homens.

É de notório conhecimento os diversos governos que preencheram o passado da sociedade, governos esses que foram responsáveis por inúmeros acontecimentos, desde a implantação de políticas públicas positivas, até aspectos negativos, como a grave violação dos direitos necessários para a evolução da vida do homem, os quais vem sendo paulatinamente deixados para trás.

Com a superação dos regimes absolutistas e autoritaristas que fizeram parte do passado da sociedade, surge a necessidade de buscar elementos que possam garantir uma maior efetividade os anseios da coletividade no tocante aos direitos necessários a uma vida digna. É desse cenário que surge a busca por um governo democrático, um governo onde o poder seja derivado unicamente da vontade da maioria, onde nada é imposto, sem antes receber a autorização da sociedade, um Estado onde os governados é quem exercem o governo.

Começa então a surgir o movimento de busca incansável pela democracia, fortalecendo a cada momento os seus princípios e valores, entendendo que somente por meio de um governo cuja as bases protejam os direitos necessários para uma vida



digna, é que se pode esperar um futuro positivo para a sociedade. Considerando que somente um governo pautado pela democracia é que melhor representará os interesses dos seus integrantes.

Inicia-se um processo de evolução do próprio conceito de democracia, explorando cada vez mais os seus objetivos e preceitos, centralizando os direitos básicos da sociedade já na sua formação. Considerando os efeitos positivos gerados por esse regime de governo, surge a necessidade de proteger a sua estrutura, utilizando-se do poder do Estado e do direito para esse fim.

Assim, os valores democráticos são colocados no centro do ordenamento jurídico, que é a constituição de uma nação, a norma jurídica que servirá de base para a criação de todas as demais. É nesse momento que os conceitos de direito e política começam a se relacionar, pois a constituição em uma sociedade democrática é criada por meio dos seus representantes do povo, eleitos democraticamente pelo voto popular, no entanto, a sua aplicação é realizada pelos juízes no corpo do Poder Judiciário, que não são escolhidos pela sociedade, representando, portanto, uma enorme ligação entre esses dois elementos sociais.

É diante desse cenário que o primeiro capítulo deste trabalho irá se debruçar, apresentando conceitos históricos sobre os elementos que unem o direito e a política, passando pelo surgimento da figura do Estado, e caminhando até os elementos que compõe o regime democrático de governo.

Posteriormente, no capítulo seguinte, será analisado os limites da atuação do Poder Judiciário diante dos novos contornos adotado pela democracia na sociedade, atuação essa que é baseada nos valores e princípios previstos na constituição, o que, no entanto, não pode se sobrepor à organização trazida pela referida carta maior, no tocante as funções da administração estatal, a qual delimita expressamente as atividades inerentes a cada um dos Poderes do Estado,

Isso porque, na Constituição Federal da República Federativa do Brasil vigora o princípio da separação dos poderes, o qual atribui a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) funções pré-determinadas, não podendo um invadir a competência do outro, sob pena de violação do referido princípio constitucional. De modo que, a atuação dos juízes deveria ficar restritamente a interpretação das normas jurídicas emanadas pelo Poder Legislativo.

Mas com o passar dos tempos, buscando abarcar cada vez mais as garantias e direitos dos cidadãos, a Constituição começa a trazer direitos de tamanha necessidade para o desenvolvimento do homem e da sociedade, que passam a receber o nome de direitos fundamentais, direitos sem os quais não é possível ter o mínimo existencial para representar uma vida digna, compreendendo, nesse ponto, o direito à saúde, educação, direitos sociais, políticos, entre tantos outros.

Diante desse cenário, os juízes que são os responsáveis pela interpretação e aplicação da norma jurídica, começam a se deparar com muitos casos concretos que o litígio social não se enquadra nas normas infraconstitucionais, tendo ele que se valer da interpretação da norma constitucional propriamente dita, invocando os seus princípios e valores, mas sem deixar de observar os limites impostos pelo legislador, que é o legitimado por meio do voto popular, à criar normas de condutas aplicáveis toda coletividade.

A violação dos direitos fundamentais acarretará enormes efeitos não somente ao indivíduo que tem o seu direito violado, mas também a todo o sistema democrático, que sofrerá um retrocesso a cada violação. Isso porque a evolução dos direitos que hoje recebem o nome de direitos fundamentais, foi alcançada com muito esforço e sacrifício, ficando qualquer atentado, passível de correção imediata por parte das instituições democráticas do Estado.

No entanto, aos poucos esse movimento de obediência a uma hermenêutica normativa restritiva, começa a ser relativizado, passando a deixar no passado aquele aspecto histórico, em que os juízes eram considerados a boca que dizia o direito, somente com base na vontade do legislador, atuando como meros aplicadores matemáticos da norma jurídica. Surge então um movimento de relatividade da interpretação dos conceitos normativos previstos pelo legislador, os quais passam a receber uma nova roupagem, voltada sempre a atingir a solução final do litígio social, levando em consideração o ordenamento jurídico como um todo, incluindo nisso os seus valores e suas bases principiológicas.

Inicia-se, portanto, um movimento de interpretação finalista da norma jurídica, verificando sempre quais serão os seus efeitos na sociedade e no caso concreto, baseada nos ideais democráticos trazidos pela constituição. Essa mudança de paradigma, é denominada por muitos como a chegada de constitucionalismo moderno, que repercutiu em grandes alterações no tocante à atividade prestada pelo Poder Judiciário.

De modo que, as decisões que a princípio teriam em seu fundamento apenas aspectos jurídicos, passa a também receber reflexos políticos em sua criação, na qual os juízes antes de proferir a sua decisão, analisa quais serão os efeitos práticos resultantes dela, na qual, havendo a presença de qualquer elemento que prejudicasse a estrutura do Estado ou dos princípios democráticos, essa decisão seria ponderada considerando seu efeito na sociedade.

Essas condutas foram ganhando cada vez mais adeptos com o passar dos anos, que os críticos dessa atuação passaram a atribuir aos tribunais superiores a nomenclatura de tribunais políticos e não jurídicos, uma vez que contribuíam com a remota hipótese de colocar em risco o princípio da separação dos poderes, ao aplicar uma interpretação extensiva aos seus julgados, alcançando áreas que até então estava destinada aos outros poderes do Estado, como exemplo das questões que tratam de políticas públicas, como economia, investimento social, orçamento fiscal, entre tantas outras.

Todavia, se por um lado, há uma crescente proteção aos direitos fundamentais e valores previstos na constituição, surge de outro, as indagações sobre a legitimidade do Poder Judiciário em utilizar-se da interpretação normativa extensiva para solucionar casos concretos, que em tese, deveriam ter sido resolvidos pelos outros poderes do Estado (Legislativo e Executivo), de modo que, o Judiciário estaria invadindo os espaços dos demais poderes, violando frontalmente o princípio da separação dos poderes.

Por fim, no último capítulo do presente trabalho, a reflexão da ideia sobre a atuação proativa do Poder Judiciário, será analisada sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, analisando os limites utilizados em suas decisões, as quais buscam incansavelmente cumprir com os valores e princípios democráticos, mas que, por muita das vezes, deixa de observar as linhas delimitadoras da atuação jurisdicional do Estado.

Isso porque, principalmente nas duas últimas décadas, o Supremo Tribunal Federal como mais alto órgão do Poder Judiciário, tem enfrentado grandes dilemas, muitos deles representados pelo cenário das teorias substancialistas e procedimentalistas, pois tem sido responsável por grandes julgamentos de matérias de extrema relevância social, que seus limites ultrapassaram a seara jurídica, passando a ser um julgamento multidisciplinar, abarcando questões que não estão limitadas apenas à interpretação matemática da norma jurídica.

Logo, refletir-se-á, se na presença de um Judiciário atuando em questões destinadas a políticas públicas, econômicas e sociais, a base do Estado democrático de direito estaria sendo violada, pois pessoas que não representam o povo, estariam decidindo em última instância, reproduzindo os efeitos de suas decisões diretamente a toda sociedade.

Mas todo esse discurso, começa então a ser analisado em um cenário do constitucionalismo moderno, buscando entender se também não faria parte do Estado democrático de direito a proteção dos direitos fundamentais, refletindo se embora em um primeiro momento possa parecer que o Judiciário estaria violando o princípio da separação dos poderes, em uma análise mais profunda, perceber-se-á que estaria fazendo isso com base em um interesse maior, que é a preservação dos valores previstos na constituição.

Isso faz com que o princípio da separação dos poderes sofra uma relativização, uma flexibilização em busca da garantia dos valores e ideais previstos na norma maior de uma sociedade. Surge então nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, e entre elas se destaca as correntes já mencionadas, que muito bem refletem esse tema, uma pregando que a atuação proativa do Poder Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes, pelo contrário, ela apenas fortalece os valores democráticos, buscando garantir com os direitos fundamentais previstos na constituição, pois embora algumas normas jurídicas sejam abstratas, a sua interpretação em prol da sociedade e do Estado não resultaria em uma violação ao o referido princípio, resultando apenas em aspectos positivos para a sociedade.

E outra, buscando manter os pilares do Estado democrático de direito baseado no princípio da separação dos poderes, pregando a ilegitimidade dos juízes em julgar os assuntos que não são de sua alçada, assuntos diretamente ligados a administração pública, expressando a necessidade de se fortalecer os procedimentos previstos constitucionalmente, limitando a atividade dos juízes a apenas a de interpretar as normas jurídicas sem ultrapassar os limites previstos pelo legislador.

Portanto, será diante desse cenário nebuloso que repousará o estudo apresentado no presente trabalho, buscando entender os pontos em que direito e política se relacionam, explorando o atual comportamento do Poder Judiciário no Brasil, demonstrando os argumentos e teorias que apoiam e criticam os caminhos escolhidos pelos seus integrantes.

## 2. DIREITO E POLÍTICA

Há muito tempo em ambientes políticos e jurídicos se faz presente a discussão sobre qual é a relação existente entre o Direito e a Política, um debate muito importante do ponto de vista social, considerando a importância e os reflexos das decisões jurídicas e políticas em uma sociedade. Afinal, o cidadão é o primeiro a sofrer o impacto de uma decisão política tomada pelos governantes, assim como, da mesma forma, pode ser frontalmente afetado por uma decisão proferida pelos tribunais no âmbito jurídico.

Desse modo, analisando o surgimento da sociedade e a posterior criação do Estado, esse termo abstrato e complexo, seja do ponto jurídico ou filosófico<sup>1</sup>, a problemática da relação existente entre o Direito e a Política começa a tomar grandes proporções.

Em uma primeira leitura, ambos aparentariam ocupar espaços separados na sociedade, o que, no entanto, não ocorre se for realizada uma reflexão mais detalhada, percebendo que na verdade há uma intensa ligação entre eles. Quando se fala em política, a primeira coisa a se pensar é a participação dos integrantes do Poder Legislativo nas deliberações pertinentes ao controle Estatal, bem como, a atuação do chefe de Estado na figura do Presidente da República, ambos buscando satisfazer os interesses dos seus eleitores, procurando cumprir com as promessas realizadas, sempre objetivando uma melhora na condição de vida em sociedade.

Por outro lado, ao pensar sobre o direito, tem-se que é a existência de um conjunto de normas escritas e interpretadas, baseadas em princípios e valores, possuindo como objetivo a regulamentação e organização das condutas sociais, solucionando os conflitos dos cidadãos, visando alcançar uma sociedade pacífica e agradável para a convivência de todos.

Nesse ponto, percebe-se que ambos os assuntos possuem como objetivo a melhora na vida em sociedade, mas que com o passar dos anos e a constante evolução humana, novos contornos vão surgindo, fazendo com que o direito e a

---

<sup>1</sup> Jamais alguém viu o Estado. Quem poderia, no entanto, negar que ele é uma realidade? O lugar que ele ocupa na nossa vida é de tal ordem que ele não poderia ser daí retirado sem que, do mesmo lance, ficassem comprometidas as nossas possibilidades de viver (BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional, v1: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. p. 11.)

política sejam vistos de diferentes ângulos, trazendo maiores discussões sobre a relação existente entre eles.

Esse novo cenário é resultante da evolução da sociedade e a chegada da democracia como regime de governo, buscando se afastar das ideias adotadas pelos regimes autoritários e absolutistas que preencheram a história da sociedade. A democracia então trará novos conceitos à vida do homem, colocando como um dos seus principais objetivos a garantia dos direitos fundamentais para uma vivência digna, lutando pela liberdade, igualdade, entre tantos outros direitos fundamentais para os cidadãos.

O espírito democrático começa a tomar grandes proporções, passando a se tornar um ideal a ser seguido, uma luz no fim do túnel para todos os problemas sociais, buscando explorar e fortalecer cada vez mais os seus princípios e valores.

Com isso, tem-se que devido ao grande esforço e trabalho que a sociedade teve que enfrentar para alcançar esse modelo de regime governamental, zelar pela sua proteção e preservação passa a ser um ato necessário e de interesses de todos. É nesse momento que o direito se torna um instrumento para esse fim, tendo o cidadão a quem recorrer para cada violação ou ameaça que possa vir a sofrer o espírito democrático na sociedade.

As bases democráticas passam então a serem representadas no coração do ordenamento jurídico, que é a constituição, um instrumento jurídico do qual emanará todas as demais normas a serem aplicadas na sociedade, trazendo em todas elas a essência da democracia na sua criação.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Além disto, a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz da validade de qualquer ato jurídico.<sup>2</sup>

Com isso, nota-se a inter-relação entre o direito e a política na sociedade, pois a constituição como instrumento jurídico é conseqüentemente um mecanismo de

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 12.

poder, que em uma democracia será sempre decorrente da vontade geral, desse modo, a sua criação será feita pelos representantes do povo no corpo do Poder Legislativo, mas a sua aplicação será feita pelos intérpretes do direito, na figura dos juízes do Poder Judiciário, sendo, portanto, notória a ligação e interdependência entre esses dois elementos sociais.

Será diante desse cenário nebuloso que repousará a discussão sobre o direito e a política na sociedade democrática, buscando entender a legitimidade do Poder Judiciário que não é composto por representantes do povo, em interpretar a norma jurídica se sobrepondo a vontade do Legislador, justificando-se pelo cumprimento dos objetivos democráticos almejados pela sociedade, o que certamente resultará em vários pontos de vistas e correntes a serem exploradas no presente trabalho.

Em um primeiro momento, será necessária uma breve digressão histórica, buscando apresentar conceitos e definições sobre as questões pertinentes ao direito, política e democracia.

## 2.1 ESTADO E SUA DEFINIÇÃO CONCEITUAL

Diversas são as teorias e conceitos sobre o Estado, esse elemento social que atua como um instrumento de regulação e organização social. O termo Estado tem sua origem do Latim, derivado do vocábulo “*status*”, que trará o significado de “situação e ordem”, conforme menciona a valiosa doutrina de Darcy Azambuja<sup>3</sup>, “status não possuía a significação que hoje lhe damos, e sim a de situação, condição. Empregavam os romanos frequentemente a expressão *status reipublicae*, para designar a situação, a ordem permanente da coisa pública, dos negócios do Estado”

Muitos autores atribuem a origem do termo Estado no campo acadêmico à obra “O Príncipe”, escrita no ano de 1513 por Maquiavel, como se pode observar dos citados de Norberto Bobbio e Paulo Bonavides:

É fora de discussão que a palavra “Estado” se impôs através da difusão e pelo prestígio do *Príncipe* de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: “Todos os estados, todos os domínios que imperaram e

---

<sup>3</sup>AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 14 ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 28.

imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” [1513, ed. 1977, p. 5]<sup>4</sup>

O emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou *O Príncipe* com a frase célebre: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados e são repúblicas ou principados”.<sup>5</sup>

Tem-se, então, que a figura do Estado é criada a partir do surgimento da sociedade, que também tem seu vocábulo derivado do Latim *societas*, definido como uma espécie de associação entre indivíduos. O homem desde o seu nascimento e durante toda a sua vida, possui a intensa necessidade de viver em grupo, uma vez que somente convivendo com uma pluralidade de indivíduos, conseguirá satisfazer as suas necessidades atingindo os objetivos de sua existência.

Aristóteles vai dizer que o homem é naturalmente um animal político, defendendo que ele possui em sua natureza um impulso natural de se manter em grupo. Afinal, independente da época em que a vida humana seja analisada, desde as mais remotas até à contemporaneidade, a figura do homem sempre estará ligada a uma convivência coletiva, fato que, torna-se difícil imaginar em algum momento da história humana, o homem como um ser isolado, vivendo completamente sozinho.<sup>6</sup>

A sociedade como *gênese* do Estado estará presente em todos momentos com o indivíduo, como por exemplo um homem caminhando sozinho, em um primeiro olhar, pode ser que a essência da ideia de sociedade não transpareça, no entanto, se realizar uma leitura um pouco mais profunda desse cenário, é possível observar que juntamente com aquele caminhar só, haverá uma série de fatores que são frutos de uma convivência coletiva, como o capital social, intelectual, cultural, pessoal, etc., que aquele indivíduo traz consigo.

Ao conceituar Sociedade, Nelson Palaia em sua obra “Noções Essenciais de Direito”, assim diz:

Mas, o que é sociedade? A sociedade não é um aglomerado de homens justapostos, que andam lado a lado, como romeiros caminhando isolados e independentes numa estrada. Sociedade é muito mais que isso. É uma comunidade, uma comunhão, uma organização, onde uns suprem o que aos

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 12 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 65.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 62.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. In Coleção Livros que mudaram o mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 2.



outros falta e onde todos, em conjunto, realizam o que nenhum, isoladamente, seria capaz de conseguir.<sup>7</sup>

Já no tocante a conceituação de Estado, apenas a convivência do homem com uma pluralidade de indivíduos, formando uma sociedade, não será o suficiente para defini-la, para isso, será necessário o preenchimento de mais dois elementos, que são eles: uma base territorial, ou seja, um espaço físico geograficamente limitado, e um poder soberano, que em um governo democrático será formado pela delegação da maioria em proporcionar a determinados integrantes da sociedade, a função de administrar os demais.

Nesse momento, importante destacar o conceito de Estado trazido por Azambuja:

Do exposto até aqui, se apura que o Estado é uma sociedade organizada sob a forma de governantes e governados, com território delimitado e dispondo de poder próprio para promover o bem de seus membros, isto é, o bem público. Para atingir o seu objetivo, o Estado estabelece e impõe normas e regras que orientam sua ação e disciplinam as atividades dos indivíduos e grupos que o compõe.<sup>8</sup>

Desse modo, a compreensão que se extrai do termo Estado, é que, após o homem passar a viver em uma coletividade de indivíduos, dando origem a sociedade, sobre um espaço físico geograficamente delimitado, ele dará origem ao Estado, uma criação natural e necessária, de onde emanará todas as decisões para manter e organizar a vida humana, promovendo de forma saudável o desenvolvimento e evolução das sociedades.

Nas palavras de Gisela Maria Bester:

(...) o Estado é a Instituição com poderes para organizar a sociedade em um dado território, coercitivamente, isto é, para disciplinar o convívio social humano por meio do Direito, por meio de normas jurídicas obrigatórias, acompanhadas de sanções.<sup>9</sup>

Essa possibilidade de impor e estabelecer normas, é decorrente de um poder atribuído ao Estado, que nas democracias é extraído da vontade da maioria, fazendo uso do seu papel de cidadão, elegendo os seus representantes para falarem em seu

---

<sup>7</sup> PALAIA, Nelson. **Noções Essenciais de Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

<sup>8</sup> AZAMBUJA, 2001. p. 27.

<sup>9</sup> BESTER, 2005. p. 11.

nome. Assim, a administração estatal estará legitimada a criar normas aplicáveis a todos, buscando estabelecer condutas a serem seguidas, prevendo eventualmente uma sanção para o seu descumprimento, para então adequar o comportamento social.

Trazendo uma definição de poder a ser exercido pelo Estado, o Professor da Faculdade de Lisboa, Marcello Caetano, o descreve como:

A possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia. Assim, existe poder sempre que alguém tem a possibilidade de fazer acatar pelos outros a sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros a fazer o que ele queira.<sup>10</sup>

Ao transferir ao Estado essa capacidade de regular comportamentos e aplicar sanções, será lícito intervir de todas as formas e aspectos nas condutas dos membros da sociedade, ficando todas as ações sociais do homem sujeitas a regulação estatal, o que será feito por meio das suas instituições, baseadas nas premissas e valores do regime de governo adotado pela sociedade.

Sobre a função do Estado, assim menciona José Afonso da Silva:

O Estado, como grupo social máximo e total tem também o seu poder, que é o *poder político* ou *poder estatal*. A sociedade estatal, chamada também de sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter o mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum.<sup>11</sup>

O Estado, então, é definido como um elemento social reflexo das relações do homem em sociedade, representado pelas instituições públicas, as quais recebem a função de organizar e administrar a sociedade, promovendo a sua manutenção e evolução dos seus integrantes.

---

<sup>10</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Almedina, 2009. p. 05.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 107.

### 2.1.1 Direito e sua Definição Conceitual

Direito tem seu vocábulo derivado do latim *directum* ou *rectum que* pode ser definido como “ser direito, ser reto” ou seja, agir conforme as regras, andar direito, ser justo. Luís Roberto Barroso em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, ao abordar definições filosóficas sobre o Direito, ensina que:

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. Onde quer que haja um agrupamento humano, normas de organização e conduta tendem a desenvolver-se, ainda que de forma tácita e precária.<sup>12</sup>

Assim, o direito pode ser visto como uma espécie de sistema de comandos, compostos por normas e regras impositivas, baseadas em princípios e valores, possuindo como objetivo a orientação dos integrantes de uma sociedade, que estarão acompanhados em casos de eventuais inobservâncias, de sanções aptas a corrigir o seu comportamento.

Nesse ponto, destaca-se os ensinamentos de Ronald Dworkin, em sua obra “Levando os direitos a sério”:

O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público.<sup>13</sup>

Conforme já abordado no assunto anterior, o homem é um ser dependente do meio social para manter seu equilíbrio e se desenvolver. Tendo em vista que ele está em constante busca dos objetivos de sua existência, será a sociedade o meio que irá lhe fornecer todas as ferramentas indispensáveis para esse fim, retirando dela todos os benefícios que o auxiliará nesse propósito.

Diante desse cenário de indispensabilidade, nasce a preocupação de que o homem não poderá apenas usar da sociedade para sua evolução, para além disso,

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 263.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.

ele precisará buscar mecanismos para protegê-la, dando continuidade ao seu desenvolvimento.

Deste modo, tendo em vista a proteção de todos os integrantes da sociedade e também da sua própria estrutura, surge a necessidade de atribuir ao direito o papel de instrumento de proteção do próprio cidadão e também do Estado em sua concepção geral.

Gilmar Ferreira Mendes ao conceituar direito, o define:

Como um conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento da sua história, mediante a interferência decisória do *Poder*, ordena *atos sociais* em conformidade com certos *valores*, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam, que  *sintetizam*, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais, nelas e por elas tornam-se fatos e valores especificamente jurídicos.<sup>14</sup>

Desta maneira, buscando essa proteção coletiva, haverá a necessidade de criar mecanismos de ordem e organização, dando surgimento às estruturas de poder, que posteriormente irão estabelecer um ordenamento jurídico, baseados em princípios e valores adotados pela sociedade, fazendo com que o Estado crie instituições necessárias ao exercício dessa atividade.

Passando ao objetivo de entender qual é o significado do direito como norma positivada, cumpre destacar a lição de Paulo Nader sobre o assunto:

Em sua dimensão positiva, Direito é o conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os princípios de justiça. Assim definido, o Direito reúne três elementos primordiais: fato, valor e norma. Como processo de adaptação social, o Direito nasce dos fatos e se destina a discipliná-los. Direta ou indiretamente toda norma jurídica dirige o comportamento social. Ao indicar a conduta exigida, o Direito revela juízo de valor. As normas jurídicas, de um modo ou de outro, compelem o homem à ação justa. Para que os fatos consagrem os valores do justo e com isto a sociedade alcance equilíbrio e harmonia, há de haver normas práticas e objetivas que indiquem modelos de conduta, ou estabeleçam os limites da licitude. A norma é o instrumento prático do Direito, pois regula o fato em função de determinado valor que se pretende adotar socialmente.<sup>15</sup>

O direito positivo será criado para que a sociedade passe por um processo de adaptação, assim, os fatos juridicamente relevantes ocorridos na sociedade,

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

<sup>15</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 46.

receberão das estruturas de poder uma atenção, fazendo com que normas positivadas de condutas sejam criadas, para que nos casos futuros a sociedade já esteja adaptada a aquele comportamento, vindo a respeitá-lo, e, de consequência, promovendo o bem-estar de toda a coletividade.

Em síntese, tem-se que o direito pode ser visto como um conjunto de regras e normas, baseado em princípios e valores adquiridos pela sociedade, que possuem o objetivo instituir e estabelecer diante do homem em sua relação de convivência, uma normatização das suas condutas, fazendo com que a sociedade adquira um ambiente harmônico e saudável para a convivência de todos.

### 2.1.2 Política e sua Definição Conceitual

A palavra Política tem seu vocábulo derivado do grego *politikós*, que estava relacionado à ideia de *polis*, onde na Grécia antiga eram as pequenas cidades ou os chamados pequenos grupos civilizados, traduzida como referência a tudo que se dizia respeito a cidade, ao meio urbano e público. Nos dias de hoje, quando se fala em política, habitualmente é identificado a ideia do conjunto ocupações relacionadas a atuação do Estado na figura dos representantes do povo perante o Poder Legislativo, bem como, a função do Chefe de Estado pelo Presidente da República, buscando cumprir com os interesses dos seus eleitores, ambos objetivando a melhora no bem-estar social.

No entanto, a concepção de política vai muito além desse cenário, a qual surge desde o momento que o homem passa a viver com seus pares, fazendo com que todo e qualquer ato em conjunto (negociar, trocar, vender, etc.) apresente em algum momento a ideia de política envolvida.

Sobre o assunto, importante destacar as palavras de Iain Mackenzie, professor de Teoria Política da University of Kent, na Inglaterra:

Em primeiro lugar, nós visualizamos política como algo que fazemos em conjunto. Estando o indivíduo sozinho, na ilha deserta que tantas vezes imaginamos, dele não se diria que pudesse estar envolvido em atividade

política, porque, simplesmente, não teria com quem interagir. Política, ao que tudo indica, requer duas pessoas ao menos.<sup>16</sup>

Desse modo, política pode ser entendida em sua maior dimensão como as relações presentes em uma sociedade entre dois ou mais indivíduos, as quais manifestem um poder e interesse de ambos os lados, ideia que se estende ao cenário de mais fácil visualização, que é a relação entre governantes e governados.

Considerando que política é o agir entre os indivíduos, deve-se destacar que não será todo o agir considerado política, mas sim somente aquele direcionado a um fim, um objetivo, como por exemplo a sobrevivência e manutenção da sociedade, isso é algo almejado pelos cidadãos, logo as condutas trocadas entre os seus integrantes com essa finalidade serão reconhecidas como condutas políticas.

A ideia de política está intimamente ligada a noção de poder, pois toda e qualquer relação entre indivíduos, e também entre o Estado, apresentará um conflito de interesses, exercendo um sobre o outro, uma espécie de poder. Assim sendo, tem-se que política é assim como o direito, é um instrumento de regulação social, pois ambos irão servir de bases para o exercício da atividade estatal, fornecendo elementos para a criação de mecanismos de garantias e de limitações da vida em sociedade.

### 2.1.3 Relação entre Direito e Política

Os conceitos de Estado, Direito e Política, na maioria das vezes são apresentados e discutidos de forma distinta, todavia, após as definições trazidas nos tópicos anteriores, foi possível perceber que eles se encontram extremamente interligados, não sendo possível analisá-los de forma separada.

Isso porque em todos eles está presente um elemento em comum que é o poder, uma vez que a política, definida geralmente como a atuação dos integrantes do Estado, está obrigatoriamente ligada ao direito, por ser mediante esse instrumento que serão estabelecidas as normas de condutas aplicáveis a toda sociedade, da

---

<sup>16</sup> MACKENZIE, Iain. **Política: Conceitos-Chave em Filosofia**. Tradução Nestor Luiz João Beck. ArtMed: 2011. p 12.

mesma forma que o direito estará intimamente ligado ao Estado, pois é através do poder coercitivo do qual o Estado é detentor, que as normas jurídicas poderão ser de fato exigidas, pois se não houver uma sanção prevista e de possível aplicação, essas normas não passariam de simples conselhos e recomendações de comportamento.

Desse modo, quando se trata da atuação do Poder Judiciário em suas decisões, deve se levar em consideração que, em que pese as instituições que aplicam o direito sejam imparciais perante o Estado, não se pode esquecer as origens e os laços políticos que os unem, os quais podem em certa medida acabar afetando e atribuindo a essas decisões um caráter híbrido, misturando questões políticas e jurídicas ao mesmo tempo.

Trazendo esse cenário para a contemporaneidade, observa-se que grandes temas levados a solução dos Tribunais Superiores, dificilmente estarão livres de uma contaminação política, tendo em algum momento da sua construção, uma reflexão às margens do direito, verificando qual vai ser o efeito daquela decisão, quais os eventuais danos causados à sociedade, estudando a possibilidade de sua decisão acarretar danos até mesmo ao próprio Estado, e conseqüentemente analisará uma ponderação sobre o tema, limitando os efeitos daquela sentença de acordo com o caso concreto, o que torna-se algo muito criticável e justificável ao mesmo tempo.

## 2.2 POLÍTICA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

A sociedade ao formar um Estado, precisara entrar em um consenso político e instituir uma forma de governo para se desenvolver, utilizando-se das suas bases culturais, pessoais e sociais para essa escolha. Toda decisão tomada em grupo, para que não resulte em conflitos, necessitará de regras para sua instituição, tornando-a mais consistente, facilitando a aceitação dos demais.

É o que ensina Norberto Bobbio, em sua obra “O Futuro da Democracia”:

Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escrita ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos

autorizados a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.<sup>17</sup>

O regime de governo será o modo pelo qual a sociedade fazendo uso do seu poder político, irá instituir e exercitar uma relação entre governantes e governados. Considerando então que o Estado é formado a partir de um território geograficamente delimitado, com um povo vivendo sobre ele e, por fim, com um poder/governo atuante, o regime de governo recairá sobre este último elemento.

Diversos são os regimes de governos existentes, entre eles, estão os governos monarquistas, na qual a figura do soberano ficará centralizada no rei, imperador ou príncipe, os governos oligárquicos, estando a direção e poder da sociedade concentrado em um pequeno número de homens, entre tantos outros modelos de governos que existem ou existiram na sociedade.

O tema abordado no presente trabalho, tem como base a democracia como regime de governo a ser exercido na sociedade. A palavra Democracia deriva do termo *demokratía*, que é dividida em duas partes para alcançar o seu significado, a primeira, *demos*, que possui a tradução de “povo”, e a segunda parte derivada da palavra *kratein*, significando “governo”, de modo que, democracia pode ser definida como uma forma de poder que é exercida por meio de um povo<sup>18</sup>.

Importante destacar a lição de José Afonso da Silva sobre um conceito de Democracia:

Democracia é conceito Histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estético, mas um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.<sup>19</sup>

Quanto ao seu surgimento, diversas são as correntes que pregam que a democracia surgiu nos Estados Unidos há pouco mais de duzentos anos, outros afirmam que teria iniciado na Roma antiga no século VIII, ou até na Grécia antiga a

---

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30-31.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 140.

<sup>19</sup> SILVA, 2006. p. 125-126.



mais de 2500 anos atrás, no entanto, não seria possível atribuir a democracia um momento preciso afirmando o seu nascimento. Isso porque a democracia é resultado de uma evolução do homem em seu convívio com a sociedade, na qual os grupos sociais passam a adotar decisões voltadas a um interesse coletivo e não mais individual, o que de certa forma representa algo mais voltado a uma lógica de convivência, do que a uma escolha propriamente dita.

Nesse momento, importante destacar a observação de Robert Dahl sobre o surgimento da democracia:

Pressuponho que a democracia possa ser inventada e reinventada de maneira autônoma sempre que existirem condições adequadas. Acredito que essas condições adequadas existiram em diferentes épocas e em lugares diferentes. Assim como uma terra pode ser cultivada e a devida quantidade de chuva estimularam o desenvolvimento da agricultura, determinadas condições favoráveis, sempre apoiaram uma tendência para o desenvolvimento de um governo democrático. Por exemplo, devido a condições favoráveis, é bem provável que tenha existido alguma forma de democracia em governos tribais muito antes da história registrada.<sup>20</sup>

Assim, tem-se que o seu surgimento ocorreu de forma natural, por meio de uma lógica, afinal, parece ser muito mais racional que em uma sociedade, na qual serão os cidadãos os sujeitos da soberania estatal, que o poder emanado do Estado seja escolhido e regulado por esses mesmos indivíduos, adotando escolhas baseadas nos interesses da maioria.

Embora não se possa atribuir categoricamente que a ideia da democracia surgiu na Grécia ou na Roma antiga, é importante destacar que os princípios e mecanismos de governo empregados nessas épocas ajudaram fortemente a estruturar o futuro da democracia nos anos seguintes, de modo que, institutos que foram utilizados são aproveitados até os dias de hoje.

Hans Kelsen sobre os pilares da democracia, assim ensina:

Parece-me que as concepções democráticas, consideradas na medida do possível em bloco, trabalham, segundo ângulos evidentemente diferentes, com três ideias fundamentais que, de modo geral, seguem uma ordem mais ou menos constante: a ideia da soberania popular, a ideia da igualdade dos homens (ou dos cidadãos), a ideia de liberdade (política).<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou - Brasília: Universidade de Brasília. 2001. p. 19.

<sup>21</sup> KELSEN, 2000, p. 10.

Em síntese, a democracia será a forma de governo em que o poder político não irá pertencer apenas a um determinado grupo de indivíduos ou a uma pessoa específica, mas sim a todos os integrantes de uma sociedade, pois a liberdade em um regime democrático de governo constitui um dos seus principais elementos, na qual seus membros ao mesmo tempo que terão que obedecer às ordens emanadas pelo Estado, serão eles, mesmo que indiretamente, os criadores dessas regras.

Sobre a liberdade em um Estado cujo a forma de governo escolhida é a democracia, o mesmo autor assim menciona:

Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia.<sup>22</sup>

A democracia é hoje o regime de governo mais desejado por todas as nações, uma vez que melhor transpõe a ideia de liberdade pura aos seus integrantes, posto que serão eles que ditarão o ritmo e os caminhos do exercício do poder, um governo exercido pelos seus governados.

Robert Dahl apresenta diversos motivos para compreender os governos democráticos como os melhores a serem adotados por todas as nações, vale a sua transcrição:

Apesar de suas falhas, não devemos perder de vista os benefícios que tornam a democracia mais desejável que qualquer alternativa viável a ela:  
 A democracia ajuda a impedir governos autocratas cruéis e perversos.  
 A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar)  
 A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável.  
 A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas.  
 Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja – viverem sob leis de sua própria escolha.  
 Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral.  
 A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável.  
 Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política.  
 As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras.

---

<sup>22</sup> KELSEN, 2000. p. 28.

Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos. Com todas essas vantagens, a democracia é para a maioria um jogo bem melhor que qualquer outra alternativa viável.<sup>23</sup>

Em uma sociedade democrática, será possível observar o funcionamento das instituições de forma mais eficiente, uma vez que elas serão controladas pelo próprio povo, assim a administração da máquina pública será feita pelo povo por meio dos seus representantes, fazendo com que qualquer conduta fora do esperado pelo cidadão seja um motivo para ele se utilizar da cidadania para alterar os indivíduos que representam a sociedade.

De modo que, em uma sociedade democrática, a busca pelo Estado ideal será constante, tornando todo ato do Poder Legislativo vinculado a vontade do povo, trocando quantas vezes forem necessários os seus integrantes até que seja fornecido um tratamento ideal ao cidadão.

Sobre o funcionamento das instituições em um Estado democrático, assim menciona Dahl:

Caracteristicamente, as democracias possuem outras vantagens econômicas sobre a maioria dos sistemas não democráticos. Os países democráticos promovem a educação de seu povo – e uma força de trabalho instruída é inovadora e leva ao desenvolvimento econômico. O governo da lei normalmente se sustenta melhor em países democráticos, os tribunais são mais independentes, os direitos de propriedade são mais seguros, os acordos contratuais são cumpridos com maior eficácia e é menos provável haver intervenção arbitrária do governo e dos políticos. Finalmente, as economias modernas dependem da comunicação; nos países democráticos, as barreiras para as comunicações são muito baixas – é mais fácil procurar e trocar informação e bem menos arriscado do que na maioria dos regimes não democráticos.<sup>24</sup>

A democracia como regime de governo também estará intimamente ligada a representação política, posto que será por meio de um conjunto de regras estabelecidas pelos seus integrantes, que será autorizado a determinadas pessoas dentro da sociedade a função de representar e tomar decisões vinculatória a todos os demais.

Difícilmente será abordado a questão da participação da sociedade nas decisões do governo, que não esteja se referindo a um Estado cuja o regime de

---

<sup>23</sup> DAHL, 2001, p. 73-74.

<sup>24</sup> Idem. p. 70.

governo não seja a democracia, isso porque há uma relação de interdependência entre esses elementos, uma vez que só poderá um Estado ser chamado de democrático quando as suas decisões sejam baseadas nas escolhas do cidadão.

A democracia como regime de governo a ser exercido em um Estado pode ser classificada em dois tipos: democracia direta e democracia indireta, a primeira será aquela em que a sociedade tomará as suas decisões por meio de uma assembleia, onde todos os seus integrantes irão se reunir em algum local e deliberar sobre os assuntos pertinentes ao Estado, esse tipo de democracia dificilmente poderá ser adotada nos dias atuais, considerando que é quase impossível reunir todos os integrantes de uma sociedade em um mesmo local para tratar das questões do Estado, tendo em vista a atual quantidade de integrantes em uma sociedade.

No tocante a democracia direta, surge nas palavras de Robert Dahl uma série de indagações sobre como se daria o futuro de um governo democrático com a evolução da sociedade, importante transcrevê-las:

Conforme o foco do governo democrático mudava para unidades em grande escala, como nações ou países, surgiam questões: como os cidadãos podem *participar efetivamente* quando o número de pessoas se tornar exageradamente grande ou geograficamente muito disperso (ambos, o que pode acontecer num país) para que possam participar de maneira conveniente na feitura de leis, reunindo-se em um único lugar? Como elas poderão ter certeza de que as questões que mais as preocupavam venham a ser devidamente ponderadas pelos funcionários – ou seja: como os cidadãos poderão controlar o programa de planejamento das decisões do governo?<sup>25</sup>

Para responder essas indagações o mesmo autor apresenta o surgimento da democracia na sua forma indireta, na qual ocorrerá a eleição de representantes do povo que receberão a função de representar os interesses dos seus eleitores diante das deliberações do Estado:

Naturalmente, é complicadíssimo satisfazer a essas exigências da democracia numa unidade política do tamanho de um país: para falar a verdade, até certo ponto é quase impossível. No entanto, como acontece com outros critérios democráticos bastante exigentes, este pode também servir como padrão para avaliar possibilidades das soluções alternativas. Está muito claro que as exigências não estarão satisfeitas se os funcionários mais importantes do governo fizerem o planejamento e adotarem políticas independentemente dos desejos dos cidadãos. A única solução viável, embora bastante imperfeita, é que os cidadãos elejam seus funcionários mais

---

<sup>25</sup> DAHL, 2001. p. 107.

importantes e os mantenham mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes.<sup>26</sup>

Neste passo, a democracia representativa irá chegar para fazer com que as decisões do Estado estejam sempre pautadas na vontade da maioria, a qual será expressada pelos seus representantes eleitos por meio do voto popular, expressando a ideia da política e da participação democrática na atuação estatal.

Também poderá a democracia ser dividida em democracia formal e democracia social, ou substancial, a primeira será expressada pela introdução dos direitos fundamentais do homem no corpo do ordenamento jurídico de uma sociedade, já a segunda, será determinada indo além do formalismo com a presença de normas que contenham garantias, buscando a sua plena concretização no mundo dos fatos, trazendo os direitos fundamentais para o dia a dia do cidadão.<sup>27</sup>

### 2.3 DIREITO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Considerando que a participação dos integrantes do Estado é o principal elemento de uma democracia, é natural que esse espírito vá se aprimorando cada vez mais, buscando fortalecer os objetivos do Estado perante a sociedade.

Como na democracia o poder sempre emanará da vontade do povo, será necessário instituir mecanismos que garantam essa participação social, ao passo que em caso de limitação dessa atividade, o cidadão terá instrumentos para fazer valer a sua participação social, e será nesse momento, em uma ideia de aperfeiçoamento da democracia, que surgirá o estado democrático de direito.

Sobre o tema, assim relata a doutrina:

(...) o Estado de Direito é aquele que nasce como resultado dos processos revolucionários dos séculos XVII (Revolução Gloriosa Inglesa, de 1688) e XVIII (Revolução de Independência Norte-Americana, de 1776, e Revolução Francesa, de 1789), sendo justamente a primeira versão ou a versão típica, clássica, do Estado Liberal de Direito e que deveria assumir, conforme Elias Días, as seguintes características gerais, ou exigências básicas e indispensáveis a todo autêntico Estado de Direito:

a) o império da lei: lei como expressão da vontade geral;

---

<sup>26</sup> DAHL, 2001. p. 107.

<sup>27</sup> KELSEN, 2000, p. 99.

- b) a divisão de poderes: legislativo, executivo e judiciário;
- c) a legalidade da administração: atuação segundo a lei e com suficiente controle judicial;
- d) os direitos e as liberdades fundamentais: não só a garantia jurídico-formal mas também a efetiva realização material<sup>28</sup>

Assim, colocando a vontade do povo em primeiro lugar, será criado por meio de leis e garantido por meio do direito, instrumentos que colocam o cidadão como principal protagonista do estado democrático de direito. Nesse cenário, o direito irá estabelecer caminhos para o exercício da democracia, sempre pautado em normas criadas pela vontade da maioria.

Para tornar presente o espírito do estado democrático de direito, os seus valores serão colocados no corpo do centro do ordenamento jurídico de uma nação, que é a constituição, pois será dela que emanará todas as demais leis que irão regulamentar a sociedade.

Nesse momento, é possível observar novamente a presença de uma ligação entre o direito e a política, pois a constituição é criada pelos representantes do povo, que terão que observar a vontade da maioria, buscando garantir a criação de normas que forneçam direitos e garantias a toda a sociedade.

Destaca-se a origem do termo histórico e um conceito da palavra Constituição nas palavras de Bester:

A palavra Constituição, e com ela a expressão Direito Constitucional e qualquer outra em que o termo apareça como adjetivo, encontra sua origem ostensivamente carregada de significado político, eis que evoca de imediato ideias tais como a liberdade e democracia, garantia dos direitos dos cidadãos, limitação do poder.

O conceito de constituição é construído a partir da noção de hierarquia existente entre as normas jurídicas, sendo ela a norma básica, a norma principal dentro da pirâmide de um ordenamento jurídico, que confere o fundamento de validade a todas as demais normas que dela derivam. É por isso que a dupla condição da Constituição como norma jurídica e como norma suprema a configura não somente como fonte de Direito, mas também como norma reguladora e delimitadora do próprio sistema de fontes do Direito.<sup>29</sup>

A constituição então vai além dos direitos e garantias inerentes ao seu papel dentro do estado democrático de direito, trará também mecanismos que expressem fortemente os objetivos da participação do cidadão, ficando expressamente previstos

---

<sup>28</sup> BESTER, 2005. p. 13.

<sup>29</sup> Idem. p. 59.

os meios disponíveis para a sociedade se mostrar presente perante as deliberações do Estado, assim como, deixando transparente a atuação do governo, para que não ocorra nenhuma violação aos princípios e bases do estado democrático de direito.<sup>30</sup>

## 2.4 A CONSTITUIÇÃO E OS TRÊS PODERES DO ESTADO

Há muito tempo foi apresentado a ideia de que os homens são maus por natureza, sendo impossível que ao conviver em grupo seja possível manter um ambiente harmônico e pacífico, já que o seu instinto natural será o causador de guerras constantes<sup>31</sup>.

Tendo em vista esse cenário, para superá-lo será necessário estabelecer mecanismos dentro da constituição que limitem o exercício do poder do próprio Estado. Esse objetivo, foi cumprido com a instituição dos sistemas de freios e contrapesos, expressados pelo princípio da separação dos poderes trazidos pelo poder constituinte.

Esse sistema foi apresentado por Montesquieu em 1748, afirmando que todo o homem quando recebe poder é levado a abusar dele, sendo necessário, portanto, a criação de técnicas aptas a impor limites aos abusos do homem, afirmando que além das funções típicas de cada um dos poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), eles também deveriam exercer uma espécie de fiscalização um do outro, freando os eventuais abusos que possam ocorrer<sup>32</sup>.

O Brasil adotou expressamente o referido sistema, ao afirmar no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil que os poderes do Estado são “independentes e harmônicos entre si”<sup>33</sup>. Essa independência e harmonia será visualizada no cenário em que ao mesmo tempo que cada um exerce a sua função

---

<sup>30</sup> Agora importa salientar que a supremacia da Constituição decorre de sua origem. E isto porque provém de um poder soberano (denominado nação ou povo, nas democracias) que, não podendo elaborá-la diretamente, em face da complexidade do Estado moderno, o faz por meio de representantes eleitos e reunidos em Assembleia Constituinte. Tal poder soberano, que instituiu a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, justamente por constituir os demais, é denominado poder constituinte. Em outros termos, é o poder de elaborar uma Constituição. É a fonte da Constituição e de todos os poderes por ela constituídos. (BESTER, 2005. p. 190).

<sup>31</sup> HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã**; organizado por Richard Tuck; tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. São Paulo: Marlins Fontes, 2003. p. 108.

<sup>32</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 9 ed. Saraiva, 2007. p. 25.

<sup>33</sup> BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

prevista na Constituição, haverá em algum momento uma interligação com os demais poderes.

As funções de cada um dos poderes podem ser separadas em funções típicas e atípicas, a primeira estará relacionada a sua função delimitada expressamente pelo texto constitucional, prevendo a sua área de atuação e limites do exercício, já a segunda, estará ligada as atividades acessórias à primeira, e também a fiscalização dos demais poderes.

No tocante às funções típicas, Montesquieu em assim menciona:

O Legislativo faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou abroga as que estão feitas. O Judiciário pune os crimes ou julga as demandas dos particulares. O Executivo, sendo o restante do poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isto o executor das leis em geral.<sup>34</sup>

O Poder Legislativo em um regime democrático irá representar a vontade do povo por meio de um processo de eleição, garantindo aos seus membros um lugar na instituição parlamentar, cuja função principal será a de elaborar normas de caráter geral, que será vinculada a todos os cidadãos e aos demais poderes do Estado, ressalvado que todas essas normas terão suas raízes na constituição.

Sobre a função do Poder Legislativo, assim menciona Gilmar Ferreira Mendes: “No quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar.”<sup>35</sup> Assim após a sociedade escolher quem serão os seus representantes, esses irão realizar a função típica de criar as leis a serem aplicadas perante todo o Estado.

O segundo poder, será o Poder Executivo, no caso do Brasil, a Constituição adota um regime presidencialista, na qual a chefia do Estado e chefia do governo, estará sob a responsabilidade da mesma pessoa, no caso o Presidente da República. O chefe de Estado tem como objetivo a função de representar o país perante todos as demais nações, já internamente, ele será responsável como chefe de Estado pelos seus atos políticos, prestando contas aos cidadãos que o elegeu como representante. Já como chefe de governo, ficará responsável internamente por toda administração

---

<sup>34</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva. 1987. p. 24.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**, 11 ed. Saraiva: 2016. p. 913.



da máquina pública, buscando objetivos para melhor satisfazer os interesses da coletividade.

Ficará também a cargo do Executivo a efetivação das leis criadas pelo Legislativo, de modo que, colocará as suas instituições voltadas ao cumprimento de todas as normas presentes na sociedade, tornando-a organizada, possibilitando uma melhor convivência aos seus integrantes.

Sobre a função do Poder Executivo, assim leciona Paulo Márcio Cruz em sua obra “Fundamentos do Direito Constitucional:

A função original do Poder Executivo – ou governo – continua sendo relevante, ou seja, o cumprimento dos ditamos legais, a execução orçamentária, a arrecadação de tributos, a nomeação de funcionários, a manutenção da ordem pública.<sup>36</sup>

Desse modo, toda a administração estatal e o cumprimento das leis em um Estado, estará vinculada a função do Executivo, tendo sempre o acompanhamento das suas funções pelos demais poderes.

Por fim, terá em um Estado a figura do Poder Judiciário, que é o apoio central da ideia apresentada no presente trabalho, afinal será através dele que resultará o maior controle de poder exercido pelo Legislativo e Executivo, uma vez que a sua função será a de dirimir os conflitos sociais e alinhar todas regulamentações oriundas dos outros poderes, colocando-as de acordo com a norma maior, que será a constituição.

Sobre o funcionamento prático do princípio da separação dos poderes, Kelsen assim diz:

(...) a separação dos poderes talvez aja também em sentido democrático: em primeiro lugar, na medida em que significa uma divisão do poder, cuja concentração, favorável à expansão e ao exercício arbitrário, ela impede; em segundo lugar, na medida em que tende a subtrair o importante estágio da formação da vontade geral do Estado à influência direta do governo, permitindo que os súditos a influenciem diretamente e reduzindo a função do governo à ratificação legislativa das leis.<sup>37</sup>

O postulado da separação dos poderes tão almejado para a formação de um Estado ideal, passa por algumas transformações conforme a sociedade vai evoluindo

---

<sup>36</sup> CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 110.

<sup>37</sup> KELSEN, 2000, p. 91.

passando a ganhar novas proporções. Esses novos contornos buscam de uma forma mais efetiva entender a atuação dos três poderes do Estado, refletindo sobre sua finalidade e eventuais melhorias a ser feita em suas funções, uma vez que todos eles têm em comum o objetivo de promover ao cidadão o melhor tratamento possível, contribuindo para a constante evolução da sociedade.

## 2.5. PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAL FUNÇÃO CONSTITUCIONAL

O Poder Judiciário, em linha gerais, possui a função de garantir nos termos da constituição, todos os direitos sociais e coletivos, bem como solucionar todos os eventuais conflitos que vierem a surgir na sociedade.

Os juízes, que são os membros do Poder Judiciário, em tese, só poderiam atuar aplicando o poder soberano do Estado, que é oriundo da vontade geral, solucionando os litígios sociais, para assim manter uma sociedade pacífica e minimamente organizada.

A função do Poder Judiciário é exercida por meio dos mecanismos de aplicação da norma jurídica ao caso concreto, a qual é trazida ao seu conhecimento por meio dos processos e procedimentos judiciais. Todo o caminho a ser trilhado até chegar à jurisdição estatal é definido por lei, assim como toda a atuação do Judiciário está previamente regulamentada pelas normas emanadas do Poder Legislativo.

Esse cenário da limitação da atuação jurisdicional, consubstancia-se na medida em que os juízes estão vinculados a lei, não podendo em nenhum momento estar à margem dessa premissa, uma vez que se estiver, acarretaria em uma usurpação do espaço ocupado pelos demais poderes do Estado.

Cumprir destacar um trecho do assunto nas palavras de Eduardo Cambi:

(...) os juízes deveriam se sujeitar somente à lei, não podendo criar novos direitos. A propósito, o art. 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, previa que “a liberdade consiste em fazer tudo o que não seja nocivo a outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites do que aqueles que garantam aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.”<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 49.

No entanto, com a chegada do pós-constitucionalismo, os juízes deixaram de ser os meros aplicadores matemáticos da lei, que recebiam o caso concreto e o interpretava de acordo com a norma, fazendo simplesmente a subsunção do fato (caso concreto) à norma (lei positivada), os quais passaram a ir além de uma interpretação pura da lei, passando a buscar sua real finalidade de acordo com o litígio social, recebendo indiretamente um revestimento mais finalista do que mero aplicador da lei.

Isso porque a constituição deixou de ser uma norma destinada apenas a estruturar e regulamentar o Estado, de modo que, elas passaram a ser um mecanismo de transformação social, pois começa a trazer em seu corpo muitos direitos fundamentais, os quais até então não eram garantidos pelos governos anteriores. Esse novo cenário é interpretado como o neoconstitucionalismo, buscando se afastar das constituições omissas que preencheram o passado, no tocante a garantia de direitos essenciais a vida do homem em sociedade.

Tem-se, assim, que em decorrência dos eventos ocorridos no passado que foram responsáveis pela violação de praticamente todos os direitos que hoje receberam status de direitos fundamentais, o Estado passa a dar maior importância para eles, os quais recebem um lugar no corpo do direito constitucional.

A constituição então ganha espaço para atuar em espaços na sociedade que antes não eram de sua competência, trazendo princípios e valores voltados a ordem econômica, social entre tantos outros.

Diante desse novo cenário, surge a figura do Poder Judiciário mais intenso, fazendo com que os juízes adquirissem uma conduta mais proativa diante dos litígios sociais, muito mais preocupados com a efetivação da tutela jurisdicional, representada pelas inúmeras garantias trazidas pela constituição, afinal de nada adiantaria aplicar leis que não viesse realmente solucionar os conflitos dos cidadãos.

Nesse momento, destaca-se os ensinamentos de Gustavo Binbenbojm:

---

As ideias de *direitos fundamentais* e *democracia* representam as das maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado

democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre *o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado* e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.<sup>39</sup>

Desse modo, o Poder Judiciário assuma a criticada tarefa de garantir os direitos fundamentais na sua mais ampla forma, fazendo com que a democracia seja consolidada, buscando atender integralmente todos os interesses da sociedade. Tem-se então a importância do Poder Judiciário em um estado democrático de direito, atuante como peça fundamental para a sua manutenção e ordem.

A ideia trazida por Montesquieu de que um Estado só seria ideal com a instituição de três poderes, tendo cada um a sua responsabilidade pré-definida, passa na modernidade a ser relativizada, porquanto a atuação proativa do Poder Judiciário torna-se questionada, verificando se estaria ou não violando o princípio da separação dos poderes, ao passo que muitas das vezes o seu comportamento se mostra necessário, tendo em vista a existência de lacunas nas leis criadas pelo Poder Legislativo e nos atos do Poder Executivo, cabendo então ao Judiciário interpretar a lei visualizando qual será o seu efeito prático, se positivo ou negativo, e se estaria cumprindo com os pilares do estado democrático de direito previstos na constituição.

Discute-se, então, quais serão os critérios que tornam o Poder Judiciário legítimo para decidir sobre questões que em tese seriam de responsabilidade dos demais poderes do Estado. Essa questão será explicada pelos novos contornos recebidos pela democracia ao passar dos anos, fazendo com que o Judiciário se torne responsável pela manutenção e preservação do espírito democrático previsto na constituição, vindo então a ser respondida a origem da legitimidade para sua atuação em novos espaços da sociedade.

Nesse sentido, importante destacar a leitura da doutrina sobre a origem da legitimidade do Poder Judiciário em outras searas do Estado.

A atuação cada vez mais intensa do Judiciário no quadro dos Poderes do Estado tem como importante fundamento a multiplicação de expressões principiológicas na Constituição e nas leis. Com isso, a extensão e a profundidade da exegese judicial ampliam-se para terrenos antes explorados apenas em sede doutrinária, graças à maior flexibilidade imprimida pelos princípios ao raciocínio jurídico. Desta forma, os procedimentos simplesmente políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, em que prevalece a lógica dos princípios, “deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu

---

<sup>39</sup> BINENBOJM, 2006. p. 49.

fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo”. E as normas constitucionais programáticas inserem-se nessa realidade.<sup>40</sup>

Dessa forma, passa-se a analisar a função típica do Poder Judiciário em um cenário voltado ao constitucionalismo moderno ou neoconstitucionalismo, o que deu margem ao debate proposto pelo presente trabalho, buscando entender até que ponto essa sede dos juízes em solucionar o caso concreto será positiva ou negativa para a sociedade, e também para o estado democrático de direito.

---

<sup>40</sup> REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

### 3. JUDICIÁRIO E POLÍTICA

Com a evolução do conceito de Estado, dando surgimento de novos modelos de governo, nascendo as democracias e posteriormente o estado democrático de direito, dando fim aos ultrapassados regimes absolutistas e autoritaristas, em que a atuação do Poder Judiciário era voltada restritamente ao mero cumprimento da lei, dos atos emanados pelos representantes por meio do Poder Legislativo, fortalecendo a essência do princípio da separação dos poderes, aos poucos foi ocorrendo uma mudança de paradigma no tocante a atuação dos juízes.

Isso porque o cenário encontrado nesses regimes ultrapassados de governo, de certa forma engessava a atuação dos juízes, tornando-os meros instrumentos matemáticos de aplicação da lei. Assim, com o advento das constituições no período moderno, para além dos conjuntos de leis e diretrizes que visavam organizar e nortear a vida em sociedade, adveio também um grande número de direitos fundamentais garantidos pela referida Carta Maior, atribuindo a eles uma enorme importância a começar pelo nível constitucional que lhe são atribuídos.

Sobre o assunto, destaca-se as palavras de Luis Roberto Barroso:

Ao longo dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais ampliou-se significativamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais, também direitos sociais e coletivos. Ademais, as Constituições passaram a abrigar princípios fundamentais e fins públicos relevantes (programas de ação política). Assim, as normas constitucionais comportam classificação, quanto ao seu conteúdo, em três grandes categorias: as que organizam o poder político (normas constitucionais de organização), as que definem direitos fundamentais (normas constitucionais definidoras de direitos) e as que indicam valores e fins públicos (normas constitucionais de princípio ou programáticas).<sup>41</sup>

Assim, com a chegada dos direitos fundamentais no corpo constitucional, a atividade judicial deixou de ser mera aplicadora das determinações legislativas, passando a atuar como um instrumento que visava a transformação da sociedade por meio das inovadoras garantias constitucionais.

Considerando todas essas mudanças, o juiz que antes era estritamente vinculado à lei, passa a receber uma nova função, a de garantidor dos direitos trazidos

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 83.

pela norma constitucional, fortalecendo cada vez mais o espírito democrático, centralizando os direitos fundamentais do homem, sem se revestir da função de legislador direto.

Nas palavras de Dworkin:

(...) existem muitos juízes que afirmam que seu trabalho consiste em legislar nos interstícios do direito e que tal postura significa comportar-se da mesma maneira que o poder legislativo se comportaria, atendendo os aspectos políticos sempre que a oportunidade apresentar. A maioria que assim se manifesta está simplesmente dizendo, na linguagem da antiga teoria do direito, que seus deveres incluem a criação de novas regras nos casos difíceis e não que, ao fazê-lo, se deixem guiar pelo que chamo de argumentos de política.<sup>42</sup>

No entanto, embora ocorra um reflexo positivo desse novo cenário com a presença de uma instituição garantidora dos direitos fundamentais, surge também alguns debates críticos sobre o assunto, questionando a legitimidade do Poder Judiciário adentrar em espaços reservados a atuação do Poder Legislativo por meio dos representantes eleitos pelo povo, algo que violaria frontalmente o princípio da separação dos poderes e atribuiria a agentes ilegítimos, já que os integrantes do Judiciário não são eleitos pelo povo, o poder de agir politicamente nas decisões do Estado.

Embora exista uma grande crítica sobre a legitimidade de o Poder Judiciário decidir sobre questões políticas, por outro lado, há também o debate sobre uma grande conquista da democracia moderna, que é uma instituição própria recebendo o papel fundamental de garantidora dos direitos essenciais do cidadão.

Então, a democracia deixa de ser representada só pela participação do cidadão por meio do voto popular, relativizando o princípio da separação dos poderes, atribuindo aos juízes o papel de garantidor dos pilares do regime democrático.

Conforme debates vão surgindo sobre esse novo panorama, se destaca entre eles duas teorias que buscam ora defender esse novo cenário, ora criticar a atuação proativa do Poder Judiciário, são elas as teorias procedimentalistas e substancialistas.

A primeira irá pregar que o procedimento democrático deve prevalecer em um Estado de direito, não sendo razoável que indivíduos que não foram eleitos

---

<sup>42</sup> DWORKIN, 2002. p. 479.

democraticamente sejam responsáveis por tomar decisões que afetem frontalmente o dia a dia do cidadão.

Já a segunda teoria vai dizer que para além do princípio da separação dos poderes, deve-se buscar a garantia dos deveres essenciais do cidadão, pregando que essa atuação proativa do judiciário não vai violar a democracia, mas sim fortalece-la, posto que uma sociedade tende a ser mais evoluída e segura quando se tem todos os direitos sociais garantido, afirmando que todo esse novo cenário é reflexo das conquistas sociais adquiridas com muito esforço ao passar dos anos, superando os governos absolutistas e autoritaristas que ocuparam o passado da sociedade, os quais violavam frontalmente os direitos do cidadão, não tendo eles qualquer mecanismo eficiente que pudesse retirar essa força negativa do Estado, o que só veio acontecer com a chegada da democracia e as instituições democráticas na sociedade.

### 3.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL: PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

É de notória obviedade o quão importante são os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, direitos estes que são frutos de uma longa luta histórica para a sua aquisição, marcada por muitas violações e abusos de poder, tendo sido muito difícil chegar ao nível de garantia que a constituição reserva aos direitos fundamentais do homem atualmente.

Em uma sociedade pautada pela democracia, é inviável o exercício da cidadania sem que os direitos fundamentais para o desenvolvimento do homem estejam sendo protegidos e devidamente aplicados, direitos básicos como liberdade de ir e vir, liberdade de se manifestar, direito a saúde, a educação, a igualdade entre homens e mulheres, direito a voto, ao contraditório, a ampla defesa, entre tantos outros direitos essenciais previstos na constituição.

Com base nisso, a sociedade vai percebendo em uma visão democrática evoluída, que os direitos fundamentais estão intimamente ligados a democracia, de modo que, se não houvesse esse envolvimento, o regime democrático correria um sério risco de aos poucos deixar de existir, retrocedendo ao passado e renunciando aos avanços conquistados pela sociedade ao longo do tempo.



As teorias procedimentalistas e substancialistas buscam analisar esse novo cenário dentro do viés do constitucionalismo moderno, uma discussão que atrai muitos doutrinadores tendo em vista que ambas as teorias possuem argumentos fortes para sua justificação. Sobre um breve conceito das referidas teorias, destaca-se a lição de Raoni Macedo Bielschowsky:

Uma delas se caracteriza por seu embasamento formal, em que a existência da democracia se basta pela observância de certos procedimentos formais de aferição da vontade da maioria – portanto a trataremos aqui por democracia formal-majoritária (ou ainda procedimental). Esta linha tem por alicerce uma lógica eminentemente deontológica da estrutura democrática, em muito atrelada a um positivismo jurídico puro. E de outro lado, há uma concepção que se baseia em um argumento de cunho teleológico, que pode ser chamada de democracia substantiva. Nela os mecanismos, procedimentos e métodos formais são considerados essenciais ao regime, mas não bastantes para caracterizá-lo, sendo apenas instrumentos para atingir um bem comum.<sup>43</sup>

Explorando, assim, as suas definições, tem-se que teoria procedimentalista irá defender que em se tratando de uma sociedade democrática, todas as atuações das instituições estatais devem estar pautadas pelo primado da vontade geral, que é a essência do Estado democrático de direito. Desse modo, para os adotantes dessa teoria, a ideia será sempre a de fortalecer os procedimentos democráticos da vontade geral, pregando que toda norma jurídica deverá ser derivada de um processo legislativo, o que afasta a idealização de se recorrer ao Poder Judiciário como esperança para a solução de todos os conflitos, confiando que é ele o guardião da lei e conseqüentemente dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição.

Com o passar do tempo, a política como instrumento social vai tomando grandes proporções, que acabam afastando o cidadão daquela participação ativa da democracia natural, pregando que todos os seus direitos estão garantidos, bastando a sua permanência como cidadão, deixando que o jogo político tome conta da proteção e aplicação do direito.

O jurista francês Antoine Garapon o qual é um dos grandes nomes que defendem a teoria procedimentalista, ao falar sobre o cidadão que olha a justiça como refúgio para a solução de todos os problemas sociais, assim menciona:

O prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo

---

<sup>43</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. Após a embriaguez da deliberação, descobre-se que é nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e diversificação que elas mesmas geram. O sujeito, privado das referências que lhe dão identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação.<sup>44</sup>

Essa conduta de sempre recorrer ao Judiciário para a solução dos conflitos é derivada da ineficiência das demais instituições estatais, posto que após se recorrer a todos os meios disponíveis, somente a justiça pautada na interpretação constitucional será capaz de solucionar o conflito social.

Para os procedimentalistas, essa constante provocação aos juízes causa uma supervalorização do Poder Judiciário, reduzindo aos poucos o papel dos demais poderes (Executivo e Legislativo), transformando os membros do Judiciário em uma espécie de legisladores indiretos, fazendo com que a democracia pautada na participação do cidadão acabe por se afastar aos poucos, considerando que os juízes não são eleitos pelo povo.

Diante desse cenário, a grande preocupação para os adotantes dessa teoria, é que com a migração do Estado para a justiça, as instituições estatais se tornam provedoras de todas as soluções possíveis, concentrando todo o poder, fazendo com que o cidadão se torne cada vez menos integrante ativo daquela sociedade, resultando em um mero ocupante de um espaço, na qual esse excesso de direito pode ser prejudicial para a democracia, assim como a sua falta, devendo buscar um equilíbrio entre o direito e a democracia para que não se instaure uma anarquia (ausência de direito) ou uma tirania (excesso de direito).

Jürgen Habermas, filósofo alemão que dedicou boa parte da sua vida aos estudos sobre a democracia, também foi um militante da teoria procedimentalista, Habermas afirmava que os procedimentos de criação da democracia deveriam ser protegidos e eternizados, de modo que todos os direitos dos cidadãos estariam garantidos e resistentes a eventual tentativa de violação. Ele pregava que as leis só seriam legítimas caso passassem por um processo de aprovação de todos os

---

<sup>44</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001. p. 25.

cidadãos por meio de um caminho legislativo, previamente constituído e com amplo acesso a coletividade.<sup>45</sup>

Assim o Judiciário ao acolher todas as pretensões dos cidadãos buscando resolver os conflitos sociais, indiretamente acabava por privatizar a cidadania, dando origem a um paternalismo estatal.<sup>46</sup>

Citando Habermas e Antonie Garapon, Luiz Werneck Vianna em sua obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, assim relata:

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas as práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária. Designa-se, aqui, esse eixo analítico como *procedimentalista*, identificando-se a sua representação em obras como as de J. Habermas e de A. Garapon.<sup>47</sup>

Dessa forma, os militantes da teoria procedimentalista defendem que a essência da democracia seria representada com o envolvimento de todos os integrantes de uma sociedade buscando a isonomia em todos os sentidos, garantindo a possibilidade de formação de grandes debates, para assim deliberar sobre os assuntos importantes a serem decididos, afastando a figura do Poder Judiciário invasivo, o qual se tornava um protagonista da democracia, solucionando de forma ilegítima os conflitos sociais.

Por fim, percebe-se nitidamente que na teoria procedimentalista o direito somente se torna legítimo após ser objeto de grandes diálogos e deliberações por parte da sociedade, representando fortemente a democracia, na qual o direito objeto de interpretações extensivas não se consubstanciaria em legitimidade para a sua aplicação, uma vez que violaria o primado básico da democracia, que é o poder emanado do povo.

---

<sup>45</sup>LUCAS, Douglas César. **O Procedimentalismo Deliberativo e o Substancialismo Constitucional: Apontamentos Sobre o (In) Devido Papel dos Tribunais e Sobre a (Des) Necessidade de Cooperação Pós-Nacionais / Constitucionais Para se “Dizer o Direito”**. In: SPENGLER, Fabiana Marion. Os (Des) Caminhos da Jurisdição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

<sup>46</sup> VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 1999. p. 24.

<sup>47</sup> Ibid. p. 23.

A segunda teoria será a substancialista, a qual é defendida por vários autores, entre eles Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin. Essa corrente irá sustentar que conforme a evolução das sociedades democráticas, e o aperfeiçoamento da ideia de justiça, é que o Poder Judiciário será o provedor e garantidor dos direitos fundamentais da sociedade. Assim o direito de forma incisiva na sociedade é visto como um reflexo positivo do espírito democrático, alcançando espaços que a democracia talvez não conseguisse tocar.<sup>48</sup>

Assim, conforme a democracia vai evoluindo, dando maior importância para os direitos fundamentais, explorando a liberdade do homem em sociedade, surgirá a figura de uma jurisdição mais efetiva, fazendo com que ocorra uma leve sobreposição do Judiciário diante dos demais poderes, passando a assumir o papel de intérprete de todos os atos dos demais poderes, ligando-os com os mandamentos previstos constitucionalmente, o que em uma visão substancialista é um fator positivo, uma vez que refletem uma maior segurança e garantia aos direitos fundamentais em uma sociedade.

Luiz Werneck Vianna citando Cappelletti e Dworkin, fazendo menção a falsa impressão de que o Poder Judiciário estaria de alguma forma invadindo o espaço dos outros poderes do Estado, diz:

Assim o eixo substancialista, representado por Cappelletti-Dworkin, a partir de estratégias diversas e diferentes inspirações doutrinárias, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico, como no caso crucial das relações maioria-minoria, concede ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções *checks and balances* tão próprias ao argumento republicano de Tocqueville. Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário segundo a versão desses autores sobre a criação do direito no mundo contemporâneo, deveria assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais.<sup>49</sup>

Desse modo, a ideia transmitida pelos adeptos a teoria substancialista, seria a de que não haveria uma violação ao princípio da separação dos poderes ao ter um Judiciário fortemente ativo, de modo que, considerando que todos os cidadãos desejam ter seus direitos garantidos, é possível então que seja autorizado o judiciário interpretar as normas jurídicas nos termos da Constituição.

---

<sup>48</sup> VIANNA, 1999, p. 32.

<sup>49</sup> Idem. p. 37-38.

Isso porque nas constituições contemporâneas, grandes conquistas em termos de direitos fundamentais foram adquiridas pela sociedade, fazendo com que o Poder Judiciário receba um papel fundamental na realização desse novo cenário social, garantindo dos os direitos previstos nas normas constitucionais. Assim, todos os movimentos políticos antes de se submeterem a um procedimento democrático, terão que passar pelo caminho constitucional, e somente após receber a outorga de que estão de acordo os ditames da norma maior é que poderão ter seus efeitos aplicados perante a sociedade.

Surgem então aos substancialista as críticas do surgimento do ativismo judicial, afirmando que ele seria antidemocrático, pois o Judiciário ao interpretar a norma jurídica de forma extensiva garantindo os direitos, mesmo não estando expressamente previstos na Constituição, estaria violando frontalmente o princípio basilar de uma democracia, que é o poder emanando do seio do seu povo, e não de uma instituição do Estado que não é decorrente de uma deliberação da maioria dos seus integrantes.

Cappelletti vai dizer aos críticos que afirmam o surgimento de um ativismo judicial em detrimento de uma participação democrática, que os demais poderes do Estado (Legislativo e Executivo) realizam suas funções de forma muito mais presente e participativa com o cidadão do que o Poder Judiciário, embora esse último tenha, teoricamente, um papel mais isolado, agindo apenas quando é provocado para solução dos conflitos sociais, mas o que se vê na contemporaneidade, é que a todo momento os cidadãos estão recorrendo ao Judiciário para buscar a solução dos seus problemas, tornando ele muito participativo no cotidiano social, assim como os demais poderes.<sup>50</sup>

Em uma visão substancialista, a democracia não irá se sustentar em uma sociedade que não coloque em primeiro lugar os direitos fundamentais e principalmente o direito à liberdade, sem esses elementos, aos poucos a democracia irá se desfigurando e se tornando um governo autoritário.

Nas palavras de Cappelletti:

Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos da maioria, pode dar uma grande contribuição para a democracia: e para isso em muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar

---

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1999. p. 99.

a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poderes (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.<sup>51</sup>

A principal problemática então enfrentada pelos substancialistas, é de que o Judiciário não poderia decidir sobre questões importantes e decisórias em uma sociedade, uma vez que ele não é formado por membros eleitos democraticamente, devendo essas questões de grande relevância serem solucionadas pelos representantes do povo, por meio do Poder Legislativo.

No entanto, Cappelletti destaca que há uma diferença e limitações na interpretação da norma jurídica realizada “(i)legitimamente” pelo Poder Judiciário:

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se, contudo, necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha – não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.<sup>52</sup>

Dessa maneira, tem-se que a teoria substancialista busca a aplicação da constituição não somente em uma leitura superficial, mas sim em uma interpretação profunda, voltada a alcançar os princípios extrínsecos e intrínsecos presentes nela, não se tratando de uma questão de poder político, mas sim de aplicação de princípios.

Afinal, a lei por si só não seria capaz de solucionar todos os conflitos sociais, apenas recebendo uma aplicação judicial, para além disso, ela precisará de uma interpretação a depender do caso concreto, para que alcance a finalidade do legislador.

Nesse sentido, importante destacar os ensinamentos de Robert Alexy:

Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de

---

<sup>51</sup> CAPPELLETTI. 1999. p. 107.

<sup>52</sup> Idem. 1999. p. 24.

normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma. Existe, sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito.<sup>53</sup>

Portanto no cenário substancialista, os juízes passariam a aplicar a lei não deixando de observar a vontade do legislador, mas também verificando qual será o efeito que aquela decisão irá impactar no caso concreto, afinal, de nada adiantaria uma lei criada com a melhor intenção possível do legislador, se essa lei não vier no caso prático exercer um efeito apto a sua solução.

### 3.2 JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA

Conforme abordado no tópico anterior, com a evolução da democracia, as instituições que formam o Estado também evoluem e com o passar do tempo as construções jurídicas começam a receber um novo contorno, fazendo com que a constituição passe a receber uma força normativa em seu corpo.

Assim os princípios e direitos previstos na constituição passam a fazer parte do jogo democrático, onde o poder continuará a ser emanado do povo, no entanto, este também deverá observar os pilares constitucionais. Dessa forma, não será qualquer manifestação da maioria que alcançara uma mudança radical na sociedade, mas sim um movimento político estruturado nos mandamentos da norma maior.

Esse novo cenário passa a proteger as partes mais vulneráveis da sociedade, como, por exemplo, as denominadas minorias, pois como em uma democracia o poder é derivado do povo, consolidado por meio de seus representantes eleitos, sendo esse movimento resultado da participação de um grande número de pessoas, isso acarretaria para as minorias um cenário de inviabilidade, posto que não conseguiriam alcançar um grande número de adeptos as suas ideias, que fosse capaz de eleger um representante para defender os seus interesses perante o Poder Legislativo.<sup>54</sup>

Nesse momento, restará ao Poder Judiciário por meio da sua função de interpretação da norma jurídica, buscar garantir a todos os integrantes da sociedade

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 36-37.

<sup>54</sup> KELSEN, 2000, p. 66.

os direitos necessários para a democracia, bem como os previstos expressamente na constituição. É nesse momento que os juízes, se tornam grandes participantes da democracia, deixando de lado aquele histórico de mero aplicador da letra da lei, passando a ser o grande protetor e aplicador dos direitos sociais.

O Judiciário, então, passa a ser um instrumento de transformação social, na qual as suas interpretações irão refletir nos objetivos da sociedade, fazendo com os aplicadores do direito fiquem em constante provocação para alcançar e mudar algumas imperfeições sociais, alcançando espaços ocupados por cidadãos politicamente fracos, ficando a margem da atenção do Legislativo.<sup>55</sup>

Embora o termo usado para se referir a essa atuação proativa do Poder Judiciário seja o Ativismo Judicial, deve-se observar que com o passar do tempo o estado democrático de direito passou a adotar novos contornos, de modo que, a judicialização não irá resultar em uma violação ao princípio da separação dos poderes, mas sim buscará a sua preservação, em nome de um bem maior que é a democracia.

Dessa forma, a interpretação extensiva da constituição para garantir e fazer valer os direitos nela previsto, só acarretaria uma melhoria no estado democrático de direito. Isso porque a lei pura talvez não consiga efetivamente alcançar espaços que sofrem uma certa falta de atenção. Sobre o assunto, destaca-se as palavras de Luiz Werneck Vianna:

O papel inovador do juiz estaria, portanto, não na política, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos “pontos quentes”, como os do menor, das drogas e da exclusão social em geral. Nesses lugares, socialmente estratégicos, o juiz procederá como o engenheiro e o terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do direito, que não se encontraria mais referido a uma ordem ideal de onde, por reflexo, deveria provir.<sup>56</sup>

Todo esse cenário, é reflexo do neoconstitucionalismo, havendo uma certa relativização do princípio da separação dos poderes, espalhando os princípios democráticos para todos os poderes e determinando a sua observação.

Os juízes então deixam de ser meros aplicadores matemáticos da norma jurídica, buscando interpretá-la buscando a sua finalidade e observando qual será os

---

<sup>55</sup> DWORKIN, 2002. p. 492.

<sup>56</sup> VIANNA, 1999. p. 27.



seus reflexos na sociedade, fazendo com que o Judiciário receba uma importância política que anteriormente não possuía.

### 3.3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A democracia em um aspecto histórico, sempre foi representada pela participação do povo nas deliberações do Estado, sendo que qualquer alteração dinâmica estatal só seria legítima se fosse baseada na vontade da maioria. No entanto, com o neoconstitucionalismo, esse comportamento começa a ser repensado, fazendo com que as normas constitucionais recebam uma força normativa, construindo a atuação jurisdicional em espaços que anteriormente não eram da sua alçada, os quais ficavam a cargo do Poder Legislativo e Executivo.

Assim o judiciário acaba por intervir em áreas até então estranhas à sua atuação, temas poucos explorados juridicamente como por exemplo nas decisões voltadas as políticas públicas sociais,

Sobre esse assunto, Vianna apresenta alguns exemplos de matérias até então estranhas ao Poder Judiciário, que passam a receber uma regulamentação com a chegada do neoconstitucionalismo:

A invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas repercussões ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política. Ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.<sup>57</sup>

Dessa forma o Judiciário passa a atuar nas políticas públicas da sociedade, assuntos que irão influenciar diretamente a vida do cidadão, trazendo para os juízes,

---

<sup>57</sup> VIANNA, 1999. p. 149.

questões emblemáticas que não foram solucionadas pelas demais instituições do Estado. Assim, diante da inércia ou ineficiência dos demais instrumentos sociais, fica a cargo dos juízes por meio do direito, buscar uma solução para todos esses problemas, fazendo com que o Poder Judiciário se torne uma segunda instância de questões que na verdade deveriam ter sido resolvidas no âmbito do Legislativo ou Executivo, fazendo com que ocorra uma inversão do jogo democrático, quando as últimas palavras sejam de uma instituição que não participa do processo eletivo pelos cidadãos.

Por outro lado, tem autores que defendem essa atuação judicial frente às políticas públicas sobre o seguinte argumento:

No entanto, o Judiciário vem direta ou indiretamente, interferindo nas políticas públicas definidas pelos poderes competentes. Parte da doutrina defende essa possibilidade, colocando em xeque a forma de aplicação do princípio tradicional da separação dos poderes.

Isso ocorre porque as políticas públicas são vistas como instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social. Como o modelo do Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado, o *dever* constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a *direitos* do cidadão (essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana), e, de outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos.<sup>58</sup>

Luiz Werneck Vianna citando Antoine Garapon define muito bem esse cenário de recorribilidade intensa da sociedade ao Judiciário e demais alterações nas até então funções dos demais poderes do Estado:

(...) o amplo consenso quanto à configuração de um novo panorama mundial, caracterizado pela incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça. A crise do *Welfare State* nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade. Daí que para Antoine Garapon,

---

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 902.

“a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia”<sup>59</sup>

Torna-se então o Judiciário um refúgio para todos os problemas sociais, vendo ele como um salvador da pátria, sendo o único com poderes efetivos para manter e proteger o espírito da democracia em uma sociedade. No entanto, ao mesmo tempo os juízes solucionam os conflitos sociais, a sua conduta acabará por gerar, agora, um problema, pois ao decidir sobre políticas públicas, o juiz estaria substituindo à vontade dos representantes eleitos pelo povo, membros do Poder Legislativo, considerando que a investidura do cargo de juiz não é feita por um procedimento de consulta popular e mecanismos eleitorais, mas sim por meio de concurso de mérito, o que faz que essa atuação proativa do judiciário acabaria por violar o princípio basilar em uma sociedade democrática, que é a separação dos poderes.

Nesse momento, importante abordar a questão voltada ao controle de legalidade dos atos da administração pública. Não se nega que é plenamente possível ao Poder Judiciário rever os atos realizados pelo administrador no seu exercício da função, baseando-se pelos ditamos e preceitos legais que devem revestir esse ato. Todavia, isso não pode ser confundido com o controle de mérito das decisões relativas as políticas públicas.

O mérito nesse ponto, é representado pela oportunidade e conveniência do administrador, tornando possível a análise do caso concreto para posterior verificação da atitude a ser tomada, assim, não caberia ao Poder Judiciário controlar o mérito dos atos do administrador, pois isso não está sob a sua competência, restringindo somente ao seu executor, os motivos e entendimento que o levaram a tomar (ou não tomar) determinada atitude.

Vale destacar as palavras de Marçal Justen Filho sobre o assunto:

É usual, no entanto, afirmar-se que o mérito do ato discricionário não comporta controle por parte do Poder Judiciário. Essa afirmativa deve ser entendida em termos. Se a competência discricionária consiste na atribuição intencional por uma lei de uma margem de autonomia para a escolha do administrador, é evidente que a escolha concretamente realizada não comporta ampla revisão por outra autoridade. Se comportasse, desapareceria a discricionariedade. (...)

Portanto, cabe o controle para verificar se o administrador exercitou escolha nos limites da competência recebida. Defeitos formais podem ser

---

<sup>59</sup> VIANNA, 1999. p. 149.

identificados, tal como se passa, por exemplo, quando o administrador não tiver observado o procedimento administrativo necessário.<sup>60</sup>

Assim, tem-se o cuidado em analisar a competência dos juízes em revisar os atos administrativos, a exemplo das políticas públicas, ultrapassando os limites previstos na Constituição Federal. Embora essa “substituição” nas atribuições do Poder Judiciário seja justificada pela recorrente busca dos cidadãos aos demais poderes (Legislativo e Executivo) se tornarem ineficientes, não solucionando efetivamente os conflitos sociais, ficando os mesmos à mercê de um terceiro (Judiciário) que venha a intervir e realmente trazer uma solução ao caso concreto.

Cumprir destacar a doutrina sobre o assunto:

(...) quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle do Poder Público.<sup>61</sup>

Portanto, em síntese, a força normativa da Constituição possibilita ao Poder Judiciário uma atuação mais sensível aos problemas sociais, trazendo muitas indagações sobre a sua legitimidade, representada pela sua recorrente interpretação não somente à lei escrita, mas também aos princípios e demais vetores previstos no texto constitucional.

### 3.4 ATIVISMO JUDICIAL

Todo esse cenário apresentado nos tópicos anteriores, recebe a denominação contemporânea de Ativismo Judicial, que seria justamente a representação da atuação proativa do Poder Judiciário nas políticas públicas e demais assuntos da sociedade, que até então estavam reservados à autonomia de outros poderes do Estado.

---

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 240.

<sup>61</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 353.

Ao se utilizar dos princípios norteadores previstos na constituição e não literalmente a lei expressa emanada pelo Poder Legislativo, os juízes recebem muitas críticas ao adotar esse posicionamento. Pois em que pese a atividade jurisdicional esteja buscando a efetivação da democracia por meio da garantia dos direitos fundamentais, a usurpação do espaço dos demais poderes acaba por não receber uma aceitação dos críticos do ativismo judicial.

Sobre o surgimento do ativismo judicial, é a doutrina:

O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da common law esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”. No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.<sup>62</sup>

No Brasil, a figura do ativismo judicial está concentrada no Supremo Tribunal Federal, que é o que de acordo com as competências previstas na Constituição, realiza os julgamentos de maior efeito na sociedade, embora não se possa dizer que não exista um ativismo judicial nas demais cortes de justiça espalhadas pelo país.

Destaca-se as palavras de Barroso sobre o assunto:

A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Poder Judiciário Ativismo Judiciário e Democracia**. Revista Alceu, Rio de Janeiro. 2004. p. 1.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. “**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acessado em: 11/02/2018.

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem julgado os assuntos que chegam até a corte de uma forma híbrida, misturando os aspectos jurídicos com os efeitos políticos das suas decisões, justificando esse comportamento com base na busca incessante de uma sociedade puramente democrática.

Tem-se, deste modo, uma suprema corte se relacionando de forma diferente com os demais poderes do Estado, fazendo uma ponte entre a vontade do povo representada pelos integrantes do Poder Legislativo e a real interpretação do espírito democrático tão almejado por todos. Então, tudo que possua um impacto significativo na sociedade, passa a ser analisado em última instância pelo Judiciário, no papel do Supremo Tribunal Federal, atingindo seus objetivos apenas após receber a chancela de que está de acordo com os princípios e valores democráticos previstos na constituição.

É nesse ponto que as questões políticas adentram ao corpo do sistema jurídico da sociedade. Destaca-se as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o ativismo judicial:

O poder judiciário faz política quando se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições políticas-representativa e quando assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade. O juiz guardião dos direitos e o juiz que realiza objetivos moralmente justos representam hoje, com efeito, os asquéticos de ruptura do modelo jacobino de juiz executor, passivamente fiel à vontade do legislador (“a boca que pronuncia as palavras da lei”), ou de juiz declarativo, limitado a declarar, mas nunca criar o direito.<sup>64</sup>

Verifica-se a presença de um ativismo judicial, que nas palavras de Lenio Streck, diz que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”<sup>65</sup>.

O ativismo judicial pode ser manifestado de diversas formas, a começar pelas decisões que carecem de fundamentação, ou que embora tenha uma fundamentação, essa se torna deficiente diante do caso concreto, deixando transparecer uma discricionariedade na conduta do julgador; tem-se também a essência de um juiz ativista, quando esse aplica diretamente a constituição em casos onde não há amparo

---

<sup>64</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção**. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.) *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 143.

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 589.

legal, fazendo com que as normais constitucionais se encaixam de em uma análise extensiva para a solução do litígio.

Não se afastam, também, aqueles casos em que um lei é declarada inconstitucional, após realizada uma leitura de extrema subjetividade com os princípios e valores trazidos pela constituição e, por fim, o cenário de mais fácil compreensão, quando a Suprema Corte coloca imposições de condutas aos demais poderes do Estado, seja ela buscando o cumprimento de um dever constitucional, ou buscando uma abstenção por não estar agindo de acordo com os princípios que a democracia busca alcançar.

Todo esse cenário, que acontece diariamente nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário, representam a busca incansável e a qualquer custo pelo cumprimento do espírito democrático presente no corpo constitucional, o que, na visão dos adeptos a essa prática, apenas favorece os receptores dessas decisões, que em última análise é toda a coletividade.

Desse modo, cabe a cada um analisar o conceito de democracia que está sendo praticado na sociedade, verificando interligação que ocorre entre os três poderes do Estado, e julgar se os efeitos decorrentes desse cenário são positivos ou negativos para satisfazer os anseios da sociedade e cumprir da mais pura forma com o espírito democrático desejado.

### 3.5 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Diante do cenário apresentado nos tópicos anteriores, que buscou explicar as origens e fatores que fazem com que o Poder Judiciário se torne uma segunda instância para a solução dos problemas políticos sociais, os quais deveriam ser resolvidos pelos representantes eleitos pelo povo, surge então duras críticas aos juízes que de certa forma ultrapassam os limites impostos pelo princípio da separação dos poderes.

Isso porque, há a figura de juízes que não são agentes passivos no processo democrático de eleição dos representantes do povo, tendo suas carreiras realizadas por meio de concursos públicos e posteriormente um quadro de carreira, baseados nos critérios de produtividade e antiguidade, mas em nenhum momento são eleitos

pelo povo. Mais próximo desse cenário encontram-se os ministros dos tribunais superiores que, embora não sejam eleitos pelo povo, são escolhidos pelos chefes do poder executivo, o que não tem o condão de representar que a sua escolha se deu por meio de um processo democrático, uma vez que há uma discricionariedade no processo de escolha desses integrantes.

Então, os juízes ao violarem (in)justificadamente o princípio da separação dos poderes são bombardeados pelos adeptos à teoria procedimentalista explicada nos tópicos anteriores, que pregam que o papel do juiz é apenas o de aplicar a lei, não podendo inovar no mundo jurídico, ficando esse papel apenas para o Poder Legislativo.

Buscando, então, uma defesa e justificativa para essa grande chuva de críticas que os juízes recebem, eles recorrem a dois argumentos. O primeiro, é decorrente da evolução das normas constitucionais, que deixaram de ser fontes superficiais de normas de conduta, passando a serem bases fundamentais para a proteção de direitos essenciais à vida humana.

Assim, conceitos jurídicos abstratos, começam a receber as mais diversas e profundas interpretações, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana previsto na constituição. Nesse contexto, seria possível aplicar aos mais diversos casos, justificando a intervenção judicial, uma vez que estaríamos diante de uma violação de um princípio constitucional.

De modo que, considerando que uma grande parte da população ainda possui estigmas e padrões de comportamentos julgados pela sociedade, a interpretação aprofundada dos princípios jurídicos abstratos, faria com que fosse possível alcançar esses indivíduos, trazendo a eles a tutela do Estado, a qual não foi cumprida pelos demais poderes do Estado.

Já o segundo argumento utilizados pelos juízes e também pelos adeptos à atuação proativa do Poder Judiciário, seria o de que no Brasil há uma enorme deficiência na prestação de serviços e cumprimento dos preceitos constitucionais pelos demais poderes do Estado.

Tem-se então a figura de um Legislativo deficitário, deixando de criar leis necessárias à sociedade, fazendo com que os juízes no corpo do judiciário assumam essa responsabilidade, adaptando os casos concretos às normas já existentes, fazendo uma interpretação extensiva principalmente com base nos princípios abstratos previstos na constituição.



#### 4. CARÁTER POLÍTICO DAS DECISÕES DO STF

O Supremo Tribunal Federal tem protagonizado nos últimos anos, em especial nas últimas duas décadas, cenas de enorme politização do Poder Judiciário frente aos problemas sociais. Cenário este desencadeado pelo advento da constituição de 1988, que alargou intensamente os direitos e garantidas fundamentais ao cidadão. Isso porque decisões são puramente jurídicas quando se limitam apenas a interpretação e aplicação da lei, mas quando vão além do que está escrito, levando-se em conta principalmente os efeitos decorrentes daquela decisão, verificando quais serão as suas consequências para o interesse público, estaremos diante de uma decisão política.

Sobre o assunto:

Nos últimos anos do século XX e, com mais destaque, neste século XXI, houve alteração *quantitativa* e *qualitativa* do espaço ocupado pelo Supremo no cenário sociopolítico brasileiro. As grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988, tiveram, como um dos efeitos mais visíveis, a ascensão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – redução progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores; no alcance das decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade; na própria afirmação da identidade institucional – os ministros passaram a defender como nunca, inclusive fora dos autos, o valor de suas funções e a relevância do Supremo.<sup>66</sup>

Mas nesse ponto, importante destacar que o direito não é algo de simples interpretação, pois a norma jurídica tenta abarcar todos os casos concretos, todavia, isso é algo impossível de se conseguir, ficando a cargo do julgador o campo da hermenêutica normativa, solucionar os casos concretos adequando o direito a ele.

Destaca-se as palavras de Eros Roberto Grau em sua obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”, a importante diferença entre norma jurídica e interpretação normativa:

---

<sup>66</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense. 2014. s/p.

Antes disso, no entanto, um aspecto importantíssimo deve ser explicitado, atinente ao equívoco reiteradamente consumado pelos que supõe que se interpretam normas.

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento no seu, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas.

O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidade de interpretação, um conjunto de normas potenciais.

O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem.

O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, mas visado à sua aplicação a casos concretos.

Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo – já vimos linhas acima -, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão.<sup>67</sup>

É diante desse cenário que os ministros do Supremo Tribunal Federal têm proferido decisões híbridas, relacionando entre elas caráter jurídico e político ao mesmo tempo, uma vez que realizam a interpretação normativa de acordo com o caso concreto verificando os efeitos práticos de suas decisões, levando a nomenclatura de um tribunal político e não jurídico.

O STF então tem interpretado as suas decisões sempre com base nos princípios constitucionais, estendendo-o ao caso concreto, o que, nesse ponto, recebe várias críticas, as quais são rebatidas pelo argumento de que o direito não pode ser aplicado em tiras, aos pedaços, mas sim que deve estar em sintonia com todo o ordenamento jurídico, de modo que, embora receba status de um tribunal político, argumenta que está apenas cumprindo com os valores constitucionais e democráticos almejados pela sociedade.

Sobre a interpretação em tiras do direito, assim ensina Eros Grau:

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

---

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 24-25.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.<sup>68</sup>

No entanto, essa extensiva interpretação das leis realizada pelo Supremo Tribunal Federal, acende um alerta quando ela se torna recorrente, habitual e rotineira, fazendo com que se busque encontrar aonde está o erro na atual conjuntura democrática praticada na sociedade, a qual está falhando em algum ponto, como é possível verificar pela atuação anormal das suas instituições, em especial, o Poder Judiciário. Isso porque a supremacia do interesse público sobre o interesse particular é conhecida no âmbito dos debates jurídicos, mas até que ponto preservar o interesse público não vai contra o espírito democrático esperado pela sociedade.

Sobre o assunto, destaca-se a lição de Gustavo Binbenbojm:

É fácil constatar porque a ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade da pessoa humana não se compadece com a *instrumentalização* das individualidades em proveito de um suposto “organismo superior”. Como instrumento de proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado é que deve ser sempre o instrumento de emancipação moral e material dos indivíduos, condição de sua autonomia nas esferas pública e privada. Dito de outra forma, o Estado, como entidade jurídico política existe para viabilizar, de forma ordenada e racional, a persecução de projetos e objetivos próprios por cada indivíduo, independentemente das “razões de Estado” que a comunidade política possa invocar.<sup>69</sup>

Portanto, a justificativa do Supremo Tribunal Federal de justificar a sua atuação invocando a supremacia do interesse público sobre o particular, ou a interpretação extensiva para o cumprimento dos princípios e valores democráticos previstos na constituição, começa a receber muitas indagações por parte da doutrina e dos contrários a essa prática, os quais são a favor da manutenção pura das instituições no cumprimento de suas atividades previamente delimitadas pelo legislador constituinte quando da sua criação, evitando que forças externas ao cenário democrático pudessem romper com a máxima de que o poder nesse tipo de governo emana sempre do povo.

---

<sup>68</sup> GRAU. 2006. p. 41.

<sup>69</sup> BINENBOJM. 2006. p. 83.

#### 4.1 ASPECTOS HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL NO STF

Antes de adentrar aos elementos que dão origem ao atual comportamento do Poder Judiciário no Brasil, importante realizar uma breve abordagem sobre os aspectos históricos da mais alta corte jurídica da nossa sociedade. O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1890 e passou por muitos momentos de instabilidades ocorridas no âmbito político, em especial durante os regimes de governos ditatoriais e autoritários que tivemos no Brasil.

Nessas épocas, os direitos fundamentais que muitos ainda nem existiam formalmente, eram diariamente violados pelas instituições formadoras do Estado, fazendo com que toda a população clamasse à alguma instituição, a intervenção para coibir essa prática de desrespeito.

Considerando a formação do Estado, a única instituição com poderes para combater às violações aos direitos do cidadão, era o Poder Judiciário, representando em sua mais alta corte pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se do da interpretação das normas jurídicas (regras dispositivas) para tanto, em especial os princípios como fonte de direitos.

Destaca-se a doutrina sobre a aplicação de princípios e regras na interpretação jurídica dos tribunais:

O julgamento por princípios é traço marcante da contemporaneidade jurídica.

Inúmeras situações concretas são equacionadas pelo Poder Judiciário e também pela Administração Pública, a partir da invocação pura e simples de princípios jurídicos, notadamente os constitucionais.

Repete-se, como um mantra, que os princípios têm força normativa e dispõem de eficácia concreta.

Mas o que é um princípio? Até onde se pode chegar com ele? Na atualidade, deparamos com condenáveis exageros. No contexto do pós-positivismo, uma das maneiras mais comuns de conceituar um princípio se faz a partir da sua questionável diferenciação com as regras.<sup>70</sup>

Para a doutrina mais autorizada, as normas jurídicas que compõe o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas: regras (ou disposições) e princípios. Neste sentido, parece estar

---

<sup>70</sup> **Juiz constitucional** [livro eletrônico]: Estado e poder no Século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Levandowski / coordenadores Monica Herman Caggiano, Claudio Salvador Lembo, Manoel Carlos de Almeida Neto. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. s/p.

superada a concepção que negava força normativa aos princípios, em razão do seu caráter fluido e indeterminado.

Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior aos das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de explicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.<sup>71</sup>

No entanto, embora a causa nobre atribuída ao STF, ele veio a sofrer grande resistência por parte das demais instituições do governo, fazendo com ele fosse aos poucos se retirando desse cenário problemático de conflitos políticos e jurídicos na sociedade. Vala a transcrição de Carlos Alexandre Azevedo Campos:

Esses fatos relevantes, marcantes da trajetória do Supremo Tribunal Federal diante de inconstâncias institucionais e instabilidades políticas que caracterizam a história brasileira, revelam que a Corte até esboçou reações iniciais aos governos autoritários, mas, ou as decisões não eram obedecidas, ou o Tribunal era vilipendiado, ameaçado, atacado em sua estrutura e organização e, com isso, acabava recuando. Os poderes políticos dominantes no Brasil, por diversas vezes, ignoraram os valores do Estado de direito e da democracia e, conseqüentemente, a independência do Supremo Tribunal Federal. Nesses ambientes problematicamente autoritários, a Corte apanhou mais do que bateu e acabou, no final, submetendo-se ao Poder Executivo hipertrofiado.<sup>72</sup>

Dito isso, somente com o advento da constituição de 1988, denominada por muitos como constituição cidadã, por trazer inúmeros direitos à sociedade, é que a problemática da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal volta aos debates jurídicos e políticos, pois começa a proferir julgamentos estendendo a interpretação de muitos conceitos jurídicos abstratos.

Nesse momento, cumpre destacar como a doutrina tem interpretado o advento da Constituição Federal de 1988:

A promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a instauração de um novo momento político e jurídico no Brasil. Conhecida como "Constituição Cidadã", a lei fundamental em vigor consagrou a democracia, retomou o Estado de Direito, afirmou uma série de princípios fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Consagrou, ainda, extenso rol de

---

<sup>71</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2000.p. 42.

<sup>72</sup> CAMPOS. 2014. s/p.

direitos fundamentais. Inovou, neste campo, ao incluir um significativo número de direitos sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, à cultura etc. Ao mesmo tempo em que garantiu direitos que já haviam sido incorporados ao patrimônio histórico e jurídico da comunidade brasileira, também apresentou algumas respostas para problemas do passado (como o repúdio à tortura, à censura, ao tratamento desumano ou cruel) e projetos para o futuro (erradicação da pobreza; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; busca do pleno emprego e outras propostas típicas de um constitucionalismo dirigente). Ou seja, é possível afirmar que a Constituição do Brasil é uma resposta ao passado, uma garantia do presente e uma proposta para o futuro.<sup>1</sup> Trata-se de texto que, em seu conjunto, afirma o Estado Social. É um documento analítico não por acidente ou preciosismo, mas por reflexo de seu caráter compromissório e plural. É uma Constituição, em suma, que transcende o sentido liberal do constitucionalismo na medida em que não se limita a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder e os aspectos procedimentais de produção do direito e tomada de decisões (ao lado de alguns poucos direitos de cunho negativo). Essa transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça,<sup>2</sup> caracterizando a República brasileira como um Estado de Direito em sentido material e possibilitando a emergência de um Estado Constitucional.<sup>73</sup>

É então através dessa mudança de paradigma que a composição dos juízes integrantes do STF começa a se tornar mais garantidora dos direitos dos cidadãos, buscando cumprir com os valores democráticos exercendo a sua função de guardião da Constituição Federal.

No entanto, em contrapartida a esse cenário, com o lado positivo do advento de muitos direitos fundamentais, houve também um aumento exponencial do número de litígios judiciais na sociedade, por diversos motivos, fazendo com o Supremo Tribunal Federal, considerando o fato de ser a mais alta corte para decidir as questões jurídicas sociais, se tornasse responsável pela solução de grandes dilemas enfrentados pela sociedade. De modo que, assuntos anteriormente não eram pensados, chegam agora sem nenhuma base legislativa para que o Supremo profira a última palavra, se utilizando de princípios e normas abstratas para fundamentar sua decisão.

Nesse ponto, importante destacar que as decisões baseadas em um ativismo judicial não serão necessariamente prejudiciais à sociedade, não sendo algo aceitável pelo povo. Sobre o assunto, vale a transcrição das palavras de Elival Silva Ramos, professor da Universidade Federal de São Paulo:

---

<sup>73</sup> **Direito Constitucional Brasileiro:** volume I [livro eletrônico]: teoria da constituição e direitos fundamentais / Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais. s/p.

Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente, ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. A norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como, por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.<sup>74</sup>

É então diante desse panorama histórico, com a evolução da Constituição Federal, aumento exponencial de litígios, responsabilidade por grandes julgamentos, valorização dos direitos fundamentais e o anseio da sociedade em ter seus problemas resolvidos, é que repousa o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal.

#### 4.2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA *VERSUS* DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Quando se fala na atuação proativa do Poder Judiciário diante dos mais diversos assuntos presentes na sociedade, torna-se necessário a reflexão sobre o funcionamento da atividade administrativa e executiva, que corriqueiramente tem sido estendida aos juízes, em especial nos tribunais superiores.

A atuação da administração pública frente aos interesses da sociedade é feita em regra, com base nos limites do princípio da legalidade, ou seja, toda sua atividade irá acompanhar as previsões normativas presentes no ordenamento jurídico. Assim, tem-se que a atividade do poder público é vinculada, ou seja, sempre obedece às previsões legislativas realizadas pelos representantes do povo, buscando evitar um abuso de poder por parte do administrador público.

---

<sup>74</sup> RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

Todavia, a lei não consegue atingir todos os aspectos da atuação do poder administrativo, deixando uma certa margem de liberdade de escolha ao administrador diante do caso concreto, é nesse momento que as ideias de discricionariedade e vinculação começam a ser refletida, buscando interpretar os limites que se impõe sobre esses dois elementos<sup>75</sup>.

Vale a transcrição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o assunto:

Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontram o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.

Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.<sup>76</sup>

Embora esse seja um tema mais voltado para a área do direito administrativo, tem-se que a sua análise irá refletir em muitos aspectos explorados no presente trabalho, qual seja, a análise dos fundamentos que elastecem a atividade jurisdicional do Brasil.

O Poder Executivo no desenvolver da administração pública, realiza conforme citado na doutrina acima, inúmeros atos baseados na discricionariedade que lhe é atribuída, impondo limites e execuções de acordo com o caso concreto. Todavia, devido a forças políticas conflitantes, alguns atos discricionários do Executivo

---

<sup>75</sup> Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. (JUSTEN FILHO, 2015. p. 223.)

<sup>76</sup> DI PIETRO. 2015. p. 254-255.



começam a ser questionados, buscando verificar um abuso nessa liberdade de escolha que lhe é garantido.

Esses questionamentos, começam então a chegar ao Poder Judiciário, fazendo com que o papel dos juízes se torne um revisor dos atos da administração pública, não se nega a possibilidade de os atos administrativos serem revistos pelo Judiciário, no entanto, essa revisão não pode ser sem limites previamente determinados.

Isso porque a atuação dos juízes na revisão dos atos administrativos deveria, em tese, ser feita apenas tendo como base o princípio da legalidade, não se estendendo a outros aspectos abstratos que dizem respeito ao direito discricionário que o administrador público tem em exercer a sua função. Não caberia então aos juízes adentrar sobre questões de mérito voltada a oportunidade e conveniência utilizada pelo administrador nos atos administrativos, isso é algo inerente a sua atividade, não cabendo revisão por outro órgão, salvo quando essa discricionariedade ultrapasse os limites da legalidade ou demais disposições expressas constitucionalmente.

Sobre limites da atuação judiciária frente aos atos da administração pública, assim ensina Di Pietro:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência).<sup>77</sup>

Dito isso, tem-se que deve haver limites por parte dos juízes, separando os fundamentos dos atos administrativos que são discricionários, daqueles que se devem manter uma simetria com o princípio da legalidade. De modo que, não deve haver na atividade jurisdicional uma discricionariedade interpretativa, analisando casuisticamente os casos levados ao seu julgamento, pois a conveniência e oportunidade diz respeito somente aos interesses do administrador, não resultando necessariamente em uma violação aos preceitos constitucionais.

---

<sup>77</sup> DI PIETRO. 2015. p. 898.

Não devendo, portanto, o Judiciário intervir em questões de políticas públicas por exemplo, que se refere somente à função legislativa e executiva, em nada abarcando a atividade jurisdicional. É o que menciona a autora acima citada:

Rigorosamente, diante da distribuição constitucional de competências entre os três Poderes do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas, inclusive no que diz respeito às omissões antijurídicas.<sup>78</sup>

Todavia, com a crescente constitucionalização dos direitos fundamentais e valores democráticos, os juízes acabam utilizando-se de conceitos abstratos de normas jurídicas para aplicar aos atos administrativos, fundamentando que os mesmos contrariam os princípios e valores constitucionais, embora essa fundamentação seja subjetiva.

Sobre o assunto:

Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade a aquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial<sup>308</sup>.

É preciso, ainda, tecer breves considerações sobre as relações entre interpretação e discricionariedade.

No exercício da jurisdição, não se afigura relevante a distinção entre discricionariedade enquanto liberdade na interpretação de textos normativos e a discricionariedade na conduta do agente público, uma vez concluído o trabalho hermenêutico, por haver resultado na concretização de norma que lhe confere liberdade de agir. Em um caso, fala-se, na doutrina alemã, em discricionariedade de juízo e, no outro, em discricionariedade de atuação<sup>309</sup>. Isso porque ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo).<sup>79</sup>

Do exposto até aqui, extrai-se que não caberia ao Poder Judiciário por meio também de uma interpretação discricionária, ficar impondo limites aos atos do poder administrativo que não violam a constituição, mas sofrem imposições apenas com

---

<sup>78</sup> DI PIETRO. 2015. p. 902.

<sup>79</sup> RAMOS. 2015. p. 128

base em fundamentos abstratas de princípios e valores, o que não diz respeito ao mérito que o administrador utilizou ao proferir aquele ato administrativo.

Assim, todas essas nuances da atuação do Poder Judiciário no Brasil, tem despertado vários debates no sentido de encontrar limites na atuação dos juízes, buscando equilibrar o princípio da separação dos poderes com os valores e ideais trazidos pela constituição, para a garantia dos direitos fundamentais e a solução dos litígios sociais.

#### 4.3 EXEMPLO DE ATIVISMO JUDICIAL NO STF

Por fim, fazendo um contraponto com tudo o que foi exposto no presente trabalho até o momento, importante trazer exemplificativamente um caso de ativismo judicial protagonizado pelo Poder Judiciário Brasileiro, em especial, no Supremo Tribunal Federal, sem adentrar às peculiaridades do caso concreto, pois o objetivo do presente trabalho é demonstrar os limites da atuação do poder jurisdicional praticado pelos juízes brasileiros.

O artigo 87 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>80</sup>, além de muitas outras, diz que é competência do Presidente da República, a nomeação e exoneração dos ministros de Estado. Dito isso, tem-se que mediante um ato administrativo, respeitado as suas formalidades previstas em lei, o Chefe do Poder Executivo Nacional irá escolher nomear os ministros de Estado, respeitados os requisitos previstos na constituição.

No início deste ano corrente, um juiz integrante da 4<sup>o</sup> Vara Federal de Niterói no Estado do Rio de Janeiro, suspendeu a nomeação de uma Deputada Federal ao cargo de Ministra do Trabalho<sup>81</sup>, sob o argumento de que a mesma tinha sido condenada judicialmente por dívidas trabalhistas, de modo que, esta pessoa não estaria apta a ocupar um cargo de tamanha envergadura, uma vez que violaria o

---

<sup>80</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; (...) (BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.)

<sup>81</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-suspende-posse-cristiane-brasil.pdf>. Acessado em 25.03.2018.

princípio da moralidade da Administração Pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal.<sup>82</sup>

A Advocacia Geral da União, órgão do Estado responsável pela defesa judicial dos interesses da União, protocolou recursos contra essa decisão, chegando à mais alta Corte Judicial no país, que é o Supremo Tribunal Federal<sup>83</sup>. Neste, a discussão continuou no tocante a interpretação constitucional dos princípios da Administração Pública, refletindo se a pessoa nomeada ao cargo de Ministro do Estado poderia ou não ter sido condenada judicialmente, no qual, sendo positiva a resposta, estaria impedida de assumir o referido cargo por violação ao princípio da moralidade previsto na Constituição Federal, em especial nesse cenário, a suspensão da posse do cargo ora comentado foi mantida, para posterior análise do mérito sobre o assunto.

Essa hermenêutica normativa nos faz refletir sob os limites da atuação do Poder Judiciário no Brasil, até qual momento o julgador pode se utilizar de uma interpretação jurídica de extensiva das normas previstas no corpo da lei. Esse é um caso de extrema subjetividade em que o ato administrativo de nomeação ao cargo de Ministro do Estado foi suspenso, por um claro ativismo judicial, na qual questões de interpretação forçada e de extrema subjetividade no tocante aos princípios constitucionais.

Isso porque não é possível auferir a moralidade de um indivíduo apenas com base em seu histórico de ações judiciais e eventuais condenações, afinal, por muitas das vezes a pessoa pode ter um condenação judicial sem ter praticado nenhum ato ilícito, seja por erro do julgador ou por vícios procedimentais cometidos pela defesa, e até mesmo por descuido e falta de atenção, acabar incorrendo em algum dever de reparar danos, mas em nenhum momento uma simples leitura de um cenário como este irá representar a essência da imoralidade vedada pela constituição.

Para além disso, serão necessários maiores elementos que justifiquem o impedimento do indivíduo para assumir um cargo público, não podendo a competência do Chefe do Executivo ser diminuída em detrimento de uma interpretação subjetiva e principiológica dos valores previstos na Constituição Federal. Afinal, moral é um

---

<sup>82</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.)

<sup>83</sup> Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/01/rcl-29508.pdf>. Acessado em 25/03/2018.

conceito subjetivo, pode uma pessoa ser considerada moralmente correta perante um número de indivíduos e esse mesmo agente, se analisado por outro grupo de pessoas, ser considerado uma pessoa imoral, afinal essa é uma concepção baseada em valores éticos, culturais, pessoais e de convivência, fatores esses que não são imutáveis e variam a depender de uma série de variáveis.

Desse modo, fica a reflexão sobre os limites da interpretação normativa realizada pelo Poder Judiciário, demonstrando que as violações desses limites podem refletir diretamente em injustiças que afetam o jurisdicionado. Portanto, diante de todo o que foi apresentado no presente trabalho, a ideia que deve ser extraída que tanto o excesso quanto a falta de uma interpretação valorativa das normas jurídicas é prejudicial à sociedade.

Fazendo com seja necessário encontrar um equilíbrio entre a atuação dos juízes diante da hermenêutica normativa, sob pena de colocar em o estado democrático de direito, bem como, as bases da constituição que apresenta uma série de direitos e deveres, tanto do Estado quanto dos indivíduos, que devem ser respeitados, não podendo a sua interpretação ficar ao arbítrio de indivíduos que não foram democraticamente eleitos pelo povo.

## CONCLUSÃO

Diante do trabalho acima apresentado, foi possível analisar a atuação contemporânea no Poder Judiciário no Brasil, demonstrando a forte interação que existe entre o direito e a política. Todo esse cenário, é decorrente da evolução da ideia de democracia exercida na sociedade, a qual está em constante evolução com a natureza humana, misturando a todo momento o direito como regulador das condutas sociais, e a política como instrumento de representação dos interesses do povo na sociedade.

Dito isso, tem-se que o regime democrático de governo passou por diversos aprimoramentos para alcançar o nível em que se encontra nos dias de hoje, todos eles decorrentes de diversas lutas e sacrifícios enfrentados pela sociedade tendo em vista os regimes autoritários e absolutistas que preencheram o nosso passado. Os quais violavam diariamente uma série de direitos que deveriam ser garantidos pelo Estado ao cidadão.

Assim, devido à importância e sacrifício para alcançar os valores democráticos, surgiu a necessidade de colocá-los no centro do ordenamento jurídico, buscando a sua proteção, bem como, a sua propagação para todas as demais normas jurídicas existentes na sociedade, passando a atribuir aos intérpretes do direito no corpo do Poder Judiciário, a dura função de buscar a todo momento o cumprimento dos valores democráticos previstos na constituição.

Em constante evolução, os valores democráticos trouxeram para o corpo constitucional um grande número de direitos os quais devido a sua essencial importância, recebem o status de direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos em maior grau de prioridade pelo Estado. Movimento pelo qual foi denominado constitucionalismo moderno, alargando fortemente o alcance da constituição em espaços da sociedade que anteriormente não recebiam a atenção do Estado.

Os juízes então como integrantes do Poder Judiciário, se depararam com a grande responsabilidade de cumprir com os preceitos constitucionais, fazendo uso da interpretação da norma jurídica. Dito isso, percebeu-se que os valores democráticos são de extrema importância, que a interpretação da norma jurídica buscando alcançar

esse objetivo, começou a ultrapassar os limites previstos pelo legislador, o que dá início aos críticos da atuação proativa do Poder Judiciário.

Valores então como igualdade, dignidade da pessoa humana, entre tantos outros, passaram a ser o centro da constituição, cabendo aos juízes a sua fiel proteção em cumprimento do papel da atividade jurisdicional. Esse movimento então foi denominado constitucionalismo moderno ou neoconstitucionalismo, onde as normas constitucionais devido a sua grande importância na vida social, receberam uma força normativa, onde através delas direitos são criados, valores são protegidos, retrocessos são evitados, fazendo com que a cada momento os princípios democráticos sejam enraizados na sociedade.

De modo que, a atividade judicial deixa de ser figurante do Estado democrático de direito, passando a ser protagonista, solucionando todos os anseios sociais, buscando o efetivo cumprimento dos caminhos traçados pela constituição para alcançar uma sociedade pacífica e organizada para a convivência de todos.

Todavia, essa nova conjuntura jurisdicional reflete em sérios riscos à sociedade democrática, que embora não esteja em seu ideal de Estado, caminha para esse objetivo, não podendo os sacrifícios e os sofrimentos enfrentados no passado, serem esvaídos por uma subversão dos valores e bases da democracia alcançada até o momento pela sociedade.

Por fim, destaca-se então a necessidade buscar um equilíbrio entre os três poderes do Estado, tanto no tocante a sensibilidade de criação de normas jurídicas mais efetivas, quanto à uma interpretação judicial não contaminada por valores pessoais, ausentes de bases normativas, as quais em um regime democrático deve sempre refletir à vontade do povo em sua maioria, não podendo ser algo individualizado ou objeto de pequenos grupos decisórios.

Embora presente a discussão apresentada neste trabalho, não se pode deixar de observar que ambas as teorias e os argumentos caminham para um horizonte em comum, que a manutenção do Estado democrático de direito, protegendo e garantindo a todos a aplicabilidade de todos os direitos essenciais para que o ser humano tenha uma vida digna em sociedade, cumprindo com seus objetivos e buscando a cada momento uma evolução social.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ARISTÓTELES. **A Política**. In Coleção Livros que mudaram o mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 14 ed. São Paulo: Globo, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Poder Judiciário Ativismo Judiciário e Democracia**. Revista Alceu, Rio de Janeiro. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **“Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, Acessado em: 11/02/2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2010.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional, v1: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.
- BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 12 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Almedina, 2009.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.



CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção**. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.) *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1999.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

**Direito Constitucional Brasileiro: volume I [livro eletrônico]: teoria da constituição e direitos fundamentais / Clémerson Merlin Clève**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 2006

HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã**; organizado por Richard Tuck; tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**Juiz constitucional [livro eletrônico]: Estado e poder no Século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Levandowski / coordenadores Monica Herman Caggiano, Claudio Salvador Lembo, Manoel Carlos de Almeida Neto**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LUCAS, Douglas César. **O Procedimentalismo Deliberativo e o Substancialismo Constitucional: Apontamentos Sobre o (In) Devido Papel dos Tribunais e Sobre a (Des) Necessidade de Cooperação Pós-Nacionais / Constitucionais Para se “Dizer o Direito”**. In: SPENGLER, Fabiana Marion. Os (Des) Caminhos da Jurisdição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MACKENZIE, Iain. **Política: Conceitos-Chave em Filosofia**. Tradução Nestor Luiz João Beck. ArtMed: 2011.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**, 11 ed. Saraiva: 2016.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 9 ed. Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva. 1987.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PALAIÁ, Nelson. **Noções Essenciais de Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 1999.