

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

LENAY TRACZICOSKI ALVES ROSA

O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO: HÁ LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL?

**CURITIBA
2017**

LENAY TRACZICOSKI ALVES ROSA

O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO: HÁ LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL?

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
2017**

LENAY TRACZICOSKI ALVES ROSA

O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO: HÁ LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL?

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.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal e o relevante questionamento quanto a sua limitação frente ao princípio fundamental da separação harmônica das funções previsto no artigo 2º da Constituição federal, que se observa por uma expansão da jurisdição pró-ativa frente a uma judicialização da política a partir do pós-guerra, que acarretou em um protagonismo por parte do Poder Judiciário quanto às demandas que versam sobre questões políticas que visam a garantia de direitos fundamentais. Pretende-se responder se existem limites a esse ativismo judicial, analisando o princípio da separação de funções desde sua origem em Aristóteles, Montesquieu e os federalistas, até o presente momento, bem como compreender os motivos que levaram a esse ativismo, compreendendo sua origem e conceito, analisando o fenômeno da jurisdição constitucional no âmbito das correntes substancialista e procedimentalistas, finalizando o presente trabalho respondendo se existem limites para essa atuação que protagoniza no cenário atual.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal, Protagonismo Judicial, Limites atuação ativista, Princípio da separação de funções.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| RESUMO | 4 |
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES | 8 |
| 2.1 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES | 9 |
| 2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES EM MONTESQUIEU | 12 |
| 2.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DO PODERES NO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL. | 16 |
| 2.4 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ANÁLISE DA ADI 3367/STF. | 30 |
| 3. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO PRÓ-ACTIVA | 37 |
| 3.1 ATIVISMO: CONCEITO | 46 |
| 3.2 PROTAGONISMO JUDICIÁRIO | 51 |
| 3.3 PROCEDIMENTALISMO <i>VERSUS</i> SUBSTANCIALISMO | 54 |
| 4. O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO | 62 |
| 4.1 CASOS DE ATUAÇÃO DO STF COMO LEGISLADOR POSITIVO | 62 |
| 4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA | 69 |
| 4.3 HÁ LIMITES PARA A ATUAÇÃO ATIVISTA? | 75 |
| 5 CONCLUSÃO | 81 |
| REFERÊNCIAS | 84 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a crescente atuação proativa do Supremo Tribunal Federal e o relevante questionamento quanto a sua limitação frente ao princípio fundamental da separação harmônica das funções previsto no artigo 2º da Constituição federal.

A realização do estudo apresenta-se pertinente tendo em vista a problemática da atual situação política brasileira no que se refere à inércia do Poder legislativo que, conseqüentemente, tende a uma postura mais ativa do Poder Judiciário, e no Brasil precisamente o STF.

O artigo 2º da Constituição adota o princípio fundamental da separação de funções, que delega para cada poder funções típicas e – excepcionalmente – atípicas, que lhe são atribuídas segundo a própria Constituição Federal. O princípio tem como base a não ingerência de outros órgãos no tocante a suas funções, isso é, cada poder exerce suas funções de maneira harmônica e independente.

No entanto, nota-se que quando um dos poderes, no caso do presente trabalho, o Poder Legislativo, mantém-se inerte ou ineficaz no trato de determinadas questões, o Judiciário - precisamente o Supremo Tribunal Federal -, seguindo a tendência global, assume uma postura proativa, tendo por consequência a ingerência em uma função que a ele não foi delegada, sendo necessário levantar o questionamento quanto à possibilidade de limites para esse ativismo. Há vezes que mesmo sem a essa omissão por parte do legislativo, o ativismo também ocorre.

O cerne do trabalho está justamente em questionar se pode haver limites a essa atuação atípica e proativa do Supremo Tribunal Federal no que tange ao princípio da separação de funções previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

A pesquisa se deu a partir do método dedutivo somado à revisão bibliográfica, de forma a elucidar o princípio da separação de funções desde seu surgimento em Aristóteles e posteriormente em Montesquieu, e de como se manteve no Estado Liberal e Estado do Bem-Estar Social até a concepção dos federalistas. Por fim,

observou-se o princípio da separação de funções como tem se dado atualmente no Brasil por intermédio da análise da ADI 3367/STF.

Estudaram as mudanças históricas que justificam a expansão da jurisdição pró-ativa, que se observa desde o final do pós-guerra até a atualidade, no qual se verificaram mudanças efetivas após períodos de exceção, que geraram conseqüentemente uma judicialização da política e um protagonismo do Poder Judiciário. Nesse momento, fez-se necessário compreender a origem do ativismo judicial, bem com seu conceito. Quanto ao conceito, observa-se que não há um consenso sobre o que exatamente é ativismo judicial, o que leva a certa indefinição do tema.

Analisaram as concepções procedimentalistas e substancialistas, que tem por objetivo compreender a legitimidade democrática dos juízes frente a Constituição e a Democracia.

Por fim, fez-se necessária a análise da postura do judiciário como legislador positivo, estudando casos em que o Supremo Tribunal Federal se fez presente como protagonista e ativista, analisando a legitimidade democrática jurisdicional para obter a resposta a que se propõe o trabalho: se pode ou não estabelecer limites a essa atuação do Supremo Tribunal Federal.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No momento presente, essa pesquisa objetiva elucidar o princípio da separação de funções, tendo-o como base para compreender o ativismo judicial em sua essência. Para isso, mister se faz compreender o princípio em sua origem, como se fará adiante. No entanto, é necessário, mesmo que timidamente, explicitar alguns tópicos em relação ao princípio da separação de funções.

O artigo 2º da Constituição adota o princípio fundamental da separação de funções, que delega para cada poder funções típicas e – excepcionalmente – atípicas, que lhe são atribuídas segundo a própria Constituição federal. O princípio tem como base a não ingerência de outros órgãos no tocante a suas funções, isso é, cada poder exerce suas funções de maneira harmônica e independente.

Alexandre de Moraes explica que a Constituição federal previu a existência da Separação dos Poderes independente e harmônica entre si, para evitar a arbitrariedade e o desrespeito aos direitos fundamentais. São repartidos a cada poder, prerrogativas e imunidades para que não haja empecilhos no decorrer do agir em suas funções, sempre observando o respeito ao Estado democrático de Direito.¹

Para Barroso, se pode definir o conteúdo do princípio da separação de Poderes nos seguintes termos: “as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”²

Flávio Martins Alves Nunes Júnior, adverte que a expressão que deve se usar é “separação de funções” e não de Poderes, tendo em vista que o poder do Estado é uno, e, portanto, não se divide.³

¹ MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 426.

² BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 208

³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 504

O princípio da separação de funções é de fundamental importância, tanto que o constituinte originário deu a ele status de cláusula pétrea, conforme artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, no qual não pode ser objeto de deliberação propostas de emenda que tenham como escopo a abolição da separação dos Poderes.

São três as funções que dividem o poder do Estado, são elas executiva, legislativa e judiciária. Tais funções atuam de forma a se sobreporem entre si, mantendo-se assim, distantes da concentração do poder em um único órgão.⁴

O Poder Legislativo se apresenta de duas formas: a unicameral e a bicameral. Em se tratando do regime federativo, como é o caso no Brasil, é peculiar a bicameralidade. Subdividem-se em duas Casas Legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.⁵

O Poder Judiciário é o responsável pela função jurisdicional. Tal jurisdição é exercida diante dos casos concretos. A função é aplicar a lei abstrata aos casos concretos, interpretando-a de modo que dê sentido a norma.⁶

Já o Poder Executivo tem como principal escopo a administração pública, no comando da máquina estatal, fixando metas e princípios políticos que devem ser incorporados ao Poder Público.⁷

2.1 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

A pesquisa apresentada visa elucidar o princípio da separação de funções, tendo-o como base para compreender o ativismo judicial em sua essência. Para isso, é necessário compreender o princípio em sua origem, analisando-o em momentos históricos até a atualidade.

A ideia que originou o princípio da separação de funções teve seus reflexos na Grécia antiga, advindos do livro “A Política” de Aristóteles (384 - 322 a.C). Aristóteles

⁴ DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

⁵ ARAUJO, Luiz Aberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 435.

⁶ ARAUJO, Luiz Aberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 468

⁷ *Ibid.*, p. 401

acreditava que o propósito da existência humana é levar uma vida digna, devendo o homem, portanto, se organizar na constituição de cidades-estados, sendo elas pautadas na razão⁸, no qual eram necessários três elementos para a constituição na *Pólis*.

O primeiro deles é o elemento deliberativo, no qual aqueles que exercem tal função devem deliberar “acerca da pena de morte, das leis das alianças e dissoluções com outras cidades-estados, da guerra e da paz, das contas, da eleição de magistrados, do confisco”.⁹

O segundo elemento é um que se atribui a magistratura, função de relevante importância no que tange a questão pública. Aristóteles questiona, no entanto, sobre o modo e a forma que se operariam tais funções que se atribuem a magistratura, tendo em vista que coexistem em regimes diferentes, de modo a ser problemática a tarefa de elencar quais cargos se enquadram nessas funções.¹⁰

O terceiro elemento é o dos que administram a justiça. Aristóteles se refere a oito tipos de tribunais, que são divididos conforme cada matéria a ser analisada. O autor também problematiza aqui, trazendo questionamentos sobre como funciona esse elemento em regimes diferentes.¹¹

Posteriormente, na Inglaterra, Thomas Hobbes (1588 a 1679), o primeiro dos contratualistas, acredita que o Soberano, por possuir grandes poderes, deve ser ele mesmo a criar e revogar as leis, e se necessário, tirá-las do âmbito jurídico, pois a lei serve ao soberano como instrumento de condução do Estado. Logo, o legislativo e executivo deveriam estar sob a égide do soberano, para que a norma não contrarie sua vontade. Quanto a função interpretativa, que dá sentido ao que se pretende com determinada norma, deve ser realizada por alguém que o soberano escolha, tendo em

⁸ ARISTÓTELES. **A política** apud KELLY, Paul et al. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo. São Paulo: Globo, 2013. p. 41.

⁹ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Athena, [s.d.] apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 131

¹⁰ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Athena, [s.d.] apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 131

¹¹ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Athena, [s.d.] apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 132

vista que a lei não deve ser interpretada de modo que seja desfavorável à vontade do soberano.¹²

Em desacordo com as ideias de seus antecessores quanto aos ideais absolutistas, John Locke (1632 a 1704), opõe-se, formulando o pensamento de que os poderes do governo devem ser limitados a um contrato social, sendo então o primeiro a dar base a uma divisão de funções em seu livro “Dois Tratados sobre o Governo”.

Para Locke, um governo legítimo deve manter a separação entre executivo e legislativo, no qual o último se sobressai ao primeiro. O Legislativo tem a função de estabelecer regras gerais enquanto o executivo aplicaria a lei apenas em casos específicos.¹³

A lei tem a função de proteger e garantir a liberdade, mas também tem a função de restringi-la, pois, a liberdade, para Locke, não é uma permissão para o homem agir da maneira que preferir, como no estado de natureza, pois agindo dessa maneira, a liberdade de um interferiria na de outro; porém, se existir uma lei, que imponha certos limites necessários, os indivíduos de uma sociedade serão livres para escolher entre as opções que a lei lhes traz.¹⁴

Para Locke, a lei é:

(...) em si mesma, a preservação da sociedade e — até o ponto em que seja compatível com o bem público — de qualquer pessoa que faça parte dela.

Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o tenha colocado; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter a força e a obrigação de um a lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque, sem isto, a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade, sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão pelo próprio consentimento daquela e pela autoridade dela recebida (...).¹⁵

¹² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1999. apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 209.

¹³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. apud KELLY, Paul et al. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo. São Paulo: Globo, 2013. p. 107.

¹⁴ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. apud KELLY, Paul et al. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo. São Paulo: Globo, 2013. p. 107.

¹⁵ WEFFORT, Francisco Corrêa. **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. p. 79

O Poder Legiferante é, então, o poder supremo, e logo, se sobrepõe ao poder executivo, exercido pelo príncipe, e o poder federativo, que trata de questões de segurança e relações exteriores. Tanto o poder executivo como o legislativo pode ser exercido pela mesma pessoa.¹⁶

Esse pensamento lança bases ao princípio da separação de Poderes de Charles-Louis de Secondat, Montesquieu (1689 a 1755).

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES EM MONTESQUIEU

O Espírito das Leis, livro escrito por Montesquieu, é a exposição do pensamento do autor que baseia a Constituição federal brasileira, tendo em vista sua previsão em seu artigo 2º.

Essa obra representou a mudança de pensamento que ocorria na França, cuja a discricionariedade que possuía o monarca seguia para um caminho de superação, no qual não era mais cabível concentrar as funções apenas em uma única pessoa, como o Rei.¹⁷

Montesquieu, em um momento, constata que os homens, quando estão no poder, tem a tendência a dele abusar, e, portanto, deve haver uma limitação desse abuso. Esses limites devem vir do próprio poder, isso é, que “o poder freie o poder”¹⁸

Montesquieu acreditava que enquanto o poder estivesse concentrado nas mãos de um único homem, não haveria liberdade, pois, a liberdade é a convicção de que se terá segurança. Porém, quando os poderes estão nas mãos de um só homem, haverá medo do governante, e da sua possível tirania, e não haveria a tranquilidade de espírito.

Também não havia liberdade, para Montesquieu, quando aquele que julga não estivesse separado daquele que legisla ou executa. Se ambos os poderes estivessem concentrados em um só, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

¹⁶ Ibid., p. 69

¹⁷ BESTER, Gisela Maria. **O uso de Medidas Provisórias no estado democrático de brasileiro: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo.** p. 70 (Tese em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

¹⁸ Ibid., p. 71

arbitrário, pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor”.¹⁹

Então, para que se possa resolver a problemática anteriormente exposta, cuja premissa é a de que o homem, sozinho, tende a governar de forma arbitrária, Montesquieu elaborou uma divisão de Poderes. Trata-se do poder tripartite.

O autor explica:

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas.

Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões.

Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares.

A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente- te Poder Executivo do Estado.²⁰

A intenção da obra, após a definição dos três poderes, é encontrar o equilíbrio entre eles. Percebe-se que quando cada Poder se mantém focado na execução da sua função típica, logicamente, não há intromissão de um Poder em outro. Isso é, se cada Poder cumpre sua função, o resultado é o equilíbrio entre os poderes.

Montesquieu explica:

Eis aqui, pois, a constituição fundamental do Governo a que nos referimos: o corpo legislativo está composto de duas partes, cada uma das quais será sujeita a outra, pela mútua faculdade de impedir [vetar], e ambas estarão freadas pelo poder executivo, que o estará por sua vez pelo legislativo. Os três poderes permaneceriam assim em repouso ou inertes, porém, como pelo movimento necessário das coisas estão obrigados a moverem-se, ver-se-ão forçados a fazê-lo de comum acordo.²¹

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170

²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168 a 169.

²¹ MONTESQUIEU, 1997 apud BENITEZ, Gisela Maria Bester. **O uso de Medidas Provisórias no estado democrático de brasileiro: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo**. p. 74 (Tese em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002

A separação dos poderes é resultado da luta contra a concentração de poder nas mãos dos reis em prol dos direitos do povo. O resultado, à época, é um Poder Legislativo popular, tentando impor limites ao Executivo que antes, era irrestringível e dominado pelo rei, e, paralelamente, a batalha pela independência do poder judicial.

22

Nas palavras de Gisela Maria Bester:

“O sentido histórico e ideológico do princípio da separação dos poderes é, assim, evitar a concentração de poder em mãos, sobretudo, do titular do executivo, a fim de lograr o respeito aos direitos e liberdades dos cidadãos que, representados democraticamente, constituem agora o poder legislativo”²³

Tendo em vista a delicada relação que existe na atualidade entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário e também o tema do presente trabalho, se faz necessário destacar que Montesquieu acreditava que para sua teoria, haveria três exceções.

Para Montesquieu, o Poder Judiciário não deveria estar ligado de maneira direta com o Poder Legislativo, no entanto, o Poder Legislativo, é, atipicamente, incumbido da função jurisdicional.

A primeira exceção é quanto ao julgamento dos nobres. Acreditava que não deveriam ser julgados nos tribunais comuns, mas sim na parte do Poder Legislativos, que também tem em seus membros, a nobreza. O motivo desta exceção se dá na crença de Montesquieu de que esses nobres estariam sendo expostos ao perigo e a inveja dos comuns, logo, se fossem julgados por seus semelhantes, não ocorreriam tais preocupações quanto a arbitrariedade da sentença. ²⁴

A segunda exceção guarda relação com a rigurosidade da lei. Se a lei era rigorosa a tal ponto que necessitava de moderação, e os juízes, na concepção da época, eram apenas os que diziam o direito, não poderiam, nem se quisessem, fazer o juízo de moderação, restando a função jurisdicional para ser exercida pelo Poder Legislativo. ²⁵

²² BESTER, 2002, p. 74.

²³ BESTER, 2002, p. 74. e 76

²⁴ BESTER, 2002, p. 77

²⁵BESTER, loc. cit.

A terceira exceção ocorreria quando alguém, de alguma forma, violasse os direitos da coletividade, isso é, quando a matéria violada fosse de ordem pública. Se os cidadãos cometessem delitos e os magistrados não pudessem ou não quisessem exercer a jurisdição sobre eles. Está a se falar sobre os casos de processos políticos.

Nessa conjuntura, a resolução do problema se daria mediante o Poder legislativo, agindo atipicamente, como nas outras exceções, porém, de maneira diferente, como explica Gisela Maria Bester:

Nestes casos a solução se daria outra vez no seio do Poder Legislativo, porém atuando uma câmara (a baixa, do povo) contra a outra (alta, da nobreza), até porque se em princípio os legisladores não poderiam castigar, muito menos o poderiam fazer contra a parte interessada, o povo, a quem representavam; seriam os legisladores da câmara baixa os acusadores perante a câmara alta, ou seja, a parte legislativa do povo acusando ante a parte legislativa dos nobres, a qual não possuía os mesmos interesses nem as mesmas paixões daquela.²⁶

E, ressaltando mais uma vez a importância do Poder Legiferante como o mantenedor da liberdade política, Montesquieu alerta:

Como todas as coisas humanas têm um fim, o Estado de que falamos, ao perder sua liberdade, também perecerá. Roma, Lacedemônia e Cartago pereceram. Este Estado morrerá quando o poder legislativo estiver mais corrompido que o executivo.

Faz necessária destacar a importância da obra de Montesquieu, que abordou a problemática e a resolveu de modo que até a atualidade se conhece seus ensinamentos.

No que tange os ideais revolucionários burgueses, o princípio da separação dos poderes alcançou o status de dogma do Estado Liberal. Prova que caracteriza esse fato é o acolhimento ao artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao texto constitucional norte-americano, e, após a revolução, na Constituição Francesa também.

²⁶BESTER, 2002, p. 77.

2.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DO PODERES NO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL.

Para fins didáticos, faz-se necessário conceituar e estruturar os tipos de Estado, bem como elucidar a evolução histórica que os acompanha, para que se compreenda o princípio da separação de funções desde o Estado Liberal até o Estado do Bem-Estar Social.

De início, para compreender o Estado Liberal (Final do século XVIII e XIX), em sua natureza, faz-se mister analisar aquele Estado que o precedeu, isso é, o Estado Absolutista.

O Estado Liberal surge como forma de reação ao Estado Absolutista (séculos XVI e início do século XVIII), no qual o exercício do poder funcionava de forma centralizada na figura do soberano. Dessa constatação, decorrem as características desse poder estatal, conforme aduz Nina Stocco Ranieri:

A produção da lei pelo soberano e não mais pelo acordo entre os estamentos; a normatização uniforme de várias matérias em âmbito nacional; a existência de sistema judiciário próprio. A lei torna-se, portanto, um instrumento de autoridade e, de modo geral, para o indivíduo, não havia como reivindicar direitos perante o Estado. Além disso, o governante é *legibus solutus*, isto é, não está vinculado nem limitado pela lei, que é produto de seu poder absoluto ²⁷

Dessa forma, constata-se que o período que antecede o Estado Liberal, guarda relação com a soberania do Rei, sendo o soberano aquele que cria, mas não necessariamente aquele que obedece às leis que cria, tendo em vista que o soberano governava segundo a vontade divina.

As atitudes do soberano não deveriam ser questionadas, ou contrariadas, mesmo que não sejam compreendidas pelos seus súditos. Essas atitudes são na verdade a vontade divina. Isso é, se aplicava a vontade do soberano nas questões

²⁷ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 1. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 42

públicas, pois a vontade do Rei era a vontade de Deus, Deus esse que o colocou no trono como soberano.²⁸

Ainda, segundo Rodrigo Arnoni Scalquette, não se deve confundir o Rei com o Deus, mas acreditava-se que Deus, aquele que um dia se fez homem, reveste o rei de personalidade divina, tornando soberano aquele segundo a sua vontade, mas não o tornando Deus. Exemplo maior é Luís XIV na frase “O Estado sou eu”, que personifica essa ideia de divindade que não falha na tomada de decisões, e por tal motivo, ele é o Rei, ele é o Estado, e por isso, ele governa.²⁹

No entanto, em desacordo com o seguimento absolutista, as ideias iluministas começam a surgir, juntamente com questões de cunho político, jurídico, como elucida Nina Beatriz Stocco Ranieri:

A partir do século XVIII, o ofício de governar afirma--se racionalmente, na esteira do Iluminismo dominante, associado a uma série de fenômenos históricos, políticos e jurídicos essencialmente “modernos”, como as revoluções burguesas, a cidadania, o liberalismo, o capitalismo, o Estado de Direito, o constitucionalismo, a soberania nacional etc. Todos esses eventos, no período que se segue ao final do século XVIII, põem em xeque a legitimação exclusi-va do príncipe à titularidade do poder; estão voltados, igualmente, à consoli-dação da centralidade do poder estatal e à unificação da Nação ao Estado, sem perda do objetivo de instauração e manutenção da ordem.³⁰

O Absolutismo é, na verdade, uma fase de transição para a modernidade. No final da era medieval, o movimento renascentista, que se caracteriza pela transformação intelectual do pensamento do homem demonstrados com intuito de confrontar os dogmas pré-estabelecidos da era medieval, e de forma a repensar suas ações em busca da verdade e dos conhecimentos filosófico e científico. Nesse momento, o homem deixa de ser apenas espectador, e passa a agir de maneira a protagonizar na sociedade. Esse protagonismo é de fundamental importância na transformação da sociedade. Inicia-se uma fase em que o homem se percebe sozinho e independente, cujo o centro de todas as coisas é o próprio homem, e não sua divindade. Logo, por consequência dessa mudança de pensamento, o teocentrismo,

²⁸ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**: perspectivas histórico constitucionais da relação entre estado e religião. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50

²⁹ SCALQUETTE, loc. cit.

³⁰ RANIERI, 2013. p. 42.

cuja a base era de que o poder emana de deus, perde forças, dando margem ao nascimento da filosofia antropocêntrica - o poder emana do homem -, iniciando uma laicização do Estado.³¹

Observando a situação que vigia à época, percebe-se que a mudança de pensamento fundada nos ideais renascentistas e posteriormente iluministas, cumuladas as crescentes revoluções burguesas - principalmente a Revolução Francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade -, resultaram na construção do Estado Liberal, como aduz Gisela Maria Bester Benitez:

Deste modo, o Estado Liberal, como conceito geral, “é a abstração de uma série de formas políticas que se geram no seio do capitalismo ocidental entre os séculos XVI e XIX, durante o processo secular que vai do mercantilismo à livre concorrência, processo durante o qual os diversos absolutismos, antes de seu desaparecimento, foram realizando algumas funções parciais na acumulação originária necessária para o triunfo final do modo de produção capitalista”. E a burguesia em ascensão encontrou no Liberalismo e no Iluminismo a expressão ideológica e cultural para fazer frente à aristocracia e ao clero, minando assim os suportes culturais do Estado Absoluto.³²

No Estado Liberal, não há o que se falar em centralização do poder, e sim, em uma pulverização de funções, no qual tem como base a aplicação do princípio da separação de funções.

O Estado Liberal tem por característica a máxima liberdade dos indivíduos e a mínima intervenção estatal, tanto no campo da política, como no campo jurídico e econômico. A ideia é basicamente compreender que o Direito e o Estado são apenas instrumentos para o bem estar dos indivíduos.³³

Nina Beatriz Stocco Ranieri aponta quatro marcos iniciais do liberalismo. Informa que se trata de quatro eventos que ocorreram em 1776, e em lugares diferentes, que acabaram por corroborar para o surgimento desse Estado.³⁴

³¹ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**: perspectivas histórico constitucionais da relação entre estado e religião. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 51 e 52

³² BESTER, Gisela Maria. **O uso de Medidas Provisórias no estado democrático de brasileiro: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo**. (Tese em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 35

³³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 135.

³⁴ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 1. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 47 e 48.

O primeiro evento, segundo ela, foi a Independência americana, no qual cria-se um Estado que se estrutura no fundamento da liberdade. O segundo evento é a publicação da obra de Adam Smith, “A Riqueza das nações”, que tem como base a ideia de que a ciência econômica deve ser independente, permitindo que a economia funcione livremente, sem interferências, é a expressão do *laissez-faire*, *laissez-passer*. O terceiro evento trata do âmbito jurídico quanto a edição do Décret d’Alard, na França, cujo conteúdo tratado no decreto tinha por escopo a extinção das corporações de ofício, tendo por consequência a liberdade quanto a escolha de profissão sem a necessidade de filiação ou autorização. Por fim, o quarto evento segundo a autora, é a utilização da máquina a vapor por Robert Fulton, na produção industrial, dando início a Revolução Industrial na Inglaterra.

Fez-se mister contextualizar o Estado Liberal e suas razões para que adiante se compreenda as diversas facetas que o princípio da separação de poderes assumiu no Estado Liberal, onde foi primeiramente aplicado.

No Estado Liberal, a função precípua do princípio era combater o arbítrio judicial, em defesa da liberdade. Eduardo Cambi explica que o princípio da separação de funções na época se desenvolveu da seguinte maneira: A função legislativa apenas cria as leis. São regras gerais estabelecidas de forma abstrata. A função administrativa era espontânea, isto é, tinha apenas a função de aplicar as regras estabelecidas pelo legislativo, tendo em vista a satisfação de seus próprios interesses. Já a atividade Jurisdicional era voltada a aplicar a norma ao caso concreto, sendo o juiz apenas mero aplicador da lei ao caso concreto.³⁵

Da análise, percebe-se que o Estado liberal privilegia a lei como forma de proteger seus cidadãos, sendo o Estado apenas aquele que cria e edita as normas, e primariamente, aplica tais normas em casos concretos, tendo por consequência a diminuição da participação mais ativa da função jurisdicional.

A lei tem função limitadora no Estado Liberal, pois dela decorre a proibição de se fazer mal a outrem. Ela deve ser igual, geral, para todos, sem distinção. A liberdade está em tudo aquilo que não seja nocivo diz o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).³⁶

³⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial. São Paulo: Almedina, 2016. p. 222.

³⁶ CAMBI, loc. cit.

Outro ponto fundamental quanto o Estado Liberal são os direitos subjetivos, que são de fundamental importância para a compreensão acerca das leis vigentes à época. A liberdade estava na vontade do indivíduo, vontade essa baseada na ausência de obstáculos impostos pela autoridade estatal. As pessoas, no modelo liberal devem tomar suas decisões da maneira que desejarem. As leis, portanto, devem ser feitas de maneira a não limitar o indivíduo, e sim limitar o Estado, de maneira a defender seus indivíduos.³⁷

Esses direitos subjetivos estão relacionados a liberdades públicas clássicas, no qual os direitos subjetivos são na verdade, direitos negativos, que acabam por limitar a autonomia privada no que tange investidas ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. Cumpre ressaltar que essas liberdades negativas são aquelas em que se pode agir sem que se apresente obstáculos, constrangimentos ou quaisquer limitações quanto a realização de determinada ação³⁸

Mister se faz elucidar o que são e como são estruturados os direitos negativos.

Robert Alexy classifica os direitos negativos em três categorias: Primeiramente, a categoria de “direitos ao não-embaraço de ações”³⁹, no qual o Estado não pode impedir ou dificultar a realização de ações daquele que tem o direito. Importante se faz ressaltar que se entende por impedir a ação, a ação do Estado que torna determinada ação faticamente impossível de realizar-se, e entende-se por dificultar, a criação de ações que criem circunstâncias que possam deter a ação do titular do direito. Alexy elenca um pequeno rol de direitos dessa categoria como a locomoção e manifestação da crença.

A segunda categoria de direitos negativos guarda relação com a ideia de que não deve o Estado agir de forma que afete determinadas características e situações do detentor do direito. Trata-se do direito à “não-afetação de características e situações”.⁴⁰ Nesta categoria, pode-se enquadrar a situação da inviolabilidade do domicílio.

³⁷ CAMBI, 2016, p. 223.

³⁸ CAMBI, loc. cit.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196

⁴⁰Ibid., p. 199

Por fim, a terceira categoria de direitos diz respeito àqueles direitos à “não eliminação de posições jurídicas”. Baseia-se na premissa de que o Estado não deve eliminar posições jurídicas daqueles que detém o direito.⁴¹

Após a categorização, percebe-se que no Estado Liberal, há dúvida quanto a ação dos Estado em relação aos indivíduos que nele se encontram. Dúvida essa que justifica na medida que se entende a relação desse estado com o antigo regime anteriormente analisado.

Para Eduardo Cambi, os direitos fundamentais estão relacionados a defesa ou de abstenção, no qual se deve apenas exigir dos agentes governantes condutas negativas, atraindo obrigações de não fazer, não realizar determinado ato. O Estado é, portanto, omissivo na prática de atos materiais ou jurídicos.⁴²

Cambi adverte, no entanto, que não se deve confundir essa abstenção obrigatória do Estado com uma não obrigação de promover o bem-estar social com direitos positivos. A obrigação está no âmbito da moral, cuja o agente público não tinha obrigação jurídica, mas apenas obrigação moral em realizar determinada conduta. Isso é, no liberalismo, não está positivado direitos positivos, mas no campo na moralidade, eles existiam, porém, não são deveres do Estado.⁴³

Para a elucidar a premissa de como os direitos negativos eram tratados no Estado liberal, mister se faz estruturar a forma como as constituições da época eram desenhadas.

É importante ressaltar que a constituição do Estado de direito liberal foi baseada na conjuntura de uma sociedade pós-absolutista, e ascendente quanto a burguesia. O pensamento de não intervenção do Estado era pautado nas ideias de que a concentração do poder nas mãos do Estado tem por consequência a restrição de direitos.

Ainda, há de se constatar que os temas abordados na constituição dessa época limitavam as ações do Estado. As ideias de autorregulação econômica e social próprios à época fizeram com que a constituição previsse direitos e garantias que assegurassem a liberdade individual.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 199

⁴² CAMBI, 2016, p. 224.

⁴³ CAMBI, loc. cit.

Canotilho, citado por Luiz Araujo, elenca os elementos essenciais desta constituição, na qual se percebem características, entre outras, a:

(...) Racionalização e limitação do poder, a força normativa da Constituição traduzida pela pretensão de regulação dos órgãos públicos separadamente da sociedade e a estrutura constitucional essencialmente negativa, vale dizer consagrando limites ao poder do Estado.⁴⁴

A Constituição brasileira teve grande influência do modelo liberal, sendo que parte de seus direitos fundamentais segue a linha de direitos de abstenção do Estado.

Ao analisar a legislação vigente do Estado Liberal, percebe-se que dificultosa é a ação dos outros poderes tendo em vista que o direito estava reduzido a lei. O legislativo, sendo ele quem garante os direitos individuais de forma abstrata, legislar de maneira a se pensar o futuro, isso é, a ação ainda não aconteceu. O administrador busca a solução dos problemas da atualidade em vivenciava. O juiz é mero aplicador da lei, apenas aplica a lei ao caso concreto, estando adstrito tanto àquilo que já aconteceu - o caso concreto -, como também a situação hipotética prevista em lei.⁴⁵

Logo, nesse período, se percebe a construção de um judiciário neutro, tendo o juiz o papel de conservar a lei no caso concreto sem exercer nenhum juízo de valor na sua aplicação. O juiz é aquele que apenas faz a subsunção do fato à norma. Trata-se de um judiciário restrito, que acaba por acarretar uma neutralização da política da atividade judicial, cuja as laudas decisórias que proferiram os juízes, não continham em sua estrutura, referências quanto ao âmbito, social, ético ou político.⁴⁶

Dessa análise, percebe-se que o juiz no Estado Liberal se mantém neutro em suas decisões, não atribuindo valor a norma, de forma, no qual a prioridade era a aplicação da lei.

Desse modo, há de se encerrar o estudo do princípio da separação de funções no Estado Liberal, e acompanhar sua trajetória ao Estado do bem-estar social.

O Estado do Bem-Estar Social (a partir do século XX) é pautado não somente nos ideais do Estado Liberal quanto aos direitos individuais garantidos pela abstenção

⁴⁴CANOTILHO, Gomes apud ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 35

⁴⁵ CAMBI, 2016, p. 225.

⁴⁶ CAMBI, loc. cit.

do Estado, mas também, e principalmente, na ampliação quanto às garantias que o Estado deve proteger.

Da análise histórica, parte-se de um cenário pós-Primeira Guerra, que demonstra a ineficácia do Estado Liberal, cuja a finalidade desse Estado baseava-se na intervenção do Estado para garantir direitos, e não apenas em abster-se de agir quanto aos direitos.⁴⁷

Ao comparar o Estado Liberal com o Estado do Bem-Estar Social, perceberá que a lei, nos dois, têm funções muito parecida, pois ela ainda é privilegiada. A divisão de poderes é presente nesse Estado, assim como a garantia da constitucional que prevê os direitos individuais. Diferenciam-se, segundo Nina Beatriz Stocco Ranieri:

- a) substituição da posição absenteísta do Estado liberal por uma posição ativa, necessária à efetivação dos novos direitos de crédito reconhecidos aos indivíduos e traduzidos como poder de exigibilidade em face do Estado (saúde, proteção social, vida familiar normal, instrução e cultura, solidariedade nacional etc.);
- b) adição, à função liberal de aplicação vinculada da lei como norma geral e abstrata, por meio de autorizações, proibições, habilitações etc., da função de gestão direta de serviços públicos.⁴⁸

Nina Beatriz Stocco Ranieri afirma ainda que esse processo de transformação de um modelo liberal para um modelo que visa o bem-estar, ampliando direitos econômicos e sociais, considerados estes últimos como extensão dos direitos civis e políticos, é devido a uma necessidade de serem corrigidos e compensados frente às consequências do Estado Liberal em relação a eles.⁴⁹

Ao analisar os desdobramentos do Estado que antecede o Estado Social, a economia ia mal, havia uma incapacidade do mercado para regular as relações econômicas, logo, necessitava de uma resposta estatal para que fosse possível uma mudança, não era mais o interesse de um único indivíduo, mas sim de vários. Está-se na era dos direitos supra-individuais.

⁴⁷ RANIERI, 2013, p. 49

⁴⁸ RANIERI, loc. cit.

⁴⁹ RANIERI, loc. cit.

Direitos supra-individuais são aqueles que exaltam os valores coletivistas, em oposição aos individualistas da época. São valores que sugerem interesses de todos, vão além do indivíduo.⁵⁰

Para Eduardo Cambi, com a superação do Estado Liberal, e o advento do Estado Social, a noção de direitos subjetivos precisa ser complementada. Ele argumenta que tão importante quanto reconhecer a esfera de direitos necessários quanto a garantia da autonomia da vontade dos indivíduos, é também entender que cada pessoa faz parte da sociedade. Compreendendo isso, acha-se nos direitos sociais a ideia de que cada membro da sociedade precisa de outros, e que por isso, a eles também se deve direitos. Isso é, são direitos da coletividade.⁵¹

Segundo José Afonso da Silva, a visão individualista e abstencionista do Estado liberal provocou imensas injustiças, sendo percebidas tais injustiças na medida em que cresceram os movimentos sociais que permitiram desvelar a insuficiência do liberalismo burguês, permitindo que houvesse uma consciência da necessidade da justiça social.⁵²

Anteriormente, para fins de didáticos, fora feita análise, mesmo que de forma tímida, do modelo de Constituição Liberal, aqui, se faz necessário arquiteta-la também, tendo por finalidade a ideia de comparar ambas as estruturas normativas de cada modelo de Estado.

A constituição do Estado de direito do bem-estar social sofre uma mudança profunda em sua estrutura, enquanto a constituição do Estado liberal tende a ser o menos intervencionista possível, aqui, se percebe o contrário, tendo o Estado, por meio da Constituição, que regula procedimentos na economia e desempenha funções de ordem social, iniciando então, uma constituição que não só regula, mas também garante direitos.

Canotilho, citado por Luiz Araujo, elenca os elementos essenciais dessa constituição de Estado do bem-estar social, na qual se percebem características, entre outras, a “conciliação das garantias às liberdades individuais, próprias do Estado

⁵⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 136

⁵¹ CAMBI, 2016, p. 226

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 115

liberal, com as exigências do bem-estar social e o referente é o Estado e a sociedade (constituição social)”⁵³

Da leitura da estrutura e forma de ambas as constituições, se percebe a ideia, no todo, de como foram arquitetadas, e porque foram arquitetadas dessa maneira. A intenção de descrevê-las, mesmo que de forma concisa, é a de que se entenda como fundamental a leitura de uma sociedade conforme sua legislação vigente à época, pois uma das maneiras de se compreender uma sociedade, é observando seus princípios e regras.

Para fins exemplificativos, tem-se a Constituição de Weimar de 1919. Tal Constituição tem viés democrático. Ela orienta a sociedade, e desenha a organização do Estado e engloba como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, entre outros direitos sociais. A posição de abstenção do Estado é paulatinamente substituída por uma posição ativa, que é de fundamental importância para a efetivação desses direitos.⁵⁴

Assim como a Constituição de Weimar, a Constituição mexicana de 1917 também previa direitos sociais, como direitos quanto às questões trabalhistas e previdenciárias.⁵⁵

No entanto, Nina Beatriz Stocco Ranieri informa que mesmo a Constituição de Weimar tenha sido um marco quanto a refundamentação do Estado de Direito, foi aplicada num curto espaço de tempo, visto que, pelo ponto político, ela foi promulgada pela mesma Assembleia que ratificou o tratado de Versalhes, acabou sendo mal vista aos olhos da população. Além disso, a hiperinflação e seu custo, juntamente com o desemprego, marcaram o cenário do pós-guerra, a Constituição tinha uma fraqueza, ela não apresentava limites substanciais no que se refere a sua reforma, motivo pelo qual houve uma transição do regime democrático para o regime nazista.⁵⁶

O Estado Social, diferentemente do Liberal, tem estruturas mais complexas. Não se trata apenas de limitar o Estado, e sim de garantir à coletividade direitos sociais.

Sobre o tema, aduz Nina Beatriz Stocco Ranieri:

⁵³ CANOTILHO, Gomes apud ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 36.

⁵⁴ RANIERI, 2013, p. 50.

⁵⁵ RANIERI, loc. cit.

⁵⁶ RANIERI, loc. cit.

Passada a fase de consolidação da postura governamental intervencionista, fase que não é contemporânea nem uniforme nos diferentes contextos em que se desenvolve (a Europa dos dois períodos de pós-guerra, no século XX; a América no período que se segue à crise econômica de 1929 e o New Deal; a migração da população rural para as cidades, na América Latina etc.), as estruturas administrativas do Estado social tornaram-se bastante complexas, quando comparadas às da esfera de atuação neutra do Estado liberal. Em uma etapa posterior, o fenômeno das normas de organização e o de sua contínua e progressiva utilização pelo Estado intervencionista também foi correlato ao advento da programação e planificação econômicas e ao da formação de grandes organizações no âmbito do Estado e da sociedade civil⁵⁷

Ao delimitar essas estruturas normativas do Estado Social, pode-se então proceder com o princípio fundamental da separação de funções.

No Estado Liberal, havia a igualdade formal, no qual todos estavam no mesmo patamar, todos eram iguais perante a lei. O legislador não tinha a preocupação de atender as necessidades sociais. A lei era geral e abstrata, não havia um caso concreto em específico e o judiciário era mero aplicador da lei, não podendo ele atuar de outra forma senão a forma onde se fazia a vontade concreta da lei.

Eduardo Cambi aduz que se trata de uma ilusão acreditar que a lei somente na forma geral e abstrata asseguraria a certeza jurídica. Para ele, isso somente aconteceria se existem certos pressupostos materiais. Pressupostos materiais esses como o “conhecimento das leis por parte de seus destinatários, a uniformidade de interpretação dos órgãos judicantes, a eficácia do ordenamento jurídico etc.”⁵⁸.

Outra comparação ao Estado Liberal é que nele, a igual formal que imperava, tinha por consequência a tutela das classes mais favorecidas economicamente. Isso fazia com que houvesse um impedimento quanto a possível intervenção do Estado na sociedade para proteger os menos favorecidos economicamente. É no Estado Social que nasce a concepção de igualdade material, no qual se deve tratar cada um na medida de sua diferença, de modo contrário, não se promove a isonomia.⁵⁹

Eduardo Cambi adverte que:

⁵⁷ RANIERI, 2013, p. 51.

⁵⁸ CAMBI, 2016, p. 227.

⁵⁹ CAMBI, loc. cit.

Uma legislação somente tutela a igualdade em sentido material quando, ao valor concretamente determinada situação fática e jurídica, identifica critérios capazes de gerar tratamentos isonômicos ou não arbitrários, vale dizer, que permitam concluir se tratar de uma lei correta, razoável e justa.⁶⁰

Isso é, esse tratamento desigual somente pode ser exercido se fundamentado em critérios de razões fáticas e jurídicas que dão permissão para esse tipo de tratamento, pois de modo contrário - de forma arbitrária -, está se privilegiando, e não igualando. Por outro lado, se não há critérios razoáveis para tal medida, o Estado deve se omitir.

Ao compreender que o Estado Social é o modelo que tem como uma de suas finalidades a garantia dos direitos supra-individuais, e que, por ter natureza mais complexa que o estado Liberal, não pode apenas se manter na noção de direitos negativos quanto a limitação do Estado, é compreensível perceber que a estrutura da norma muda também. Isso é, o Estado não vai apenas se limitar em relação aos interesses, ele vai garantir a coletividade, de forma positiva, agindo no meio da sociedade. Dessa maneira, faz-se necessário entender e conceituar os direitos a ações positivas de Robert Alexy.

Os direitos de ações positivas são aqueles que o cidadão tem contra o Estado. São divididos em duas categorias: Os direitos cujo objeto é uma ação fática, e os direitos cujo objeto é uma ação normativa.⁶¹

A primeira categoria - direito a uma ação positiva fática - tem por finalidade que a satisfação de um fato que se deseje que aconteça, independe dessa satisfação ser feita de alguma forma jurídica. Após a realização da ação, haverá uma satisfação. Alexy exemplifica dizendo que, supõe-se o direito de um proprietário de escola a um auxílio estatal por meio de subvenções, no qual, após a realização da ação, o proprietário dessa escola privada tenha meios suficientes. São direitos prestados.⁶²

A segunda categoria - direito a ações positivas normativas - São aqueles direitos a atos estatais de criação de normas. Trata-se da satisfação de forma jurídica

⁶⁰ CAMBI, 2016, p. 227.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 201.

⁶² Ibid., p. 202

apenas, onde a norma é quem garante o direito. Alexy exemplifica com a questão do direito do nascituro quanto a sua proteção, que ocorre por meio do Código Penal.⁶³

Vistos os tipos de direitos a ação positiva do Estado, percebe-se que é no Estado do Bem-Estar Social que o Estado deixa de ser visto como aquele que é inimigo dos direitos fundamentais, e passa assegurar os direitos fundamentais.

Há de se destacar que, no que tange o princípio da separação de funções, percebe-se que o poder Executivo tem preeminência sobre o Legislativo, diferenciando mais uma vez o Estado Social do Estado Liberal. Tem-se como motivo dessa inversão a busca do Poder executivo em melhorar em um sistema representativo que era defeituoso. Os problemas inerentes a esse sistema restaram superados, fazendo com que houvesse uma revalorização do Poder Executivo e por consequência, uma diminuição do Poder Legislativo.⁶⁴

Ainda, sobre o princípio da separação de funções, no Estado liberal, o Judiciário tinha como característica a neutralidade. Era simplesmente o mero aplicador da lei ao caso concreto, sem valorar ou até mesmo sem questionar a lei.

No entanto, com o advento do Estado do Bem-Estar Social, aumentou a demanda do poder judiciário, visto que os litígios são consequências esperadas de uma sociedade que é informada quanto aos seus direitos e por eles, reclama ao judiciário.

Logo, por esse exponencial aumento das demandas, o Poder Judiciário passa a ter maior visibilidade social e política. Aqui, o Poder Judiciário passa a ser cobrado para que se concretize os direitos constitucionais. A gama de direitos supra-individuais como a saúde, a educação e a moradia, fez com que fossem ajuizadas tanto de forma individual, como de forma coletiva, e que teve por consequência, a promoção da juridificação da justiça distributiva.⁶⁵

Sobre o tema, aduz Eduardo Cambi:

O Judiciário foi chamado a resolver questões que nunca haviam sido enfrentadas, tendo em vista até a época em comento não haviam sido levantadas. Questões essas como a contradições entre o justiça social e igualdade formal. Com o passar do tempo, o Judiciário começa a ser mais frequentemente questionado pelos

⁶³ ALEXY, 2008, p. 202

⁶⁴ RANIERI, 2013, p. 51.

⁶⁵ CAMBI, 2016, p. 229.

meios de controle social, na medida em que o desempenho judicante começa a adquirir maior relevância social.⁶⁶

O princípio da separação de funções no Estado Social caminha de forma inversa ao Estado Liberal, isto é, há um legislativo não protagonista, uma preeminência do executivo sobre o legislativo, e um aumento exponencial do judiciário.

O Estado Social, ao final da década de setenta iniciou uma crise, trata-se da crise do Estado do Bem-Estar Social, segundo Eduardo Cambi, marcada, dentre outros fatores:

Pela explosão de demandas reprimidas; pelo gigantismo da máquina burocrática; pela incapacidade financeira (escassez de recursos) do Poder Público para atender às crescentes despesas da providência estatal; pela impossibilidade de elevar, ainda mais, a carga tributária, pela má gestão e desperdício do dinheiro público, aliados a corrupção e ineficiência dos controles estatais e sociais; e, ainda, pela insuficiência e má qualidade das prestações estatais oferecidas.⁶⁷

Após a queda do Muro de Berlim, inaugura-se a era neoliberal. O Neoliberalismo baseia-se na ideia de que o controle absoluto das questões econômicas pelo Estado abriu margem para a deslegalização e a desregulamentação. A globalização fez surgir a necessidade de um direito que ultrapasse as barreiras, tendo que diminuir a soberania dos Estados, provocando assim, um desgaste no protagonismo que o Poder Judiciário vinha exercendo na garantia do controle da legalidade. Agora, os responsáveis pelos orçamentos no que tange questões indispensáveis de proteção aos direitos fundamentais são organismos que controlam o endividamento do Estado.⁶⁸

Isso é, o neoliberalismo tem como escopo a retirada do poder econômico das mãos do estado, tendo por vontade a renascimento das ideias do Estado Liberal.

A Constituição do Estado Neoliberal é menor, a ideia na verdade é a desconstitucionalização. O modelo, para os neoliberais, deve ser aquele no qual as preocupações elencadas ao texto constitucional devem ter relação apenas com a

⁶⁶ CAMBI, 2016, p. 229.

⁶⁷ CAMBI, loc. cit.

⁶⁸ Ibid., p. 230.

organização política e as liberdades individuais. No que resta, não cumpre a norma constitucional.⁶⁹

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem dificuldade em assegurar direitos sociais de ordem fundamental no que toca às questões de implementação de políticas públicas.

Em suma, o neoliberalismo se preocupa em reduzir o poder intervencionista do Estado, para que se tenha um mercado mais livre, o que acaba por acarretar em consequências econômicas e sociais que vão de encontro com as tutelas dos mais fracos.⁷⁰

2.4 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ANÁLISE DA ADI 3367/STF.

Nesse momento da pesquisa, para compreender o princípio da separação de funções, resta apenas o estudo quanto a sua aplicação na atualidade, de modo a analisar suas estruturas, bem como seu desenvolvimento no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para isso, se analisará a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367 do STF, em que a questão abordada no caso em comento é de uma ação direta de inconstitucionalidade movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros e que se volta contra os artigos 1º e 2º da Emenda Constitucional nº 45/200, que trata da instituição do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

A Ação fundamenta seu pedido na tese de que instituir o CNJ é tanto uma violação ao princípio da separação de funções previsto no artigo 2º da Constituição federal, bem como, também constitui uma ofensa ao pacto federativo, tendo em vista que submete o Poder Judiciário do Estado a uma supervisão por órgão da União Federal.

⁶⁹ CAMBI, 2016, p. 230.

⁷⁰ Ibid., p. 231.

Pedem, pois, a inconstitucionalidade do artigo 103-B, § 4º, inciso III, cuja redação final, segundo a Associação do Magistrados Brasileiros, não foi submetida ao procedimento legislativo de aprovação de leis no tocante às duas casas do Congresso Nacional, e somente do Senado Federal, ofendendo o § 2º, artigo 60 da Constituição.

Da análise dos autos em epígrafe, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, e por unanimidade, em afastar o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº45/2004, bem como não conheceram a ação no que tange o parágrafo 8º do artigo 125. No mérito, o Supremo, por maioria, julgou improcedente a ação em sua totalidade, tendo como votos vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente em sua integralidade; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, votaram no sentido de dar parcial procedência no tocante a declarar inconstitucionais os incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B. O ministro Sepúlveda Pertence julgou a ação procedente julgando apenas o inciso XIII do caput do artigo 103-B como inconstitucional.⁷¹

No decorrer da análise da fundamentação do julgamento da ADI 3367-DF, o Relator, Ministro Cezar Peluso, explicitou o princípio da separação de funções nos moldes como atualmente é aplicado.

Inicialmente, o Relator explica a origem do princípio, assim como se fez necessário no início do presente trabalho, seguindo a ordem cronológica que se inicia com Aristóteles em sua obra “A Política”, e posteriormente Locke; em seguida, analisa Montesquieu, afirmando que o autor nunca defendeu uma postura de total separação de funções, e sim, uma separação de funções equilibrada, propondo mecanismos que evitassem o abuso por parte de um dos poderes, havendo controles recíprocos entres os poderes.⁷²

Na continuação de sua fundamentação, expõe as ideias federalistas de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, cujos ideais tem como um de seus pilares fundamentais o binômio contenções e compensações, *checks and balances*, no qual, para o Relator:

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.3.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.16.

Concretizam a mais curial resposta política à necessidade da existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse seus limites institucionais. Sem descurar o dogma da separação de funções, que as quer independentes e bem definidas, sublinharam toda a importância dos instrumentos de fiscalização recíproca, como peças essenciais na engrenagem da divisão e do equilíbrio entre elas, a serviço da resistência à instrução e à tirania.⁷³

Dessa forma, há de se perceber que para os federalistas, não se trata apenas de uma separação de funções rígida, e sim, uma separação que é sistematizada no sentido do equilíbrio e da limitação, constituindo desse modo, uma ligação harmônica, mesmo que independente. Esse sistema abre a possibilidade de uma intervenção de um poder no outro, desde que seja proporcional e moderada, possibilitando a fiscalização entre eles.

Salienta o Ministro que o princípio da separação de funções, mesmo tendo uma origem comum, não se perpetua da mesma forma em diferentes sistemas, tendo em vista a cultura de certas localidades, somadas a construção política, o nível de autonomia dos poderes e as formas de controle entre eles, que variam entre os sistemas, não podendo o princípio ser aplicado de uma única forma, sofrendo adaptações à realidade política de cada sistema.⁷⁴

No entanto, aduz o Relator que a parte substancial quanto aos valores do princípio, essas estruturas permanecem em detrimento das diferenças sociais e políticas de tais sistemas.⁷⁵

Diante do exposto, a fundamentação segue no sentido de que na Constituição Federal Brasileira, o princípio da separação de funções, por fatores da realidade social do país, tem, por consequência lógica, uma formatação peculiar no ordenamento.

A análise do princípio se fez mediante a observação da legislação vigente, para que seja possível decidir se existe ou não um insulto ao princípio da separação de funções no que se refere a instituição do Conselho Nacional de Justiça.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.19..

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.20.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.21.

A Constituição atribui às normas da separação dos Poderes status de cláusula pétrea, cuja previsão no artigo 60, parágrafo 4º, importa o sentido de que não se deve discutir a separação e a independência dos Poderes. Nesse sentido, cada um dos Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, tem sua forma organizacional previstos na Constituição.⁷⁶

O Relator entende que:

(...) O confronto analítico dos preceitos relativos à organização e ao funcionamento de cada uma dessas funções públicas que permite extrair o conteúdo e a extensão de que se reveste a teoria da separação em nosso sistema jurídico-constitucional. Noutras palavras, é seu tratamento normativo, através de todo o corpo constitucional, que nos dá sentido e os limites dos predicados da independência e da harmonia, previsto no art. 2º.⁷⁷

A estrutura institucional dos Poderes que foi dada pelo constituinte originário é a de garantia de independência no exercício das funções que lhes são típicas, estruturada de forma a dar grande autonomia quanto a organização, administração e as finanças de cada Poder.⁷⁸

No entanto, o próprio constituinte originário dá a possibilidade de um agir atípico, atribuindo funções atípicas a cada Poder. São atribuições que mantêm o controle recíproco, tornando a união de funções típicas e atípicas verdadeiros mecanismos de integração e cooperação, tendo por finalidade a garantia da liberdade.

⁷⁹

A constituição lança fora toda interpretação que se pauta na redução da independência dos Poderes de forma absoluta. Qualquer teoria que pugne pela redução absoluta, é teoria contrária às ideias de base que lançaram o princípio com instrumento político-liberal.⁸⁰

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.22.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.22.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.22.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.22.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.23.

Ainda, exemplifica o Relator demonstrando as atribuições atípicas dadas pelo constituinte originário previstas na Constituição e que tem por finalidade o controle recíproco entre os Poderes. Dentre eles estão o impeachment, previsto nos artigos 52, 85 e 86, o controle de constitucionalidade das leis com previsão nos artigos 102, I, letra a, e 103, e as medidas provisórias previsto no artigo 62.⁸¹

Esses exemplos servem para a compreensão de que a forma em que o princípio foi instituído na Constituição não guarda relação com a ideia de distribuição das funções primordiais e a independência, no sentido formal, de cada Poder possam caracterizar exclusão de regras doutro teor, que para o relator, mesmo que sejam minimamente parecidas quanto a aparência, no fundo, tendem a reafirmar peculiaridade natural das funções estatais, “cuja repartição orgânica é imanente a vocação conjunta de instrumentos da liberdade e da cidadania”⁸²

Nesse sentido, o Ministro reafirma que:

Tal arrumação normativa está longe de fraturar ou empobrecer o núcleo político jurídico do sistema, que só estará mortalmente ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático de autonomia de cada Poder.⁸³

O Ministro argumenta que a instituição do Conselho Nacional de Justiça não afronta a separação dos Poderes pois há, na concepção atual da separação de Poderes, a distribuição de atribuições inclusive internas de fiscalização. Para ele, pensar que há, nessa situação, uma afronta ao princípio, é pensar que o Poder Judiciário nunca foi autônomo e independente.

Para Cezar Peluso:

A outorga dessa particular competência ao Conselho não insta, como novíssima das novidades, o regime censório interno, a que, sob a ação das corregedorias, sempre estiveram sujeitos, em especial, os magistrados dos graus inferiores, senão que, suprindo uma das mais notórias deficiências

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.23.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.24.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p.24.

orgânicas do Poder, capacita a entidade a exercer essa mesma competência disciplinar, agora no plano nacional, sobre todos os juízes hierarquicamente situados abaixo desta Suprema Corte.⁸⁴

Resta apenas saber se a instituição do Conselho, com todas as atribuições a ele dadas, será prejudicial, mesmo que minimamente, ao exercício das funções jurisdicionais quanto sua existência enquanto Poder. Isso é, o Poder pressupõe autonomia, e logo, nasce o questionamento de que a instituição do Conselho, poderá, de alguma maneira, prejudicar no que tange a imparcialidade no desenvolvimento da atividade jurisdicional.⁸⁵

Quanto tal questionamento, responde o Ministro dizendo que não haverá prejuízo nesse sentido, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004 outorga duas atribuições: o controle das questões administrativas e financeiras, e o controle ético-disciplinar de seus membros.⁸⁶

No tocante a questão do controle administrativo e financeiro, nenhuma das competências privativas previstas na Constituição, precisamente no artigo 96, foi retirada dos órgãos responsáveis. Permaneceram sendo exercidas de forma plena e exclusiva.⁸⁷

Há de se perceber que, quando se trata de questões nesse campo, existe um caráter não absoluto da independência constitucional do Poder, cuja estrutura prevista na lei, que se mostra relativa no tocante a organização do Poder Judiciário, que acaba por depender dos outros Poderes.⁸⁸

Quanto a segunda atribuição, quanto aos deveres funcionais do juízes, não há possibilidade de afronta à imparcialidade jurisdicional, pois mecanismos de responsabilização em casos de inobservância das obrigações decorrentes da função é primordial quando se pretende uma prestação jurisdicional de qualidade.⁸⁹

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 28.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 30.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 30.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 30.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 31.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 33.

Ainda, afirma que os controles ético-disciplinar do juízes é, no geral, feito pelas corregedorias, que são ineficientes, sendo agravada tal eficiência quando se trata dos graus superiores de jurisdição.⁹⁰

Da análise da ADI 3367, se percebe a arquitetura do momento atual quanto a interpretação e aplicação do princípio da separação de funções, que não prevê em sua estrutura político-normativa a separação absoluta dos poderes, e sim, um sistema de cooperação entre os Poderes, no qual se possibilita uma intervenção, justificada e proporcional, de outros Poderes, como forma de controle recíproco, que tem por consequência a ideia de equilíbrio entre eles.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006 p. 33.

3. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO PRÓ-ATIVA

No presente capítulo, far-se-á a análise de fatores sociais e históricos que contribuíram para uma maior atuação do Poder Judiciário na atualidade, crescendo exponencialmente no pós-guerra. Para analisar determinada expansão, se fará necessário pesquisar sobre a origem do ativismo judicial e conceituá-lo, bem como compreender o protagonismo judicial e o binômio procedimentalismo e substancialismo, que se fará nos tópicos posteriores.

No momento presente, compreender as estruturas que levaram a expansão da jurisdição pró-ativa é de fundamental importância.

No capítulo anterior, precisamente o tópico 2.2, que trata do princípio da separação de funções nos Estados Liberal e do Bem-Estar Social, se estudou a forma como o princípio da separação se deu nesses Estados, de forma a construir a estrutura normativa que se tem hoje.

Dessa forma, vale lembrar que a expansão da jurisdição no pós-guerra é uma das consequências da transição do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social, que se fez necessária tendo em vista os dissabores que caracterizam o período de uma guerra, que em contrapartida, gerou um aumento na garantia de Direitos previstos na legislação. Com uma maior possibilidade de proteção por parte do Estado, ocorreu proporcionalmente, um aumento das demandas ao Poder Judiciário, que acarretou, logicamente, em uma maior atuação desse Poder, conforme Luís Roberto Barroso expõe:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.⁹¹

Para Estefânia, o Estado de Direito que vigia no período de guerra era meramente formal, o que permitiu que as violações dos direitos humanos

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 1.

prosseguiem da maneira que se sucederam. Esse Estado de Direito que perpetuou o regime nazista por exemplo, era pautado pela legalidade, sendo tais violações apoiadas pela própria legislação.⁹²

Por consequência desse Estado, a ideia é buscar um novo modelo de Estado de Direito. Esse modelo não deixou suas formalidades de lado, mas acrescentou a eles princípios substantivos, que necessitam ser observados por todas as atividades estatais.⁹³

Se instaura certa incredulidade da população em relação ao Poder Legislativo cujas leis não atendem mais a vontade da população. Nesse período, ocorre o nascimento de uma crise da lei.

Na crise da lei, a norma abstrata, geral, já não serve mais para a promoção da igualdade. Quando, na concepção liberal, foi tratada como a vontade geral, hoje não mais tem esse significado, visto que na prática o que existe são grupos de pressões, que opostos, se confrontam no interior do próprio Poder Legislativo. Esses grupos, como os ruralistas em contraposição com os ambientalistas, por exemplo.⁹⁴

Essa crise da lei acaba por se confundir com a crise da democracia representativa no que tange sua estrutura, isso é, crise de legitimidade dos parlamentos.⁹⁵

No tocante a sua funcionalidade, ocorre uma mitigação do princípio da legalidade como princípio de fundamental importância no sentido de ser um instrumento cujo objetivo é regular a vida social, já que a lei não é mais a expressão da vontade geral.⁹⁶

A crise da democracia representativa tem por consequência um desinteresse da população em relação à política e um descrédito quanto a confiabilidade das instituições.

Após essas crises, o Poder Judiciário deixa de lado sua neutralidade e de certa forma, parte para uma postura mais proativa. Essa postura é uma consequência das alterações que resultam da forma como foi estruturado do Estado Social.

⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistema de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea.** p. 63. (Tese de doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2011

⁹³ BARBOZA, loc. cit.

⁹⁴ CAMBI, 2016, p. 234 e 235.

⁹⁵ Ibid., p. 236.

⁹⁶ CAMBI, loc. cit

Houve uma explosão de demandas para que o Judiciário atendesse. O desempenho do Poder Judiciante começa a ter uma maior relevância social, e as demandas começam a versar sobre matérias de cunho político⁹⁷

A função do Judiciário é alterada, cuja a ideia da nova função é a de examinar se o exercício discricionário do poder legislativo e administrativo conduz a efetivação dos resultados que precisam ser alcançados, sendo essa a responsabilidade final do juiz.⁹⁸

Segundo Eduardo Cambi:

O Poder Judiciário é chamado a exercer uma função socioterapêutica que, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social. O conceito de juiz social é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, fundadas em postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁹⁹

No entanto, mister se faz advertir que é preciso evitar que a desneutralização do Judiciário quanto a política se torne um risco não desejado. O risco que se trata é o do abuso por parte dos juízes na tomada de decisões. Não apenas pelo fato de não terem sido eleitos para o exercício da função jurisdicional, mas também, pelos cargos fixos que têm, beneficiados com garantias de vitaliciedade e da inamovibilidade.¹⁰⁰

No Brasil, o começo da discussão sobre ativismo judicial vem de uma atuação significativamente maior do judiciário, precisamente do Supremo Tribunal Federal após o advento da Constituição de 1988. O protagonismo judicial, que lança bases ao ativismo judicial é recente, tendo em vista que o período que o antecede é de um Judiciário mais passivo, podendo inclusive receber *status* de omissos quanto às questões a eles levantadas.¹⁰¹

Com a promulgação da Constituição 1988, após o período ditatorial, a redemocratização do país teve por consequência uma ampliação do papel do Poder

⁹⁷ CAMBI, 2016, p. 259.

⁹⁸ Ibid., p.260.

⁹⁹ CAMBI, loc. cit.

¹⁰⁰ Ibid., p. 262.

¹⁰¹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 210.

Judiciário, aumentando assim o acesso à Justiça, como aduz Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos¹⁰²

O que se percebe é que a postura passiva que havia inicialmente por parte do Supremo Tribunal Federal foi se tornando o oposto. De uma inércia do Judiciário quanto a concretização de direitos fundamentais, caminhou a uma maior interferência nos assuntos dos outros poderes em suas decisões, inclusive a ponto de impor aos Poderes Legislativos e Executivos a, respectivamente, criarem e executarem políticas públicas de cunho social, de modo a garantir direitos e satisfazer as necessidades dos desprivilegiados.¹⁰³

Toda essa mudança nas atribuições do judiciário encontrou-se com os problemas de funcionalidade do poder, como por exemplo o acúmulo de processos e a lentidão na resolução dos casos, conforme aduz Carlos Alexandre Azevedo Campos:

É quase inevitável, portanto, que a forte expansão na “dimensão da justiça comum e da proteção de direitos coletivos e sociais” faça com que o Judiciário assumira tarefas de grandes proporções contrastantes “com sua capacidade de dar respostas com a efetividade esperada”.¹⁰⁴

No entanto, o autor defende o Poder Judiciário, argumentando que mesmo com as dificuldades, tal atuação deve ser considerada positiva visto que, no geral, o judiciário

¹⁰² CAMPOS, 2014, p. 210.

¹⁰³ Ibid., p. 211.

¹⁰⁴ CAMPOS, loc. cit.

se tornou mais acessível e ativo a atender as demandas que tratam sobre proteção dos direitos das minorias após a Constituição de 1988.¹⁰⁵

Ainda, Carlos Alexandre Azevedo Campos aduz que essa maior atuação ao judiciário surtiu efeito inclusive no Supremo Tribunal Federal, que desde a promulgação da Constituição de 1988 vem de forma gradativa e destacada, participando cada vez mais da vida pública brasileira, tendo por resposta dessa maior atuação uma conseqüente visibilidade e importância na participação política e social, se tornando protagonista do sistema de governo brasileiro.¹⁰⁶

Sobre o tema elucida o Professor Oscar Vilhena Vieira citado por Carlos Alexandre Campos aduz:

O professor Oscar Vilhena Vieira falou em “Supremocracia” para caracterizar o singular arranjo institucional brasileiro que vem sendo desenhado desde a Constituição de 1988 em torno do protagonismo do Supremo: arranjo de “paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo” e de expansão de sua autoridade “em relação às demais instâncias do judiciário” e “em detrimento dos [demais] poderes” de governo. O atual estágio de proeminência político-institucional do Supremo Tribunal Federal é algo realmente incontestável, ao menos, do ponto de vista descritivo¹⁰⁷

Ainda sobre a questão da desneutralização do judiciário, há discussões quanto às vantagens desse processo. Por um lado, há quem sustente que essa maior intromissão do judiciário na questão política possa diminuir a liberdade e a capacidade de ação dos cidadãos e também nos procedimentos democráticos, no qual a crença seria em uma justiça que salva. Tal teoria expressa as ideias procedimentalistas, cuja defesa é por um fortalecimento democrático.¹⁰⁸

¹⁰⁵ CAMPOS, 2014, p.211.

¹⁰⁶ CAMPOS, loc. cit.

¹⁰⁷ VIERA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito do Estado Vol. 12. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 59-60 apud CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 211-212.

¹⁰⁸ SPENGLER, Fabiana Marion, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 169.

Do outro lado dessa discussão estão os substancialistas, que defendem que as decisões judiciais tendem a afirmar os direitos e as garantias fundamentais, sendo uma forma de promoção da igualdade.¹⁰⁹

Sobre tais testes, afirma o autor ainda que:

Ambas as teses, no entanto, compartilham da ideia de que o Poder Judiciário consubstancia-se como uma "instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre .os demais poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadão

110

Sobre tais teses, o presente trabalho irá enfrentá-las adiante.

Da análise exposta, há de se perceber que ocorreu uma judicialização da política. Essa ocorrência é percebida na leitura do cenário atual, com demandas cada vez mais representadas por conflitos sociais e direitos de cunho fundamental que, por toda a história foram negados, e na atualidade, se tornaram direitos públicos.¹¹¹

Luís Roberto Barroso conceitua:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.¹¹²

As causas dessas judicialização se resumem basicamente em três, segundo Luís Roberto Barroso.

¹⁰⁹ SPENGLER, 2009, p. 170.

¹¹⁰ SPENGLER, loc. cit.

¹¹¹ CAMBI, 2016, p. 279.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 3

A primeira causa inicial dessa judicialização se deve a fenômeno da redemocratização do país, após o advento da Constituição de 1988. O Judiciário recupera as garantias, e começa a agir de maneira a exercer um poder político, tendo a função de fazer valer a norma Constitucional e as leis vigentes, bem como confrontar outros Poderes. ¹¹³

A sociedade, em decorrência da redemocratização, começa a compreender melhor o espaço democrático, que com mais informações, desenvolvem a consciência de que são sujeitos de direitos amplos, passando a buscar auxílio do Poder Judiciário. ¹¹⁴

Consequência dessa maior busca pelo Poder Judicante é um aumento exponencial da participação do Ministério Público, bem como o da Defensoria Pública, em especial, no que tange a atuação no Direito Penal, cuja a abrangência desses órgãos é maior nessa área. ¹¹⁵

A segunda grande causa foi a constitucionalização de maior abrangência, que trouxe ao texto da Constituição diversas matérias que anteriormente eram conferidos a um processo político majoritário e uma legislação ordinária. Trata-se de uma tendência mundial, que ocorreu não somente no Brasil, mas também em outros países como Portugal e Espanha. ¹¹⁶

Para Barroso, constitucionalizar uma matéria significa:

(...) Transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. ¹¹⁷

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 3

¹¹⁴ BARROSO, loc. cit.

¹¹⁵ BARROSO, loc. cit.

¹¹⁶ BARROSO, loc. cit.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 4

A última causa dessa judicialização se deve ao fato de como se configura, no ordenamento brasileiro, o controle de constitucionalidade, sendo ele o maior do mundo.¹¹⁸

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é caracterizado como híbrido, isto é, ele combina diversos aspectos entre o modelo americano e o modelo europeu.¹¹⁹

O modelo americano é, desde o início da República, adotada no Brasil, tendo por estrutura o controle incidental e difuso, que importa no sentido de que qualquer juiz ou tribunal, percebendo uma contrariedade entre a lei e a constituição, em casos concretos que ele tenha sido designado, pode não aplicar a lei, tendo em vista sua inconstitucionalidade.¹²⁰

Nesse sentido Flávio Martins Alves Nunes Júnior adverte que a matéria no controle difuso, pode ser decretada a inconstitucionalidade por qualquer juiz, desde que essa matéria seja matéria incidental no caso concreto, ou seja, não está a se tratando a inconstitucionalidade como a matéria principal.¹²¹

Insta salientar que os efeitos produzidos da decisão que considera inconstitucional determinada matéria incidental, vinculam somente os partícipes, pois, em se tratando de um caso concreto, não há sentido estender a todos os efeitos dessa decisão.¹²²

Outro efeito dessa decisão no controle difuso, é a retroatividade, que consiste no fundamento de que é nula a decisão que contrarie a Constituição, e logo que é declarada inconstitucional, deve retroagir em relação às consequências advindas dela.¹²³

O outro modelo que vige no Brasil é o europeu, cujo controle de constitucionalidade ocorre por ação direta, isto é, algumas pessoas podem apresentar

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 4

¹¹⁹ BARROSO, loc. cit.

¹²⁰ BARROSO, loc. cit.

¹²¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 583.

¹²² Ibid., p. 598.

¹²³ NUNES JÚNIOR, loc. cit.

diretamente ao Supremo Tribunal Federal determinadas matérias que entendam ser inconstitucional.¹²⁴

Existe um rol de legitimados para apresentar essa ação de inconstitucionalidade. Esse rol está previsto na Constituição, conforme expõe Luís Roberto Barroso:

A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.¹²⁵

Esse controle por ação direta, faz parte do chamado de controle concentrado, tendo em vista que somente pode ser apresentado para alguns tribunais. A ação Direta de Inconstitucionalidade é a principal dentre outras como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹²⁶

Quanto aos efeitos da decisão que julga uma Ação Direta de Inconstitucionalidade se diferencia em dois tipos de decisão. Na decisão definitiva, ela gera efeitos para todos e vincula todos os órgãos abaixo delas a decidir da mesma maneira que o Tribunal superior. O efeito na Ação Direta é também tem eficácia retroativa.¹²⁷

Já nas decisões de cunho cautelar, isso é, quando se concede a medida cautelar, o efeito é também para todos e vincula todos os órgão abaixo dessa jurisdição, e em regra, não retroagem, produzindo efeitos a partir da publicação.¹²⁸

Encerrada a exposição de causas da judicialização da política, e compreendido seu conceito, mister se faz entender que a expansão da jurisdição pró-ativa se deu mediante fatores históricos do pós-guerra, que surgiram na necessidade de se editar normas que evitassem as atrocidades ocorridas durante a guerra.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 4

¹²⁵ BARROSO, loc. cit.

¹²⁶ NUNES JÚNIOR, 2017. p. 608.

¹²⁷ Ibid., p. 652.

¹²⁸ Ibid., p. 656.

Com a busca por um novo modelo de Estado, nasce o Estado Constitucional, que garante direitos e que por isso, acarretou em uma maior demanda do judiciário, inclusive em matéria de cunho político.

Resta compreender o instituto do ativismo Judicial em seu conceito, como se fará adiante, diferenciando os institutos do ativismo judicial e a judicialização da política.

A judicialização e o ativismo judicial, mesmo sendo muito parecidos e se perpetuarem pelos mesmos lugares, não têm origens comuns, e por certo não são geradas pelas mesmas causas.¹²⁹

A judicialização decorre do contexto do modelo constitucional brasileiro, em que não há opção do judiciário em não atender as demandas advindas da população. Isso é, não há alternativa. Já o ativismo judicial é uma escolha do judicante em ser mais proativo.¹³⁰

3.1 ATIVISMO: CONCEITO

Em virtude de todo o exposto, é pilar fundamental para a compreensão do presente trabalho compreender o ativismo judicial em seu conceito, diferenciando-o de outras maneiras de agir do poder judicante, que a partir de sua expansão até a atualidade, tem se mostrado proativo na tomada de decisões, agindo de forma a protagonizar no cenário atual.

Primeiramente, mister se faz analisar que o termo ativismo judicial é de difícil conceituação, tendo em vista que o espaço de debate quanto ao tema é de proporções amplas, e que em sua grande maioria, não são homogêneos.¹³¹

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 6

¹³⁰ BARROSO, loc. cit.

¹³¹ CAMPOS, 2014, p. 149.

Para aqueles que se dedicam no estudo sobre o tema, o ativismo é visto como forma de ameaça aos valores democráticos e a separação dos Poderes, sendo considerados então, uma forma de excesso judicial.¹³²

Outros, que igualmente se dedicam ao estudo do tema, acreditam que os juízes devem agir de maneira mais empoderada no sentido de proteger direitos da liberdade e da igualdade e também nas questões relativas a omissão e/ou abusos de outros órgãos e instituições.¹³³

Mesmo que diferenciado, esse discurso é visto na maioria das vezes de forma negativa.

Carlos Alexandre de Azevedo Campo adverte que “não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas”.¹³⁴

Para compreensão do tema, necessário se faz compreender, mesmo que timidamente a origem do termo.

A origem do termo ativismo judicial surgiu na doutrina norte-americana, no artigo do Historiador Arthur Schlesinger Jr. “*The supreme Court: 1947*”. Tal artigo avaliou a Suprema Corte de 1947, classificando os juízes da época em quatro classes, sendo elas:

- (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; (iii) juízes campeões da autorrestrrição – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (balance of powers) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.¹³⁵

O termo “ativismo judicial” foi apresentado justamente como antônimo de “autorrestrrição judicial”. Schlesinger acreditava que tais juízes ativistas agem de maneira a substituir a vontade do legislador pela própria vontade, pois acreditam que sua atuação precisa ser ativa no tocante a questões como as liberdades civis e dos direitos das minorias, dos pobres e dos indefesos, mesmo que para isso fosse

¹³² CAMPOS, 2014, p. 149.

¹³³ CAMPOS, loc. cit.

¹³⁴ Ibid., p. 150

¹³⁵ Ibid., p. 43

necessário aplicar medidas de correção judicial quando observado um erro por parte do legislador.¹³⁶

Exatamente opostos aos juízes ativistas, segundo Schlesinger, estão os juízes da autorrestrrição judicial, cuja a visão é completamente diferente a respeito de quais são as responsabilidades da Corte e da natureza de sua função, que é a de não intervenção do judiciária no campo da política, e sim, apenas um agir com obediência à vontade do legislador.¹³⁷

Da análise das divergências intelectuais e das disputas de poder em relação a essas diferenças de pensamento presentes na Corte, Schlesinger concluiu que a oposição entre os juízes ditos ativistas e os juízes que se posicionavam no sentido de uma autorrestrrição judicial, no fim, tinha por resultado o conflito primordial sobre quanto a função que o judiciário deve exercer na democracia.¹³⁸

Cumprir destacar que o autor, utilizou o termo ativismo judicial, criando-o, mas a situação que de nome a causa não é nova, sendo anterior a criação do tema, conforme expõe Carlos Alexandre Azevedo Campos:

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites da atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor sua origem terminológica. Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade norte-americana. Aqui me refiro às decisões *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.¹³⁹

Elival da Silva Ramos, quando doutrina sobre o ativismo judicial, trata da questão também no âmbito do direito comparado. Ele destaca a importância de se estudar o tema em diferentes sistemas jurídicos pois defende a ideia de que quando se trata da caracterização do ativismo judicial é de fundamental importância para compreender o modo como será exercido pelo poder jurisdicional, isso é, a

¹³⁶ CAMPOS, 2014, p. 44.

¹³⁷ CAMPOS, loc. cit.

¹³⁸ SCHLESING, Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Vol. 35(1). Fortune, 1947. p. 79. apud CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 47

¹³⁹ SCHLESING, Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Vol. 35(1). Fortune, 1947. p. 208. apud CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 49

caracterização será interpretada de maneira diferente de acordo com função que o poder judiciário exerce em sistema diferentes.¹⁴⁰

Necessário compreender que as fontes do direito de cada sistema são diferentes, e, portanto, o ativismo será percebido de maneira diferente, conforme expõe Elival da Silva Ramos:

Na temática escolhida, entretanto, é fundamental a visão comparatística, porquanto se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário.¹⁴¹

Ainda sobre a dificuldade da definição do tema, Elival Silva Ramos argumenta que no que:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao common law é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.¹⁴²

Elival da Silva Ramos aduz que o fenômeno do ativismo judicial é amplo pois não se atrela a um sistema jurídico específico, e, portanto, entende como ativismo judicial:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).¹⁴³

¹⁴⁰ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106

¹⁴¹ RAMOS, loc. cit.

¹⁴² Ibid., p. 109.

¹⁴³ Ibid., p. 131.

Salienta que a visão que se percebe do ativismo é negativa, visto que essa prática tira a natureza da atividade jurisdicional em relação aos outros poderes. No entanto, o fenômeno do ativismo é mais prejudicial ao Poder Legislativo conforme aduz Elival da Silva Ramos:

(...) contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Salienta-se que uma das causas que impulsionam o ativismo judicial na atual conjuntura brasileira, segundo Elival da Silva Ramos é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de exercer função atípica normativa, mesmo que autorizada pela Constituição, como é o caso da Súmula vinculante. Para o autor, mesmo que tal atuação não contraria o princípio da separação de funções, também não o tem como base, e por certo, gera certa instabilidade quanto ao seu conteúdo ¹⁴⁴

No entanto, Mauro Cappelletti alerta que a relevância da discussão acerca da relação entre Legislativo e Judiciário não está relacionada apenas ao entendimento de que o juiz, quando interpreta a lei, está ou não criando o direito, pois não há dúvidas quanto a isso, tendo em vista que não há a possibilidade de uma interpretação completamente vinculada a lei. Há um grau de liberdade na interpretação. A relevante discussão está justamente ligada a essa intensidade de criatividade por parte do Poder Judiciário, tanto quanto sua forma, como em sua limitação.¹⁴⁵

Luís Roberto Barroso acredita que o ativismo Judicial é um modo de agir que parte da vontade do Judiciário em assumir uma postura proativa quanto à interpretação da Constituição. Para ele, normalmente em situações como a do Brasil, em que há certo recuo por parte do Poder Legislativo quanto às demandas necessárias, conseqüentemente haverá tal comportamento por parte do Judiciário.¹⁴⁶

¹⁴⁴ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 309.

¹⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 25.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.442.

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”¹⁴⁷, segundo Luís Roberto Barroso.

Para o autor:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁴⁸

Sobre a origem do ativismo Judicial, Luís Roberto Barroso aduz:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Louhner*, 1905 - 1937) (...).¹⁴⁹

Necessário se faz analisar que como informado anteriormente no início desse capítulo, é de difícil conceituação o tema, e que pode significar coisas diferentes a determinadas pessoas e sistemas.

3.2 PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 6.

¹⁴⁸ BARROSO, loc. cit.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 7.

Esse capítulo se destina a explicar o Protagonismo do Poder Judiciário relacionados ao tema, bem como elucidar a questão do protagonismo judicial, diferenciando-o de ativismo judicial. São situações distintas, mas que encontram bases parecidas, sendo necessária tal diferenciação.

Como visto anterior, o protagonismo judicial decorre da judicialização da política, no qual matérias de cunho político foram abarcadas nas demandas feitas ao Judiciário. Logo, o judiciário sendo provocado, não pode se negar a interpretar o Direito.

Eduardo Cambi defende que quando o Judiciário busca a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente daquele de cunho social, ele não está violando o princípio da separação de funções harmônica e interdepende constante no artigo 2º da Constituição Federal, isso é, agindo assim, o Poder Judiciário não está tomando uma posição ativista.¹⁵⁰

Faz parte da função do Poder Judicante a observação de que determinados atos estão corretos ou não. Nesse sentido, o controle judicial se debruça nos motivos fáticos e jurídicos, usando, em última *ratio*, os critérios de aplicação do direito quais sejam a razoabilidade e proporcionalidade.¹⁵¹

Cabe ao juiz, ainda, a missão de atender os fins sociais e a necessidades da população em geral, desse modo cuidando e dando efetividade da dignidade da pessoa, usando de critérios como a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, quando for aplicar o ordenamento jurídico. A essa missão, se acrescenta a fiscalização e Cumprimento da Constituição, sendo o Judiciário o poder responsável pela sua guarda, visando promover a moralização da gestão pública, e o combate à corrupção¹⁵²

Desse modo, se observa que as funções do judiciário estão inclusas dentro da ideia de proteção da Constituição. Se analisado no controle judicial que há ausência de leis ou atos normativos, é o Judiciário deve recorrer aos princípios que norteiam a Constituição para garantir sua efetivação.¹⁵³

¹⁵⁰ CAMBI, 2016, p. 315.

¹⁵¹ CAMBI, loc. cit.

¹⁵² Ibid., p. 316.

¹⁵³ CAMBI, loc. cit.

Como estudado anteriormente, o direito moderno não se utilizava dessas noções aqui citadas. Tratava-se de uma situação de passividade jurisdicional, no qual o juiz apenas era mero interpretador formal da lei, não dando sentido a norma ora aplicada.

Com a judicialização da política, o autor adverte que não há como mensurar se essa transferência de temas políticos para o âmbito do judiciário promoverá a cidadania. Para o autor, há uma melhoria em relação as classes menos afortunadas no que tange o acesso à justiça, pois uma vez demandados, há a obrigação do poder judiciário em responder tal demanda. Ainda, quando se trata de questões políticas, as minorias não têm poder econômico que lhe deem voz no cenário político e dificilmente serão ouvidas no parlamento. No entanto, a demora da prestação jurisdicional tende a favorecer os mais afortunados.¹⁵⁴

Para Eduardo Cambi, entre as duas situações, a mais vantajosa no sentido de efetivação de direitos fundamentais é optar por uma maior intervenção do judiciário. A pretensão, levada ao Judiciário será analisada, mesmo que haja indeferimento do pedido formulado. A possibilidade de uma minoria ter acesso adequado a justiça faz com que não haja um tirania por parte da maioria, garantindo o equilíbrio democrático entre maioria e minoria.¹⁵⁵

Mister se faz elucidar que diferentemente do período moderno, no estado contemporâneo o juiz não é meramente um intérprete formal da norma. O instituto do Poder Judiciário é aquele que irá dar sentido a norma, justificando e fundamentando, inserindo a norma no contexto de normalidade e harmonia com a realidade social vigente.¹⁵⁶

Eduardo Cambi adverte que uma resposta ao passivismo judicial não é o ativismo judicial, no qual o Juiz decide arbitrariamente, de forma livre, julgando conforme o senso de justiça individual. Quando se defende que um juiz pode decidir contrariamente às leis, aos precedentes que embasam e justificam tais leis, ou a até mesmo a própria Constituição, usando suas razões individuais, é abrir as possibilidades para uso de uma justiça tirana.¹⁵⁷

¹⁵⁴ CAMBI, 2016, p. 318.

¹⁵⁵ Ibid., p. 319.

¹⁵⁶ CAMBI, loc. cit.

¹⁵⁷ CAMBI, loc. cit.

Eduardo Cambi defende que o protagonismo judicial se justifica apenas se compreendido na hipótese de que havendo violação aos direitos fundamentais, o judiciário não pode se eximir da tutela desses direitos, e então, dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica - sendo observadas as decisões devidamente fundamentadas e que se prostrem à legitimação do exercício do poder jurisdicional - cabe a intervenção jurisdicional.¹⁵⁸

Observa-se que a necessidade de uma reforma política é necessária, mas não será realizada por intermédio do Supremo Tribunal Federal não é quem irá fazê-lo. Sobre o tema, salienta Luís Roberto Barroso na conclusão de seu artigo quanto ao a reforma política:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.¹⁵⁹

Conclui, portanto, o autor que, o protagonismo judicial responsável não é censurável, desde que as condições para essa intervenção advenham da inércia e da omissão estatal, no qual a sociedade exige um posicionamento criativo e positivo para que se possa priorizar a Constituição¹⁶⁰

3.3 PROCEDIMENTALISMO *VERSUS* SUBSTANCIALISMO

Como já citado anteriormente, este capítulo se destinará a apresentar duas correntes que discutem sobre o tema exposto, sendo necessária a diferenciação de

¹⁵⁸ CAMBI, 2016, p. 319

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 19.

¹⁶⁰ CAMBI, 2016., p. 320.

cada uma delas. Ambas as correntes se pautam na análise de o que é necessário para que haja a efetivação da democracia.

A primeira delas é a concepção procedimentalista. Tal concepção defende que para assegurar a democracia, é necessário que seja observado o procedimento democrático, pois o procedimento justo, para essa teoria, é o que vai garantir os direitos de participação política, independente do resultado que será posteriormente alcançado.¹⁶¹

Os procedimentalistas acreditam que os valores substantivos são escolhidos pela sociedade por meio da deliberação democrática, no qual são representantes do povo os eleitos no Poder Legislativo e no Poder Executivo. Nessa corrente, o Poder Judiciário tem a função de apenas garantir o exercício da democracia, sendo a ele proibida a possibilidade de agir de forma ativista ao deliberar sobre valores substantivos da sociedade, pois agir dessa forma seria atentar em desfavor ao princípio democrático.¹⁶²

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki a respeito do nascimento de tal concepção:

A democracia procedimental surge como oposição ao ativismo judicial americano, ou seja, acusa-se o sistema de controle jurisdicional das leis para garantia da Constituição americana de antidemocrático, posto que era inaceitável a “interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago, por um grupo de juízes não-eleitos e irresponsáveis perante os eleitores”.¹⁶³

Os procedimentalistas estão alicerçados na ideia de que o controle de constitucionalidade das leis vai contra a democracia, pois, para eles, os juízes não são os representantes do povo democraticamente eleitos, logo, não poderiam limitar as decisões dos parlamentares pois isso seria ir contra a decisão do próprio povo, que elegeu este Parlamento. Por consequência dessa atuação do judiciário, haveria uma ofensa ao princípio democrático.¹⁶⁴

¹⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 153.

¹⁶² BARBOZA, 2008, p. 153.

¹⁶³ BARBOZA, loc. cit.

¹⁶⁴ BARBOZA, 2008, p. 154.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki informam alguns dos defensores dessa corrente:

John Hart Ely, Habermas e Carlos Santiago Nino. São alguns dos teóricos que defendem uma concepção procedimental de democracia. Estes autores defendem que os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático realizado pela própria sociedade e não pelo Poder Judiciário, que não teria legitimidade por não ter sido eleito. ¹⁶⁵

Eduardo Cambi também analisa tais correntes, e destaca o pensamento de alguns de seus defensores:

Assim, o procedimentalismo de Gunther e Habermas, preocupados com a busca de soluções imparciais, não pretende oferecer critérios conteudísticos objetivos, mas apenas procedimentos para a resolução de conflitos morais. ¹⁶⁶

Eduardo Cambi explica que o procedimentalismo discorda que uma legitimação da jurisdição constitucional possa ser algo que irá tutelar os direitos fundamentais no que tange seu conteúdo material. Para essa corrente, a jurisdição tem a função de correção em relação a eventuais desvios no processo de representação popular, assegurando dessa maneira a participação do povo no poder, inclusive a participação das minorias. ¹⁶⁷

O procedimentalismo se opõe ao protagonismo judicial e a judicialização das questões políticas, pois essa intervenção do Judiciário na sociedade não condiz com a democracia. Logo, para os procedimentalistas, cabe a jurisdição constitucional a tarefa de compreensão procedimental da Constituição, exercendo papel de de proteção do processo de criação democrática do direito¹⁶⁸

Fabiana Marion Spengler e Paulo de Tarso Brandão aduzem que:

Nesse modelo procedimentalista a participação cidadã e o diálogo são fundamentais para a formação e justificação do direito, sendo intolerável um protagonismo judicial que interfira na livre construção da discursividade e que

¹⁶⁵ BARBOZA, loc. cit.

¹⁶⁶ CAMBI, 2016., p. 360.

¹⁶⁷ CAMBI, loc. cit.

¹⁶⁸ CAMBI, loc. cit.

evoque para si a tarefa de legislador político, limitando, desse modo, as potencialidades da sociedade civil fazer chegar as suas demandas para o sistema político. Não se trata de submissão do Judiciário, mas de reconhecer que os discursos de justificação do direito não se confundem e não podem ser usurpados pelos discursos de aplicação, razão pela qual a atividade jurisdicional deve manter-se imparcial para não perturbar os espaços de formação do direito.¹⁶⁹

Para Eduardo Cambi, o procedimentalismo de Habermas se funda na noção que se deve rejeitar “a constitucionalização de um direito à cidadania social, não se admitindo que o Judiciário, por não ser eleito, exerça o controle das políticas públicas.”¹⁷⁰

Eduardo Cambi informa que Habermas critica a ideia de que a Constituição deve ser vista como uma ordem jurídica global e concreta, que tem por destinação a imposição de um formulário como deve ser a vida em sociedade. Para ele, a Constituição deve apenas regulamentar os procedimentos políticos, para que a cidadania seja exercida de maneira que a população assuma o seu direito de autodeterminação, ocasionando dessa forma, a produção de condições justas de vida.¹⁷¹

A visão de Habermas tem base no princípio da universalização, que parte da noção de uma situação ideal de discurso, no qual todos os participantes têm os mesmos direitos e que não há a possibilidade de coerção quanto a busca de normas que possam ser aceitas por todos, resguardando também as necessidades individuais.

No entanto, tal corrente é passível de críticas.

Por isso, o procedimentalismo de Habermas é criticável. Pressupõe um conceito idealizado de democracia, calcado na existência de direitos à autonomia e à participação política, mas que se preocupa em assegurar que as condições materiais necessárias para a autonomia e para a participação política sejam efetivamente exercidas por todos os indivíduos.¹⁷²

¹⁶⁹ SPENGLER, 2009, p. 175.

¹⁷⁰ CAMBI, 2016, p. 361

¹⁷¹ CAMBI, loc. cit.

¹⁷² CAMBI, 2016, p. 361

Outra crítica que se faz a essa corrente é a de que quando os defensores dessas concepções admitem que a Jurisdição Constitucional tem função de garantir o procedimento democrático, acabam por permitir que tal jurisdição também tem o dever de garantir os direitos fundamentais que lançam base ao processo democrático, como o exposto.

Ora, ao permitir esta proteção aos direitos fundamentais, os procedimentalistas enfraquecem sua própria teoria, na medida em que admitem julgamentos substantivos por parte da Jurisdição Constitucional tanto na definição de quais direitos fundamentais seriam garantidores do processo democrático, quanto no julgamento e definição dos valores escolhidos e representados por estes direitos fundamentais. Os procedimentalistas defendem, assim, que os tribunais constitucionais, “ainda que restringindo o princípio majoritário, continuam sendo defensores da soberania popular”, enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política e de acesso ao discurso político. Quer dizer, o Judiciário tem legitimidade para restringir a vontade da maioria tão-somente enquanto guardião do procedimento democrático e, por conseguinte, da própria democracia, não lhe cabendo o papel de legislador positivo ou negativo.¹⁷³

Logo, parte-se do princípio que mesmo que os procedimentalistas defendam uma jurisdição Constitucional mínima para garantia do processo democrático, não evitam que o procedimento não tenha valores substantivos, como elucidam as autoras:

Dessa forma verifica-se que mesmo os teóricos da democracia procedimental, ao aceitar um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do próprio processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamento de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático. Isto também porque, ao defender que um processo democrático legítimo e justo é que vai legitimar as leis, os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos. Isto, por sua vez, demonstra condições necessariamente substantivas.¹⁷⁴

Parte-se agora para a análise da corrente substancialista, que da mesma maneira que foi analisada a corrente procedimentalista anteriormente, se fará adiante com essa.

A Corrente substancialista vem justamente se contrapor a procedimentalista, no qual, baseado em uma Constituição rígida, defende uma busca na efetivação de

¹⁷³ BARBOZA, 2008. p. 154.

¹⁷⁴ Ibid., p. 156.

direitos e garantias fundamentais, mesmo que para isso seja necessária a limitação dos poderes Legislativo e Executivo.¹⁷⁵

O substancialismo prega que os direitos fundamentais são primordiais e que esses representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade quando a Constituição foi criada, sendo esse momento de criação parte da soberania nacional. A corrente defende que os direitos fundamentais são garantidores do processo democrático, pois quando tais direitos limitam materialmente a atuação do governo, se está protegendo todo um povo de maiorias eventuais.¹⁷⁶

Sobre o surgimento dessa concepção, aduzem Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki:

A doutrina brasileira, como a européia do pós-guerra, foi influenciada por teóricos da teoria substantiva norte-americanas, em que impera o *judicial review*, o qual permite um controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição.¹⁷⁷

A questão que envolve o *judicial review* trata da possibilidade de estar se falando de um atividade anti-democrático, pois permite que os juízes, que não são eleitos, façam a interpretação da Constituição no que tange seus valores substantivos, como também revisar e modificar leis que, em suas concepções particulares, não sejam compatíveis com esses valores, indo contra a legitimidade dos legisladores, que criaram tais leis, criando uma atmosfera de tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia representativa.¹⁷⁸

As autoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki defendem que:

Se a finalidade de uma sociedade “é garantir o máximo de liberdade possível para os seres humanos”, o objetivo final de uma Constituição deve ser o de “assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática”. Desse modo, a Constituição aparelha a sociedade com um governo para atingir esses objetivos. No entanto, não se pode conceber que este governo tenha poderes irrestritos. Os direitos fundamentais de liberdade atuam como limites ao poder

¹⁷⁵ BARBOZA, 2008, p.. 156.

¹⁷⁶ BARBOZA, loc. cit.

¹⁷⁷ Ibid., p. 157.

¹⁷⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.I.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 157.

do governo e o papel da jurisdição constitucional é justamente o de proteger esses direitos, ainda que seja contra atos do próprio governo. Não há aí qualquer caráter anti-democrático, visto que os direitos de liberdade acabam também por assegurar o processo democrático.¹⁷⁹

As autoras analisaram a corrente defendida por Ronald Dworkin, que informa que não é certo acreditar que quando o Tribunal decide sobre uma questão polêmica ele está sendo antidemocrático, e que tal decisão deve ser tomada por um processo democrático.¹⁸⁰

Dworkin defende que:

(...) o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.¹⁸¹

Para Dworkin o conteúdo dos princípios é subjetivo, e portanto indicam os valores de moralidade e justiça, isso é, “a leitura moral da Constituição supõe, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade”¹⁸². e que portanto, os direitos fundamentais fixam limites aos governantes.¹⁸³

Ressalvam ainda as autoras quanto a Dworkin:

¹⁷⁹ BARBOZA, 2008,. p. 157

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 100. apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 157.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101. apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 159.

¹⁸² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 191. apud. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 159.

¹⁸³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 159

Por outro lado, Dworkin não aceita como legítimas as decisões judiciais baseadas em argumentos de política (policy), entendendo como política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.¹⁸⁴

Segundo Eduardo Cambi:

A corrente substancialista da jurisdição entende que o Poder Judiciário é intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos no direito positivo. Acredita que o judiciário deve concretizar, mesmo contra maioria eventuais, o conteúdo democrático da Constituição, enquanto contrato social.¹⁸⁵

Eduardo Cambi adverte que não se deve desconsiderar o modelo de pensamento procedimentalista abraçando o modelo completamente oposto, substancialista, que é um modelo puramente material. Reforçar a ideia de que cabe ao Judiciário a tutela de direitos fundamentais é diferente de acreditar que a Constituição seja uma espécie jurídica da qual tudo deriva dela.¹⁸⁶ Como descreve o autor Eduardo Cambi:

A Constituição deve vincular o legislador aos direitos fundamentais, impedindo que se crie uma discricionariedade substancialmente ilimitada. Porém, isso não significa que toda e qualquer liberdade legislativa esteja eliminada¹⁸⁷

Ambas as concepções são de extremos, e portanto, são incompatíveis com a os ideias democráticos, devendo haver equilíbrio entre as concepções sopesando que ambas as correntes buscam a efetividade da democracia sem que haja perda irreparável a ela.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Seqüência,[S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008. p. 159.

¹⁸⁵ CAMBI, 2016, p. 366.

¹⁸⁶ Ibid. p. 367

¹⁸⁷ CAMBI, 2016, p. 367

4. O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

No presente momento, faz mister analisar os casos de ativismo Judicial, de maneira a identificar o que é uma atuação ativista por parte do Judiciário tendo por base todo o exposto nesta pesquisa.

Com o protagonismo judiciário, o Supremo Tribunal Federal saiu da posição de passividade que se encontrava e assumiu posição de atuação proativa, e busca-se neste momento apresentar os casos concretos que identificam essa postura.

Lenio Streck informa que para identificar se uma ação é ou não é ativista, é necessária analisar a decisão, questionando se nos moldes em que foi proferida, ela poderia ser aplicada em situações similares. Se a resposta para esse questionamento for negativa, há indícios de que se está analisando uma decisão de cunho ativista.¹⁸⁸

4.1 CASOS DE ATUAÇÃO DO STF COMO LEGISLADOR POSITIVO

Este capítulo se destina a analisar os casos concretos da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, visando a demonstrar o agir desta corte em situações nas quais o magistrado tem exercido mais do que sua função típica, agindo atipicamente demasiadamente.

Parte-se para a análise da ADPF 54, como exemplo de atuação pró-ativa do STF.

Trata-se de uma ação de descumprimento de preceito de fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, e que tem por objetivo fazer com que se interprete conforme a Constituição quanto à questão do aborto pela legislação penal. O é no sentido de que a lei penal sobre o aborto não cabe no caso específicos de fetos com anencefalia, isso é, uma deformação congênita no qual o

¹⁸⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 157.

feto não desenvolve cérebro, e por isso, não há chance de sobreviver após o parto.

189

Conforme Ementa ¹⁹⁰, e a decisão da ADPF 54 se deu nos seguintes moldes:

Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. ¹⁹¹

Isso é, por maioria dos votos, o STF legislou positivamente, no sentido de que acrescentou ao dispositivo da lei infraconstitucional mais uma hipótese de possibilidade de aborto.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi único a levantar a questão da legitimidade para resolução dessa questão, no sentido de que informa que mesmo que o Parlamento tenha se omitido quanto a questão, pois se encontra dividido entre congressistas que são a favor e contra o aborto, observou que o legislador, quando

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.238.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.1. "ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal"

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.253.

criou o dispositivo de lei, pretendeu proteger a vida do nascituro e a vida da gestante, artigos 124 e 126 do Código Penal.¹⁹²

No entanto, o legislador optou por duas exceções quanto a permissão do aborto, prevista nos incisos I e II do art. 128 do Código Penal, quando há risco de vida a gestante e quando a gravidez resultar de violência¹⁹³.

Da análise do Ministro, percebe-se que o legislador optou somente por essas duas permissões quanto ao aborto, no qual o feto anencéfalo, mesmo que não venha a sobreviver após o parto, não está incluso no rol de exclusão. O legislador optou assim, conforme expõe o Ministro:

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.¹⁹⁴

Ainda sobre o tema, ele informa que o excesso na decisão pode causar usurpação dos Poderes atribuídos pela Constituição, e ainda aduz:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem¹⁹⁵

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.240.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.240.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.241.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 54./DF. Relator: AURÉLIO, Marcos. Publicado no DJ de 12-04-2012 p.245.

Conforme todo exposto, percebe-se que tal decisão é de cunho ativista, visto que, como bem expõe o Ministro, o STF tomou decisão como legislador positivo em questão que não cabia a ele, e sim ao Congresso Nacional.

Outro caso que necessita ser analisado quando se trata de decisões ativistas por parte do STF é o Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF.

Trata-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com pedido de que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 23, §1º, incisos I e II; 24; e 81, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), e dos artigos 31; 38, inciso III; 39, *caput* e §5º, da Lei nº9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).¹⁹⁶

Tais artigos tratam da possibilidade de Pessoas Jurídicas, como empresas por exemplo, financiarem campanhas eleitorais com suas doações.

Do julgado, tem-se o Acórdão que se segue:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, em julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor.¹⁹⁷

No parecer de consultoria feito pela Presidência da República sobre o caso, pugnou-se pela improcedência dos pedidos formulados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil visto que não concorda em impossibilitar que Pessoas Jurídicas participem do processo político pois são partes integrantes que precisam ser consideradas, e que tal participação, por si só, não configura desrespeito

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 9.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 7.

ou desequilíbrio, desde que respeitados os limites que lei assegura em relação ao procedimento de doação.¹⁹⁸

A Presidência da Câmara dos Deputados manifestou-se no sentido de manter a constitucionalidade dos artigos anteriormente mencionados, argumentando que:

(...)a decisão sobre o formato do financiamento das campanhas eleitorais não é dado pronto e acabado contido na norma constitucional, extraível pelo hermeneuta habilitado”, mas, ao revés, se trata de “uma decisão política do Congresso Nacional”.¹⁹⁹

Dá análise dessa situação, extrai-se que a legitimidade para tratar da questão abordada na ação é de cunho político e, portanto, cabe a análise do Congresso Nacional, e não do STF.

Ainda, Advocacia Geral da União deu seu parecer pela improcedência dos pedidos formulados na ação. Alega no mérito que:

(...) “a Constituição Federal de 1988 não traz um modelo previamente estabelecido para o financiamento das campanhas eleitorais”, de maneira que incumbe “ao legislador a escolha por um deles, mediante edição de lei específica sobre a matéria”. Pelas mesmas razões, pontua que a utilização de recursos próprios pelos candidatos para financiar suas campanhas, antes de violar a Lei Maior, “homenageia os princípios da liberdade de participação política, da cidadania e do pluralismo político”²⁰⁰

Há de se reafirmar as alegações presentes nos pareceres da Presidência da República, da Presidência da Câmara do Deputados e do Advogado Geral da União no sentido de que tal decisão não cabe ao Judiciário. Não há nenhuma previsão na Constituição sobre proibição de financiamento de campanha por Pessoas Jurídicas, e ainda, a matéria não foi negligenciada pelo legislativo, foi expressamente tratada nas leis ora questionadas.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 19.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 16.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 19

O que se percebe é um ativismo por parte do Judiciário na atuação de matéria no qual, se for necessária a reforma, que seja feita pelo Poder Legislativo, precisamente pelo Congresso Nacional.

Ainda, necessário se faz analisar a medida liminar concedida pela Ministra Carmem Lúcia, em se tratando da indicação da Deputada Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho.

Cristiane é ré no processo por iniciativa de Ação Popular 001786-77.2018.4.02.5102, que pediu a suspensão da sua posse no cargo de Ministra do Trabalho. A informação é de que Cristiane foi condenada em duas Reclamatórias Trabalhistas, e que, portanto, não poderia tomar posse do cargo a ela indicado. O juiz de primeira instância acatou os pedidos formulados na ação popular. A defesa recorreu e em segunda instância também não obteve êxito. Recorreu novamente, agora ao STJ, e o Ministro Humberto Martins decidiu pela posse de Cristiane.²⁰¹

A parte contrária recorreu ao STF através da Reclamação 29.508\DF, com pedido de medida cautelar contra ato do Ministro do STJ, informando que a competência para julgar a questão que trata de moralidade administrativa é do Presidente do STF, conforme exposto:

Observam os reclamantes que a discussão posta na ação popular teria natureza constitucional, concernente à moralidade administrativa, ao princípio da separação dos poderes e à competência privativa do Presidente da República para nomeação dos Ministros de Estado.²⁰²

Acatando os pedidos da Reclamação, a Ministra aduz que é da Competência do STF o processamento de tal ação e decide manter a suspensão da posse e ainda decide, conforme o exposto:

Pelo exposto, com base no poder geral de cautela (caput do art. 297 do Código de Processo Civil) e nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, que seriam comprometidos com o ato de posse antes de se poder examinar a suspensão das decisões de primeira e de segunda instâncias que a impediam neste momento, defiro parcialmente a providência

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão na Reclamação 29.508/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 15-02-2018 p. 2

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão na Reclamação 29.508/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 15-02-2018 p.

eliminar para a suspensão do ato de posse até que, juntadas as informações, incluído o inteiro teor do ato reclamado, seja possível a análise dos pedidos formulados na presente reclamação, sem prejuízo de reexame desta decisão precária e urgente.²⁰³

Sobre tal decisão, é importante concordar com o exposto no artigo intitulado “Moralidade administrativa e ministro de Estado” de autoria de Fábio Medina Osório publicado no Correio Braziliense, quando ele aduz que:

Há certas ações que não deveriam sequer merecer trânsito no Judiciário, tal o absurdo que representam. Pretender impedir a nomeação e posse de um Ministro de Estado porque responde ou respondeu a duas reclamações trabalhistas, para reconhecimento de vínculos laborais, equivale a uma completa subversão do sistema constitucional vigente. E sustentar que alguém não pode criticar publicamente a Justiça do Trabalho beira o escárnio. O princípio da moralidade administrativa, inscrito no artigo. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 não se confunde com a moralidade comum. Seu principal formulador teórico, na França, foi Maurice Hauriou, grande administrativista, ao comentar a jurisprudência do Conselho de Estado francês e perceber que havia muitas regras não escritas que traduziam espécie de moralidade institucional, um dever de lealdade às instituições.²⁰⁴

O autor aduz que tal decisão é perigosa no sentido de que quando decide dessa maneira cria regras arbitrárias. Trata questão informando que todos somos passíveis de responder Reclamações Trabalhistas.²⁰⁵

Ainda, afirma o autor sobre tal situação:

A prevalecer essa espécie de precedente que estamos assistindo no caso da deputada federal Cristiane Brasil (PTB-RJ), massacrada pela mídia e impedida de tomar posse por conta de duas reclamações trabalhistas no cargo de ministra do Trabalho, muitas indagações e pesquisas deverão ser feitas. Seria relevante, por exemplo, levantarmos quantos e quais são os magistrados da Justiça do Trabalho que respondem a reclamações trabalhistas. Será que o mero fato de responderem a ações significará uma infração disciplinar? Em se houver condenação ou acordo com reconhecimento de vínculo, qual será a

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão na Reclamação 29.508/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 15-02-2018 p. 10

²⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Moralidade administrativa e ministro de Estado. Ano 2018. Disponível em: <http://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-o-correio-braziliense-moralidade-administrativa-e-ministro-de-estado/?lipi=urn:li:page:d_flagship3_detail_base;oMch4HdhQGezDP1FoqG3FQ%3D%3D> Acesso em 05 abr. 2018.

²⁰⁵ OSÓRIO, loc. cit.

consequência? A expulsão da carreira? Uma ação de improbidade administrativa? Evidente que se abrirá espaço ao absurdo.²⁰⁶

Dá análise dessa questão, percebe-se que a decisão de aceitar a Reclamação no STF, aduzindo que tal matéria é de sua competência, expõe uma das facetas do ativismo quando atribui conexão a noção de falta de moralidade administrativa e o fato de responder a uma ação de cunho trabalhista como a informados na Reclamação. O ativismo se configura na arbitrariedade de tal comparação, sendo então perigoso inclusive na atribuição de sentido as concepções como “moralidade administrativa”

.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Neste capítulo tem como destino a análise da legitimidade democrática jurisdicional, questionando se o Poder Judiciário deve ou não agir da maneira que tem se proposto.

Primeiramente, se deve iniciar a pesquisa no tocante a noção de Direito e de Política. A primeira percepção que se faz que o judiciário não integra o poder da mesma maneira que os outros poderes. O sistema de ingresso é mediante concurso público, não sendo sujeitos a eleição.²⁰⁷

Nos cargos políticos, a ideia é a de que suas ações vão determinar sua reeleição ou não. Tais cargos estão sujeitos a fiscalização e a exoneração da representação popular.²⁰⁸

As decisões do âmbito político são tomadas usando por base critérios de macrojustiça, como questão de quanto se deve disponibilizar para determinados gastos. Não cabe esse papel ao poder Judiciário, pois a ela cabe a resoluções de questões da microjustiça, isso é, a resolução apenas no caso concreto, pois não tem

²⁰⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Moralidade administrativa e ministro de Estado. Ano 2018. Disponível em: <http://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-o-correio-braziliense-moralidade-administrativa-e-ministro-de-estado/?lipi=urn:li:page:d_flagship3_detail_base;oMch4HdhQGezDP1FoqG3FQ%3D%3D> Acesso em 05 abr. 2018.

²⁰⁷ CAMBI, 2016, p. 340.

²⁰⁸ CAMBI, loc. cit.

capacidade técnica de análise e nem as informações necessárias, e decidindo no campo da macrojustiça, tal atuação resultaria em possíveis prejuízos²⁰⁹

Salienta Eduardo Cambi que não se deve separar rigidamente política e direito.

Nas palavras do autor:

A vontade política de uma comunidade jurídica deve ser capaz de buscar a construção de um direito que se legitime pela consagração dos fins coletivos. Com isso, o direito não se reduz ao direito positivado, incluindo lutas culturais e sociais, as quais têm influenciado a afirmação histórica dos direitos humanos. O direito é produto da política, podendo o seu conteúdo progredir ou regredir, com perda de velhos direitos e a incorporação de novas conquistas jurídicas, o que reafirma a ideia de que o direito - já positivado ou a ser conquistado - é resultado de lutas culturais e sociais. O âmbito normativo do legislador resulta dos espaços abertos pela Constituição.²¹⁰

Salienta o autor que tanto o direito quanto política têm funções específicas, sendo que cabe ao direito a “estabilização de expectativas de comportamento”²¹¹ e à política a “realização de fins coletivos”.²¹²

No entanto, existem funções que tanto cabe para o direito, como para a política:

No Estado Constitucional de Direito, o direito é subordinado à política, na medida em que constitui o seu produto e instrumento, mas também a política, por sua vez, está submetida ao direito, posto que as escolhas dos governantes então sob o império das leis e vinculadas às normas constitucionais, devendo-se observar os direitos fundamentais.²¹³

Mister se faz elucidar que direito política não se confundem, visto que, se fossem o mesmo, a discussão da legitimidade se concluiria com a positivação das normas jurídicas. A política abarca o direito, mas ele todo não se limita somente a política. O direito questiona a validade e legitimidade das normas impostas pela política.²¹⁴

Feita a diferenciação entre direito e política, cabe diferenciar política e princípio.

A política tem por função estabelecer um objetivo a ser alcançado por todos, geralmente se trata de uma melhoria no âmbito social, econômico, de interesse da comunidade minoritária, e outros. Princípio é o padrão a ser observado quando se

²⁰⁹ CAMBI, 2016, p. 341.

²¹⁰ CAMBI, loc. cit.

²¹¹ Ibid., p. 342.

²¹² CAMBI, loc. cit.

²¹³ Ibid., p. 343.

²¹⁴ CAMBI, loc. cit.

efetiva a política, isso é, política e princípios são complementares, visto que a análise para que possa efetivar políticas públicas advém do princípio que protege determinado direito fundamental, e, portanto, assim como direito, princípios e política não devem ser rigidamente separados.²¹⁵

Deve-se observar que a Constituição tem como uma de suas funções a concretização dos direitos fundamentais, e para tanto, necessita de políticas públicas que efetivem tais direitos. Essa efetivação se dará mediante o Poder Judiciário, que reforçará a força normativa da Constituição.²¹⁶

A força normativa da Constituição reforçada por tal poder pode ser observada quando o Judiciário preenche lacunas jurídicas, como quando considera determinada lei inconstitucional, ou quando aplica um princípio. Tal atuação não se deve confundir com a atuação do Poder Legislativo.²¹⁷

Conforme aduz Eduardo Cambi:

Os juízes não desenvolvem atividades política stricto sensu. Não decidem com fundamentos de política partidária nem de política social, mas apenas concretizam a Constituição. Julgam com base em fundamentos de políticas constitucionais, devendo, as decisões, ser pautadas por valores, princípios e regras contidas no ordenamento jurídico.²¹⁸

Entretanto, não se deve negar a legitimidade democrática do Judiciário quanto a aplicação de direitos fundamentais, pois negar essa legitimidade é ignorar a obediência que o legislador deve a Constituição e o papel da jurisdição constitucional na garantia do Estado Democrático de Direito. O judiciário é o responsável por vigiar e cuidar dos direitos fundamentais, no qual sem essa proteção, também não há democracia.²¹⁹

Cabe então ao Judiciário a intervenção nas políticas públicas quanto ao controle e a execução, desde que tal intervenção não seja irresponsável ou sem limites, somente agindo dessa forma quando há violação de deveres decorrentes da

²¹⁵ CAMBI, 2016, p. 343-345.

²¹⁶ Ibid., p. 346.

²¹⁷ CAMBI, loc. cit.

²¹⁸ Ibid., p. 347.

²¹⁹ CAMBI, loc. cit.

Constituição. Portanto, a liberdade do juiz não será absoluta e ilimitada, aplicando-se apenas nos casos concretos.²²⁰

Eduardo Cambi explica que se uma decisão judicial é baseada em critérios racionais de coerência e a consistência, faz sentido que tenha por consequência resultados aceitáveis, mesmo que não advenha de normais gerais. Isso é, o que torna uma decisão arbitrária é a falta de racionalidade para justificar tal decisão.²²¹

Mister se faz diferenciar que a função jurisdicional é uma função da república, e por mais que tenha relação, não é uma função da democracia, diferentemente da função legislativa que tem por base a votação.²²²

O autor informa que:

A jurisdição constitucional pode, em nome do povo, corrigir os atos institucionais praticados pelos seus representantes políticos, quando assim age, não se volta contra o povo, mas para protegê-lo contra as ações e as omissões inconstitucionais dos seus governantes.²²³

A jurisdição legislativa é diferente pois, por ser uma função da democracia, sofre pressões da opinião pública, o que pode acarretar em um constrangimento em suas decisões, visto que são limitados pelas eleições. É difícil que políticos tomem decisões que vão contra a ordem política. É importante compreender que os legisladores estão mais vulneráveis a tomar decisões melhores fundamentadas quanto as minorias do que os juízes.²²⁴

Por fim, Eduardo Cambi aduz que:

A legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais, e, inclusive, ao formular, controlar ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria. Não decorre das urnas, mas está baseada na noção de democracia em sentido substancial, cabendo aos juízes, a tutela constitucional dos direitos fundamentais.²²⁵

²²⁰ CAMBI, 2016, p. 347.

²²¹ Ibid., p. 353.

²²² Ibid., p. 355.

²²³ CAMBI, loc. cit.

²²⁴ Ibid., p. 355 - 356.

²²⁵ Ibid., p. 345.

Compreende-se que a atuação judicial é derivada e subsidiária, e que, portanto, o judiciário deve servir como aquele que garantirá direitos fundamentais em casos concretos.²²⁶

Faz-se necessária uma ressalva quanto a jurisdição constitucional:

A Jurisdição constitucional só se legitima democraticamente quando enfrenta questões francamente contrárias à Constituição. Só se legitima nos casos reais de doença da vontade da autonomia política. Nos casos de polêmicas morais, não há nada, repita-se: NADA - que justifique que o poder de decisão seja retirado à sua sede original e delegado aos juízes. Os juízes são experientes? Muita gente também é. São sábios? Inteligentes? Profundos? Por nenhum critério razoável pode-se afirmar que há mais bom-senso moral no plenário do STF do que numa assembleia de professores de Direito Constitucional.²²⁷

Mister se faz analisar que quando se trata de legitimidade democrática por parte dos juízes, um tema se torna importante a ser observado. Trata-se da noção de que se tem de que o Judiciário, quando age ativamente, age por algum motivo. Tal motivo, em se tratando do presente trabalho, é a crise da representativa decorrente de uma omissão legislativa.

O Ministro Luiz Fux em seu voto na ADI 4650\DF informa que desde a promulgação da Constituição de 1988, havia no país um momento de instabilidade quanto as instituições. Houve avanços na melhora dessa instabilidade tanto no âmbito da economia como no âmbito social. No entanto, tais avanços não excluíram da sociedade alguns problemas entranhados na democracia do país, e cada vez mais, faz-se necessária uma Reforma Política.²²⁸

Ainda, conforme aduz o Ministro Luiz Fux:

De fato, não é incomum ouvir que houve um descolamento entre a classe política e a sociedade civil. Existe verdadeiramente uma crise de representatividade no país, colocando em lados opostos os cidadãos, que a cada dia se tornam mais céticos em relação aos agentes eleitos, e os membros da classe política, que, não raro, privilegiam interesses particulares em

²²⁶ CAMBI, 2016, p. 356.

²²⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTMyOQ%2C%2C>> p. 218. Acesso em: 05 abr. 2018.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 24.

detrimento do interesse público. E tal distanciamento compromete, com o passar do tempo, o adequado funcionamento das instituições.²²⁹

A crise da democracia representativa é na verdade a crise da legitimidade dos parlamentares. Atualmente, o Poder Legislativo apresenta uma lealdade as vontades dos partidos ou coligações em que os Legisladores estão vinculados. Não há mais uma supremacia do Legislativo sobre o Executivo. Há, na verdade, uma maioria governamental e a oposição, que misturam ambos os Poderes.²³⁰

Conforme expõe o autor:

O Parlamento passa a gerenciar os embates políticos necessários à governabilidade do país. Isso contribui, de um lado, para a baixa produtividade legislativa do Parlamento e, por outro lado, pelo excesso de atividade legislativa do Poder Executivo (v.g., edição abusiva de medidas provisórias).²³¹

O autor aduz que essa atuação do Poder Legislativo e o Poder Executivo pode tanto causar uma aproximação, como um afastamento entre esses Poderes, que terá por consequência uma paralisia do governo. Se o Presidente da República tem maioria no Congresso, há governabilidade, se não o tem, não consegue governar por causa do Parlamento.²³²

Essas situações podem dar causa a crise da democracia representativa, e por consequência um descrédito da população quanto a instituições políticas. Logo, essa situação abre brechas para o Poder Judiciário agir, pois o Judiciário, como guardião da Constituição, deve primar as funções dessa Constituição, com informa Cambi:

O governo constitucional visa a proteção do conjunto da sociedade impedindo que a vontade da maioria se sobreponha aos ditames legais ou que oprimam as minorias. Em outras palavras, a função básica da Constituição é retirar das decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria, por intermédio de um sistema de direitos fundamentais que serve como critério último de validade de toda a ordem jurídica.²³³

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016 p. 24.

²³⁰ CAMBI, 2016, p. 263.

²³¹ CAMBI, loc. cit.

²³² Ibid., p. 238.

²³³ Ibid., p. 266

Ainda, sobre o Judiciário, o autor aduz:

O Poder Judiciário é um defensor objetivo e independente da ordem constitucional, servindo como uma contraestrutura instituída ou um contrapoder que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobra violadoras da Constituição.

Isso não justifica que o Poder Judiciário é um Poder sem limites, e que pode cometer abuso. Esse governo de juízes somente pode ser evitado se a separação das funções e “a delimitação institucional de competências e o controle e a interdependência recíprocas entre os diversos órgãos que exercerem parcela do poder estatal”.²³⁴

Há de se compreender quando há uma maioria, o Judiciário precisa se manter atento para que essa maioria se sobreponha a uma minoria e seus direitos fundamentais. Tal proteção do Judiciário é de cunho protagonista, e não ativista, pois o princípio da separação de funções ainda é presente e se faz necessário no controle de abusos por parte do Judiciário.

4.3 HÁ LIMITES PARA A ATUAÇÃO ATIVISTA?

Este capítulo se destina a responder, com base de todo o exposto no presente trabalho, se há possibilidade de se impor limites ao ativismo judicial tão presente no Supremo Tribunal Federal, como observado no início do terceiro capítulo, com tais casos de atuação.

Para a compreensão dessa resposta, mister se faz analisar dois pontos fundamentais quando a questão a ser tratada é o ativismo judicial.

Quando se fala em ativismo, é necessário entender o princípio da separação de funções, como feito inicialmente, questionando se essa maior interferência por

²³⁴ CAMBI, 2016, p. 355.

parte do poder judiciário está ou não está afrontando o princípio da separação de funções previsto na Constituição.

Muitos países democráticos utilizam a separação de poderes, como aqui no Brasil. Sabe-se que Legislativo, Executivo e Judiciário exercem controle um sobre o outro quanto às atividades exercidas. Isso acontece para que nenhuma instância prevalece sobre a outra, pois isso acarretaria riscos a democracia e aos direitos fundamentais ²³⁵

Esses Poderes instituídos interpretam a Constituição de maneira que sua atuação deva respeitar os valores contidos nelas. Quando há dúvidas quanto à interpretação, a palavra final é a do Judiciário. Isso não significa que o judiciário é livre para decidir conforme sua consciência. ²³⁶

A Constituição do Estado Democrático de Direito deixa claro os órgãos com Poder estatal, no entanto, certas vezes não identificam exatamente quais funções tais Poderes exercerão, e por isso, necessitam que uma doutrina ou que operadores do Direito elenca um rol de funções de tais Poderes. Fazem dessa maneira pois não há outro modo de agir, pois se a separação de Poderes está na Constituição, deve tais poderes serem vinculados a determinadas funções. Pode haver o exercício de funções atípicas, mas à uma parte intransferível de cada Poder, e necessita ser observada. ²³⁷

Logo, com a dificuldade entre delimitar as funções do Poderes, quando se trata do âmbito do ativismo Judicial, deve-se analisar atenciosamente para não ultrapassar os limites do exercício das funções, principalmente quando se trata da função legislativa. ²³⁸

Conforme explica Elival Silva Ramos:

Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017. p. 15.

²³⁶ BARROSO, loc. cit.

²³⁷ RAMOS, 2015, p. 118.

²³⁸ Ibid., p. 119.

incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.²³⁹

Mister se faz observar a separação de funções nos limites de sua função jurisdicional, mantendo tais limites para que os órgãos funcionem da maneira que foram estruturados, necessitando indagar quais são, mesmo que de forma geral, as notas materiais da jurisdição.²⁴⁰

Conclui, portanto, o autor que:

Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.²⁴¹

Isto é, cada Poder tem suas funções típicas e excepcionalmente, atípicas. A ultrapassagem dessa linha tênue entre as funções atípicas é um grave desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes, e por consequência, desrespeito a legitimidade democrática.

O segundo ponto fundamental para a resposta é mensurar se haverá ou não consequência prejudiciais à população. Por mais que grande parte dos defensores da prática do ativismo judicial acreditem que essa maior atuação tem por função a proteção e garantia dos direitos fundamentais frente a omissão do legislativo, sabe-se que do todo, não é verdade. Pautar-se unicamente no sentido de que o juiz sempre usará do poder para beneficiar a sociedade é uma percepção no mínimo, ingênua.

A arbitrariedade é recorrente, e para evitar que o Estado democrático de Direito se torne um Estado de exceção, é necessário observar os limites impostos pela própria Constituição. Lenio Streck, quando questionado sobre quais os perigos de

²³⁹ RAMOS, 2015, p. 119.

²⁴⁰ RAMOS, loc. cit.

²⁴¹ Ibid., p. 123.

julgamentos que violam a Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal causam à democracia, ele responde:

Todos. Vivemos sob um Estado Constitucional, fundado em pressupostos democráticos. Alguém aqui acredita que a Constituição brasileira seja ruim? Pode pecar pelo excesso, mas ela é riquíssima na garantia de direitos. A democracia é assegurada quando a Constituição é cumprida, caso contrário teremos um regime de exceção, que, por exemplo, pode ser formado pela postura do Judiciário em julgamentos nos quais assume um protagonismo indevido.²⁴²

Usa-se termo “protagonismo indevido”, pois, como exposto anteriormente, há um protagonismo responsável e aceitável para a busca da efetivação da democracia brasileira.

Ainda, sobre os riscos que podem ocorrer quando se está diante de decisões ativistas, Lenio Streck aduz que a judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos que podem acarretar uma juristocracia. Ele informa que quando se trata de uma questão política sendo abarcada pelo judiciário, tem-se o judiciário governando, e quando o juiz decide casos concretos com suas crenças internas, o judiciário está legislando. Tal situação é complicada pois o sistema que se vive é democrático, e não cabe juristocracia.²⁴³

Lenio Streck afirma:

O que vivemos, na verdade, é um positivismo jurisprudencialista, decorrente da aplicação de um empirismo jurídico, resquício de um realismo tardio. Em termos de metaética, vivemos sob o império de decisões proferidas a partir de um não cognitivismo moral.²⁴⁴

Para Lenio Streck, um modo de refrear o ativismo judicial seria que ocorresse um constrangimento epistemológico por parte da doutrina. Ele informa que dessa

²⁴² STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 160.

²⁴³ *Ibid.*, p. 161.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 162.

maneira, o julgador se sentiria constrangido em tomar decisões fora dos parâmetros, isso é, tomar decisões de cunho ativista.²⁴⁵

Lenio Streck defende que quando se está pedindo ao Judiciário, o demandante não quer a resposta de como o juiz pensa sobre o caso, ele quer que o Direito responda, através daquele que diz o Direito o que deve ser feito sobre o caso em comento. Para o autor, esse “solipsismo é um inimigo da democracia”.²⁴⁶

Quando se trata de solipsismo²⁴⁷, deve-se lembrar da necessidade de separar os dois corpos do rei, como aduz o autor:

O Brasil está atrasado mesmo. Em Henrique VII já sabia da necessidade de separar os dois corpos do rei. Juiz tem responsabilidade política. Ele decide. Não escolhe segundo suas convicções. Deve dizer o que a linguagem pública lhe diz. E não deve importar o que ele, particularmente, pensa sobre o direito. Moral é uma coisa contingente. Valores todos têm. Moral, enfim, o valor não corrige o direito.²⁴⁸

Assim, Lenio Streck explica que o juiz precisa saber separar os dois corpos que tem, o de magistrado, e o pessoal. Seus dilemas morais serão no âmbito pessoal. Todavia, o juiz tem critérios de direito pré-estabelecidos que ele usará quando precisar decidir no campo jurisdicional, isso é, o juiz sempre decidirá de maneira a inserir o direito em suas decisões. Escolhas morais não são questões democráticas, e os critérios de direito não estão disponíveis para fins de escolha, o juiz, portanto, está vinculado com esses critérios.²⁴⁹

Não cabe ao presente trabalhar vincular a resposta de quais são os limites, mas apenas, compreender que eles existem, pois como afirma Alexandre de Moraes, o Poder Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, deve-se pautar pelo bom senso. Faz-se mister usar de métodos de interpretação que não se pautem em um subjetivismo exagerado, que acaba por obscurecer a tomada de decisões. Deve-se, portanto, desenvolver métodos de autocontrole judicial, mantendo-se distante de

²⁴⁵ STRECK, 2017, p. 162.

²⁴⁶ Ibid., p. 156.

²⁴⁷ Solipsismo segundo o autor é assujeitar o mundo conforme o seu ponto de vista interior. “É, pois, o resultado do sujeito da modernidade, concebido no seio desse paradigma que tem na subjetividade do homem o ponto último de fundamentação para todo o conhecimento possível”. Para Lenio Streck, é quando uma pessoa age conforme a sua vontade, seu sentimento. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>> Acesso em 05. abr. 2018

²⁴⁸ STRECK, 2017, p. 167.

²⁴⁹ STRECK, loc. cit.

questionamentos absolutamente políticos, interferindo apenas de forma excepcional em situações em que haja riscos a garantia dos Direitos Fundamentais.²⁵⁰

Encerra-se a presente pesquisa com a noção de que haverá um protagonismo por parte do judiciário. Esse protagonismo decorre de uma crise de representatividade dos cargos políticos, e faz com que o judiciário seja provocado na garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição. Logo, esse protagonismo, responsável, não se confunde com o ativismo, que é uma atuação além das possibilidades do Judiciário, e que, portanto, existem limites a essa atuação, para que o protagonismo não seja um ativismo do Judiciário.

²⁵⁰ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p 802.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto no presente trabalho, conclui-se que da análise do princípio separação de funções, é necessário compreender que sua estrutura constante no artigo 2º da Constituição Federal, quando trata da separação de Poderes harmônica e independente entre si, ressalta a ideia de que existem funções típicas e atípicas na estruturação de cada um dos Poderes, e que devem ser observadas as limitações materiais de cada função, para que não haja interferências desnecessárias na função de cada órgão.

No entanto, precisa-se compreender que o princípio da separação não é rígido, e sim equilibrado quanto a sua limitação, e, portanto, constitui uma separação harmônica. Uma separação rígida dos poderes engessaria o princípio, o que impossibilitaria o controle recíproco que deve existir entre os Poderes, pois o poder é que deve fiscalizar o próprio poder.

Quanto a expansão da jurisdição pró-ativa, percebe-se que da análise de fatores sociais e históricos que ocasionaram em uma atuação ativista do Judiciário, principalmente atuação do Supremo Tribunal Federal, visto que após as atrocidades cometidas na guerra, o direito, como um todo, se mostrou preocupado com a garantia de direitos fundamentais.

No Brasil, após um momento ditatorial, observou-se o mesmo fenômeno mundial, cuja a Constituição trazia em seu texto um rol de direitos, ditos fundamentais, que precisavam ser garantidos. Com tais garantias, as demandas que versam sobre questões políticas, foram levadas a discussão até o Judiciário em casos concretos, e o Judiciário, não podendo se eximir de sua responsabilidade, começando a responder tais demandas.

De um pacifismo judicial, observou-se uma maior atuação do Judiciário, um protagonismo por parte desse Poder que se justifica na ideia de que estão efetivando os direitos fundamentais da Constituição. Tal atuação vai além daquilo que se espera do Judiciário.

A difícil conceituação do tema requer uma análise complexa para compreensão do que é exatamente ativismo judicial, mas deve-se entender que o ativismo é um agir

do Judiciário que assume uma postura proativa quanto à interpretação da Constituição.

A partir desse ativismo, surgiram correntes que tanto defendiam, como criticavam essa atuação. Os que criticavam tal atuação são os procedimentalistas, que veem a situação como perigosa ao procedimento democrático, pois somente se assegurando o procedimento democrático é que se terá a garantia dos direitos fundamentais. A ideia dessa corrente está baseada na noção de que quando o povo elege seus representantes, estão elegendo os valores que eles pregam, e, portanto, não cabe ao Judiciário ir contra esses valores, pois estaria indo contra a maioria que elegeu tais representantes. O judiciário não tem legitimidade para questionar tais valores, apenas, deve garantir o procedimento democrático

No entanto, é necessário analisar que quando se ressalta a importância do procedimento democrático, tal corrente admite que atuação do judiciário está também em garantir os valores que estão por trás do procedimento, havendo contradição dentro da própria corrente.

Os substancialista, por sua vez, são o oposto dos procedimentalistas, pois pregam que os valores substantivos que a sociedade escolhe estão firmados na Constituição, e o Judiciário, como seu guardião, deve proteger tais valores incutidos nos direitos fundamentais, e que devem agir, mesmo que ativamente, para a defesa de tais valores.

Acredita-se que um substancialismo moderado faz sentido. Compreender que ao Judiciário cabe a guarda da Constituição não significa que o Judiciário agirá conforme sua consciência em suas decisões. O Judiciário está vinculado a Constituição, e não o contrário.

Pauta-se da ideia de que um protagonismo responsável é permitido, desde que dentro dos parâmetros e critérios preestabelecidos na Constituição.

Observa-se que os limites para essa atuação ativista estão pautadas na própria separação de funções e nas possíveis consequências que as decisões ativistas podem trazer. A separação de funções é necessária para que não haja uma supremacia de um Poder sobre os outros. O ativismo, mesmo que traga resultados satisfatórios nos casos concretos, não pode fazer o Judiciário assumir o lugar que não

é seu por direito. Mesmo que haja omissão do Legislativo, a resposta é uma reforma política e não uma obtenção de funções.

Compreender que no cenário atual a crise da representativa democrática no sentido de uma omissão do Poder Legislativo faz com que esse ativismo aparente ser a solução. No entanto, mister se fez analisar que a resposta está em uma reforma política, necessária, urgente, e que tal reforma não pode ser feita pelo Judiciário, pois esse é órgão técnico, e não compete a ele tal mudança.

O Judiciário, principalmente o STF, não pode tomar as decisões políticas de sua consciência. Esse agir é arbitrário, e precisa estar limitado a separação de funções.

Os limites existem em relação a essa atuação são necessários para que não haja uma juristocracia, no qual o Judiciário governa, ou legisla, pois está se tratando de uma democracia. Os limites impostos ao ativismo são necessários para se manter a democracia.

Conclui-se, portanto, que o Judiciário, precisamente o Supremo Tribunal Federal, deve se pautar pelo bom senso, não usando de métodos de subjetivismos exagerado e se mantendo sob os critérios pré-estabelecidos da Constituição para que um protagonismo judicial responsável não se torne um ativismo perigoso aos ideais democráticos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 17-03-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4650/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-02-2016

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em: 17-10-2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**, Revista Sequência, [S.l.], nº 56, p. 151-176 jun. 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistema de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea**. (Tese de doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2011.

BESTER, Gisela Maria. **O uso de Medidas Provisórias no estado democrático de brasileiro: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo**. (Tese em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial. São Paulo: Almeidina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

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

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

KELLY, Paul et al. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo. São Paulo: Globo, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTMyOQ%2C%2C> Acesso em: 05 abr. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Moralidade administrativa e ministro de Estado. Ano 2018. Disponível em: <http://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-o-correio-braziliense-moralidade-administrativa-e-ministro-de-estado/?lipi=urn:li:page:d_flagship3_detail_base;oMch4HdhQGezDP1FoqG3FQ%3D%3D> Acesso em 05 abr. 2018.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 1. ed. Barueri: Manole, 2013.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**: perspectivas histórico constitucionais da relação entre estado e religião. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

WEFFORT, Francisco Corrêa. **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.