

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CHENOS GADELHA VIANA

SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS:
Análise jurídico-constitucional da judicialização das políticas públicas

SOUSA
2015

CHENOS GADELHA VIANA

SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS:

Análise jurídico-constitucional da judicialização das políticas públicas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms Osmando Formiga Ney

SOUSA

2015

CHENOS GADELHA VIANA

SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS:
Análise jurídico-constitucional da judicialização das políticas públicas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms Osmando Formiga Ney

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. Ms Osmando Formiga Ney – UFCG
Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

À minha mãe,
eterna guardiã do poder familiar durante minha existência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pai e conselheiro, fonte maior de toda sabedoria, pelas tantas provas de sua existência e amor;

A minha mãe e meu irmão Pablo Gadelha, meus alicerces, fontes de minhas mais íntimas convicções e inseparáveis formadores do meu caráter, aos quais me faltam palavras para agradecer por todas as dádivas em minha vida e rogo a Deus que possa tê-los sempre comigo, além de meus maiores exemplos para a escolha da carreira jurídica;

A toda minha família, da qual tanto me orgulho de ser parte, pelo carinho e pela torcida;

Aos velhos amigos, que mesmo distante e com contato diminuído continuam me passando força e boas energias para que eu siga sempre em frente;

Aos novos amigos que Sousa me deu, sem vocês a caminhada teria sido muito mais difícil. Torçamos para que o tempo e a distância não impeçam que nossa amizade se eternize;

Aos meus amigos e companheiros diariamente na sala de aula, os quais tive o imenso prazer de conviver e de retirar grandes lições para toda a vida, tendo a honra de homenageá-los em especial gratidão a Mara Rubia e Vanessa Isis, amigas que me ensinaram e compartilharam não apenas conhecimentos jurídicos, mas me foram exemplos de caráter;

Ao meu orientador, Professor Ney Formiga, por todos os ensinamentos passados, e por toda paciência, dedicação e auxílio na orientação deste trabalho;

A Professora Marcya Gleybianne, a qual me apresentou o encantador universo do Direito Constitucional, com uma maestria ímpar;

A todos os professores e funcionários do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, pela ajuda, pela atenção e por terem contribuído imensamente para meu amadurecimento e crescimento pessoal e acadêmico durante todo o tempo do curso;

“Onde quer que você vá, Deus já foi à frente e abriu o caminho para você.”

Mateus, 6:27-30

RESUMO

O princípio da separação de poderes é clausula pétrea da Constituição Federal de 1988, e tem por objetivo evitar a concentração do poder do Estado em uma única mão, garantindo que não haja abuso de poder. O constituinte dispôs sobre a divisão das funções estatais entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, cabendo respectivamente as funções de legislar/fiscalizar, administrar e julgar. Acontece que no atual contexto social estamos em meio a uma crise de atuação dos poderes legislativo e executivo, o que está gerando uma necessidade de atuação maior por parte do judiciário, no intuito de suprir as lacunas dos outros poderes. A inércia do legislativo e ineficácia do executivo desencadeou um fenômeno denominado de ativismo judicial, decorrente da atuação do poder judiciário, proferindo decisões de caráter normativo e de natureza política, quando provocado pela sociedade, que busca a concretização de seus direitos e garantias previstos pela Constituição. A ineficiência do Executivo em relação às políticas públicas implementadas para a garantia de direitos sociais resulta em um atendimento frustrado ao mínimo existencial para a sociedade, necessitando uma atuação do Poder Judiciário para a garantia dos direitos de segunda geração estabelecidos na Constituição. Há opiniões totalmente contrárias a essa atuação do judiciário, por achar que é uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, há quem defenda a legitimidade do judiciário como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e manutenção do Estado Democrático de Direito, cumprindo seu papel de guardião da constituição.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Políticas públicas; Separação de poderes.

ABSTRACT

The principle of separation of powers is ironclad clause of the Federal Constitution of 1988, and aims to prevent the concentration of state power in a single hand, ensuring no abuse of power. The constituent provided for the division of state powers between the legislative, executive and judicial powers respectively fitting functions to legislate / monitor, administer and judge. It turns out that in the current social context we are in the midst of a performance crisis of legislative and executive powers, which is generating a need for more action by the judiciary in order to address the shortcomings of other powers. The inertia of the legislative and executive ineffectiveness triggered a so-called judicial activism phenomenon caused by the operation of the judiciary, uttering normative decisions and political, when provoked by society, that seeks the realization of their rights and guarantees provided by the Constitution. The inefficiency of the Executive in relation to public policies implemented to the guarantee of the social rights results in a frustrated attendance to the existential minimum to the society, requiring a performance of the judiciary power to guarantee the second-generation rights established in the Constitution. There are totally contrary opinions to that of the judicial role, thinking that it is an affront to the principle of separation of powers. On the other hand, some argue the legitimacy of the judiciary in order to ensure the realization of fundamental rights and maintaining the rule of democratic rule, fulfilling its role as guardian of the constitution.

Keywords: Judicialactivism; Public policies; Separation of powers.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	12
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS A TÍTULO DAS ORIGENS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	12
2.2	DOCTRINADORES E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.2.1	Aristóteles e a contribuição através da constituição mista e descrição de funções.....	13
2.2.2	John Locke e a separação dos poderes	15
2.2.3	Bolingbroke e os checks and balances	18
2.2.4	Montesquieu e a teoria da separação dos poderes	19
2.2.5	A teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos da América..	23
2.3	CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	26
3	ATIVISMO JUDICIAL	29
3.1	O ADVENTO DA POSTURA ATIVA DO JUDICIÁRIO	29
3.2	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL.....	31
3.3	Atuação do Judiciário em face da inércia legislativa	35
3.4	O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	39
3.5	LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	40
4	O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	48
4.1	POLÍTICA PÚBLICA.....	49
4.1.1	Políticas públicas e o princípio da eficiência na administração pública	50
4.2	ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	51

4.2.1	Mínimo existencial, reserva do possível orçamentário e princípio da razoabilidade.....	52
4.2.2	Do cabimento da judicialização de políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro	54
5	CONCLUSÃO	58
6	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo valer-se-á do método de abordagem dedutivo, partindo de leis e doutrinas mais abrangentes para posteriormente restringir-se ao tema exposto, partindo-se, portanto, de um tema geral para um específico. Como método de procedimento será o método monográfico, obedecendo à metodologia proposta. Como técnica de pesquisa, utilizar-se-á a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrina, jurisprudência e sites da internet.

Em meio à realidade social hodierna, o princípio da separação dos poderes se encontra relativizado para que seja possível o atendimento dos anseios sociais. Isso resulta em grande polêmica no contexto jurídico atual, uma vez que a busca por respostas às necessidades sociais está sendo solicitada através do âmbito judicial. Desta maneira, este poder encontra-se desencadeando funções concernentes aos demais (Executivo e Legislativo), tendo, assim, uma postura bastante ativa, caracterizando o ativismo judicial.

Diante da grande demanda de processos judiciais que buscam a satisfação de direitos que deveriam ser garantidos pelos outros poderes, a relativização do princípio da separação dos poderes está gerando enormes discussões jurídicas, despertando posições variadas quanto ao cabimento e legitimidade para a atuação do Poder Judiciário nas esferas do Legislativo e do Executivo.

O interesse pelo tema aqui abordado se dá justamente no crescimento da atuação do judiciário no cenário político e social, uma vez que o princípio da separação dos poderes constitui o ordenamento jurídico na forma de cláusula pétrea da Lei Maior.

O presente trabalho se importa de maneira mais específica na grande atuação judicial face à implementação e gestão de políticas públicas.

A maior contenda está travada no fato de as políticas públicas serem os meios que o poder executivo possui para conceder à sociedade uma vida pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana - de maneira a fornecer ao menos o mínimo existencial - e o poder executivo se encontrar ineficiente quanto à realização/gestão dessas políticas públicas.

Acontece que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição e cabe ao

mesmo a garantia e eficácia desta. Além de que, quando a tutela judiciária é acionada, o poder judiciário não pode afastar-se ou abster-se de proferir decisões. Sendo assim, a sociedade está buscando respostas aos seus direitos através de processos judiciais, já que os procedimentos políticos do Poder Executivo não se encontra prestando a devida assistência.

No primeiro capítulo, será abordada a questão da evolução da teoria da separação dos poderes, a maneira que o pensamento foi evoluindo até a concepção mais hodierna de definição dos poderes legislativo, executivo e judiciário, trazendo as funções inerentes aos poderes, como a independência e harmonia entre eles, assim como o sistema de freios e contrapesos que possuem.

Num segundo momento, será tratado o próprio fenômeno do ativismo judicial, sendo explorado de maneira ampla a ineficiência dos poderes legislativo e executivo, dando consequência a este fenômeno para a realização de regulamentação de direitos ou a garantia de prestação de direitos perante aos anseios sociais.

No terceiro capítulo, traz-se a temática em questão: a judicialização das políticas públicas. Trazendo a conceituação de políticas públicas e a seara de poder a que pertence e deveria ser implementada (poder executivo), e a questão da judicialização das mesmas, visto que a sociedade se vale do poder judiciário para a garantia de seus direitos sociais, econômicos e culturais, devido a ineficiência dos agentes políticos do poder executivo. Desta forma, apresenta-se, também, a relevante discussão doutrinária em relação ao tema.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao tratar do tema do ativismo judicial, se faz necessário abordar em primeira mão o poder judicial e os limites impostos a esse poder em relação ao demais existentes, para que não se consubstancie a invasão de searas pertinentes a cada um dos poderes. É inescusável, aqui, tratar da separação dos poderes, trazer conceitos que digam respeito à teoria e ao princípio da separação dos poderes. A partir dessa premissa, de estabelecer e determinar conceito da teoria e do princípio da separação dos poderes, se pode vislumbrar de melhor maneira a concepção do ativismo judicial.

Se tratando da temática da separação dos poderes, é de grande ressalva apontar a dificuldade do tema em questão, pois existem diversos momentos históricos e entendimentos diferentes acerca do tema, tendo em vista proposições de pontos de vista e variadas circunstâncias a serem levadas em conta.

De maneira antecipada a título de esclarecimento do que será exposto a seguir, será tratada a separação dos poderes em dois momentos, num primeiro momento será abordado o caráter doutrinário que visa o equilíbrio entre as forças sociais e políticas existentes em determinada sociedade, analisando a sua evolução e contexto histórico; já em um segundo momento, a tripartição dos poderes será analisada tendo em vista o papel exercido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como princípio constitucional orgânico-funcional.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS A TÍTULO DAS ORIGENS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

De acordo com a doutrina de Dalmo Dallari (DALLARI, 2012, p.215), “o antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles(...)”, é possível perceber que a separação dos poderes já é tratada como um tema recorrente do pensamento ocidental desde a Antiguidade Clássica.

No tangente à separação dos poderes como uma distinção entre as funções estaduais, a qual prescreve a distribuição de cada uma dessas funções a determi-

nado órgão separado e que vise privilegiar a idéia de liberdade individual – princípio orgânico-funcional -, se tem uma origem histórica moderna. Essa concepção surge e se desenvolve no século XVII, na Inglaterra, em que aparece uma primeira sistematização doutrinária com base nesse aspecto, elaborada na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, de John Locke (LOCKE, 2001).

Não apenas Locke, mas outros ingleses também apresentaram teorias acerca da separação de poderes, a exemplo de Bolingbroke, que trata a idéia dos *checks and balances*, instituto o qual, mais tardiamente, foi melhor desenvolvido por autores norte-americanos.

Já no século XVII, na França, na obra clássica *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, desenvolveu a “versão” base da separação dos poderes para o Estado Constitucional Moderno, associando, assim, o princípio da separação dos poderes fortemente à obra e ao nome de Montesquieu.

Além da grande contribuição de Locke, Bolingbroke e Montesquieu para se ter a idéia chave hodierna acerca da compreensão desse tema, não se pode esquecer mencionar dos contribuintes Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, contribuintes na doutrina norte-americana nos artigos “*The Federalist*”.

2.2 DOCTRINADORES E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A partir da ideia proposta no tópico acima, é possível notar que o tema foi abordado, de maneira direta ou indireta, por diferentes autores, sociólogos, juristas, filósofos e publicistas, por exemplo. Neste tópico, se analisa as contribuições mais destacadas em relação ao tema e que possuem mais costumeiramente citação pela doutrina em geral acerca da origem da separação dos poderes.

2.2.1 ARISTÓTELES E A CONTRIBUIÇÃO ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO MISTA E DESCRIÇÃO DE FUNÇÕES

Na obra *Política*, Aristóteles, filósofo grego, trabalhou ideias que puderam se relacionar com as formulações teóricas propostas em tempo mais adiante por autores como Locke e Montesquieu, se tratando da separação dos poderes. Ao se basear nas experiências vividas no seu tempo, o autor da mencionada obra descreve e individualiza essas experiências de maneira que visa defender um melhor tipo de constituição, desenvolvendo papel de suma importância para a formação da teoria da constituição mista.

Ao tratar do conceito de constituição mista, o doutrinador Nuno Piçarra entendeu que:

(...) constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o 'exercício da soberania' ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhes, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (PIÇARRA, 1989, p.33)

O filósofo de Estagira faz a análise do Estado numa perspectiva em que exista a multiplicidade, composta por vários elementos. Defende que para a existência de uma melhor constituição, é necessário se levar em conta os ricos e os pobres, e a mistura de elementos as oligarquia e da democracia, ao mesmo tempo, asseverando que *“quanto mais misturado estiverem as partes de um regime, mais duradouro ele será”*.

O estagirista não chegou a formular certamente uma teoria para a separação dos poderes, porém, em sua análise descritiva, expõe que todas as formas de constituição apresentam três partes: 1ª) Deliberativa; 2ª) Magistratura; e 3ª) Judiciária.

A parte deliberativa da constituição se refere à deliberação sobre os temas que dizem respeito à comunidade, aqui compete decidir sobre assuntos que se relacionam à guerra e à paz, incluindo a parte tocante às alianças e aos pactos; fiscalização das contas públicas; escolhas para cargos das magistraturas e etc. O presente estudo não se aprofunda nessa parte deliberativa de maneira pormenorizada para que não desvie do objetivo principal, porém o assunto pode ser encontrado com mais riquezas de detalhe na obra *Política* do filósofo.

Em torno da magistratura, essa se assemelha ao que hoje em dia temos como Poder Executivo. Tem como base ser um poder de mando/comando, com funções governamentais. Entretanto, à a época, o filósofo não incluiu todas as funções de executar ou realizar algo. Aristóteles assevera que “O nome de magistratura deve ser reservado em termos mais próprios e absolutos, de julgar e de exercer um poder efectivo, e de um modo especial para este último aspecto, porque é aquilo que mais se coaduna com a função de governar” (ARISTÓTELES, 1988, p.333).

No tocante à terceira parte, Judiciária, de acordo com a própria “sugestividade” do nome, faz parte do que hodiernamente se conhece como função jurisdicional. Trazendo no corpo de sua obra a descrição e tratamento de onde provém os juizes, as atribuições as quais exercem, quais os modos de nomeação, etc.

Em síntese da contribuição Aristotélica para a teoria da separação dos poderes, temos que o autor não pode ser reconhecido como o “pai” da doutrina de separação dos poderes, apesar de sua grande contribuição. Isso se dá pelo fato de ele não ter arquitetado tal princípio ou teoria, muito menos se preocupou propriamente com a relação entre os três poderes existentes no seu ideal de constituição. Ao que é interpretado dos estudos em relação à sua obra, tem-se que seu objetivo principal era de realizar uma síntese descritiva das partes e funções do seu tempo, atingindo muito bem o seu objetivo (BASSI, 1965, p. 23).

2.2.2 JOHN LOCKE E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Nas palavras de Milagros Otero Parga, Locke é quem adverte expressamente, em primeira mão, dos perigos em que a concentração dos poderes reunidas em um único órgão pode vir a ocasionar, a partir dessa idéia, Locke pretende evitar os abusos e excessos que podem ser derivados de tal concentração. (PARGA, 1997, p. 121 e 122) Nota-se, aqui, que a proposta de separação dos poderes e estruturação do estado que o filósofo traz, tem como base a harmonização.

Dada a idéia de descentralização do poder, Locke estrutura o poder em: poder legislativo, com a funcionalidade voltada à criação das leis; poder executivo, que visa a execução e aplicação das leis; poder federativo, o qual atua e funciona em relação primordial às questões externas e internacionais; e prerrogativa, que traz a ex-

cepcionalidade de se tomar medidas e decisões em momentos críticos (LOCKE, 2001, parag. 134-138, p. 162-167).

Começando pelas idéias relacionadas ao Poder Legislativo, para o autor inglês “O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade (LOCKE, 2001, parag. 134-138 p. 162). Defende, assim, que “A primeira lei fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo” (LOCKE, 2001, parag. 134-138 p. 162). Ao se estabelecer o Poder Legislativo, cumpre a este a criação das leis, as quais devem dotar de generalidade e abstração, serem estabelecidas e fixas (LOCKE, 2001, parag. 142, p. 168). A partir dessas características das leis, se tem o entendimento de que são instrumentos de igualdade jurídica que se sobrepõe à igualdade social.

Uma concepção bem importante acerca do Poder Legislativo que o britânico traz em sua obra é a de que o legislativo não pode transferir ou entregar o seu poder para outros, tampouco fazer a entrega de seus poderes aqueles que não receberam a confiança do povo.

Também é importante falar sobre a conceituação do britânico acerca do Poder Legislativo como o poder supremo, pois assevera que “aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior” (LOCKE, 2001, parag. 142, 4º, p. 169). Entretanto, Locke não deixou de conferir limites ao *supreme power*, admitindo que encontra limites em determinados fins, pois permanece no povo um poder de destituir ou alterar o legislativo quando for considerado não condizente com a confiança em que foi depositada.

Quanto à delimitação do Poder Legislativo para não agir de forma arbitrária, o autor ainda defende que a atuação deste deveria se limitar à aprovação de leis gerais e não poderia funcionar constante e ininterruptamente. De maneira ainda além, o Poder Legislativo não poderia assumir um poder de governar através de decretos circunstanciais, arbitrário e improvisados, ou resoluções desprovidas de fundamento, seria obrigado a promulgar leis que detenham estabilidade e que dotem de aplicabilidade por meio de juízes reconhecidos e autorizados (LOCKE, 2001, parag. 149, p. 173).

Ao se analisar esse pensamento do britânico, não se pode chegar à conclusão de que o objetivo ao defender o Parlamento como poder supremo era de sobreposição aos demais poderes e possibilidade de fazer o que bem entender.

No que diz respeito ao poder executivo, a necessidade da existência desse poder advinha da argumentação de Locke que para poder conseguir a aplicação imparcial da lei, seria preciso que os homens que a fazem não fossem os mesmos que as aplicassem, para que não se possa adequar a lei à vontade de um mesmo poder, no momento de criação ou de execução, o que tornaria muito fácil a esquiva da obediência da lei por parte da pessoa que a cria e aplica. (LOCKE, 2001, parag. 143, p. 170). Sendo assim, considera essencial que se impeça o Poder Legislativo de executar as leis, chegando, deste modo, ao cerne do tema da separação de poderes, na defesa de que para a execução das leis exista um poder diferente.

Assim sendo, o Poder Executivo se estabelece como aquele competente a executar as leis de maneira interna em um Estado. Deve o executivo atuar de forma permanente para que a execução das leis seja assegurada na medida que são feitas e durante o período em que a lei seja vigente, tendo em vista que as leis se permanecem em vigor de maneira constante e contínua.

Embora a dicotomia legislativa-executiva seja a chave mestre da obra do filósofo britânico, ele estabelece ainda outro poder, o Poder Federativo, o qual considera a existência em toda comunidade civil e que o classifica como natural. Esse poder, em base, diz respeito ao desempenho das funções de administração da segurança e do bem público externo, assumindo a competência ao que se trata em guerras e paz, alianças e ligas, e transações com pessoas que esteja, fora da sociedade civil.

O que diferencia o Poder Executivo do Poder Federativo na tese de John Locke reside em dois aspectos. Primeiramente, um diz respeito às relações externas e o outro à aplicação das leis de uma maneira interna. Em segunda diferenciação, as competências pertinentes ao Poder Federativo fazem com que ele possua um menor grau de vinculação à lei do que o Poder Executivo. Porém, apesar das diferenciações existentes entre esse dois poderes, Locke aduz que como ambos exigem força da sociedade e rapidez para o seu exercício, devem estar nas mãos de apenas uma pessoa, ficando, desta maneira, os dois poderes nas mão do Rei (LOCKE, 2001, parag. 147 e 148, p. 171 e 172).

Em relação ao último poder apresentado na teoria de Locke, se tem o Poder de Prerrogativa, o trazendo como “poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele” (LOCKE, 2001, parag. 160, p. 182). Aqui Locke prevê a impossibilidade de o legislativo prever e prover leis para todos os acontecimentos possíveis, sendo assim, o poder de prerrogativa fica com a competência para o tratamento de situações de caráter excepcional e desprovidas de previsão legal, restando esse poder também nas mãos do Rei.

Ao analisar os poderes que o filósofo inglês contribuiu para a idéia hodierna de separação dos poderes, notamos a ausência do Poder Judiciário, ficando a função de tal poder a cargo do Poder executivo, como executor das leis. E é justamente esse fato que traz para o estudo de Locke as principais críticas no sentido de que a ausência do poder judicial autônomo, consiste em um limite conceitual e estrutural da sua doutrina.

2.2.3 BOLINGBROKE E OS CHECKS AND BALANCES

Outro autor inglês, Henry St John, Visconde de Bolingbroke, também merece destaque no tocante às contribuições para a atual compreensão do princípio da separação dos poderes, a ponto de lhe ser atribuído o pioneirismo na abordagem da temática do instituto dos “checks and balances”, que tardiamente seria desenvolvido na obra “The federalista”, por autores norte-americanos, a partir daí, ganhando maior destaque e autonomia.

Bolingbroke afirma que para que se possa impedir a subversão de um poder por outro, se faz necessário manter uma independência entre eles e, também, atribuir a cada um dos poderes uma maneira em que se possa haver um controle recíproco, possibilitando, assim, equilíbrio dos órgãos constitucionais.

Sendo assim, o autor inglês defende que os órgãos constitucionais não sofram tipo de influência, mantendo a independência para a tomada de decisões que estejam nos limites de suas competências, e que quando essas decisões tiverem potencial de interferir em situações que vão além do âmbito de competência do órgão que as tomam, tenham a possibilidade de serem controladas e fiscalizadas pe-

los demais órgãos do Estado. A partir disso, a independência dos órgãos do Estado se configuraria como condição *sine qua non* para a ocorrência de uma dependência mútua/interdependência, caso contrário – existindo os meios de controle, mas não a independência –, teria um independência individual e permanente de uma das partes em relação às outras.

Nuno Piçarra exemplifica os efeitos práticos dessa estruturação aduzindo:

Não faria sentido dotar o Parlamento de meios de controle sobre o Executivo se ele não fosse independente de influências deste na tomada das decisões da sua competência – justamente o que ao tempo não estava a acontecer, devido ao sistema de ‘corrupções e influências’. Por outro lado, perderia todo sentido útil atribuir ao Executivo uma *negative voice* relativamente aos decretos do Parlamento se este não estivesse, à partida, livre de toda influência do primeiro (PIÇARRA, 1989. p. 86.)

2.2.4 MONTESQUIEU E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao analisar a contribuição de Montesquieu para a concepção das idéias acerca da teoria da separação dos poderes, se parte referencialmente da sua obra “O Espírito das Leis”. As idéias do filósofo francês tiveram recebido bastante influência de Bolingbroke e de Locke – em especial – assim como de outros autores ingleses que o filósofo teve mais conhecimento enquanto residia na Inglaterra. Não apenas influenciadas pelas obras desses autores, as idéias de Montesquieu dotam de certo pessimismo antropológico, ao estar de acordo com a realidade histórica do seu tempo. Se pode notar a influência desse pessimismo antropológico a exemplo do trecho retirado de sua obra “O Espírito das Leis”: “Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar”. (MONTESQUIEU, 1996, p.166) Ao se notar que o ator é movido por esse sentimento, também é possível notar que existe a preocupação do mesmo quanto à necessidade de frear o abuso de poder.

Montesquieu nega a liberdade natural e reporta a liberdade do homem à lei, aqui existe a idéia de liberdade diretamente ligada à legalidade, se considerando

uma liberdade normativa. Sendo assim, se nota que o destaque da lei é o cerne da teoria da separação dos poderes para Montesquieu, isso se faz notório no trecho:

Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. (...) Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite (MONTESQUIEU, 1996, p. 166 e 167).

Em torno disso, para que se consiga evitar o abuso de poder, garantindo margem de liberdade à sociedade, é necessário construir um sistema onde a liberdade não seja apenas proclamada de maneira abstrata, mas, também, concretamente garantida. E para que haja a possibilidade disso, Montesquieu afirmara: “(...) É preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166.).

Dadas as primeiras considerações acerca do pensamento filosófico de Montesquieu acerca da separação dos poderes, passa-se à exposição da sistematização e organização dos poderes do Estado de acordo com o pensamento do filósofo francês.

O autor de “O Espírito das Leis” defende uma teoria tripartite, constantes dessa teoria os poderes legislativo, executivo e judicial (ou de julgar), cabendo a cada, a ocupação das suas próprias funções de maneira independente, onde, também, uma pessoa ocupante de cargo de determinado poder, não deveria ocupar lugar nos demais. Montesquieu argumentava que a não existência de uma divisão entre esses poderes levaria ao cerceamento ou até mesmo à não existência de liberdade, o que facilmente tenderia ao abuso de poder.

A preocupação do filósofo não se deu apenas a nível funcional – divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário -, mas, também, porém de forma menos acentuada, a nível institucional – Parlamento, Governo e Tribunais – e ainda a nível sócio-estrutural – Coroa, clero, junto à nobreza, e o povo. Desta forma, também se preocupa com a harmonização das forças sociais e políticas existentes na sociedade.

O poder legislativo é traduzido no poder de fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, na correção ou ab-rogação das que já se encontram produzidas, desse modo, representando a “vontade geral do estado” (MONTESQUIEU, 1996, p.

169). Confia-se esse poder ao parlamento. De acordo com o ideal de Montesquieu, o povo deveria ser o dono do poder legislativo, mas, dessa maneira, surgiriam muitas dificuldades e se tornaria inviável a tomada de algumas decisões.

A estrutura do parlamento segundo o filósofo em questão se divide em Câmara Baixa ou do Povo e Câmara Alta ou dos Nobres. A primeira é constituída por representantes escolhidos pelo povo, para que os mesmos, através de seus representantes, façam tudo aquilo que não podem fazer diretamente, tendo em vista a incapacidade do povo em discutir assuntos. Já a segunda câmara, composta pela nobreza, visa o fato de existir num Estado pessoas com interesses a defender que se distinguem pela riqueza, nascimento ou honras, consubstanciando-se a escolha através da nomeação.

De maneira além, Montesquieu defende que não seria interessante a ausência prolongada de reuniões do poder legislativo, correndo-se, assim, o risco de na falta de leis e resoluções, o estado tender a cair em uma anarquia ou, até mesmo, o poder executivo tomar para si o papel de legislar, virando um poder absoluto. Na mesma linha, seria prejudicial que o legislativo estivesse sempre reunido, desta forma atrapalharia o executivo, que deixaria de executar as leis para passar a se ocupar mais em defender suas prerrogativas junto ao legislativo (MONTESQUIEU, 1996, p. 118).

No tocante ao executivo, o destina como função a execução das leis e das resoluções públicas de maneira interna ou externa, executando a vontade geral do Estado (MONTESQUIEU, 1996, p. 169), cabendo-lhe fazer a paz ou guerra, enviar ou receber embaixadas, manutenção da segurança e prevenção de invasões, ainda, também, a definição da época e duração das assembleias do parlamento. A respeito da posse do poder executivo, o autor da obra “O Espírito das Leis” defende que essa posse se encontra nas mãos do Monarca, tendo em vista a própria natureza de execução legislativa. Aqui leva-se em conta que essa função necessita de uma ação instantânea, a qual é melhor realizada por uma só pessoa ou poucas, diferindo-se dos assuntos tratados pelo poder legislativo que requerem a participação de número maior de pessoas (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

O jus-filósofo francês, também se preocupa em abordar a questão dos freios e contrapesos entre esses poderes, instrumentos que visam a coordenação ou interdependência recíproca. De acordo com o francês, o poder executivo deveria participar da legislação apenas em questões que objetivem a defesa de suas próprias

prerrogativas, tendo em vista que se fosse de maneira contrária, o poder legislativo avocaria para si todos os poderes, de modo a anular os demais. Entretanto, o poder executivo detinha apenas a faculdade de impedir, não cabendo ao monarca a participação no legislativo com o poder de decisão, caso isso acontecesse, não existiria a liberdade e independência entre os poderes, como aduz;

O poder executivo, como já dissemos, deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. (...) Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que torne parte nela com a faculdade de impedir (MONTESQUIEU, 1996, p, 173-175)

Quanto ao poder legislativo, não existiria a necessidade de uma faculdade em limitação do poder executivo, dada a característica natural de que o poder executivo é vinculado à lei, e exercido sobre coisas momentâneas. Não obstante à instrumentalização direta de freio ao poder executivo, o legislativo detinha o direito e dever de “fiscalizar” a forma com que estariam sendo executadas as leis as quais fora o criador (IBID, p. 174). Como se é notório, o fato de Montesquieu dotar o poder legislativo de um mecanismo de freio relativamente menor do que o do poder executivo, não se faz a toa. Isso é explicado na sistemática do autor, em que a própria competência do poder legislativo já serve como a limitação e mecanismo de freio ao poder executivo, e conferir-lhe um instrumento mais forte ou até mesmo mais um mecanismo, implicaria no déficit da independência que o poder executivo deve deter.

No que diz respeito ao poder judicial, competia este a “castigas os crimes, ou julgar as querelas entre particulares” (IBID, p 168), que deveriam ser exercidos, na maioria dos casos, por pessoas do povo e não por profissionais, respeitando o que a lei prescreve. Montesquieu assevera que esse fatores seriam fundamentais para que o poder de julgar fosse invisível e nulo, de acordo com a sua opinião:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. (...) Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo (MONTESQUIEU, 1996, p. 169)

Também em relação ao poder judicial, defendia que “os julgamentos devem ser fixos a ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei” (MONTESQUIEU, 1996, p 169). De acordo com esse pensamento, afirma que os juizes não são nada mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1996, p 175).

Apesar de se levar em consideração as proposições do filósofo acerca do poder judicial, tem-se que o esse poder o autor defende a independência do mesmo, porém o esquematiza de maneira totalmente vinculada à lei, não abrindo espaços à criatividade do juiz, devendo desempenhar uma função mecânica, reproduzindo apenas o que já teria sido decidido pelo legislativo à época da elaboração do texto legal.

Em um comparativo da obra de Montesquieu à de Locke, tem-se a apresentação da obra do autor francês como considerada mais atual, pode-se perceber que mesmo à época em que a obra foi escrita e levando-se em consideração o vocabulário pertinente no século em foi fora escrita, nota-se a semelhança em relação ao vocabulário que utilizamos hodiernamente.

As idéias de Montesquieu não mais teriam feito do que a sistematização, de uma maneira melhorada, das idéias apresentadas e trabalhadas anteriormente, em especial pelos ingleses, mas apesar disso, não existe a alternativa de negar a importância de Montesquieu para a teoria da separação dos poderes, sendo o autor a quem se faz a remição em relação ao assunto. E, em decorrência de tal importância contributiva de sua obra, sua teoria serviu como fonte de debate e de inspiração para a assembleia nacional francesa de 1789, consagrando a separação dos poderes no artigo 16 da declaração de direitos do mesmo ano. O que de fato aplacou a importância para que a separação dos poderes se difundisse como princípio constitucional e se fizesse presente nas Constituições de inúmeros países, sendo, esse princípio, visto como pilar e critério universal do estado Constitucional Moderno (VILLE, 2007, p. 108).

2.2.5 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Após apresentação das contribuições para a teoria da separação dos poderes de acordo com cada pensador neste trabalho analisado, cabe escrever algumas linhas acerca do tratamento da separação dos poderes nos estados Unidos da América, de modo a abordar idéias gerais e algumas específicas no tocante à contribuição dos autores Madison, Hamilton e Jay, nos artigos Federalistas, que serviram para o modelo de estruturação da primeira Constituição escrita, a Constituição Norte-Americana de 1787 e seu desenvolvimento posterior.

A organização política adotada nos Estados Unidos da América inspira-se de maneira direta aos pensamentos jus-filosóficos de Montesquieu, contendo os três poderes: Legislativo, executivo e Judicial. Poderes os quais não se limitariam a praticar atos inerentes apenas às suas funções; mas, também, a possibilidade de interferência em atos praticados pelos outros órgãos, de maneira a contribuir na produção de efeitos dos atos praticados por um dos poderes, ou, até mesmo, de maneira a impedir essa produção de efeitos, utilizando-se da faculdade de impedir.

De acordo com o estabelecido na Constituição de 1787, os norte-americanos mostram uma maior paridade entre os poderes, de maneira a procurar o afastamento da idéia de supremacia legislativa. Parte-se, aqui, da premissa de que o Legislativo pode representar perigos por possuir a tendência natural de predominância em relação aos outros poderes, logo, os autores norte-americanos partem para a mitigação do poder legislativo, de maneira a visar o equilíbrio deste com os demais poderes, na tentativa de fortalecimento dos demais. Sob essa ótica, foi defendido um sistema baseado na presença de controle mútuo, ou freios e contrapesos. Em determinado sistema, tem-se que quanto mais e melhor estiverem articulados os mecanismos de controle, a possibilidade de sucesso na relação de equilíbrio entre os poderes se torna maior.

Quanto à estruturação de cada poder na Constituição Americana de 1787, em relação ao Poder Legislativo, é apresentada a divisão em duas Câmaras: Senado e Câmara dos representantes. O Senado atua como uma entidade legislativa, porém ainda tem participação na administração, em determinados casos, particularmente no que se diz à escolha dos funcionários do poder executivo. O Senado também participa da função judicial, a exemplo da pronúncia de determinados delitos políticos. Quanto à Câmara dos representantes, os funcionários que a integram não par-

ticipam no poder administrativo e apenas desempenha função judicial de maneira remota, na possibilidade de acusar funcionários públicos perante o Senado.

Em relação aos sistemas de freios e contrapesos que o poder legislativo possui, se merece destacar a importância de dois principais: 1) autorizações e aprovações relativas a nomeações para altos cargos, a tratados e a créditos orçamentais; 2) a possibilidade de *impeachment* do Presidente, ficando a Câmara dos representantes com a competência para indiciar os crimes de responsabilidade e cabendo ao Senado competir para a realização do julgamento e proceder com o ato de proferir a decisão final.

Em análise do Poder executivo, o cargo é conferido ao Presidente que é eleito para exercer mandato com a duração de quatro anos. E se tratando do sistema de freios e contrapesos, o mecanismo conferido a este poder para ser utilizado perante o exercício legislativo, de acordo com a análise de Tocqueville: “Dispõe de um veto de suspensão ou, pelo menos, tem a possibilidade de travar, segundo sua vontade, os movimentos daquela” (TOCQUEVILLE, 2007, p. 126).

Ao se tratar do poder judicial, tem-se que o modelo de regras as quais os norte-americanos adotam, possam ser tidas como a contribuição mais considerável. Isto porque, para este determinado poder, foi concebida uma autonomia que não tinha sido vista em nenhum dos outros estudos anteriores, tornando, a partir da Constituição de 1787, mais do que a mera boca que pronuncia a lei.

Alexander Hamilton foi um dos autores que mais contribuiu para a autonomia e liberdade que foi conferida ao poder judicial. Hamilton parte da idéia de que o poder que menos se deve temer é o judicial, porque ele é o que possui menos meios para atacar a Constituição. Ele defende os tribunais no sentido de que se deve impor restrições ao Poder Legislativo, através dos mesmos, declarando nulidade nos atos que fossem manifestamente contrários ao que se estabelece na Constituição, asseverando: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da Constituição é nulo. Esse princípio é indubitavelmente; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade” (HAMILTON; MADINSON; JAY, 2003, p. 459).

Hamilton também defende como função essencial a possibilidade de os juízes interpretarem e ainda de determinarem o sentido da Constituição, afastando, desse modo, a linha de pensamento de que os tribunais e juízes exercem uma função puramente mecânica, afirmando:

A constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como interpretação da lei é a função especial dos tribunais de judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como o de todos os outros atos do corpo legislativo (HAMILTON; MADINSON; JAY, 2003, p. 460)

Assim, não significa dizer que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo. O que Hamilton propõe é que os juizes devem obediência à Constituição, e, em caso de confronto entre uma lei fundamental e outras que não são, a preferência deve ser levada em conta à lei fundamental, ao concordar com a vontade do povo em quebra da vontade do legislador que desrespeite a constitucionalidade do texto (HAMILTON; MADINSON; JAY, 2003, p. 161).

A partir do pensamento dos norte-americanos, pode-se concluir que conseguiram estabelecer um patamar de igualdade entre os poderes, dando mais mecanismos ao poder judiciário para que este conseguisse alcançar a igualdade em relação aos demais, e, até mesmo, superioridade ou protagonismo em determinados momentos.

Logo, o papel assumido pelo Poder Judiciário nos Estados Unidos, apesar de ter sido de suma importância para controlar abusos cometidos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, começou a representar alguns perigos para a separação dos poderes, para os cidadãos e para o próprio sistema constitucional. Aqui se configura a abertura para um ativismo judicial, o qual nem sempre fez prevalecer o texto constitucional, os interesses da sociedade, das minorias e os direitos fundamentais, confirmando a necessidade de cautela com o poder conferido a cada poder, até mesmo com o que possa ser de maneira aparente o mesmo temível, como serão abordados os questionamentos em oportunidade posterior.

2.3 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

De acordo com as principais contribuições e idéias em torno do norte da teoria da separação dos poderes aqui apresentadas, se faz importando frisar o fato de que esse princípio foi desenvolvido para neutralizar e dividir a acumulação de pode-

res nas mãos de apenas uma pessoa ou de um mesmo grupo, garantindo, deste modo, a liberdade das pessoas e condição propícia à garantia e realização de direitos fundamentais. Tem-se essa como a principal função da separação dos poderes. Entretanto, a funcionalidade desse princípio constitucional não se esgota nesse ponto, passando-se à uma análise mais profunda acerca do mesmo, é possível chegar a outras funções e características que reforçam a importância exercida por este princípio.

De modo a se iniciar a análise de características e funções do princípio constitucional da separação dos poderes, reafirma-se a primeira função ou característica deste princípio que é o fato dele constituir-se como um princípio organizacional da Constituição. Ou seja, é meio de delimitação do poder estadual. Nesse sentido, Cantolho assevera:

Duas idéias básicas continuam a estar subjacentes à separação funcional dos órgãos constitucionais. Uma, é a da ordenação de funções através de uma ajustada atribuição de competências expressa na fixação de regras processuais e na vinculação à forma jurídica dos poderes a quem é feita essa atribuição. Nessa perspectiva, ou seja, como racionalização, estabilização e delimitação do poder estadual, a separação dos poderes é um princípio organizatório fundamental da Constituição. (...) A delegação indiscriminada de competências constituiria uma porta aberta para a dissolução da ordenação democrática das funções, constitucionalmente estabelecida. Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (checks and balances) e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder (CANTOLHO, 2003. p. 250 e 251)

De acordo com Nuno Piçarra, o princípio da separação dos poderes tem ganhado importância progressiva no sentido de determinar o seu valor normativo, de acordo com as palavras do referido autor:

Ele vai no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre órgãos constitucionais, sobretudo em casos tão problemáticos como o direito judicial, o controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos vários tipos da chamada discricionariedade imprópria, a inconstitucionalidade por omissão e o instituto dos assentos (PIÇARRA, 1989, p. 262)

Não só como princípio fundamental organizacional, o princípio da separação dos poderes atua como princípio jurídico normativo-autônomo, nos casos em que se

poder invocar em litígios jurídicos constitucionais havendo a considerável lesão de um poder em relação ao núcleo essencial de suas funções. Como melhor assevera Canotilho:

Mas, se a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de <<rupturas de divisão de poderes>>, já o mesmo não acontece quando o núcleo essencial (kernbereich) dos limites de competências, constitucionalmente fixado, é objeto de violação. Aqui pode estar em jogo todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controlo e sanção, definido no texto constitucional (CANTOLIHO, 2003, p. 251 e 252)

Deste modo, o princípio constitucional da separação dos poderes pode ser utilizado para a prevenção de que aconteça, ou para impedir e combater os efeitos negativos da violação ao núcleo essencial das competências dos poderes.

Também é possível observar que a separação dos poderes é um pressuposto institucional para que sejam garantidos os direitos fundamentais, tendo em vista que a não existência de separação dos poderes, acarreta nos direitos fundamentais como uma mera declaração de intenção. Essa teoria traz consigo uma carga valorativa permissiva e estimuladora da proteção e realização dos direitos fundamentais. Permissiva, posto que, em consoante medida de garantia da separação dos poderes e observação da positivação dos direitos e garantias fundamentais, se cria a conjuntura de possibilidade de cobrança de realização desses direitos; uma vez que não dependerá apenas da vontade de uma só pessoa, grupo ou poder, estabelecer quais direitos devem ser observados e como regulá-los. De maneira estimuladora, ao passo que dentro dessa conjuntura se pode garantir aos cidadãos um grau de liberdade satisfatório, criando-se, assim, um ambiente propício para que estes se sintam a vontade para que realizem a exigência de respeito à realização dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, assim como, também, para que um poder exija do outro que seja respeitado e realizado tal direito ou garantia.

3 ATIVISMO JUDICIAL

De maneira inicial, importa dizer que várias são as nomenclaturas utilizadas por autores que tratam da ultrapassagem do poder judicial, das suas funções, para as incursões deste às funções dos outros poderes. Para esse uso abusivo da função judicial por parte dos juízes, geralmente são utilizadas expressões como: “ativismo judicial”, “criativismo judicial”, “governo dos juízes”, “juristocracia”, “legislação judicial”, “direito judicial”, “jurisprudência legislativa”, etc. Quaisquer destas expressões são utilizadas em relação ao debate constitucional da extrapolação de alçada do poder judiciário no que tange aos demais poderes, ainda de maneira mais específica quanto à relação com o poder político. No presente trabalho, utiliza-se a expressão “ativismo judicial”, por melhor entender como expressão designada à extrapolação dos limites desse poder.

3.1 O ADVENTO DA POSTURA ATIVA DO JUDICIÁRIO

Após a formulação de Montesquieu, dividindo o poder do Estado nas funções legislativa, executiva e judiciária, com exercício por meio de órgãos distintos e independentes ente si, configurando um sistema de freios e contrapesos, podemos verificar, no século XIX, que havia uma certa predominância do Legislativo, uma vez que seus integrantes eram eleitos pelo povo para os representar, assim sendo, as leis emanados por esse poder detinham uma certa supremacia em relação aos atos dos monarcas e juízes – os quais não eram escolhidos pelo povo.

Com um tempo o executivo passou a ter sua constituição formada também por membros eleitos pelo povo, assim como o legislativo. Esse fator de representatividade popular, juntamente com o processo de globalização e das crescentes necessidades da sociedade, trouxe consigo pressões e cobranças por uma atuação que viesse a atender os anseios sociais.

A resposta do executivo se deu por meio de uma ferramenta a ele conferida pela constituição, a edição de medidas provisórias, uma vez que, o legislativo não conseguia acompanhar a dinâmica social no processo de elaboração de leis que

atendesse as demandas. Nessas circunstâncias, o executivo passa a ter preponderância sobre os dois outros poderes.

A Constituição de 1988 é elaborada em um momento de reconstitucionalização no Brasil. Nesse período o país passou por mudanças significativas, e a sociedade estava em um processo de formulação de novos conceitos, buscando reavivar ideologias antigas, mitigadas pelo sistema anterior.

A concepção de cidadania era cada vez mais forte, a consciência da população acerca de seus direitos estava se firmando no seio social. Diante de todo esse contexto, o constituinte preocupou-se em definir garantias fundamentais, mantendo as já existentes, e, criando novas, assim como, cuidando da elaboração de um sistema que viesse a garantir a efetividade das garantias que estavam sendo ali definidas.

O texto constitucional ao mesmo tempo que tratou das garantias fundamentais, procurou concretizar sua aplicação por meio de mecanismos de tutela desses direitos. Nesse novo contexto, o Judiciário, que até o momento passava despercebido no cenário institucional brasileiro, passa a ter um certo destaque, uma vez que, a ele é atribuído o exercício do papel de guardião dos direitos e garantias previstos na constituição do país.

O processo de reconstitucionalização veio junto com a recuperação das liberdades democráticas e das garantias da magistratura e do judiciário como um todo, assim como, com o aumento constante da demanda social por justiça, trazendo a tona a ascensão do poder Judiciário, que passou a exercer papel político, atuando em conjunto com o legislativo e executivo, deixando de ser mero órgão de atuação técnica.

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. (BARROSO, 2012, p. 258)

Em decorrência desse novo cenário constitucional, houveram modificações significativas no papel desempenhado pelo judiciário, conforme mencionado no parágrafo anterior, e por conseguinte, a relação da sociedade com os órgãos que exercem a função judiciária sofreu expressivas alterações, que vieram a exigir reformas estruturais destes órgãos, de forma que viesse a atender à nova demanda social.

Além das necessidades de adequação estrutural do órgão, essas novas concepções da competência judicial acarretaram uma forte judicialização de questões políticas e sociais – para as quais se busca resolução nos tribunais, situação que veio a levantar discussões complexas acerca das atribuições do judiciário, sua extensão e limites.

Em virtude dos fatores já elencados, a nova posição do judiciário no cenário contemporâneo foi elevada a status nunca tido antes por esse poder. A constituição ampliou sua atuação jurisdicional, dispondo acerca do controle de forma difusa e concentrada. Assim sendo, o fenômeno da constitucionalização do direito, desencadeou em um processo de judicialização das relações políticas e sociais.

Processo esse decorrente da atuação do judiciário, quando provocado para resolver matérias controvertidas que tratem de assuntos que se encontrem dispostos constitucionalmente, sendo sua a competência para decidir sobre as mesmas. Quando se trata de contendas relativas a relações políticas, muito se discute se não se configuraria usurpação dos poderes políticos, se seria uma mera resposta a postulações a ele dirigidas.

O fenômeno da constitucionalização do direito trata da projeção dos valores dispostos na constituição, por todo o sistema jurídico. O que acontece, de forma prática, é a irradiação da Lei Maior em nosso ordenamento, quando da aplicação das disposições constitucionais aos casos práticos. Questiona-se o quanto dessa atribuição prática caberia ao judiciário.

3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

A jurisdição constitucional alcança todo o ordenamento jurídico, declarando a inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis, aplicando as regras contidas nas leis infraconstitucionais, de acordo com a interpretação da Constituição, enfim, dando sentido às normas, em conformidade com o que está disposto constitucionalmente, podendo, inclusive, deixar de aplicar uma regra que esteja em desacordo com as disposições constitucionais.

No Brasil, a jurisdição constitucional é aplicada desde o Juiz singular, ao tribunal de alçada – Supremo Tribunal Federal, tido como guardião da constituição.

O poder Judiciário passa a exercer um papel ativo nas relações políticas. Mas isso não significa que ele esteja usurpando as funções atribuídas ao legislativo e executivo – os quais exercem a representação política, uma vez que, são representantes do povo, devidamente eleitos para tanto.

O judiciário atua nas questões nas quais é provocado pela sociedade, pois, cabe a ele a representação argumentativa do cidadão, no intuito de zelar pelo cumprimento das disposições contidas na Lei Maior, que rege todo o nosso sistema jurídico.

Quando há qualquer lide, o judiciário não pode se furtar de apreciá-la, sob alegação nenhuma. Além do que, questões que envolvam lesões a direitos fundamentais, podem que ser colocados sob a apreciação do judiciário, o qual deve aplicar o princípio da efetividade das normas constitucionais, decidindo de forma que reste garantido o respeito e aplicação desses direitos. Para tanto, o judiciário utiliza do elemento da argumentação, para fundamentar suas decisões, e demonstrar o direito do cidadão.

Em alguns momentos, pode o judiciário vir a atuar em contraposição a alguma disposição dos demais poderes, desde que reste esclarecido que estes, mesmo agindo em conformidade com a maioria de seus representantes, vieram a desconsiderar os direitos das minorias, ou mesmo quando há disposições proferidas unicamente em virtude de relações de poder, ou, movidos por emoções pontuais.

Nessas situações, o judiciário, enquanto guardião constitucional, tem que agir prezando pela efetivação dos preceitos fundamentais, o que caracteriza sua atuação em defesa da sociedade, mas para tanto, tem que restar clara a argumentação utilizada para fundamentar suas decisões, de forma que, fique inequívoca sua atuação enquanto órgão responsável pelo cumprimento dos preceitos fundamentais com o único fim de cumprir as disposições constitucionais.

A ampliação do papel do judiciário é vista por parte das opiniões do mundo jurídico, como intromissão nas funções dos demais poderes, ou até como usurpação do papel dos mesmos.

Mas na realidade, trata-se de uma exigência da sociedade contemporânea, que em meio às inúmeras mudanças ocorridas constantemente, tem visto a ineficácia do órgão legiferante em atender as demandas resultantes dos anseios dessa sociedade, assim como, a lentidão, e por vezes até inércia, dos órgão de direção política na efetivação dos preceitos constitucionais.

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. (BARROSO, 2012, p. 243)

A sociedade provoca o judiciário para que ele venha a proferir decisões que garantam a aplicação do direito em conformidade com a realidade social, de forma a que sejam assegurados aos cidadãos a realização dos direitos fundamentais normatizados em nossa Constituição.

O judiciário utiliza da argumentação jurídica para fundamentar suas decisões, mas, a natureza dessas decisões, acaba, por vezes, por ter função política, uma vez que podem vir a interferir na esfera legislativa ou executiva.

Como o judiciário não é composto por membros eleitos pelo povo, isso se torna um argumento a mais para que os críticos do ativismo venham a questionar a legitimidade acerca dessa atuação política do órgão.

Barroso procurar imprimir a preocupação levantada por esses críticos, no que se refere a possíveis exageros na atividade do judiciário, procurando delimitar sua legitimidade no que diz respeito a matérias referentes a direitos fundamentais e preservação do Estado democrático:

[...] deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstenendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes. (BARROSO, 2012, p. 258)

Começa a discussão acerca dos limites de atuação do judiciário, quando este, por meio de suas decisões, vem a interferir na atuação dos demais poderes, prin-

principalmente quando se trata da legitimidade para interferir em assuntos referentes a políticas públicas.

Há quem diga que essa atuação é mera consequência da jurisdição constitucional do órgão, outros tem a concepção de que essa atuação do judiciário trata-se de ativismo judicial confrontante ao princípio constitucional da separação dos poderes. Trava-se aqui uma contenda acerca do que vem a se configurar como jurisdição constitucional e ativismo judicial.

O judiciário deve zelar pela soberania popular, a qual tem como fonte principal de direito a Constituição Federal, assim sendo, enquanto expressão maior da vontade do povo deve prevalecer sobre as demais leis, mesmo que emanadas pelo legislativo – composto de representantes eleitos pelo povo com a função de legislar.

É por essa razão que o judiciário, por meio de sua função jurisdicional, pode vir a derogar a validade de lei que está a confrontar as disposições contidas na Constituição Federal, uma vez que cabe a ele garantir a supremacia constitucional.

Para justificar a atuação ativa do judiciário por meio de decisões que interferem em políticas públicas, a doutrina vem defendendo que sua função vai além do controle de constitucionalidade das normas.

Cabe a ele, quando provocado, preservar as condições essenciais de funcionamento do Estado democrático, assegurando que seja garantida a eficácia dos valores e direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

A essa atuação proativa do Poder Judiciário, interferindo de maneira significativa nas funções dos poderes legislativo e executivo, seja por meio do controle judicial da constitucionalidade de leis, seja pela interpretação de tais leis ou preenchimento de lacunas nelas existentes, de acordo com as disposições constitucionais, dá-se o nome de Ativismo Judicial.

O Ativismo Judicial é decorrente do processo de redemocratização do país, em conjunto com o fenômeno da constitucionalização do direito. Em virtude do avolumado número de mudanças na sociedade brasileira, questões de repercussão política e social – que deveriam ser resolvidas pelos órgãos com atribuição para tanto, o executivo e legislativo, estão indo parar na esfera judiciária, que acaba por ter a obrigação de proferir decisões que venham a suprir possíveis lacunas deixadas pelos demais poderes, seja no momento de legislar, seja quando do cumprimento do dever de prover os direitos fundamentais garantidos ao povo.

Essa atividade de interpretação das normas jurídicas levando-se em consideração o caso concreto, o contexto social na qual é aplicada a regra para fins de modular seus efeitos em função dos objetivos traçados pela constituição, é entendida por alguns como atividade do judiciário, enquanto atuante na concretização dos direitos e garantias fundamentais, papel que a ele é inerente. Em contrapartida, há entendimento doutrinário de que essa atuação caracteriza-se como uma atividade de “criação” de direitos, e assim sendo, atividade legiferante que não condiz com a função do poder em comento.

Quando nos vemos diante da última visão doutrinária acerca do ativismo judicial, passamos a nos perguntar se realmente há excesso do judiciário, uma vez que, estando frente a uma situação concreta não regulada pelo poder competente para tanto, seja pela impossibilidade de regulamentação de todas as situações possíveis, seja pela inoperância deste poder, qual o retorno a ser dado pelo judiciário em resposta a provocação da sociedade, tendo em conta que o princípio da inafastabilidade do controle judicial o obriga a se manifestar? É diante desse contexto de excessos e falhas praticadas pela administração, assim como, ineficácia legislativa em acompanhar as mudanças sociais, regulamentando-as, que surge a figura do judiciário, como válvula de escape da sociedade, a qual procura neste poder a solução para seus conflitos.

A postura ativista do judiciário, no contexto social atual, é bastante nítida. Mas pode-se observar que está se buscando com essa atuação, a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Em um momento ou outro pode ter havido decisão em sentido diverso, mas a maioria das decisões são nesse sentido, zelar pelo cumprimento das disposições constitucionais, as quais têm força normativa preponderante, sendo dotadas de eficácia por si mesmas.

3.3 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM FACE DA INÉRCIA LEGISLATIVA

A principal causa do protagonismo judiciário no cenário político, buscando garantir a efetivação dos direitos fundamentais, é, sem dúvida alguma a ineficácia do Legislativo. Este, enquanto representante da vontade popular, deveria atuar regula-

mentando as relações sociais, ditando por meio de normas jurídicas, regras que vissem a atender a nova realidade social, o que não vem fazendo a bom grado.

O legislativo, como bem se sabe, está deixando muitas situações sem regulamentação ou reguladas de forma incompleta, com vácuos, o que obriga o cidadão a buscar o judiciário no intuito de obter uma resolução para o caso concreto.

Dessa forma há uma transferência de responsabilidades, e o legislativo deixa de cumprir sua atribuição típica – legislar, transferindo ao judiciário a responsabilidade pelo exercício de sua função.

Essa falha do legislativo é decorrência da junção de uma série de fatores, desde as manipulações partidárias que defendem interesses próprios; das constantes mudanças no meio da sociedade, requerendo maior atividade legislativa que as acompanhe; assim como, os escândalos que estão a ocorrer no cenário político, desviando a atenção – já falha, do legislativo, para as investigações desses casos, por meio de CPI's, o que acaba por desacelerar ainda mais o legislativo quanto ao cumprimento de sua função legiferante.

Em meio a essa situação, o Judiciário por meio de seus membros, principalmente do Supremo Tribunal Federal, vem ocupando espaços do legislativo, uma vez que este está deixando brechas enormes no sistema jurídico e político.

Podemos observar de forma mais escancarada a retração do legislativo quando se trata de regulamentação de questões polêmicas que envolvam grupos sociais, e possam a vir causar indisposição com tais grupos.

O órgão vem se eximindo de tratar sobre referidas situações, com o receio de desagradar parcela da sociedade, e como consequência ter alguma mácula no nome do partido, ou grupo partidário a que pertençam. Dessa forma se exime de exercer sua função legislativa, atuando de acordo com interesses partidários, conforme pode-se vê na seguinte explanação:

O Congresso Nacional seja por qual razão, se vê diante da incrível dificuldade de deliberar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto ao eleitorado. Isso em total falta de sintonia com a população, muitas vezes necessitada da regulamentação de direitos constitucionais ou de normas programáticas. (Leal, 2010, p. 106, Apud, MORI, 2012, p. 51)

A atuação do judiciário em face da inércia do legislativo é bastante polêmica, uma vez que, na dinâmica de freios e contrapesos estabelecida com a tripartição

das funções estatais – a serem exercidas por órgãos diferentes, busca-se um controle de um órgão sobre o outro, mas de forma a que cada um exerça as funções a ele atribuída.

O fato é que existem situações que não mais podem suportar a omissão do legislador, e diante disso, o judiciário vem agindo de forma ativista, utilizando-se das disposições constitucionais para regular certas situações, atuando como legislador positivo.

Isso aconteceu em casos como a regulamentação do nepotismo nos poderes públicos, uma vez que o legislativo nunca teve interesse em tratar do assunto, em razão de ser prática frequente entre eles. Aconteceu que, mesmo na ausência de lei que tratasse dessa polêmica, o judiciário, após receber diversas provocações acerca do tema, sumulou a questão, proibindo a prática em comento, com base no desrespeito aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, dos quais é guardião.

O mesmo se deu quanto à regulamentação da união de pessoas do mesmo sexo. Por tratar-se de assunto muito polêmico que envolve grupos sociais diversos, desde os interessados, a grupos extremamente tradicionais que eram veementemente contrários, apesar de não ser uma questão recente, muito pelo contrário, é uma situação fática que vem se estendendo por muito tempo, nunca houve a devida regulamentação por parte do órgão responsável pela criação das leis de nosso país. Isso foi gerando uma demanda enorme no judiciário, na qual se buscava o reconhecimento legal das relações homoafetivas. Isso levou o judiciário a concretizar a efetivação desse direito, obedecendo ao princípio da igualdade contido na Constituição Federal.

O ativismo judicial é uma situação fática no atual contexto organizacional do país. Inegável tem sido a extrema relevância para a sociedade, que tem no judiciário uma expectativa de ver concretizados seus direitos.

É diante dessa situação fática que maximiza-se a polêmica acerca da atuação ativista do judiciário. A ele caberia apenas agir suprimindo lacunas da lei? A sua atuação está inovando na ordem jurídica configurando-o como legislador positivo? Isso é aceitável perante nosso Estado e o princípio constitucional da separação de poderes?

Há duas correntes de entendimento acerca dessa atuação do judiciário enquanto legislador positivo. A primeira defende que o judiciário procura moldar os

efeitos de leis que apresentem desconformidades com as concepções contidas na Carta Constitucional, de forma que elas venham a surtir efeitos de acordo com as disposições da Lei Maior, sendo que, algumas decisões que aparentemente possam parecer verdadeiros atos legislativos, na verdade, tratam-se de mera adequação da lei à realidade social atual, em conformidade com as disposições constitucionais. Assim é o posicionamento de Barroso (BARROSO, 2012, p. 243/244).

A segunda corrente de entendimento acerca da atuação do judiciário, visto enquanto legislador positivo, pelo contrário do acima exposto, defende que há completa invasão do legislativo por parte do judiciário. Este está usurpando as funções daquele, agindo em desconformidade com o princípio da separação dos poderes, o qual está explícito na Constituição Federal. Esses doutrinadores denominam o ativismo como verdadeira aberração do judiciário, constituindo verdadeira mutação constitucional o fato de juízes atuarem como legisladores, indo na contramão da tripartição de poderes. Essa segunda corrente é representada por Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, 2010, p.429).

É clara a necessidade de atuação do judiciário, assumindo uma postura ativista, uma vez que as lacunas deixadas pelo legislativo, assim como as falhas no executivo ao deixar de garantir direitos fundamentais, tem que ser garantidas à sociedade. Não há outra saída, se não recorrer ao judiciário.

O que tem que ser estabelecido são os limites de atuação, pois no que diz respeito às garantias fundamentais dispostas constitucionalmente, o judiciário não pode deixar de agir como concretizador das mesmas, uma vez que a ele cabe essa função, mesmo que tenha que agir como intérprete das leis, estendendo sua aplicação, ou até preenchendo as lacunas existentes. Sobre a atuação e limites do judiciário no novo contexto constitucional, Barroso afirma que:

As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia.

Nas demais situações — isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos —, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. (BARROSO, 2012, p. 243/244)

Conforme explanado, o que não pode acontecer é a banalização da questão, evitando-se uma futura ditadura judicial em que este poder passe a manipular inconstitucionalmente as disposições da Carta Magna.

No entanto, enquanto agente garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, no exercício legítimo da construção constitucional, atuando de maneira a adequar a aplicação das normas à realidade social, em conformidade com os preceitos dispostos pelo constituinte, não há o que se falar em ativismo judicial de forma prejudicial à constituição do Estado Democrático de Direito, pelo contrário, é agente fortalecedor do mesmo.

3.4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Em meio a pluralidade de nossa sociedade não há mais como prestigiar a concepção restritiva de democracia, que garante apenas o direito das majorias por meio de instituições representativas.

A democracia tem que avançar, alcançar uma visão mais ampla, buscar resguardar os direitos das minorias, não permitindo que o processo político venha a desconsiderar os grupos minoritários, em função de uma representatividade majoritária.

Nesse ponto de tratar sobre direitos de minorias é necessário que a política venha a ser vista sob uma concepção de direito, uma vez que a representatividade popular nem sempre observa as garantias de quem faz parte de minorias pouco representadas no poder. A este fenômeno, dá-se o nome de Judicialização da Política.

No contexto político, nem sempre é possível manter representação de grupos minoritários, decorrendo daí a necessidade de intervenção dos órgãos jurisdici-

onais, visando a garantia de direitos desses grupos, tendo em vista a ineficácia dos órgãos de representação dessas minorias – que tem direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, da mesma forma que as maiorias os têm.

A judicialização da política não consiste em transferir para o judiciário a resolução da organização política do país, função essa não cabível a este órgão. Trata-se da aplicação do Direito na organização política, quando há falhas das instituições com essa natureza – as quais representam maiorias, que quando não observam a existência de uma sociedade extremamente diversificada como a nossa, pode vir a suprimir o direito de minorias.

Dentro desse contexto, o judiciário, provocado, acaba por ter que decidir, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais de grupos que não estão representados politicamente. Isso não altera o funcionamento democrático do Estado, pelo contrário, vem a garantir a satisfação das disposições constitucionais de igualdade entre todos, conforme podemos ver:

Em diversas situações, ficam evidentes os benefícios que gozam as minorias pela intervenção do juiz constitucional. Do ponto de vista formal, elas tendem a ser tratadas como iguais e possuem iguais oportunidades de debater e defender suas teses e interesses, com maior probabilidade de êxito, em face dos grupos majoritários e do processo legislativo. (SAMPAIO 2002, p. 76, Apud, MORI, 2012, p. 53)

Resta esclarecer que o juiz, enquanto agente concretizador desse fenômeno, tem que ser totalmente imparcial, observar as disposições constitucionais, se abstendo de proferir julgamentos vinculados a sua vontade, mas sim, que venham a atender às demandas da sociedade, de acordo com as normas constitucionais, adequando a política ao direito, claro que nos casos estritamente necessários, em que reste demonstradas falhas das instituições políticas tradicionais, uma vez que, não cabe ao judiciário, de forma típica, a atividade política.

Esse tópico será mais bem abordado no capítulo à frente do presente estudo, uma vez que se trata da delimitação do trabalho em questão

3.5 LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Hoje o judiciário é visto como um bote salva vidas que garante a efetivação dos direitos constitucionais. Esse pensamento já se propagou de tal forma, que a sociedade já tem impregnada a ideia de sempre recorrer ao judiciário em busca de solução para seus problemas, não importa se tratem de matéria de atuação política ou não.

O ativismo ganhou a graça da sociedade, uma vez que foi eleito por ela como forma de defesa argumentativa de seus direitos, tornando-se um instrumento social, aceito pela maior parte de seus grupos. Isso se deu em virtude do exercício da atividade judicante, que por inúmeras vezes vem a proferir decisões que garantem ao jurisdicionado o atendimento de necessidades essenciais, as quais não estavam sendo atendidas quando buscadas por outras vias.

Conforme já explanado, a negligência dos legisladores e administradores, quando da concretização dos direitos fundamentais, é a razão da participação mais ampla do judiciário em nosso contexto social.

Em razão disso, observa-se o deslocamento da resolução de questões atinentes aos poderes executivo e legislativo, para o poder judiciário. Ele passa a ser um instrumento de resgate de direitos estabelecidos constitucionalmente, principalmente, em razão da impossibilidade de se eximir de decidir, quando provocado para se manifestar sobre matérias referentes ao cumprimento das disposições constitucionais, uma vez que a própria constituição estabelece a inafastabilidade do controle judicial sob a justificativa de omissão da lei.

O constituinte foi claro ao estabelecer que ao judiciário não é cabível se eximir do dever de proferir decisão acerca de qualquer questão levada a ele. Assim sendo, o ativismo judicial é uma consequência lógica da atividade jurisdicional, decorrente da necessidade de se emitir uma resposta à sociedade.

Numa era em que o Executivo é a maior fonte normativa – não apenas as Medidas Provisórias, mas a prolixa edição de regras pelas agências reguladoras, pelo CADE, pelo Banco Central e todas as demais exteriorizações do governo – o Parlamento se retrai. Tanto que a maior parcela de atuação do Legislativo não é editar normas, senão exercer atribuições próprias ao Judiciário, sob a forma de CPIs. Para compensar as anomalias, o Judiciário na verdade *administra*, sob a forma de liminares, antecipações de tutela e a presença do STF no comando de quase todas as políticas contemporâneas. O século XXI é o período em que a Justiça se propõe a enfrentar todos

os desafios. Sem ativismo, porque ela continua servil ao princípio da inércia: só age quando provocada. [...] (NALINI, 2012, p. 1033)

A Constituição Federal além de base da pirâmide jurídica de nosso ordenamento é a Lei Maior que rege nosso Estado, portanto, ela é preponderante sobre todas as funções estatais. Assim sendo, em meio as crises de representação do legislativo, e por vezes, de funcionalidade do executivo, cabe ao judiciário prolatar decisões que venham a suprir omissões dos outros poderes, corrigindo atuações que desrespeitem a proteção de direitos fundamentais, uma vez que a própria constituição atribuiu a ele essa função.

Para tanto, o judiciário assume um papel atuante em meio a uma zona de conflito, deixando de ser mero confirmador de decisões políticas, passando a proferir decisões em nome da função a ele atribuído pela constituição, atuando, na inércia dos demais poderes, em questões de natureza política, restritamente quando se tratar de concretização de direitos fundamentais:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes são os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. (BARROSO, 2012, p 27)

Essa atuação do judiciário em nenhum momento invade a esfera legislativa, impedindo o referido poder de exercer seu papel legiferante, conforme bem disposto em nossa constituição. O judiciário age conformando disposições que estejam de encontro ao que firmou nosso constituinte, ou de forma a extrair as potencialidades constitucionais, aplicando-as para atender aos anseios sociais, enquanto o legislativo não consegue exercer seu papel de forma satisfatória.

Em nenhum momento o legislativo, ou executivo tiveram o exercício de suas funções suprimido. O que esta acontecendo é que a população está buscando no

judiciário a solução para suas necessidades, em face da omissão dos demais poderes.

O Estado, representado pelos membros do judiciário, está intervindo na atuação política procurando propiciar à sociedade a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que ele – Estado não está conseguindo atuar dessa forma por meio do executivo e legislativo.

Hoje a atuação do Poder Judiciário se dá de diversas formas, desde a aplicação da Constituição de forma direta – quando não há previsão infra constitucional; a declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislativo, mas que contrariem o texto constitucional; bem como, de forma mais polemica, quando em algumas situações, age disciplinando a atuação do poder público, no que diz respeito a políticas públicas, visando garantir os direitos sociais.

Acontece que mesmo verificando-se a necessidade da postura ativista do judiciário para fins de resguardar direitos fundamentais e cumprir as disposições constitucionais, buscando proporcionar o bem comum, há muitas divergências doutrinárias acerca da legitimidade dessa atuação do judiciário.

Questiona-se a legalidade dessa atuação ante o princípio da separação dos poderes, que visto da forma idealizada por Montesquieu limita ao legislativo – legislar, executivo – administrar, e, judiciário – julgar, sem que haja exercício de funções de um poder pelo outro, ressalvadas as situações de cunho administrativo.

A intervenção do judiciário no que diz respeito a políticas públicas, é o maior ponto de embate doutrinário. Muito se questiona acerca da legitimidade desse poder, em meio ao sistema de tripartição de poderes, no qual, fica estabelecido que o povo atribuiu aos políticos eleitos, a função de tratar da implementação de políticas públicas.

Apesar de todos os problemas sociais existentes no Brasil, como estamos vendo a corrupção em destaque nunca visto em nosso país, podemos dizer que dispomos de uma Constituição com uma base de proteção social que garante a todos um extenso rol de direitos fundamentais e estabelece um sistema de controle e proteção contra arbítrios de poder.

A corrente doutrinária que discute a legitimidade do ativismo exercido pelo judiciário argumenta que a interferência deste poder nos demais configura uma forma de arbítrio de poder, podendo causar distorções na atividade dos demais poderes.

O receio de um desequilíbrio no exercício das funções estatais é a maior causa de resistência ao ativismo judiciário, visto que, alterações no nosso sistema de organização constitucional de poderes, por meio de uma possível sobreposição arbitrária de um poder sobre os demais, trazem a tona um receio de quebra do nosso sistema de separação de funções, o qual tem como fim controlar reciprocamente os poderes do Estado.

Apesar dessa argumentação a sociedade está vendo de forma muito benéfica a atuação do judiciário enquanto agente determinante do cumprimento imediato dos direitos fundamentais contidos na constituição, uma vez que, no judiciário o cidadão está encontrando a satisfação de suas necessidades.

Outra crítica da doutrina que rebate essa atuação do judiciário, mesmo com o intuito de garantir direitos fundamentais, é que a interferência do direito na política não é devida. Para estes críticos, o direito deve ser definido pelo legislativo e judiciário, mas as questões atinentes a políticas públicas só dizem respeito ao executivo e legislativo, não cabendo ao judiciário interferir nessa esfera. Segundo esses doutrinadores, essa intervenção indevida pode vir a inviabilizar a devida atuação dos órgãos responsáveis pela implementação das políticas públicas, desfalcando orçamentos, alterando planos de ação dos mesmos, entre outras consequências.

Para eles o judiciário pode atuar de acordo com o que está disciplinado nas leis vigentes, mas diante de uma situação nova, em circunstâncias diversas das já prevista pelo legislativo, sua atuação estaria aquém de sua função, haveria configurado aí uma usurpação da seara do legislativo.

O que observamos é que a atividade judicante tem significativa contribuição na manutenção do equilíbrio entre os poderes, resguardando a efetivação dos direitos fundamentais e a manutenção de um estado realmente democrático.

Isso em virtude de sua atuação, que por vezes interfere no executivo e legislativo, mas visando garantir o cumprimento da Constituição, que é nossa lei fundamental, e da qual emana essa atribuição de guardião de seus preceitos ao judiciário.

Temos que ver que diante de nossa realidade social e peculiaridades, não temos como implantar um sistema de separação de poderes de forma absoluta. A tripartição de poderes é um modo de dividir o poder do Estado, visando estabelecer limites aos órgãos que atuam exercendo suas funções, evitando o cometimento de arbitrariedades e garantindo os direitos fundamentais, como bem definiu Montesquieu.

Acontece que, no momento de implementação prática da limitação de funções, tem que haver uma relativização das mesmas, em virtude do cenário de crises políticas, quadro econômico e deficiências legislativas que particularizam nossa sociedade.

Relativizar a atividade de cada poder significa compreender suas atuações atípicas – quando essenciais, sem contudo, deixar de primar por sua atuação o mais típica quanto possível, evitando confusões institucionais e atritos, buscando sempre a harmonia e cooperação entre os poderes que representam o Estado.

É na observância da Lei Fundamental que deve residir a harmonia substancial dos Poderes, conducente ao princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição. Pois mesmo os atos não normativos diretamente densificadores de momentos políticos da constituição – atos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controle (político ou jurídico) da sua conformidade com as normas constitucionais. (OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 81)

Essa atuação mais expansiva do judiciário é decorrente da vontade do constituinte originário, em meio a atual conjuntura social e de falhas no exercício de funções estatais.

O quadro atual requer a reestruturação das funções do Estado, como delineadas constitucionalmente. Enquanto essa atuação ideal não é alcançada, o judiciário procura contornar a situação, resguardando a garantia dos direitos fundamentais da sociedade, cumprindo sua função de guardião da Constituição, atribuída ao STF pela constituinte de 1988.

Em meio a essa atribuição, o judiciário deve observar da forma mais cautelosa possível todas as premissas constitucionais, evitando sempre qualquer decisão que contrarie a Constituição – a qual deve estrita observância, interpretando-a de forma a alcançar o fim a que ela se destina em meio ao contexto social de aplicação.

O judiciário em sua postura ativa tem que ser sempre moderado e cauteloso para que não venha a se exceder no exercício de suas funções.

Observa-se como é imprescindível a consolidação e aplicação dos preceitos constitucionais no contexto social atual, buscando sempre a materialização dos direitos fundamentais que garantam a dignidade do homem.

Foi com o neoconstitucionalismo que se desenvolveu essa expansão dos preceitos mencionados, fazendo com que a constituição viesse a ser instrumento de concretização das garantias nela disciplinadas.

A figura do ativismo judicial tem sido muito discutida em virtude da crescente provocação social, e, portanto, do número de decisões proferidas pelo judiciário.

Mas isso é decorrência do aumento das situações que necessitam de regulamentação, em virtude da omissão dos demais poderes. Não significa, necessariamente, que o poder judiciário está interferindo na atuação dos outros poderes de forma mais agressiva.

A maior aplicabilidade ativista é direcionada a casos em que se discutem direitos fundamentais, que por considerar a relevância do bem em discussão, o judiciário tem a obrigação constitucional de zelar pela garantia de concretização de tais direitos, mesmo que venha a interferir em questões políticas, uma vez que sua atuação é legitimada pelo constituinte.

Quando o cidadão se vê privado do mínimo essencial a sua sobrevivência, por conta da omissão ou incompetência de quem é responsável pelas políticas públicas do país, ele tem todo o direito de buscar no judiciário uma resposta que venha a lhe proporcionar condições dignas de vida.

O judiciário não pode, em função da aplicação extrema do princípio da separação dos poderes, deixar de cumprir seu papel de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, o qual também está disposto constitucionalmente.

Agindo de forma meramente técnico-jurídica, sem exercer sua atividade jurisdicional, o judiciário deixaria de ser um dos poderes estatais, e sua atuação seria de mero repetidor das decisões tomadas pelo legislativo e executivo.

Sua função vai além disso, a ele cabe o controle de excessos legislativos e executivos, evitando abusos decorrentes de poderes econômicos, assim como, atuar juntamente com os demais poderes, como agente construtor da realidade social do país.

O exercício da atividade judiciária, caracterizada como ativista ou não, é legítima e extremamente importante, desde que a interpretação dada às normas esteja em total consonância com as disposições do constituinte originário.

O aplicador do direito, enquanto intérprete que é, tem que ter a exata compreensão do conteúdo normativo dos princípios constituintes, assim como, da reali-

dade de aplicação dos mesmos, para realizar a devida ponderação, aplicando-os a um caso concreto, de forma a obter um resultado justo e constitucional.

Exige-se do aplicador do direito no exercício de atividade judiciária – considerada ativista ou não, a técnica da ponderação dos valores existentes na sociedade, isso sem imprimir presunções e vaidades pessoais, nem tão pouco ser mero reproduzidor de leis descontextualizadas com a realidade social.

Seu papel é extrair do contexto dinâmico, uma decisão justa, em conformidade com nosso ordenamento jurídico, que garanta a concretização dos direitos fundamentais, estando fundamentada no conteúdo dos princípios constitucionais. Tal decisão terá reconhecido seu caráter de legitimidade, uma vez que baseada na vontade do constituinte originário é concretizadora da vontade do povo.

4 O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já explanado, o ativismo judicial se tornou um mecanismo bastante empregado como forma de suprir as falhas deixadas pelo poder legislativo, quando inerte ou ineficaz em sua função principal - legislar. Acontece que o poder executivo também se encontram em deficiência perante à sociedade brasileira, principalmente no tocante às políticas públicas.

A busca de tutela jurisdicional para a garantia de direitos fundamentais previstos em nossa Constituição vem aumentando a cada dia. A má gestão de políticas públicas que o Estado brasileiro implementa, enseja nessa busca e garantia de se ver a prestação de direitos sociais indispensáveis para a construção de uma sociedade solidária e justa que garanta o bem de todos, baseando-se na idéia de garantir a dignidade da pessoa humana no que tange ao mínimo existencial. Acontece que, no que se refere ao assunto em questão, a intervenção judicial se encontra fundada na falta ou omissão do executivo na implementação de políticas públicas que venham a garantir a concretização dos direitos fundamentais já resguardados constitucionalmente.

A sociedade possui representação nos órgãos políticos, através de suas manifestações do sufrágio, e cabe a estes órgãos políticos determinarem as políticas públicas que deverão ser implementadas, assim como a execução destas políticas públicas.

Sendo assim, os poderes legislativo e executivo têm a preponderância de poder legítimo para estabelecimento e maneira de efetivação destas políticas públicas, devido às suas próprias funções típicas.

Desta forma, o processo judicial não deveria atentar-se para o cumprimento dessas decisões puramente políticas. Porém, devido à ineficiência dos poderes executivo e legislativo ao não representarem com presteza a confiança que a população deposita, somado ao fator da imensa corrupção hodierna, desviando os fundos destinados ao atendimento de direitos sociais da população, a tutela jurisdicional é acionada.

Ao se analisar o fato de que a existência de políticas públicas concretizarão os direitos constitucionais e a certeza de não cabimento do poder judiciário para a elaboração de políticas públicas que façam gerir os recursos públicos para o aten-

dimento e prestação de direitos fundamentais à sociedade, tem-se que deixar claro que não cabe ao judiciário atuar de forma preponderante enquanto agente político que não o é, uma vez que, ao judiciário cabe, quando provocado, verificar se as políticas eleitas pelo poder executivo estão alcançando a finalidade a que se destina e proporcionando acesso universal e igualitário à todos, no que se refere à garantia do mínimo existencial.

4.1 POLÍTICA PÚBLICA

Para análise do que este capítulo propõe, se faz necessário o estabelecimento de um norte em relação ao conceito de política pública, pois não existe um consenso doutrinário em relação à conceituação do tema. Segue-se a base adiante.

As políticas públicas são compreendidas como busca, ou maneira de alcance e garantia da concretização dos direitos sociais, direitos e garantias fundamentais de segunda geração.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, os direitos e garantias fundamentais de segunda geração têm contexto histórico marcado logo após a Primeira Grande Guerra, e esses direitos tem como objetivo a igualdade e o bem-estar, de fato que eles necessitam de uma prestação positiva do estado, ou seja, o estado não pode se abster, o estado aqui se encontra obrigado a realizar algo em favor da coletividade (BULOS, 2010, p. 515).

Os direitos e garantias fundamentais de segunda geração são baseados no ideal iluminista francês da igualdade, correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais. E as políticas públicas são consideradas o meio de alcance destes direitos.

De acordo com a doutrinadora Maria Paula Dallari Bucci, política pública:

é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p.3).

A atuação dos poderes públicos é fundamental para que se possa garantir o estimado alcance da igualdade social, erradicando a pobreza e marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais. Vale frisar, aqui, a “*égalité*” proposta pelo iluminismo francês.

Cabe ao governo a implementação de políticas públicas, sendo assim, o principal responsável pelo seu planejamento e primária execução é o próprio poder executivo, pois ao poder legislativo em relação às políticas públicas, possui apenas um caráter complementar à esta atividade, uma vez que sua função se concentra mais na concessão de fundamentação legal das próprias políticas públicas, que ficam condicionadas ao poder judiciário, visto que este é o poder que visa a garantia da Constituição Federal.

4.1.1 POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da eficiência da administração pública foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98, sendo incorporado ao caput. Do artigo 37 da Constituição da República federativa do Brasil de 1988, integrando-se aos demais princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade).

De acordo com José Afonso da Silva:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. (...) Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados (SILVA, 2010, p. 671).

A atividade estatal produz, de maneira direta ou indireta, consequências jurídicas que de modo recíproco, estabelecem direitos ou prerrogativas, obrigações ou

deveres para toda a sociedade, fazendo esse misto de relações jurídicas entre a própria Administração Pública e as pessoas que se submetem a ela.

Ao se analisar o que pode decorrer dos direitos subjetivos pretendidos nessas relações jurídicas, por parte do administrado, Alexandre de Moraes se posiciona acerca da possibilidade de “exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível” (MORAES, 2005, p. 299 e 300).

Não implica dizer que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, apenas quer dizer que possui titularidade de direitos previstos de maneira constitucional e que o Estado tem o dever/obrigação de prestação de garantir o condizente com o estabelecido na Constituição Federal.

Desse modo, o administrador público, assim como as políticas públicas que serão por eles implementadas, devem obedecer ao princípio da eficiência. E em relação ao atendimento dessa eficiência, abre-se a possibilidade de cobrança através de tutela jurisdicional, como preleciona Alexandre de Moraes:

Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Neto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizadas, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado (MORAES, 2005, p. 307)

Esse posicionamento também é o mesmo quando se trata do doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, que assevera que “permite, ainda, que o poder judiciário encontre um substrato a mais para garantir direitos fundamentais dos administrados (CF, art. 5º, XXV)” (BULOS, 2010, p. 990).

4.2 ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como tema já tratado anteriormente, aqui vale-se reforçar a idéia de judicialização das políticas públicas. O que pode ser considerado como ativismo do poder judiciário na esfera do poder executivo, se tratando dessa temática e o cabimento ou não desse ativismo.

Como já explanado, as políticas públicas são os meios que o Estado possui para prestar de maneira positiva uma melhoria em favor da sociedade, em diversas áreas, de maneira condizente com o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana.

A sua elaboração e execução é realizada de maneira predominante em âmbito do poder executivo, a quem cabe a elaboração, gestão, e aplicação destas políticas em favor da sociedade.

É de grande valia frisar que a maior deficiência no campo das políticas públicas se encontra no poder executivo, visto que o poder legislativo possui natureza concentrada maior na fundamentação legal das políticas, tendo um maior déficit cotidiano na própria execução das mesmas em favor do bem comum.

No tocante ao controle jurisdicional de políticas públicas, tem-se a caracterização da judicialização dessas políticas no momento em que o poder executivo, age de maneira desarrazoada, ineficiente, omissa ou até mesmo nula com a intenção clara de comprometimento ou neutralização da eficácia dos direitos de segunda geração, os direitos sociais, culturais e econômicos.

4.2.1 MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL ORÇAMENTÁRIO E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Em relação ao mínimo existencial, tem-se por conceituação como os direitos constitucionais mínimos para a garantia de vida condizente com a dignidade da pessoa humana. É um direito intrinsecamente ligado à Constituição federal, não necessitando de legislação infraconstitucional para a garantia de prestação do mesmo, visto que eles se encontram positivados na própria Constituição.

O mínimo se refere àqueles direitos que precisam de uma prestação positiva do Estado para que se possa garantir uma vida digna, compreendem os direitos fundamentais de segunda geração, voltados aos direitos sociais, econômicos e cultu-

rais, previstos na Carta Magna a exemplo da saúde, educação, segurança, lazer, alimentação, moradia, etc.

O Estado os atende através das políticas públicas que devem ser legisladas em consonância com a Constituição e executadas de maneira eficiente para o atendimento da melhoria da sociedade, proporcionando a redução de desigualdades sociais,

O estado deve agir de maneira que preste uma atividade positiva para o atendimento destes direitos, sem que haja a imposição de tributos. Caso sejam descumpridos por falta de prestação assistencial positiva do estado, os mesmo devem ser corrigidos por meio de intervenção judicial, objetivada na Carta Maior.

De maneira significativa, as demandas que buscam a tutela jurisdicional para a garantia de prestação positiva do estado em atendimento ao mínimo existencial, vêm crescendo. Como exemplo das mais solicitadas, temos os pedidos de fornecimento de medicações, leitos hospitalares e tratamentos de saúde que não possam ser custeadas pelo indivíduo litigante.

Acontece que em detrimento do pedido fundado no mínimo existencial, postulado pelo indivíduo, o Estado faz valer-se da reserva do possível orçamentário como forma de esquiva para a prestação do direito social, econômico ou cultural.

Apontando que a decisão judicial pode vir a realizar uma quebra orçamentária no que já tinha sido previsto ao devido programa de saúde, privilegiando, desta forma, parcela da população em detrimento de outra.

Aqui resta enorme discussão acerca da possibilidade de o estado ter as condições para prestar ou não o condizente com o mínimo existencial, o que não é a temática do presente trabalho.

Porém, o que se pode ser dito de maneira unânime é que ao se tratar da defesa do mínimo existencial, o poder judiciário exerce uma grande influência na prestação que deveria ser exercida pelo executivo – aqui, sim, tem-se a problemática do estudo em questão – na concessão de garantias às de políticas públicas. Caracterizando a própria judicialização dessas políticas.

Essa intervenção do poder judiciário não se encontra de maneira tão desenfreada, uma vez que se faz necessária ser pautada com base no princípio da razoabilidade.

O limite imposto pelo princípio da razoabilidade busca adequação de medida justa e proporcional aos meios que devam ser empregados para a consecução dos

fins propostos pelas políticas públicas, que deveriam ser desempenhadas e exercidas pelo poder executivo, mas que são garantidas através de decisões ativistas pelos magistrados no intuito de concessão do mínimo existencial que a Constituição Federal assegura.

4.2.2 DO CABIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A temática abordada neste ponto refere-se inteiramente ao cabimento do judicialização das políticas para solução de questões em que o poder executivo é ineficaz. Aqui serão propostas as posições e entendimentos acerca do acolhimento ou não dessa judicialização.

No tangente ao risco da ocorrência desse fenômeno nas políticas públicas, tem-se o mesmo entendimento doutrinário em relação à oposição do ativismo judicial, baseia-se na atribuição demasiada de poder ao poder judiciário.

São as fronteiras ente o jurídico e o político que esses doutrinadores veem como afronta ao princípio da separação dos poderes. Aqui faz-se vista grossa à independência à independência de cada esfera estatal, não permitindo-se, assim, a invasão de searas nas aplicações e funções de poderes em suas respectivas competências – legislativo para legislar, executivo para a execução e judiciário para julgar.

De acordo com esse pensamento, o judiciário anda possuindo um alargamento proposital, ferindo a cláusula pétrea constitucional da separação dos poderes. É como se estivesse acontecendo uma supervalorização do poder judicial em detrimento dos demais, em relação às matéria que não lhe cabe o discernimento para funcionalidade.

É visto como uma natureza não democrática do judiciário ao tomar para si o que cabe ao processo político de democracia, ou à inserção de funções e atribuições típicas dos demais poderes.

Propõem defender a separação dos poderes como alicerce de limitação de poder, podendo, desta forma, alcançar o estabelecimento recíproco entre o legislati-

vo, executivo e judiciário. Essa limitação é tida como pressuposto essencial ao Estado democrático de Direito.

Ademais, existe a problemática da confiança do povo ao eleger os seus representantes políticos, visto que o poder legislativo e o executivo compõem seus membros e agentes através de processo deliberativo de escolha popular. Essa escolha da população, na manifestação do sufrágio através do voto, não acontece no poder judiciário.

Desse modo, a judicialização da política é afrontada em relação à ideologização dos temas sociais, econômicos e culturais sem a participação dos representantes que o povo escolheu, perdendo o espaço das decisões políticas para as decisões dos magistrados que não possuem esse vínculo democrático, que não detêm a representação do povo. Contrapostos pela idéia de que representam apenas as suas posições, seus particulares entendimentos, resultando na idéia de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Já em relação ao posicionamento favorável da judicialização das políticas públicas, segue-se a partir daqui as argumentações doutrinárias.

Para o reforço do posicionamento, vale-se frisar que as políticas públicas constituem os programas realizados pelo governo que planejam a coordenação e execução dos recursos que se encontram disponíveis ao Estado para a realização de melhorias em determinadas áreas estabelecidas por estas políticas, em prol da sociedade, cabendo a sua implementação e execução através do poder executivo.

A autorização do controle jurisdicional de políticas públicas, resta fundado na própria inércia do executivo na prestação de suas atribuições.

Na ocasião em que o poder que tem a atribuição principal de execução das políticas públicas, atuar de maneira desarrazoada ou proceder claramente no intuito de neutralização ou comprometimento da eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, a garantia destes direitos deve ser feita através da judicialização destas políticas.

Neste pensamento, segue o voto do Ministro Celso de Mello:

A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República. Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação ju-

risprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (ADI 4277/DF)

Assim como na mesma linha de consideração, tem-se a constatação do Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido ao julgamento do MS 269.915/DF:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação (MS 269.915/DF)

Destarte, é entendido que quando há violação aos direitos sociais, econômicos e culturais garantidos pela Constituição, há violação desta. Sendo assim, está justificado o comportamento do Poder Judiciário na judicialização das políticas públicas, na prevalência da supremacia da Constituição que é desrespeitada e transgredida pela omissão do poder executivo.

Portanto, aqui defende-se o cabimento desse fenômeno quando há omissão, ou quando a política que já está implementada, não venha a fazer valer as garantias condizentes com o mínimo existencial para a realidade da vida digna; caso a intervenção judicial na política pública seja razoável; e, quando a política ou até mesmo a falta desta política pública, seja implementada de maneira desarrazoada.

Assim, o judiciário apesar de não ser o grande detentor de implementação, execução e planejamento destas políticas, tem a possibilidade de ser atribuído para

tal incumbência, quando o executivo coloca, de maneira irresponsável, em risco os direitos e garantias individuais e coletivos estabelecidos na nossa Carta Magna.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 adota o princípio da separação dos poderes como forma de limitação do poder estatal, em relação ao exercício de suas funções. Realiza a separação em três poderes distintos que são independentes e se relacionam entre si. Estes poderes são: Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada poder possui funções específicas, no intuito de se evitar que ocorram exageros ou a arbitrariedade na concessão de poder a um único órgão.

Apesar de as funções serem atribuídas constitucionalmente a cada poder, a sociedade brasileira se encontra prejudicada quanto à ineficiência dos poderes legislativo e executivo, uma vez que o legislativo não atende as demandas resultantes das mudanças sociais, ficando à míngua de legislação, e o executivo deixa muito a desejar em relação à implementação de políticas públicas efetivas para a garantia de direitos fundamentais.

Levando-se em conta esse contexto, percebe-se que a sociedade encontra saída para suprir a ineficiência desses poderes através do poder judiciário, visto que cabe a ele a guarda da Constituição.

Em resposta às provocações sociais, o Judiciário está proferindo decisões de caráter normativo, que vem a regulamentar relações sociais e até mesmo estipular medidas a serem cumpridas pelo poder público.

Conforme nota-se, essa atuação ativa do judiciário é bastante polêmica no mundo jurídico, despertando em parte das opiniões a noção de tratar-se de usurpação das funções dos demais poderes, indo de encontro ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Ao delimitar a temática do ativismo judicial, o presente estudo traz à tona o estudo específico do caso da judicialização das políticas públicas.

Conforme elucidado no presente trabalho, as políticas públicas consistem nas maneiras que o poder executivo possui para através do seu planejamento, implementação e execução, faça satisfazer a garantia dos direitos fundamentais de segunda geração estabelecidos na nossa Carta Magna.

A judicialização de políticas públicas tem sido vista como a legitimidade da atuação do judiciário como ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais esta-

belecidos pela Lei Maior. Sua atuação é uma forma de garantia da manutenção do Estado Democrático, uma vez que o judiciário age buscando estabelecer igualdade a todos, principalmente quando dispõe sobre a garantia de Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente. Trata-se de uma relativização do princípio da separação dos poderes, em prol da manutenção do Estado Democrático.

A Constituição Federal tratou das garantias fundamentais, assim como, de mecanismos que garantissem sua efetivação. Essa desenvoltura ativa do judiciário, nada mais é do que o cumprimento de seu papel de guardião das disposições constitucionais.

Em meio à ineficácia do executivo, o judiciário pode atuar em conformidade com os preceitos fundamentais garantidos na Constituição, prezando pelos direitos e garantias ali previstos, em conformidade com o atual status de constitucionalização do direito.

A partir dessas premissas, observa-se que não há sobreposição de poderes. O judiciário não está agindo se contrapondo à atuação do executivo, muito pelo contrário, sua atuação é decorrente da retração do executivo no exercício de suas funções, aliado ao fator de provocação social – ao qual o judiciário não pode se abster de responder em função da inafastabilidade da jurisdição.

Restou claro aqui que essa não seria a sistemática a ser adotada, uma vez que, em função do princípio da separação dos poderes, o ideal seria o cumprimento das funções típicas de cada poder pelo respectivo órgão responsável para tanto. No entanto, no atual contexto social, é menos prejudicial que o judiciário aja de forma ativa, garantindo os demais princípios constitucionais, do que se retrair deixando de prestar atividade jurisdicional, se desincumbindo de exercer seu papel de garantir a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, tudo em função da aplicação do princípio da separação dos poderes, de forma absoluta.

O que não pode acontecer é que a sociedade sofra ficando à míngua de desfrutar dos seus direitos e garantias fundamentais pautados no princípio do mínimo existencial, para que esses direitos sejam exercidos de maneira condizente com a vida digna, por irresponsabilidade do poder executivo hodierno que se encontra inerte e ineficiente perante o atendimento destes direitos em prol da população brasileira.

Através do estudo, é importante frisar que a judicialização das políticas públicas deve ser feita de maneira razoável, baseando-se também no princípio da reserva do possível do Estado.

6 REFERÊNCIAS

ADI 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, Requerente: Procurador Geral da República, D. J. 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25/10/2015.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Veja, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BASSI, Franco. **Il Principio della Separazione del poteri (Evoluzione Problematica)**. Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico, anno XV, 1965.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 64/2014 – São Paulo : Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADINSON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad, do original “The Federalist” por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Lider, 2003.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/216> . Acesso em: 22/10/2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad, João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espíritos das leis**. Trad. De Cristina Murrachco da obra “L’Esprit des lois” (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989..

TOCQUEVILLE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Tradução espanhola de Constitutionalism and Separation of Powers. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.