

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

ANA MÁRCIA DO VALE QUEIROZ

A INEFICÁCIA DA FUNÇÃO TÍPICA DO PODER LEGISLATIVO E O ATIVISMO
JUDICIAL

SOUSA – PB

2016

ANA MÁRCIA DO VALE QUEIROZ

A INEFICÁCIA DA FUNÇÃO TÍPICA DO PODER LEGISLATIVO E O ATIVISMO
JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento às exigências
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira
Nóbrega

SOUSA – PB

2016

ANA MÁRCIA DO VALE QUEIROZ

A INEFICÁCIA DA FUNÇÃO TÍPICA DO PODER LEGISLATIVO E O ATIVISMO
JUDICIAL

Aprovada em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Monnizia Pereira Nóbrega – UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Ao meu pai, José Devanilton de Paiva
Queiroz (*in memoriam*), meu anjo da
guarda, luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus. Obrigada, Senhor, por todo o Seu amor por mim, fonte de vida que me deu sabedoria, sustento e coragem para chegar até aqui.

À minha mãe, a mulher mais corajosa que conheço. Protótipo de força e dedicação, que me mostrou a importância dos estudos e depositou toda a confiança em mim, me dando apoio incondicional, tendo feito tudo que estava ao seu alcance para me ver onde estou. Muito obrigada, minha mãe.

Aos meus irmãos, Wendell e Thaís, meus exemplos de correção, honestidade e amor ao próximo. A vocês o amor mais sincero, o meu respeito e gratidão. Obrigada por tanta fé depositada em mim e por tanto cuidado.

À minha tia Eneide, por acreditar nos meus sonhos e por vibrar comigo a cada conquista.

Às minhas amigas e irmãs, Yasmin e Neiliane, que desde o primeiro contato me deram a certeza da bela amizade que tínhamos. A vocês que compartilharam comigo os segredos, os medos e as alegrias e tornaram a caminhada mais leve, me ensinando a ser uma pessoa melhor e me mostrando que o companheirismo e a sinceridade são essenciais para um bom relacionamento, muito obrigada!

À Cecília, Maynara, Débora, Edna, Hérica e Thais, obrigada por terem sido família e por todos os momentos desfrutados. Sousa é para mim a cidade sorriso graças a vocês.

Às minhas amigas Iana, Maiara, Hannah, Rayanne, Mabell, Elinha e Isadora, que mesmo distantes se fizeram presentes e tanto torceram por essa conquista.

À minha eterna chefe Monique, que se tornou uma grande amiga. Que fiz de paradigma devido a sua força e dedicação com os estudos. Obrigada pela amizade, por todos os ensinamentos e conselhos.

Por fim, à minha orientadora Monnizia, que foi muito mais que uma mentora, sempre disposta a ajudar e transmitindo tranquilidade quando o medo surgia ao elaborarmos a presente pesquisa. Meus eternos agradecimentos pela ajuda, paciência, ensinamentos e amizade firmada.

A vocês e demais pessoas que contribuíram para a minha formação profissional dedico a realização deste sonho!

“As pessoas podem fazer seus planos, porém é o Senhor Deus quem dá a última palavra. Você pode pensar que tudo o que faz é certo, mas o Senhor julga as suas intenções. Peça a Deus que abençoe os seus planos, e eles darão certo” (Provérbios 16, 1-3)

RESUMO

Com o advento do constitucionalismo, que conferiu à Constituição Federal o caráter de norma superior do ordenamento jurídico e com a responsabilidade dada ao Poder Judiciário de protetor do Texto Maior, bem como diante da inoperância do Poder Legislativo quanto a sua função de elaborar as leis, o Poder Judiciante, em especial, o Supremo Tribunal Federal, se insurge como órgão de destaque no cenário brasileiro, pois, ao analisar o caso concreto, ausente de regulamentação, passa a interpretar a norma constitucional extensivamente, buscando, muitas vezes, dar ampla efetividade aos direitos fundamentais e apresentar respostas à sociedade, passando assim, a inovar na ordem jurídica. Dessa forma, começa a adotar uma postura mais ativa que o normal, visto que, passa a legislar e definir políticas públicas como se suas fossem essas atribuições. Nessa senda, de Judicialização da política, bem como de posturas proativas do Judiciário, destaca-se a importância da presente pesquisa, ante a relevância do princípio de Separação dos Poderes e do Regime Democrático que se veem ameaçados quando as decisões dos órgãos judiciais inovam ou disciplinam a ordem jurídica com outros objetivos sem ser o de conferir efetividade aos direitos fundamentais violados. Assim, com o escopo de analisar os efeitos dessa postura proativa do Poder Judiciante, adota-se como método de abordagem o dedutivo, quanto ao método de procedimento utiliza-se a pesquisa documental. E como técnica de pesquisa, a bibliográfica. A fim de demonstrar que o Ativismo Judicial tem sido a solução para a crise de representatividade que assola os Poderes Políticos, conferindo efetividade aos direitos sensíveis e, assim, satisfazendo as necessidades da sociedade, porém deve-se ter cautela quanto a essa postura proativa, pois o excesso do ativismo mitiga a separação dos Poderes e ofende a democracia.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

With the advent of constitutionalism, which gave the Federal Constitution the superior character of the legal planning and with the guard Major Text responsibility given to the Courts, and in front of the Legislature inaction as its function to draft laws, the adjudicative power, in particular the Supreme Court, rebels as prominent organ in the Brazilian scene, therefore, to examine the case, absent regulation, begins to interpretate the constitutional norm extensively, seeking, many times, to give broad effectiveness to fundamental rights and provide answers to society, thus becoming, to innovate in the legal system. In this way, it begins to take a more active role than usual, since going to legislate and set public policy as if they were these assignments. In this path, policy legalization and proactive attitudes of the judiciary, highlights the importance of this research, at the relevance of the principle of separation of powers and the democratic regime that find themselves threatened when the decisions of the judiciary innovate or regulate the legal system for other purposes without the giving effect to the fundamental rights violated. So, with the aim of analyzing the effects of the proactive stance of adjudicative power, it is adopted as a method of approach deductive, as the procedure methods we use the comparative and documentary research. And as research technique, the bibliography. In order to demonstrate that the Judicial Activism has been the solution to the crisis of representation that has gripped the political powers, giving effect to the sensitive rights and satisfying the needs of society, but one should be cautious about this proactive stance, as the excess of activism mitigates the separation of powers and offends democracy.

Key-words: Judicial activism. Separation of Powers. Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

P. – Página

AI – Ato Institucional

N. – Número

EC – Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

MS – Mandado de Segurança

CF – Constituição Federal

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO PODER LEGISLATIVO	13
2.1 Conceito e historicidade	13
2.2 Da separação dos poderes	20
2.3 Atuação no cenário jurídico: funções típicas e atípicas.....	23
3 ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
3.1 A jurisdição constitucional e seus antecedentes históricos	30
3.2 Dimensões legitimadoras da autocontenção judicial.....	36
3.3 Atuação da judicialização frente ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário	41
4 A INEFICÁCIA DO PODER LEGIFERANTE E AS DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL	46
4.1 A crise de representatividade do Poder Legislativo.....	47
4.2 O ativismo judicial como um dos mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais.....	51
4.3 A prática reiterada do ativismo e a afronta ao sistema jurídico brasileiro.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, observa-se no Estado brasileiro um cenário de crise política, onde resta clara a adversidade na representatividade do Poder Legislativo, o qual vem perdendo sua credibilidade em razão da sua omissão no papel de inovar na ordem jurídica ou quando da edição de leis que não possuem função social alguma, não orientam ou disciplinam as possíveis situações concretas, bem como ante os diversos casos de corrupção que estão envolvidos os seus membros.

Em paralelo e ao mesmo tempo como consequência desses fatores, o Judiciário tem tido uma atuação bem ativa na vida institucional brasileira, tendo em vista que a busca para a solução de todo e qualquer conflito é algo crescente e usual. Tornando-se assim vultoso quando da resolução de demandas que não foram anteriormente disciplinadas por lei, e que ocasionam a existência de “lacunas” e consequentemente a solução dos conflitos por meio de analogia, costumes e princípios gerais do Direito, propiciando uma maior discricionariedade na atividade interpretativa dos juízes.

Nesse contexto, o Poder Jurídico é visto não mais só como o intérprete da lei e guardião da Constituição Federal, mas como legislador, seja ele positivo ou negativo, ao passo que cria normas e direitos, inovando na ordem jurídica, e, dessa forma, substituindo a decisão política da maioria democrática, desencadeando assim, o fenômeno do Ativismo Judicial, o qual é a atuação do Judiciário excedendo os poderes que lhes são conferidos pela Constituição Federal e que resulta, sobretudo, da ineficácia do Poder Legislativo frente a sua função legiferante.

Tal fenômeno merece atenção porque o órgão julgador, em especial, o Supremo Tribunal Federal, vem se tornando o principal responsável em suprir essa inércia que assola o Legislativo, trazendo para si como função típica a atividade legislativa, substituindo muitas vezes a vontade dos representantes eleitos pelo povo, regulamentando direitos, definindo políticas públicas e direcionando a atuação administrativa.

Desta feita, decorre o seguinte questionamento: Essa postura ativista do Judiciário pode ser vista como solução para sanar a crise de representatividade do Poder Legiferante e garantir efetividade aos direitos fundamentais sem violar os preceitos constitucionais? E como hipótese a se constatar tem-se que: até o

presente momento o Ativismo Judicial tem sido a solução dos problemas, garantindo a efetividade dos direitos sensíveis e satisfazendo os interesses da sociedade, porém essa atuação proativa deve respeitar certos limites, tais como a obediência a atos normativos já editados, sob pena de violar a independência dos Poderes e o Regime Democrático.

Diante disso, se faz notória a importância do presente trabalho, o qual analisará o reflexo que essa inoperância do Poder Legislativo traz para o princípio da separação dos Poderes, abalizado como cláusula pétrea, e ao Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo que demonstrará o papel e a qualidade que os Poderes Legislativo e Judiciário atualmente desempenham, abordará as benesses que a atitude proativa do Poder Jurídico traz quanto à observância dos direitos sensíveis e explicará os efeitos negativos que decorrem de um Ativismo Judicial exagerado para o cenário jurídico.

Nessa senda, com o escopo de alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa adotará como método de abordagem o dedutivo, partindo de uma constatação geral, qual seja, o princípio da separação dos Poderes como definidor das funções de cada Poder estatal para se chegar à premissa menor, o Ativismo Judicial como decorrência da ineficácia do Poder Legislativo.

Quanto ao método de procedimento far-se-á uso da pesquisa documental voltada ao estudo das decisões judiciais relacionadas a temática. E a técnica de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica, por meio de legislação, doutrinas, artigos científicos, monografias, impressos ou em meio digital.

Assim, no primeiro capítulo será feita uma explanação acerca da doutrina da separação dos Poderes, conceituando e delimitando o Poder Legislativo, analisando suas funções típicas e atípicas, como também as dos demais órgãos estatais. O segundo capítulo, por sua vez, adentrará na órbita do Poder Judiciário, demonstrando seu crescimento institucional, abordando a legitimidade da sua atuação crescente e o reflexo da Judicialização perante o Estado Democrático de Direito e, posteriormente, será feita uma análise da crise de representatividade do Poder Legiferante e os reflexos desta adversidade no cenário jurídico nacional, principalmente quanto a efetivação dos direitos fundamentais.

Vê-se, assim, a essencialidade da temática da presente pesquisa científica para a Academia, pois envolve um conflito de atribuições entre os órgãos estatais,

desencadeando o fenômeno do Ativismo Judicial, o qual tem sido objeto de atenção dos estudiosos ante sua tendência a violação à Carta Cidadã.

2 DO PODER LEGISLATIVO

A Doutrina da Separação dos Poderes (FONTES, 2000) difundida por Montesquieu em sua obra “*De l'esprit des lois*” (1748), visando evitar a concentração de Poder nas mãos de um só, estabeleceu uma divisão funcional das atividades estatais em grupos distintos de pessoas, onde se atribuiu a cada órgão uma tarefa específica, cabendo assim, ao Legislativo a elaboração das leis gerais e abstratas, bem como a fiscalização do Executivo, ao Judiciário a resolução dos litígios nos casos concretos e ao Executivo a efetivação das políticas públicas.

Nesse íterim, com a evolução da sociedade e suas necessidades, e conseqüentemente do ordenamento jurídico, percebeu-se a necessidade de se flexibilizar a teoria supracitada com o escopo de evitar possíveis arbitrariedades e assegurar a democracia e os direitos fundamentais. Essa flexibilização se deu através do sistema americano de freios e contrapesos (*checks and balances*), o qual estabelece que os Poderes frutos da divisão tripartite, devem se fiscalizar e se frear mutuamente, estabelecendo certos limites a cada um.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, buscando efetivar a harmonia e independência entre os Poderes, elencou as atribuições de cada um, ao mesmo tempo em que garantiu a interferência de um Poder em outro, surgindo assim, o que se denomina de funções típicas e atípicas, aquelas sendo as atribuições primordiais do Órgão estatal e estas sendo as funções secundárias, as quais configuram exceção à regra da indelegabilidade de funções.

2.1 – Conceito e historicidade

O Poder Legislativo é uma parcela de poder do Estado, a qual é atribuída a função primordial de elaboração das leis e fiscalização da máquina administrativa, sendo dessa forma, o Poder mais próximo da sociedade e representante das aspirações dessa.

Pode-se dizer que sua origem é concomitante à origem da sociedade humana e de suas necessidades, pois com o convívio social surgem os problemas

decorrentes dos interesses individuais e de questões de sobrevivência, o que levou as pessoas a se reunirem com o propósito de debaterem a criação de regras de convívio que garantissem a satisfação dos seus interesses. (PARANAGUÁ, 2011).

Na Idade Contemporânea, tem-se que o nascimento histórico desse Poder se deu na Inglaterra em 1215 com a Carta Magna, a primeira Constituição dos tempos modernos, que obrigava o próprio Rei a jurar obediência ao referido documento. Porém, foi no século XVII com a Revolução Gloriosa, a qual instituiu a primeira Monarquia Constitucional Parlamentarista da modernidade, que o referido poder ganhou destaque.

No Brasil não foi diferente, após se tornar independente de Portugal, o país adotou também como forma de governo uma Monarquia constitucional, afastando-se, teoricamente, a possibilidade de um regime absolutamente autoritário ao passo que o Imperador devia obediência à Carta Maior.

A Constituição do Império de 1824, outorgada por D. Pedro I, estabelecia a divisão dos Poderes, conforme propôs Montesquieu, mas não respeitava a interdependência entre eles, ao passo que instituiu um quarto poder, o Moderador, que dava ao Imperador o direito de intervir e controlar os demais poderes, atendendo aos seus interesses absolutistas e não aos da sociedade como um todo.

Como bem explana Fausto (1995, p. 152):

O Poder Moderador provinha de uma ideia do escritor francês Benjamin Constant, cujos livros eram lidos por Dom Pedro e por muitos políticos da época. Benjamin Constant defendia a separação entre o Poder Executivo, cujas atribuições caberiam aos ministros do rei, e o poder propriamente imperial, chamado de neutro ou moderador. O rei não interviria na política e na administração do dia-a-dia e teria o papel de moderar as disputas mais sérias e gerais, interpretando “a vontade e o interesse nacional”. No Brasil, o Poder Moderador não foi tão claramente separado do Executivo. Disso resultou uma concentração de atribuições nas mãos do imperador. Pelos princípios constitucionais, a pessoa do imperador foi considerada inviolável e sagrada, não estando sujeita a responsabilidade alguma. Cabia a ele, entre outros pontos, a nomeação dos senadores, a faculdade de dissolver a Câmara e convocar eleições para renová-la e o direito de sancionar, isto é, aprovar ou vetar as decisões da Câmara e do Senado.

Ademais, a justificativa para a existência desse quarto Poder encontrava-se no art. 98, da Carta Imperial, conforme se vê abaixo:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Acontece que a existência e as atribuições desse quarto Poder não refletiam, na prática, a ideia de separação dos Poderes do filósofo francês, mas sim um total desequilíbrio na relação entre eles, visto que o rei detinha um poder extremamente elevado nas suas mãos, como bem aduz Nogueira (2012, p. 13) ao comparar o referido poder com o parlamentarismo da época:

Na verdade, mais uma imposição política e uma concessão do Imperador do que um preceito da Constituição. Esta, ao contrário, não só não o autorizava como, na doutrina e na prática, vedava-o. Primeiro, porque fazia independer o Executivo da maioria parlamentar na Câmara; segundo porque, por meio do Poder Moderador, concedia ao Monarca o poder de, livremente, nomear e demitir os seus ministros, e, terceiro, porque condicionava a dissolução da Câmara não às conveniências políticas do governo mas, sim, aos casos “em que o exigir a salvação do Estado”, como dispunha o art. 101, item V, da Constituição.

Após esse período Imperial, conforme elucidado Fausto (1995), com grande inspiração na Constituição Americana, advém o período Republicano, forma de governo que vigora até os dias atuais e, ao mesmo tempo, é promulgada a primeira Constituição Republicana Brasileira (1891), a qual substituiu o Estado Unitário pelo sistema presidencialista, extinguiu o Poder Moderador e (re)instituiu a harmonia e independência entre os três poderes, segundo a lógica de Montesquieu.

No âmbito federal, a estrutura legislativa era formada pelo Congresso Nacional, de caráter bicameral (conforme é atualmente), composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados; nos Estados, houve a instituição das Assembleias Legislativas; e nos Municípios, havia as Câmaras de Vereadores, que além de possuírem a função legiferante, administravam localmente. (BARBOSA, 2015)

A Revolução de 1930 pôs fim a essa fase da História e deu início a chamada “Era Vargas”, que foi marcada pela centralização política. O Legislativo perdeu sua importância, o Congresso Nacional e os demais órgãos legislativos foram

dissolvidos, e o governador assumia além das funções administrativas, a função de elaboração das leis.

Nessa época, o mundo vivia intensa instabilidade política e econômica. O período entre as duas guerras mundiais e a crescente difusão de ideias socialistas da União Soviética fizeram com que os Estados voltassem a adotar um modelo de Estado Intervencionista na economia. Nesse contexto, Vargas, em 1937, divulga o falso plano Cohen para receber apoio militar e da sociedade, que temiam as ameaças comunistas, e aplica o golpe que instituiu o Estado Novo no Brasil.

Sob a justificativa desse plano comunista, Vargas outorga uma nova Constituição, que ficou conhecida como “Polaca” em virtude da influência da Constituição Polonesa que detinha ideais fascistas. E mostrou-se altamente centralizada, visto que aumentou os poderes do Presidente, conferindo bastante poder nas suas mãos.

O Poder Executivo foi tido como “órgão supremo do Estado”, conforme se depreende da leitura do art. 73, da Carta de 1937: “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País”.

O Poder Legislativo passou a ser composto pelo próprio Presidente, pelo Conselho Nacional e pelo Parlamento Nacional, embora Getúlio tivesse poder para impor o recesso legislativo e trazer para si as atribuições deste. Conforme se vê pelos arts. 38 e 74, da Carta de 1937 que seguem:

Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

§ 1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

(...)

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

c) dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art.167;

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como da Guerra Fria, o Estado Novo de Vargas teve seu fim. Nesse ínterim, o Brasil volta a se aproximar da Democracia e é promulgada a Constituição de 1946, que se preocupou principalmente em delimitar a atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a fim de evitar novamente um cenário de autonomia exagerada do Executivo. A independência entre os três Poderes, a autonomia dos Estados e dos demais órgãos legislativos é reestabelecida, os quais passaram a exercer todas as suas atribuições sem interferência do Poder Executivo. (FAUSTO, 1995)

O Parlamento da República populista, como ficou conhecido o período de 1946 até o Regime Militar, teve um papel acentuado e atuante, ao passo que seu controle sobre o Executivo aumentou. Como exemplo, pode-se citar que as medidas administrativas para serem tomadas deveriam ser anteriormente autorizadas pelo Congresso Nacional (CASTRO, 2007).

Acontece que, o Brasil sofria uma crise política, reflexo do cenário político internacional e a atuação do Poder Legislativo não foi bastante para evitar o golpe de 64 que instituiu a Ditadura Militar, a qual deu força ao Poder Executivo, que assumiu a maioria das funções do Poder legiferante ao mesmo tempo que limitava sua atuação, podendo, por exemplo, impor o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras dos Vereadores.

O Brasil passou a ser governado por Decretos chamados de Atos Institucionais, os quais, vale ressaltar, não possuíam amparo jurídico, e por Leis excepcionais. Os militares usavam a justificativa de viverem sob ameaça comunista e como forma de reconstruírem a democracia brasileira, como bem prevê o primeiro Ato Institucional editado:

Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato

Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Um ano após a edição do primeiro ato, foi baixado outro. Este, como bem alude o seu preâmbulo, veio sob o argumento de o país precisar de tranquilidade e em busca de assegurar a ordem nacional:

CONSIDERANDO que o País precisa de tranqüilidade para o trabalho em prol do seu desenvolvimento econômico e do bem-estar do povo, e que não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem;
CONSIDERANDO que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs,

Ocorre que, o AI n. 2 veio reforçar ainda mais os poderes do Executivo, que tomou para si mais atribuições do Legislativo. Os militares estavam autorizados a criar decretos e leis acerca da segurança nacional, ou seja, podiam legislar sobre assuntos importantíssimos e ao mesmo tempo ampliar o conceito de segurança nacional existente.

Um ano após, com o propósito de legalizar o regime militar, foi editado o Ato Institucional n. 4, que conferiu ao Congresso Nacional a qualidade de Poder Constituinte Originário para elaborar a Constituição de 1967, a qual acabou criando uma hierarquia entre os Poderes, tendo em vista que o Poder Executivo detinha maior influência sobre os demais.

A nova Constituição entrou em vigor na época em que a presidência estava nas mãos do general Arthur Costa e Silva. A Constituição de 1967 tinha características centralizadoras e ao passo que ampliou as atribuições do Poder Executivo, enfraqueceu o princípio federativo, visto que reduziu a autonomia política dos Estados e municípios e instituiu a Lei de Segurança Nacional. (SILVA, 2005).

A referida Constituição foi o dispositivo máximo do regime e “vigorou” até a promulgação da atual Constituição brasileira. E foi a responsável por legalizar todos os atos de natureza antidemocrática que se fortaleceram com a decretação do Ato Institucional n. 5, o qual ampliou mais ainda os já tão dilatados poderes políticos dos militares, bem como da imposição da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

Vale ponderar o que assevera Silva (2005, p. 87):

Durou pouco, porém. As crises não cessaram. E veio o AI 5, de 13.12.68, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiram mais uma dezena e muitos atos complementares e decretos-leis, até que insidiosa moléstia impossibilitara o Presidente Costa e Silva de continuar governando. É declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência pelo AI 12, de 31.08.69, que atribuiu o exercício do Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo de novo texto constitucional, afinal promulgado em 17.10.69, como EC n. 1 à Constituição de 1967, para entrar em vigor em 30.10.69.

Nesta senda, as lutas pela redemocratização do país aumentaram e o Regime Militar começa a apresentar sinais de fragilidade. Dessa forma, a crescente atuação oposicionista da sociedade, por meio do movimento que ficou conhecido por “Diretas Já”, anuncia o fim da Ditadura e dá início ao processo de redemocratização do Brasil que culminou nas eleições indiretas de Tancredo Neves e José Sarney.

Esse novo momento histórico ficou conhecido como Nova República, e apesar de Tancredo não ter chegado a tomar posse no cargo, visto que veio a óbito, Sarney agiu com prudência e convocou a Assembleia Constituinte que elaborou e promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Carta Maior, dentre tantas inovações, restabeleceu a democracia e elevou a categoria de princípio fundamental e cláusula pétrea a separação dos Poderes idealizada por Aristóteles e difundida por Montesquieu, definindo o papel de cada um para que atuassem de forma harmônica e independente, conforme preceitua o seu art. 2º “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Constituição Cidadã realçou aspectos que estabelecem e asseguram a cidadania, reconhecendo, dessa forma, o papel essencial do Poder Legislativo, elencando as atribuições do Congresso Nacional que se subordina às funções básicas para as quais ele existe, quais sejam, a propositura de leis e a fiscalização do Poder Executivo.

Como reflexo do Estado Democrático de Direito, as leis devem ser elaboradas de forma abstrata e impessoal, de forma que reflitam os anseios da sociedade. Por essa função (razão), pode-se dizer que o Poder Legislativo ocupa uma posição de destaque entre os demais Poderes, visto que é através dele que se estrutura o Estado, e que se ditam as normas a serem seguidas pelos outros Poderes.

2.2 – Da separação dos poderes

A gênese da doutrina da separação dos Poderes remonta a Grécia e Roma antigas e fora idealizada por Aristóteles, após análises profundas acerca da política grega. O filósofo, em sua obra “Política”, evidenciou e diferenciou as partes que compõem o governo da seguinte forma: uma que decidia sobre os negócios do Estado; outra que exercia a magistratura (definida como uma espécie de função executiva); e uma terceira, que englobava os cargos de jurisdição (LENZA, 2011).

Acontece que, todas essas funções eram exercidas unicamente pelo Soberano, o que levou o pensador a considerar tal situação como injusta e perigosa, conforme assevera Lenza (2011, p. 433):

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

Importa mencionar que Aristóteles não chegou a formular uma completa Teoria acerca da separação dos Poderes do Estado e, segundo Silva (2005), a referida doutrina fora difundida somente por Montesquieu, em sua obra “*De l'esprit des lois*” (1748), hoje um pouco menos rígida, não havendo uma verdadeira separação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, mas sim uma harmonia, representada por interferências que visam um sistema de freios e contrapesos, ou seja, há, na verdade, um controle recíproco entre os três Poderes.

O grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função correspondia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano (LENZA, 2011). Entendia o filósofo que o Poder nas mãos de um só homem tende a ser corrupto e arbitrário, visto não possuir limites. Além do

mais, não seria possível falar em liberdade diante de um cenário tão propício a frequentes injustiças, conforme elucida Fontes (2000, p. 168):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Assim, para se evitar uma possível arbitrariedade do Poder, não bastava apenas que o “dividissem”, mas que os Poderes frutos da divisão fiscalizem, freassem, um ao outro, de forma que estabelecessem limites quando no exercício das suas funções. Vale mencionar que, na verdade, não se trata de uma divisão do Poder, visto este ser uno, indivisível e indelegável, o que ocorre é uma divisão das funções estatais a órgãos distintos. O Poder é um só.

Nessa senda, vê-se que a finalidade precípua da separação dos Poderes é a de evitar a concentração de todas as funções nas mãos de um só e proteger os direitos e garantias fundamentais, preservando, assim, as liberdades individuais. Nesse sentido, tem decidido o STF (2000), conforme se vê pelo julgado do Mandado de Segurança 23452/1999:

EMENTA: [...] A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (MS. 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000).

Ademais, a importância dessa Teoria restou evidente quando no final do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) estabeleceu em seu art. 16 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Ocorre que, a dinâmica da sociedade e, conseqüentemente, os avanços na ordem jurídica e o aumento das atividades estatais, fizeram com que uma separação rígida entre os Poderes do Estado se tornasse inviável, o que desencadeou uma flexibilização dessa doutrina a ponto de haver interferências de um Poder em outro, ocorrendo, assim, uma colaboração recíproca. Nesse sentido, afirma Silva (2005, p. 110):

A harmonia entre poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Já a independência, de acordo com Silva (2005) e Bulos (2014), esta é observada no impedimento de uma função se priorizar em relação à outra, bem como a partir da sistematização dos órgãos estatais (desde a investidura até a permanência das pessoas nos mesmos), as quais, ao exercerem suas atribuições, atuam em nome do Estado, sem sofrer intervenção dos demais órgãos, ou seja, com ampla liberdade na execução de serviços ou tomada de decisões, permitindo a ajuda dos demais apenas quando o ordenamento jurídico permitir. Por ela se observa a finalidade também de estabelecer um sistema de “freios e contrapesos”, evitando o abuso por qualquer um dos Poderes.

Essa ideia tripartite demonstrou tanto relevo que foi constante em todas as Constituições brasileiras, exceto na Constituição Imperial de 1824, a qual sofreu forte influência de Benjamin Constant e que acrescentou um quarto poder, o Poder Moderador, que era exercido pelo rei e controlava os demais poderes. E conforme se depreende da leitura dos artigos 2º e 60 da CF/88, abaixo transcritos, vê-se a adoção da referida ideia:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

(...)

A doutrina da Separação dos Poderes foi consagrada como princípio fundamental da Constituição Federal, ou seja, atua como elemento estruturante do Estado brasileiro e foi elevada à condição de cláusula pétrea, matéria impossível de sofrer alterações prejudiciais por meio de emendas constitucionais. Resta evidenciada a importância dada pelo ordenamento jurídico pátrio à citada Teoria, que atua como guia ou vetor interpretativo para a determinação do sentido, significado e alcance das demais normas constitucionais (BULOS, 2014).

Nessa senda, percebe-se que o que fundamenta a harmonia e a independência entre os poderes estatais são os próprios embasamentos constitucionais, os quais refletem o Brasil como Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que se visualiza que para haver a efetivação do princípio, faz-se necessário não só o controle mútuo, mas sim o correto cumprimento das suas atribuições, as quais estão previstas na Carta Magna.

2.3 – Atuação no cenário jurídico brasileiro: funções típicas e atípicas

Fontes (2000, p. 168) citando a obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu (1748), assevera que o poder nas mãos de um só se torna ilimitado e arbitrário e por isso faz-se necessário que “o poder detenha o poder”. Nesse ínterim é que nasce a ideia de Separação dos Poderes entre grupos de pessoas distintos, de modo que os poderes sejam independentes, mas atuem harmonicamente entre si, preservando a autonomia do poder estatal.

A Constituição Cidadã de 1988 eleva a Teoria da Separação dos Poderes à categoria de princípio fundamental, porém, o constituinte originário, respeitando o

crescimento das funções estatais, flexibiliza a doutrina permitindo uma maior interferência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo que a separação entre estes não seja absoluta, refletindo ao mesmo tempo, o sistema americano de freios e contrapesos (*checks and balances*), que estabelece uma interação equilibrada, sem atritos e sem predominar um Poder sobre o outro. É o entendimento de Bulos (2014, p. 517), para o qual:

O órgão do poder deve sempre conter o outro órgão de poder. A interferência de um órgão em outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio em exame, porque ele existirá apenas nominalmente, sem qualquer relevância prática.

Nesse mesmo sentido, Mattos (2011, p. 23) citando Dallari (2007) assevera que:

Segundo esta teoria [sistema de freios e contrapesos] os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

Vê-se, dessa forma, que o suporte constitucional dado ao princípio de separação dos Poderes além de lhe conferir prestígio, estabelece limites na atuação de cada órgão estatal, assegura os direitos fundamentais e reafirma o Estado Democrático de Direito quando confere garantias aos “detentores” do poder e discrimina as funções de cada um, pois de acordo com Moraes (2014, p. 425):

O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.

Nesta senda, a divisão dos Poderes, por ser pautada na harmonia, foi reproduzida na Carta Cidadã de 1988 de tal modo que as funções atribuídas a cada Poder não fora feita de forma absoluta, tendo cada órgão sua parcela de contribuição para a soberania estatal. Importa mencionar a lição de Silva (2005, p. 109), para o qual:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmara, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder. (grifos do autor)

Assim, explica-se a existência das funções primordiais (típicas) de cada órgão, bem como das funções secundárias (atípicas), que são papéis aparentemente exclusivos de um outro Poder e que configuram uma exceção à regra da indelegabilidade de funções. Vale acrescentar que, só se configuram assim, atípicas, aquelas atribuições previstas expressamente no Texto Maior, sob pena de violar o princípio fundamental de separação dos Poderes, cláusula imutável da Carta Cidadã (LENZA, 2011).

Nesse sentido, é que a Carta Política de 1988 ensina que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional no âmbito federal, pelas Assembleias Legislativas no âmbito estadual e pela Câmara de Vereadores nos Municípios; e lhe são conferidas duas funções típicas: a tarefa de elaborar as leis que vão disciplinar a vida em sociedade e serão aplicadas pelos Poderes Executivo e Judiciário; e a

fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (art. 70, da CF/88).

A primeira função compreende o processo legislativo (art. 59, da CF/88), que é o conjunto de atos tomados para que uma sugestão normativa se torne uma lei. E a segunda vem a ser a forma do povo, titular do poder, por meio dos seus representantes escolhidos, através de um controle externo, juntamente com o Tribunal de Contas, saber como seus governantes cuidam do patrimônio do país.

Assim assevera Mendes (2013, p. 1190):

No desempenho da sua função fiscalizadora, o Congresso Nacional pode desejar acompanhar de perto o que acontece no governo o país. Para isso, a Câmara dos Deputados, o Senado e qualquer das Comissões dessas Casas estão aptos para convocar ministros de Estado ou titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, para que prestem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente estabelecido, podendo, se o Legislativo o preferir, deles requerer informações por escrito. Configura crime de responsabilidade o desatendimento a esses chamados.

Como funções atípicas, o Poder Legislativo, administrativamente, dispõe sobre sua organização interna, provimento de cargos, concessão de férias e licenças, bem como a promoção de servidores.

Já quanto à função atípica jurisdicional, no âmbito federal, é possível processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República quando cometem crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; da mesma forma, podem processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II da CF/88).

Já o Poder Executivo, o qual é exercido pelo Presidente da República, juntamente com seu Vice e auxiliado pelos Ministros de Estado no âmbito federal, pelo Governador e Vice e seus Secretários, no âmbito estadual e pelo Prefeito e Vice e seus Secretários, no âmbito municipal, tem como função principal a realização de atos de chefia de Estado e Governo.

Como chefe de Estado, representa a unidade estatal, colocando-se acima das lutas políticas e zelando pela continuidade do Estado e harmonia entre os Poderes, e como Chefe de Governo, por sua vez, é responsável por traçar as diretrizes políticas do Estado, conforme aduz Novelino (2012).

As atribuições típicas do Presidente da República, atuando seja como chefe de Estado ou chefe de Governo, estão elencadas no art. 84 da CF/88, dentre as quais pode-se citar: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, vetar projetos de lei, decretar estado de defesa e estado de sítio, conceder indulto e comutar penas, declarar guerra e celebrar a paz. Atipicamente, o Presidente da República, como competência jurisdicional tem as originárias de recursos administrativos e de competência legislativa, alguns casos de iniciativa legislativa exclusiva, a edição de medidas provisórias (art. 84, III e XXVI, da CF/88), bem como a elaboração de leis delegadas, após solicitação feita ao Congresso Nacional (art. 69, da CF/88).

Já o Poder Judiciário é representado pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, Eleitorais, Militares, Tribunais e Juízes dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 92, da CF/88).

De forma típica, além de administrar a Justiça, lhe compete a função primordial de guardião da Constituição, devendo preservar os princípios da legalidade e da igualdade, base do Estado Democrático de Direito, como também a própria função jurisdicional, qual seja, a de julgar, aplicando a lei ao caso concreto, solucionando os conflitos de quem lhe procura e da própria legislação em vigor, visto ser esta abstrata e impessoal.

Como função atípica e administrativa, o Judiciário organiza suas secretarias e serviços auxiliares, bem como dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, "b", da CF/88). Já quanto à função legislativa, a ele é conferida a elaboração do próprio regimento interno (art. 96, I, "a", da CF/88), bem como é possível a iniciativa de lei complementar ou ordinária por qualquer Ministro do STF e dos membros dos Tribunais Superiores (art. 61, da CF/88), além da possibilidade de se legislar por meio de jurisprudências firmadas e Súmulas, sejam elas vinculantes ou não.

Vê-se, dessa forma, que quando respeitadas as atribuições de cada Poder, e quando há uma colaboração mútua para a realização das suas funções, o princípio da Separação dos Poderes é devidamente respeitado, visto que se preserva a autonomia de cada Órgão, ao passo que não há espaço para a supremacia de um

sobre o outro, além de que se garante a Democracia e assegura-se os princípios fundamentais.

3 ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Carta Cidadã de 1988 foi bastante influenciada pelas ideias neoconstitucionalistas, que deram nova roupagem às Constituições, atribuindo-lhes o caráter normativo e conferindo sua superioridade sobre as demais normas.

Com a necessidade de se fazer respeitar a supremacia constitucional e garantir os direitos essenciais, o constituinte originário atribuiu aos órgãos jurisdicionais a função de intérprete e aplicador da Carta Magna aos casos concretos e conferiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, o papel de guardião do seu texto e garantidor dos direitos fundamentais, sendo necessário, para tanto, fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse contexto, o Poder Judiciante cresce consideravelmente, ganhando destaque no Estado Democrático de Direito, posto que muitas lides são levadas à sua apreciação para solucionar casos que envolvem a edição de leis com teor que contrariam a Constituição, a ausência de regulamentação de alguns direitos, bem como a violação destes pelas instituições administrativas.

Nesse ínterim, nota-se uma transferência da responsabilidade política dos demais Poderes para o Judiciário, o qual ao adentrar na órbita de atuação destes, age como criador de leis e definidor de políticas públicas. Ocorre que, nesse exercício, os juízes e Tribunais passam a interpretar extensivamente a Constituição, ou seja, além do que a norma proporciona, e decidem baseando-se muitas vezes no seu sentimento de justiça, desencadeando dessa forma, o fenômeno conhecido por Ativismo Judicial.

Assim, percebe-se que se faz necessária uma postura mais contida dos órgãos jurisdicionais, visto que as consequências dessa atuação ativista do Judiciário não podem ser outras que não: a violação do princípio democrático, pois não são os juízes agentes públicos eleitos pelo povo, bem como o da Separação dos Poderes, ao passo que ao atuarem criando normas e definindo políticas públicas tomam para si as atribuições típicas dos demais Poderes estatais, ocasionando, dessa forma, uma insegurança no sistema jurídico.

3.1 – A jurisdição constitucional e seus antecedentes históricos

Por muito tempo, na Europa, a Constituição foi tida como mero documento político, ou seja, sem a força normativa que lhe é conferida hoje em dia, sendo aplicada conforme a vontade dos legisladores e administradores, em decorrência da evidente importância que a lei e o Poder Legislativo detinham.

Ao relatar a força desse Poder, Mendes (2013, p. 61) citando Dicey (2001) assevera que “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e mais [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento”.

Essa situação de superioridade do Parlamento vai de encontro a ideia de Estado Constitucional de Direito que confere a supremacia da Carta Política, e que surgiu com o fim da 2ª Guerra Mundial, objetivando principalmente conter os arbítrios do Poder, possibilitando o controle das normas por um outro órgão, qual seja, o Judiciário, que era visto apenas como responsável por ditar a lei. “A tarefa de interpretar a lei é, assim, vista como consubstancial à função legislativa”, segundo Mendes (2013, p. 68).

Imperiosa é a lição de Barroso (2014, p. 03):

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Esse histórico foi diferente nos Estados Unidos do América, que sempre teve a ideia de Constituição como documento normativo e que tinha a preocupação maior com o dilema existente entre os comandos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ambos escolhidos pela vontade da maioria. Importa mencionar as lições de Veloso (2012, p. 8):

É mister ressaltar que nos Estados Unidos, onde foi gerada a primeira Constituição no sentido moderno do termo, foi adotado uma

metodologia de estrutura normativa diferente da França. Enquanto esta, como já ressaltado, defendia a ideia de que o Parlamento, como representante do povo, era soberano e que a Constituição era um mero documento que dispunha a estrutura do Estado, naquele país ocorreu o contrário, pois o Legislativo era a função do poder que era vista com desconfiança pelo povo norte-americano. Destarte, constatou-se que era necessário que a delimitação dos limites das funções do poder deveriam estar localizadas em um “documento vinculante, insuscetível de ser alterado pelas mesmas maiorias contra as quais as limitações eram dispostas”, ou seja, os referidos limites deveriam ser blindados, evitando, assim, que o Legislativo os alterassem. Com isso, a Constituição passa a ser considerada um documento limitador dos poderes, firmando-se a ideia de sua superioridade dentro no ordenamento.

Nessa senda, com o propósito de garantir a devida obediência à Carta Política, ganha relevo a ideia do filósofo Hans Kelsen, o qual idealizou o ordenamento jurídico como uma pirâmide e atribuiu à Constituição o status de norma superior, colocando-a no topo daquela e alocando abaixo os atos normativos editados pelos outros Poderes estatais, conforme assevera Silva (2005, p. 45):

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Nesse íterim de supremacia constitucional e do direito de obediência à Carta Maior é que se insurge a necessidade de meios que preservem o seu conteúdo, decorrendo então a jurisdição constitucional, a qual pode ser definida como a concessão de poder ao Judiciário pelo constituinte originário para que este, visando a preservação dos direitos fundamentais, verifique a conformidade dos atos e leis emanados pelos outros Poderes estatais com a Constituição Federal. É o ensinamento de Barroso (2010) citado por Mattos (2011, p. 55):

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Esse sistema de verificação conforme a Carta Cidadã é realizado pelo que se denomina de controle de constitucionalidade das leis que, segundo Kelsen (1985 *apud* MORAES, 2014, p. 722):

Configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Vale salientar que a adequação das leis à Carta Maior decorre, além da sua supremacia, da sua rigidez e, em síntese, pode se dar de forma difusa ou incidental (sistema norte-americano), exercida por qualquer juiz ou Tribunal quando da análise do caso concreto, ou de forma concentrada ou abstrata (sistema austríaco ou europeu), exercida exclusivamente pelo órgão de cúpula do Judiciário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (LENZA, 2011).

Importa esclarecer que esse controle realizado por todos os juízes e Tribunais surgiu com o caso *Madison versus Marbury* em 1803, quando o juiz da Suprema Corte Americana, Marshall, declarou inconstitucional um ato do Congresso frente à Constituição, afirmando que compete ao Judiciário interpretar e aplicar a lei e que quando a legislação infraconstitucional contrariar a Carta Maior, esta deve prevalecer, visto ser superior a qualquer outra lei no ordenamento jurídico. Segue trecho da decisão traduzida por Klautau Filho (2003, p. 270):

É enfaticamente a competência, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma. Assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso; ou conforme a lei, desconsiderando a Constituição; ou de acordo com a Constituição, desconsiderando a lei; a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário. Se, então, os tribunais devem considerar a Constituição, e esta é superior a qualquer lei ordinária da legislatura, a Constituição, e não a lei ordinária, deve governar o caso ao qual ambas se aplicam.

Em contrapartida ao modelo difuso norte-americano, a Constituição Austríaca de 1920, com o escopo de assegurar a supremacia da Carta Maior, instituiu um Tribunal, denominado de Tribunal Constitucional, o qual possuía a atribuição exclusiva de exercer o controle de constitucionalidade das leis. O referido controle ficou conhecido por controle concentrado de constitucionalidade e conforme assevera o criador desse modelo, Kelsen (1985 *apud* MORAES, 2014, p. 747):

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Direcionando o assunto para a História brasileira, vê-se que, inicialmente, tomando como ponto de referência o período Imperial, o Poder Judiciário era pouco atuante, não existindo um controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista que vigorava uma supremacia do Parlamento e não da Constituição (BONAVIDES, 2004).

Com o advento da República e a promulgação da Constituição Republicana de 1981, surge o controle de constitucionalidade difuso, por via de exceção, ou seja, a análise da constitucionalidade da lei não é o ponto crucial da ação posta em análise, mas sim um incidente processual, submetida aos juízes apenas quando provocados pelas partes, conforme preceitua o art. 3º, do Decreto n. 848 de 1890, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte”. Complementando a questão, previa o seu art. 9º:

Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

Paragrapho unico. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás

leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

Corroborando com a ideia de supremacia da Constituição e buscando efetivar a sua guarda pelos órgãos do Poder Judiciário, a Lei n. 221 de 1894, consagrou o sistema difuso quando afirmou em seu art. 13, § 10, que “os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Nesse contexto, tornou-se crescente a demanda pelo Judiciário com o mesmo motivo, visto que, a decisão proferida pelos juizes e Tribunais vinculavam apenas as partes do caso concreto. Dessa forma, somente com a Constituição de 1934, o problema fora solucionado, quando incumbiu o Senado Federal a atribuição de suspender a execução da lei considerada inconstitucional pelo Supremo, ao mesmo tempo que conferia a eficácia para todas as decisões (QUEIROGA, 2010).

A Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, como visto no capítulo anterior, concentrou demasiadamente o Poder nas mãos do Executivo, não trazendo nenhuma inovação quanto ao assunto, exceto por conceder ao Presidente da República o poder de submeter novamente ao Legislativo lei já considerada inconstitucional, conforme aduz Mendes (2013, p. 1476):

O constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada umas das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Já a Constituição de 1946, marcada pelo retorno da democracia, restabeleceu o controle de constitucionalidade difuso anteriormente previsto pela Constituição de 1934. Porém, foi com a Emenda Constitucional n. 16/65, que surgiu o controle concentrado, dando ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar lei ou ato normativo inconstitucional, desde que por representação do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único, da CF/46), que ferisse a forma republicana de representativa, a independência e harmonia dos poderes, as garantias do Poder

Judiciário, dentre outros, previstos no art. 7º, VII, do Texto Constitucional. Do mesmo modo, a EC 16/65 inovou quando instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais.

O Brasil ingressa no período ditatorial, cenário marcado por militares no governo que atuavam por meio de Decretos e Atos Institucionais, conforme explanado anteriormente, não tendo grandes avanços quanto ao controle de constitucionalidade.

Por fim, com a redemocratização do país, é promulgada a Constituição Federal de 1988 que traz um numeroso rol de direitos aos cidadãos e, buscando garantir a efetivação destes, fortalece o Poder Judiciário, ao consagrar, por exemplo, o princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88) como cláusula pétrea, da mesma forma que mantem o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, tanto o difuso como o concentrado, trazendo importantes inovações nesse aspecto, quais sejam, na lição de Queiroga (2010, p. 47):

1) na ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX); 2) na introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); 3) na criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, p. §1º); e 4) na recriação da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º).

É nesse contexto que se nota a evolução que os órgãos jurisdicionais tiveram na História e sua importante atuação nos dias atuais, tornando-se o Judiciário o Poder consagrado como guardião dos direitos e garantias fundamentais que visa de forma primordial assegurar a supremacia da Constituição Federal, não sendo mais visto unicamente como a “boca da lei”, ao passo que deve interpretá-la e aplicá-la conforme os princípios norteadores da ordem jurídica, concretizando os direitos assegurados pela Lei Maior.

3.2 – Dimensões legitimadoras da autocontenção judicial

Como fora explicado alhures, em decorrência do valor que foi atribuído à Constituição, deixando de ser um mero documento político que dependia do legislador e do administrador para surtir efeitos, e passando a ser vista como norma superior do ordenamento jurídico, as funções do Poder Judiciário cresceram consideravelmente, ao ponto de receber do constituinte originário a incumbência de fazer o controle de constitucionalidade das leis, averiguando a conformidade destas com o Texto Maior.

A necessidade desse controle se deu também em virtude da rigidez constitucional, bem como pelo escopo de efetivar os direitos fundamentais, o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana, vetores basilares de um Estado pautado na promoção do bem-estar da sociedade.

É imperioso mencionar a lição de Bonavides (2004, p. 297):

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

Ainda, para garantir a segurança jurídica, a Constituição passou a versar sobre matéria política e tratou também de muitos direitos sociais, deixando esses pontos para serem regulamentados por leis infraconstitucionais, mas evitando que os Poderes constituídos intervissem de forma que viesse a prejudicar os já consagrados fundamentais.

Para tanto, fez-se necessário relacionar ainda mais a atuação dos Poderes estatais e dar a um Tribunal Constitucional, no Brasil representado pelo Supremo Tribunal Federal, a importante atribuição de guardião da Carta Cidadã, sendo este órgão considerado o último intérprete das normas gerais e abstratas, elaboradas pelo Poder Legislativo.

Nessa senda, é que o Judiciário se insurge como Poder de destaque no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que as pessoas passaram a ter mais conhecimento sobre os seus direitos, buscando com mais frequência os órgãos

jurisdicionais para solucionar seus problemas, obrigando-os a se manifestarem acerca dos casos postos em análise. Da mesma forma, o constituinte originário ao lhe garantir a atribuição de solucionador das lides e intérprete-aplicador das normas, conferiu ao povo facilidade e amplo acesso a seus órgãos, com o objetivo de se preservar as liberdades individuais.

Acontece que, a responsabilidade por todas essas atribuições resultou no fenômeno da Judicialização da política, ou seja, as questões políticas, sociais e morais, as quais devem ser decididas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, estão sendo decididas pelo Poder Jurídico quando analisam a constitucionalidade das leis ou solucionam as lides nos casos concretos que envolvem violação aos direitos individuais. É a lição de Barroso (2008, p. 03):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Vale acrescentar que a Judicialização também “decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições”, como bem explica Streck (2016, p. 02). Ou seja, a ineficiência dos demais órgãos estatais, que não cumprem com maestria as atribuições conferidas pela Carta Cidadã, faz com que haja uma transferência da responsabilidade política dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, que quando se depara com o caso concreto evidencia a violação aos direitos fundamentais, que devem ser resguardados por ele e, dessa forma, passa a atuar politicamente como deveriam os órgãos omissos.

Nessa senda de atuação influente do Poder Judicante, é que se insurge a figura do Ativismo Judicial, o qual se manifesta também pela atuação mais ativa dos órgãos jurisdicionais, porém, o dinamismo decorre das suas decisões, que vão além do alcance da norma constitucional, a qual passa a ser interpretada de forma extensiva propositalmente, com a justificativa de garantir os direitos fundamentais desrespeitados, acabando, dessa forma, por interferir no espaço de atuação dos demais Poderes.

Conforme aduz Barroso (2008, p. 06) “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Esclarece Streck (2016, p. 02):

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço” seja para manter o *status a quo*).

Acrescenta com sabedoria Streck (2013, p. 03) “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.

Essa postura vem ocasionando grandes questionamentos acerca da legitimidade dessa atuação do Poder Jurídico que, para resguardar os direitos fundamentais, extrapola o poder interpretativo da lei, passando a criar o Direito nas suas decisões. Isto porque, além de exorbitar as atribuições que lhes foram conferidas pela Constituição, ferindo o princípio da Separação dos Poderes, essa atuação confronta também o princípio democrático, o qual se exterioriza pela vontade da maioria, respeitados os direitos da minoria.

Esse quadro surge porque o Poder Judiciante não é tido como poder de representação popular, tendo em vista que são o Legislativo e o Executivo compostos por escolhas diretas do povo, ou seja, pelo princípio democrático, e que se manifestam, pelo menos teoricamente, externando a vontade daqueles que os elegeram. Importa mencionar a lição de Mattos (2011, p. 43):

Quando as interferências do Poder Judiciário ocorrem, as representações democráticas que estruturam o Estado sucumbem, visto que seus membros não detêm mandato eletivo e não representam a sociedade da mesma forma que os membros dos outros poderes, salientando-se aqui sua posição eminentemente contramajoritária.

Dessa forma, como os juízes não são agentes públicos escolhidos pelo princípio democrático, as definições dos direitos do cidadão e de como deve se dar a

atuação estatal devem ser tomadas pelos Poderes constituídos democraticamente (CHAVES, 2013).

Há entendimento contrário que afirma que o Judiciário atua de forma legítima, tendo a legitimidade da sua atuação conferida pela expressão do constituinte originário quando na Carta Maior estabeleceu suas atribuições e concedeu ao Supremo Tribunal Federal a função primordial de guardião do seu texto, bem como defensor dos direitos e garantias individuais, principalmente quando estes não são respeitados pelos demais poderes estatais. E, conforme esclarece Carvalho Filho (2014, p. 171):

Justifica-se a legitimidade do Judiciário pela sua função institucional de guardião da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional seria pressuposto da democracia, na medida em que não se pode vislumbrar participação popular em contexto de desrespeito aos direitos fundamentais. O sistema contramajoritário (FRANCO, 2009) de controle de constitucionalidade representaria, assim, mecanismo de autoproteção da própria democracia, destinado a evitar que decisões majoritárias em dados contextos se sobreponham aos direitos essenciais dos indivíduos.

Percebe-se que cerne da questão não é o fato de os órgãos jurisdicionais criarem o Direito ao proferirem suas decisões, pois a atividade interpretativa também é criadora, além de que, esses órgãos atuam como legislador negativo quando da declaração de inconstitucionalidade das leis, por exemplo.

O problema se encontra em como os juízes vêm criando o Direito (é esse “como” que viola os princípios supracitados) uma vez que, como bem elucida Carvalho Filho (2014, p. 167) “o raciocínio hermenêutico pode ser articulado de modo a conduzir ao resultado desejado”, podendo, dessa forma, os juízes decidirem não pelo Direito, mas sim, pelo seu sentimento de justiça, do que é certo ou errado, definindo inclusive políticas públicas e assim, norteando a atuação das demais instituições, sob o argumento de preservar os direitos fundamentais. É o que se vê no cenário atual.

Importa mencionar a lição de Streck (2015, p. 02):

Decisões judiciais não são teleológicas. E não são frutos de escolha [...] Juiz deve decidir por princípios e segundo o Direito. E o Direito não é moral, não é Sociologia, não é opinião pessoal [...] Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições

jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. [...]

Decidir é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões, como diz Dworkin em seu *Talking Rights Seriously*. (grifos do autor)

Nesse contexto, complementa Barroso (2008, p. 12) que “a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo”.

Nessa senda, em contrapartida a esse intenso desempenho do Poder Judiciante, é que se desenvolveu a doutrina da Autocontenção Judicial, que seria um certo cuidado, uma limitação na atuação jurisdicional, evitando adentrar em questões essencialmente políticas, as quais cabem precipuamente aos Poderes eleitos do Estado (Legislativo e Executivo). E, conforme ensina Dimoulis e Lunardi (2011, p. 469):

A doutrina da autocontenção adota uma concepção modesta do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções.

O Judiciário deve agir dentro do contexto contemplado pelo ordenamento jurídico, interpretando as normas conforme a Carta Maior, sem exorbitar as suas atribuições de intérprete-aplicador da lei e sem adentrar no espaço elaboração/execução dos atos normativos, conferido aos Poderes Executivo e Legislativo, sob pena de ferir o princípio da Separação dos Poderes e o instituto da Democracia. É a lição de Streck (2012, p. 05):

A possibilidade de os juízes tomarem decisões de caráter acentuadamente político, fundadas em alguma ideia vaga de justiça, isto é, decisões não predispostas em abstrato em normas jurídicas, não se mostra compatível, funcionalmente, com um sistema de governo (a democracia) que se baseia, essencialmente, na responsabilização e confirmação política periódicas daqueles cujo poder e ofício consiste precisamente em impor obrigações e direitos

antes não previsto em lei – atividade reservada essencialmente ao ramo político do Estado.

As decisões jurídicas não devem ser dotadas de subjetivismos e discricionariedade, devem se pautar nos ditames da Carta Maior, motivadas e fundamentadas na lei e, quando na ausência destas, em princípios gerais do Direito.

E, conforme, Barroso (2008, p. 07), adotando uma postura de autocontenção, os juízes e tribunais devem agir de forma a:

(i) Evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abster-se de interferir na definição de políticas públicas.

A adoção de uma postura contida, nos dias atuais, torna-se difícil, pois a ideia de guardião do Texto Maior é vista por muitos juízes como justificativa para suas atitudes ativistas, bem como porque o país vive uma intensa crise política. Porém, percebe-se a imperiosidade em se estabelecer limites na atuação jurisdicional, de forma que se estabeleça um equilíbrio no seu exercício, visto que o excesso do seu ativismo enfraquece o sistema democrático e fere o princípio da Separação dos Poderes, desencadeando um cenário onde o Judiciário se torna superior aos demais órgãos estatais.

3.3 – Atuação da judicialização frente ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário

O fenômeno da Judicialização, ou seja, a transferência da responsabilidade política dos demais Poderes estatais para o Poder Judiciário faz com que este Poder assumira um papel de protagonista no cenário nacional, visto que começa a cumprir quase que tipicamente as funções de legislar e administrar. Tal fato é facilmente notado quando se analisa a repercussão que as decisões judiciais têm no âmbito do Poder Executivo e do próprio Judiciário.

Pode-se dizer que a crise que as instituições políticas vêm passando atualmente é um dos motivos para essa Judicialização, posto que esses órgãos não cumprem com suas atribuições constitucionais e conseqüentemente as pessoas não mais acreditam naqueles que elegeram para elaborar as leis e efetivá-las. Dessa forma, recorrem ao Judiciário, que se insurge como garantidor da ordem, ao passo que impõe o cumprimento da lei e assegura os direitos fundamentais. Merece atenção a lição de Oliveira (2012, p. 03):

Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no Judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (Legislativo e Executivo). Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, “o juiz (melhor seria dizer: o Judiciário — acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política”

Assim, os juízes são obrigados a apresentarem respostas àqueles que lhes provocam para dizer o Direito, pois, como aduz o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da mesma forma, prevê o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/10): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É nessa obrigação de apresentar soluções às lides e suprir as falhas das demais instituições estatais que o Poder Judiciário acaba se expandindo, criando leis e definindo políticas públicas.

Nesse contexto, percebe-se também a simpatia que há entre a política e o Direito, pois, conforme aduz Barroso (2014, p. 49) “as soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais”. Porém, deve-se reconhecer que os dois institutos não se confundem e que nem tudo deve ser resolvido pelo Poder Judiciário justificando que cabe a ele a última interpretação quando há conflito entre os Poderes estatais.

O referido jurista (2014, p. 12) aduz com maestria os motivos pelos quais deve-se ter cautela na atuação jurisdicional, evitando, conseqüentemente, a politização da justiça, que são:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Nesse ínterim, evidencia-se a cautela que devem ter os órgãos jurisdicionais quando decidirem sobre questões ainda não elucidadas pelos Poderes responsáveis ou quando decidirem interferindo no campo político, pois não são eles os mais aptos a definirem as políticas públicas ou efetivá-las.

Nessa senda, merece atenção a interferência que o posicionamento dos juízes e Tribunais têm sobre a atuação do Poder Executivo. Pode-se usar como exemplo a questão de fornecimento de fármacos, quando o juiz decide sobre a questão fundamentando que o direito a saúde é direito de todos e dever concorrente da União, Estados e Municípios, e emite seu posicionamento obrigando o Poder Público Municipal a conceder determinado medicamento ao cidadão autor da ação. Acontece que, em suma, geralmente esses remédios são muito caros e isso faz com que a verba destinada para a saúde de uma população seja mitigada em razão da concessão realizada para uma única pessoa. Isso afeta em demasia a estrutura orçamentária da instituição condenada, bem como o princípio da igualdade.

Veja-se a decisão do TJMG (2007) em sede do Mandado de Segurança 447.225, em que concedeu a segurança, mesmo depois de o órgão responsável pelo fornecimento do medicamento (Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais) ter se manifestado contrário ao fornecimento:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SUS. – GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE – ARTIGOS 6º E 196 DA C.F. – SEGURANÇA CONCEDIDA. ‘É de responsabilidade concorrente da União, Estados e Municípios o dever de garantir saúde a todos; tal lição emana da Carta Maior’. ‘O fornecimento de medicamentos às pessoas destituídas de recursos financeiros é dever constitucional do

Poder Público; o direito à saúde constitui consequência indissociável do direito à vida, ambos garantidos pela Carta Magna'. (TJMG Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. MS 447.225. Des. Roney Oliveira. Julgado em 18/04/2007. DJ de 20/16/2007).

O magistrado fundamentou de forma correta, porém sua decisão influencia significativamente na estrutura administrativa do Estado, visto que, ao conferir referido fármaco ao impetrante, diminui a dotação orçamentária do ente público para atendimento da população como um todo. Importa mencionar a lição de Hess (2011, p. 265) para o qual:

A intervenção em políticas públicas pelo Judiciário necessita de requisitos e limites definidos para operacionalizar as pretendidas mudanças no contexto social. Em outras palavras, como pretensão individual/social deve pautar-se pelo binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade desta pretensão de direito individual ou coletivo, manejado por processo judicial para a defesa do *direito ao mínimo existencial*; de outro lado, pela existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar concretizadas e efetivas as prestações positivas que são exigidas do Estado. A decisão judicial deve se pautar pelo princípio da razoabilidade/proporcionalidade, ao analisar, em comparação de valores e direitos constitucionais, a *cláusula da reserva do possível orçamentário* por meio de verbas públicas disponíveis à política pública definida pela decisão judicial. (grifos do autor)

Deve-se reconhecer que para não ocorrer uma violação ao sistema político nem ao princípio de Separação dos Poderes, o Judiciário deve atuar de forma indutiva e não substituindo as instâncias representativas da democracia (CHAVES, 2013).

Quanto a repercussão das decisões judiciais no próprio Poder Judiciante, esta pode ser notada quando se observa o peso que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem sobre os demais órgãos jurídicos e instituições estatais, visto que esse instituto propicia uma visão do posicionamento daqueles acerca de assuntos controversos na doutrina, uniformizando as demais decisões judiciais e conferindo segurança à ordem jurídica.

Da mesma forma, com o surgimento dos Enunciados Sumulares, principalmente as Súmulas Vinculantes, que foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e que, como o próprio nome

diz, vinculam a atuação dos demais órgãos jurisdicionais e da administração pública direta e indireta, conforme prescreve o art. 103-A da Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Assim, o Supremo Tribunal Federal expande ainda mais suas atribuições e reforça seu poder institucional. Basta observar a quantidade e os temas dessas Súmulas, quase sempre polêmicos e muitas vezes de cunho político, quais sejam: nepotismo, uso de algemas, taxa sobre serviços de coleta, competência municipal para fixar horário de estabelecimento comercial, dentre outros.

Nota-se, portanto, que a Judicialização confere ao Poder Judiciário grande valor perante o cenário jurídico, fazendo dele o Poder mais atuante em diversos aspectos, tomando para si atribuições das demais instituições estatais e, conseqüentemente, confundindo seu papel de guardião da Constituição Federal com o do legislador positivo e efetivador das políticas constitucionais, desencadeando, dessa forma, o fenômeno do Ativismo Judicial.

4 A INEFICÁCIA DO PODER LEGIFERANTE E AS DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

O Poder Legislativo está atravessando uma crise que acaba por prejudicar a representatividade democrática. Essa adversidade é evidenciada pela inflação de atos normativos que pouco se enquadram na realidade brasileira, revelando apenas interesses políticos pessoais dos legisladores, bem como pela insuficiência de normas com qualidade jurídica. Soma-se a isso a desconfiança que a sociedade vem tendo com a postura dos membros deste Poder, envolvidos em casos de corrupção e indiferentes em relação aos anseios do povo e firmados em interesses que pouco condizem com os ditames Constitucionais e os valores sociais.

Tendo em vista esse cenário, a sociedade se socorre ao Poder Judiciário, que deve oferecer respostas àqueles que lhes provocam, posto não poder se escusar da obrigação por ausência de lei, como bem determina o ordenamento jurídico, devendo garantir a aplicação dos direitos que não são devidamente regulados.

Nesse ínterim, o Poder Judicante passa a atuar com mais frequência, visando, além de atender os interesses da população, suprir a carência normativa e efetivar os direitos fundamentais. Como consequência, adota uma postura proativa no sentido de estender o alcance das normas constitucionais, inovando, assim, a ordem jurídica, e decorrendo o seguinte questionamento: esse Ativismo é benéfico?

Pode-se considerar que, ao garantir à sociedade a efetividade dos direitos indispensáveis ausentes de regulamentação, essa atitude ativista é favorável. Isto porque, a atuação do Judiciário, com enfoque a do STF, deve sempre preservar a democracia e os direitos fundamentais. E, quando o Ativismo Judicial for a única forma de resguardar os direitos sensíveis ou de se ver concretizado algum direito que não foi devidamente regulamentado por quem deveria, o Poder Jurídico estará preservando a supremacia das normas constitucionais, cumprindo, dessa forma, sua função típica.

Por outro lado, deve-se atentar aos excessos desse Ativismo, pois corre-se o risco de se instituir uma ditadura do Poder Contramajoritário, quando da não observância de seus limites de atuação, fundamentando as suas atitudes sempre no seu poder de guarda e intérprete da Carta Maior, trazendo para si a função de

disciplinador da vida em sociedade e passando a legislar como se Poder competente o fosse.

4.1 – A crise de representatividade do Poder Legislativo

O movimento do neoconstitucionalismo, buscando efetivar as mudanças ocorridas na sociedade pós Segunda Guerra Mundial, ocasionou uma evolução no teor das Constituições, que passaram a elencar inúmeros direitos fundamentais com o escopo de conferir segurança e liberdade aos indivíduos.

No propósito de assegurar a aplicabilidade destes direitos e atingir a sociedade indistintamente, o constituinte originário de 1988 elevou-os a categoria de cláusulas pétreas e elaborou as normas de forma mais genérica possível, deixando ao Poder constituído a incumbência de regulá-las de acordo com as necessidades do povo, verdadeiro titular do Poder.

Essa responsabilidade foi conferida ao Poder Legislativo que tem como função primordial a elaboração de atos normativos gerais e abstratos que disciplinam a vida em sociedade, bem como a standardização de normas que possuem pouca eficácia.

Foi atribuído a este Poder também, de forma atípica, como decorrência do Princípio da Separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos, como já visto alhures, a função administrativa, a exemplo de dispor sobre sua organização interna, provimento de cargos, concessão de férias e licenças, e na função atípica jurisdicional a possibilidade processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República quando cometem crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CF/88), por exemplo.

Essas funções estão previstas na Carta Maior e asseguram aos membros detentores do Poder Legiferante garantias e prerrogativas para melhor realização das suas atividades, demonstrando, assim, que o Legislativo é dotado de grandes e importantes atribuições que lhe exigem uma atuação extremamente eficaz, visto que ele inicialmente é quem vai disciplinar a vida social.

A partir dessa constatação, analisando a postura do referido órgão no cenário jurídico, percebe-se que o mesmo vem sofrendo há muito tempo uma crise que

acaba por prejudicar a representatividade democrática, tendo em vista que se verifica uma ineficácia na sua atuação típica de elaboração das leis, evidenciada pela inflação de atos normativos que pouco se enquadram na realidade brasileira, revelando apenas interesses políticos pessoais dos legisladores, bem como pela insuficiência de normas com qualidade jurídica. Importa mencionar o entendimento de Celso de Mello em entrevista concedida ao site Conjur (2006, p. 02):

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República.

Ademais, mesmo com a Carta Cidadã contando com mais de 25 (vinte e cinco) anos, diversos direitos carecem ainda de regulamentação. Essa situação é perceptível, por exemplo, ao analisar o direito de greve dos servidores públicos que ainda não possui lei própria, sendo tal direito regulamentado após o STF (2007), ao julgar um Mandado de Injunção n. 712, determinar que a lei que normatiza o direito de greve no setor privado fosse aplicada aos servidores públicos, solucionando-se, em parte, o problema.

Isto porque, após 9 (nove) anos dessa decisão a devida lei não foi editada, fazendo do Tribunal Supremo um criador do Direito e demonstrando ainda mais a morosidade e descaso do Poder Legislativo perante a edição de normas importantes.

Dessa forma, pode-se considerar que a função legiferante é vista por seus supostos representantes, contraditoriamente, como atividade de segundo plano e é nesse contexto que aparece o Poder Judiciário como órgão de destaque, visto que passa a se deparar com a responsabilidade de solucionar as lides que não possuem regulamentação anterior, fazendo com que, através da atividade interpretativa, usando de analogias ou princípios gerais, solucione o caso muitas vezes criando direitos.

Pois, como bem assevera Fernandes e Ferreira (2012, p. 02):

Tão grave quanto à violação da Constituição por *ação*, é ver-se diante de um direito constitucionalmente reconhecido, porém incapaz de ser exercido devido à *omissão* do poder público em cumprir o comando constitucional de regulamentá-lo e torna-lo aplicável em sua máxima extensão.

Vale acrescentar o entendimento de Pinto e Zanata (2011, p. 15):

A crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo tem alimentado a expansão judiciária no que tange ao ativismo; em nome da Constituição prolatam-se decisões que suprem omissões e, muitas vezes, inovam a ordem jurídica.

Soma-se a isso a desilusão que a população vem tendo com a postura dos seus representantes, envolvidos muitas vezes em casos de corrupção, indiferentes em relação aos anseios da sociedade que os elegeram e firmados em interesses que pouco condizem com os ditames Constitucionais e os valores sociais. Fato facilmente observado ao se assistir qualquer reunião do Congresso Nacional, cheias de discursos dotados de idolatrias e em nome da mulher, filhos e até mesmo Deus, esquecendo que seus posicionamentos devem representar a nação e que o Brasil é um Estado Laico.

Evidencia-se que sua importante função de positivizar novos direitos e disciplinar a vida em sociedade não é observada nos dias atuais, principalmente porque os atos normativos não refletem os anseios do povo, titular do Poder, mas sim os interesses conjugados dos membros do Legislativo com o chefe do Poder Executivo, fato que pode ser visualizado pela quantidade de Medidas Provisórias que são editadas, o que corrobora para o enfraquecimento da sua posição no cenário nacional e o crescimento dos demais Poderes estatais.

É o entendimento de Garcia e Zacharias (2012, p. 10):

O presidencialismo de coalizão nada mais é do que a reunião forçada por interesses fisiológicos, de grupos de partidos políticos, que se unem em torno de um partido mais forte, normalmente o do Presidente da República, em um pacto de consolidação do poder, em que se aprovam as matérias simpáticas ao programa de governo da

ocasião, sem o necessário debate parlamentar, crucial para a legitimidade das decisões políticas fundamentais da nação.

Importa acrescentar a lição de Souza Junior e Meyer-Pflug ([2013?], p. 16):

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à crise institucional pela qual passa o Poder Legislativo no momento atual, devido ao descrédito da população somado ao excessivo número de medidas provisórias do Poder Executivo que dificultam sobremaneira que ele desempenhe sua função a contento. A crise de funcionalidade e representatividade do Poder Legislativo leva O Supremo Tribunal Federal a suprir esse vácuo, de modo a garantir que as normas constitucionais sejam respeitadas e aplicadas. Há, na realidade, o preenchimento desse espaço para que haja a concretização constitucional.

Ademais, essa problemática, no sentido de que os assuntos que são realmente levados a voto, são por mero interesse partidário, ficando centenas de outros projetos de lei engavetados por falta de interesse pessoal, sem ao menos serem visualizados com o devido interesse coletivo, desconsidera potencialmente o princípio da supremacia do interesse público e deixa a população a mercê de posicionamentos judiciais para verem garantidos seus direitos.

Excelente a lição de Mori (2012, p. 48):

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.

Assim, onde a lei não se mostra suficiente ou quando nem mesmo há a edição de algum ato normativo que possa regulamentar o caso concreto, o juiz, como intérprete passa a atuar como legislador positivo, criando direitos e obrigações e garantindo a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados, é de onde se insurge o fenômeno do Ativismo Judicial, pois, conforme aduz Garcia e Zacharias (2012, p. 10):

Diante de um eventual confronto de uma mora ou omissão legislativa explícita e um direito fundamental ferido a espera de uma solução

constitucional (normalmente social), não há outro meio do Poder Judiciário decidir senão inovando o ordenamento jurídico (figura do legislador positivo).

Dessa forma, tendo em vista que a função legislativa tem se afastado cada vez mais do nível de excelência que se deseja socialmente por inúmeros motivos, principalmente pela inexpressiva produtividade, bem como a baixa qualidade nas leis que são elaboradas, aparecendo para a sociedade com descrédito, justifica-se a desconfiança da população perante o Poder Legiferante e, como consequência, o socorro ao Poder Judiciário que deve oferecer respostas àqueles que lhes provocam, visto este não poder se eximir da referida obrigação por ausência de lei, como bem determina o ordenamento jurídico, devendo garantir a aplicação dos direitos que não são devidamente regulados.

4.2 – O ativismo judicial como um dos mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais

Como já observado no tópico anterior, a crise que assola o Poder Legislativo, seja quanto a ausência de leis ou pela ineficácia das que são editadas, ou pelos escândalos que se envolvem os supostos representantes deste órgão, faz com que os destinatários das normas busquem o Poder Judiciário para verem seus direitos efetivamente assegurados. Assim, com o escopo de apresentar respostas às situações que lhes são postas em análise, o Poder Judicante, quando se depara com as lacunas das leis e/ou a falta de normatização específica, passa a ter uma postura mais ativa que o normal quando emitem seus posicionamentos.

Dessa forma, os juízes e Tribunais se insurgem como verdadeiros protagonistas quando da criação do Direito, pois, por tais decisões ativistas, geralmente pautadas na gama de princípios existentes no ordenamento jurídico e alcançadas através da interpretação extensiva da norma, o referido órgão passa a limitar e direcionar a atuação dos administradores e suprir a inoperância do Poder Legiferante quando não cumprem com os anseios da sociedade que os elegeram, inovando a ordem jurídica (TAVARES, 2011).

Ademais, a Carta Cidadã de 1988 conferiu ao Poder Judiciante mecanismos para contornar os atos normativos que não condizem com o Texto Constitucional ou que externam excessos dos legisladores, como as ações de constitucionalidade e o Mandado de Injunção, atuando como legislador negativo. Mas, com a crescente inoperância dos demais Poderes estatais, principalmente quando da concretização dos direitos indispensáveis, essa atividade legislativa sai da órbita de exceção e adentra no cotidiano do Poder Judiciário que se vê comumente disciplinando a vida em sociedade, ao formular políticas públicas, e garantindo efetividade aos direitos sensíveis, através de seus posicionamentos.

Imperiosa a lição de Pinto e Zanata (2011, p. 15):

Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Ao mesmo tempo, em decorrência da relevância que ganhou da Carta Política de 1988, visto ser independente e guardião do Texto Maior e possuir como princípio norteador a imparcialidade, bem como pela imperiosidade dos direitos sensíveis, o Poder Jurídico, deixa de ser apenas um reproduzidor das leis e se apresenta como órgão de confiança perante boa parte da sociedade que não o visualiza como instituição marcada pelas mazelas da corrupção, mas sim, corretor das falhas dos demais órgãos estatais, garantindo, dessa forma, a eficácia dos direitos essenciais.

Nessa ínterim, o Poder Judiciário, que não pode se eximir da responsabilidade que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico pátrio, passa a desempenhar suas atividades típicas interpretando a Carta Maior extensivamente, buscando conferir a maior efetividade das normas, de forma a suprir a incompetência dos órgãos legislativos e a vontade de superioridade do Poder Executivo perante os demais órgãos estatais, resguardando, assim, os direitos violados ou na iminência de o serem.

É nesse contexto de protetor das normas constitucionais, objetivando manter a eficácia plena da Carta Política de 1988, harmonizar a ordem jurídica e assegurar

os direitos fundamentais, que se evidencia o fenômeno do Ativismo Judicial, o qual, segundo Barroso (2008, p. 06) “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Acrescenta-se a esse fator também a abstratividade das normas e a possibilidade de geralmente haver mais de um meio de solucionar as lides, o que dificulta a perfeita subsunção das normas ao caso concreto e conferem aos magistrados a utilização de diversos métodos de interpretação, bem como do uso exacerbado de princípios, muitas vezes combinados, conferindo ampla discricionariedade quando decidem.

Importante o posicionamento de Pontes e Teixeira (2013, p. 12):

O ato de tornar válidos os direitos contidos no Texto Maior em todas as situações levadas ao Judiciário, fez com que este assumisse um novo modo de atuação no Estado Democrático de Direito. Os valores trazidos pela Constituição passaram a nortear a atividade jurisdicional, que aceitou a atuação pública do referido poder na tarefa de tutela dos direitos. A inserção dos direitos fundamentais nas Constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito, caracterizando a busca pelo constitucionalismo da efetividade diante da crise do direito legislado e do Estado Democrático de Direito em atender às demandas sociais.

Nesse ínterim, questiona-se a atuação do Poder Judiciário. Até que ponto essa postura mais ativa de suprir as omissões do Legislativo, pode ser tida como positiva, sem que viole os princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, bem como as normas constitucionais, visto que o órgão jurídico não é visto como Poder representativo da maioria, pois não se compõe de integrantes escolhidos pelo povo, possuindo a competência primordial de julgador e não legislador positivo?

Pode-se afirmar que essa atitude proativa é visualizada como benéfica quando garantir à sociedade a efetividade dos direitos indispensáveis. Isto porque, a atuação do Judiciário, dando enfoque a do Supremo Tribunal Federal, deve sempre preservar a democracia e os direitos fundamentais.

Por isso, quando o Ativismo Judicial se fizer necessário, ou seja, quando for a única forma de resguardar os direitos sensíveis ou de se ver concretizado algum direito que não foi devidamente regulamentado por quem deveria, o Poder Jurídico estará preservando a supremacia das normas constitucionais, bem como estará

atuando conforme os comandos da própria Carta Cidadã que aduz em seu art. 102: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal”.

Imperioso o entendimento de Barroso (2008, p. 09):

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.

Assim, como o maior objetivo do Judiciário, enquanto solucionador das lides, é atender as necessidades da sociedade, pode-se dizer que quando for para assegurar a aplicabilidade dos direitos indispensáveis, é permitido ao Supremo Tribunal Federal adotar posturas ativistas, ou seja, figura-se como aceita essa expansividade da atuação jurídica, visto que, o que se deve considerar primordialmente é a falta de efetividade ou até mesmo a violação do direito sensível que, como consequência, fere a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, como bem prescreve o art. 1º, III, da Constituição Federal.

Pois, o órgão jurídico quando do caso concreto, deve-se ater a analisar o apelo das partes e eliminar a ofensa ao direito fundamental, dizendo o Direito e solucionando a lide de forma a satisfazer a parte prejudicada da relação, sempre de acordo com os ditames constitucionais, fazendo com que o conflito entre os Poderes, de qual tem competência para regulamentar ou disciplinar o direito prejudicado, seja menos importante diante do que realmente é buscado, que é a efetividade do direito fundamental violado.

Ou seja, o que deve ser levado em consideração não é só o fato de existir ou não um conflito entre os Poderes, mas sim de perceber que há uma maior relevância no tocante aos direitos fundamentais, os quais necessitam se sobressair diante da situação, pois a sociedade clama pela concretização dos seus direitos constitucionais conquistados, tidos como indispensáveis. Assim, nessa situação não justifica a separação dos Poderes limitar a atuação do Judiciário quando for o único capaz de efetivar os direitos sensíveis ou até mesmo quando for para garantir o mínimo existencial, que é aquilo que é considerado indispensável, não apenas para a manutenção da vida, mas para uma inserção social digna.

Isto porque, quando dessa atuação além da norma, um dos reais objetivos do Judiciário é de evitar que sejam tomadas decisões divergentes à vontade do povo, uma vez que este é representado pelo Poder Legislativo, pois quando se atua neste sentido está assegurando direitos que por sua vez foram violados ou na iminência de o serem, ou seja, está de fato concretizando os anseios do titular do poder. É o posicionamento de Pimentel (2012, p. 04):

Assim, quando há omissão do Legislativo ou Executivo, é justo e necessário que o Judiciário aplique a Constituição Federal a uma situação, ainda que esta não esteja expressamente contemplada no texto constitucional, pois caso contrário a sociedade continuará aguardando a regulamentação de preceitos fundamentais.

Diante da omissão ou até mesmo da falta de representação da real vontade da Constituição através do Poder Legiferante, caberia ao Poder Jurídico ficar inerte? O que se verifica de maneira mais lógica é que o Judiciário, com o intuito de preservar os interesses fundamentais da coletividade e resguardar a superioridade da Carta Maior, ou seja, cumprindo suas atribuições, assume um papel alheio a fim de ponderar os anseios da sociedade, atendendo sempre os princípios básicos que, ainda que não estejam explícitos na Constituição, encontram-se na mesma de forma implícita, subentendida, decorrendo dos valores abordados por ela.

Mas, importa mencionar que essa atuação pautada em dar efetividade aos direitos sensíveis não pode e nem deve substituir a vontade dos legisladores, quando a criação normativa destes for legal. Isto porque, se houver norma que regulamente determinada situação e esta for coerente com o ordenamento jurídico, a mesma deve ser aplicada como bem fora elucidada pelo órgão legislativo, ou seja, a vontade do Judiciário não deve superar a vontade do Poder constitucionalmente incumbido para a elaboração das leis.

Vê-se, dessa forma, que essa postura ativista do Judiciário, quando oferece respostas aos anseios da população que lhe procura e não contraria os atos normativos coerentes com o sistema jurídico, se mostra justa, visto que confere validade e efetividade, aos olhos da sociedade prejudicada, às garantias e direitos feridos, de acordo com a Carta Maior.

4.3 – A prática reiterada do ativismo e a afronta ao sistema jurídico brasileiro

Sabe-se que o Ativismo Judicial é caracterizado por uma participação mais ampla e intensa do Judiciário que interfere no espaço de atuação dos outros dois Poderes estatais e que se revela como uma atividade jurisdicional exercida de forma atípica, extrapolando os limites da aplicação do Direito, adentrando ao campo da atividade legislativa, essencialmente inovadora da ordem jurídica.

Segundo Barroso (2008, p. 06), essa postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas:

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

Nesse sentido, deve-se delimitar até que ponto essa atuação ativista do Poder Jurídico pode ser vista como benéfica, pois corre-se o risco de que o fenômeno do Ativismo Judicial venha a instituir uma ditadura do Poder contramajoritário, facilmente vislumbrada quando este não se ver mais com limites constitucionais para sua atuação, fundamentando as suas atitudes sempre no seu poder de guarda e intérprete da Carta Maior, mas baseadas em subjetivismos.

Importa mencionar o entendimento de Ramos (2010, p. 116):

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Vale a pena ressaltar que o Ativismo, decorre da Judicialização e, em um primeiro momento, se origina da necessidade de se concretizar direitos e valores constitucionais e, dessa forma, para suprir os anseios da sociedade. Tal fato deveria ocorrer eventualmente, entretanto, o Judiciário vem exercendo essa função de maneira reiterada, em virtude da inoperância dos órgãos legislativos, que vêm perdendo a essência da representatividade, deixando de regulamentar muitos direitos e assim lhes conferir plena eficácia, bem como por conta da própria postura do Poder Judiciante que se vê em posição de superioridade em relação aos demais Poderes, em virtude da responsabilidade que lhe foi atribuída, qual seja, intérprete final da Constituição Federal.

Nesse íterim, como bem já analisado alhures, como forma de concretizar os direitos dos indivíduos, o Ativismo Judicial se mostra eficaz, pois o Judiciário não pode se abster de apresentar soluções ao caso concreto e o fenômeno tem sido a solução para a crise que assola os demais Poderes, especialmente quanto à ausência de normatização. O problema reside na excessiva atuação proativa dos juízes e Tribunais, pois conforme aduz Barroso (2008, p. 19):

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

Esse também é o entendimento de Perez (2005, p. 131):

Não há dúvida que a abertura para o Poder Judiciário do exercício de um papel político favorece o desenvolvimento do ativismo judicial. A transferência de decisões de repercussão política e social antes afetas ao Legislativo e ao Executivo à seara do Judiciário faculta-lhe exorbitar no exercício de suas funções, infringindo os lindes demarcatórios das tarefas reservadas aos demais Poderes. O aumento quantitativo e qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções.

É por tais excessos que o Ativismo Judicial sofre diversas críticas quanto ao risco que essa postura proativa dos juízes pode causar na separação dos Poderes,

não podendo ser considerado lugar comum dentro da Democracia representativa. O que em um primeiro momento poderia representar somente uma solução à omissão dos outros Poderes, vem sendo, na verdade, contrário à gênese dos preceitos constitucionais. Monteiro (2010, p.170) aduz em sua obra que os críticos do Ativismo afirmam que com essa prática:

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

Pode-se dizer que o maior risco reside na margem de discricionariedade que é conferida ao Poder Judiciário quando se depara com casos concretos ausentes de regulamentação pelo Poder Legislativo, pois os juízes e Tribunais passam a decidir antes mesmo de fundamentar, visto que a situação dá azo a subjetivismos, fazendo com que as decisões sejam pautadas em conceitos próprios do que é certo ou errado e não necessariamente na disciplina legal.

Ademais, um acréscimo de poder aos órgãos judiciais, em especial o Supremo Tribunal Federal, ocasiona um desvio de finalidade, um desvio do fim do Judiciário como solucionador das lides e uniformizador das decisões jurídicas, pois este passa intencionalmente a tentar solucionar abstrativamente as condutas possíveis, ou seja, tende a ocupar-se da atribuição do Poder Legiferante.

Nota-se que a afronta ao sistema é visualizada a partir dos excessos de poder que o referido órgão passa a ter, interferindo na harmonia e equiparação dada pelo ordenamento jurídico aos três órgãos estatais. Da mesma forma que, por o Judiciário vir a assumir tantas atribuições, evidencia-se a crise que o sistema jurídico atravessa, fazendo do Poder Judicante um superpoder.

O fato é que o Judiciário não pode querer a todo custo extrair das normas constitucionais a sua máxima efetividade e nem interpretá-las sempre expansivamente quando as mesmas não forem claras se, para isso, tiver que ir de encontro ou desconsiderar o posicionamento dos legitimados a elaborarem as leis e atos normativos.

Nesse contexto, elucida Barroso (2008, p. 12):

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Além do mais, todas as decisões do Poder Judiciante, como bem alude Barroso (2008, p. 19) “deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça”, mesmo que não exista solução normativa para o caso concreto, a margem de discricionariedade judicial que aparece gritante em diversas decisões não pode ser confundida com imposições de vontades ou substituição de atribuições.

Pois corre-se o risco de o Poder Judiciário ultrapassar a sua qualidade de intérprete e solucionador de conflitos e acreditar que o Legislativo não mais tem competência para a função que lhe foi atribuída constitucionalmente, emanando posicionamentos que revelem bem mais seu entendimento pessoal de justiça, do que o que realmente é legal ou não, sem considerar o teor das normas e substituindo indiretamente a vontade da população que elegeu os parlamentares, gerando assim uma situação de explícita afronta ao sistema jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Doutrina da separação dos Poderes, difundida por Montesquieu, considerando que a concentração de poderes nas mãos de um só tende à arbitrariedade e com o escopo de se evitar abusos, estabeleceu que as funções estatais de legislar, administrar e julgar deveriam ser divididas entre órgãos diferentes, integrados por pessoas distintas. Da mesma forma, com o intuito de evitar injustiças e manter a harmonia entre eles, não bastava apenas que o Poder fosse dividido, mas que freassem, um ao outro, de forma que estabelecessem limites quando no exercício das suas funções.

A referida Teoria sofreu modificações com o avanço das sociedades e da ordem jurídica, e fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, bem mais flexível do que quando fora idealizada, conferindo uma harmonia e independência entre os órgãos estatais. Estas desencadeadas também pela adoção do sistema de freios e contrapesos que dá azo às funções típicas e atípicas de cada Poder.

Conhecendo que as funções típicas são as principais de cada órgão e que as atípicas são as secundárias, ou seja, são papéis aparentemente exclusivos de um outro Poder e que configuram uma exceção à regra da indelegabilidade de funções, definiu-se, em síntese, que, ao Poder Legislativo cabe a função primordial de elaboração das leis e a fiscalização dos atos do Poder Executivo, atipicamente ele julga e administra, ao Poder Executivo é atribuída a função de administrar e secundariamente julgar seus processos administrativos e legislar por meio de Decretos e Medidas Provisórias e, ao Poder Judiciário, a missão principal de solucionar os casos concretos, julgando as lides que lhes são postas em análise conforme a lei e atipicamente administrar-se internamente e elaborar seu regimento interno.

Com o movimento do constitucionalismo, que conferiu superioridade às Constituições, atribuiu-se ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a função de protetor do Texto Maior, podendo, para tanto, fazer o controle de constitucionalidade das leis e invalidar os atos legislativos editados pelos demais Poderes que contrariem as normas constitucionais.

Esse fato engrandeceu o Poder Judiciário, pois houve uma crescente Judicialização da política, onde questões de relevância passaram a ser definidas

pelos órgãos judiciários quando faziam o controle das leis. Assim, como consequência desses fatores e somando-se à crise de representatividade do Poder Legislativo na sua função típica, se insurge o Ativismo Judicial, definido como uma postura mais ativa dos juízes e Tribunais quando das suas decisões que passam a interpretar extensivamente a Constituição com o fim de alcançarem o sentido das normas e solucionarem o caso concreto.

Ocorre que, o fenômeno tomou proporções consideráveis, merecendo atenção, posto que muitas vezes as decisões do Poder Judiciário ignoravam ou iam de encontro ao que fora definido pelos legisladores, ao mesmo tempo que definiam políticas públicas justificadas pela concretização dos direitos fundamentais.

Assim, passou-se a se questionar essa atuação proativa dos órgãos judiciais e sua legitimidade quanto à inovação da ordem jurídica quando da efetivação dos direitos sensíveis e a definição de políticas públicas, pois, por se tratar de um Poder não democrático, ou seja, que seus integrantes não foram escolhidos pelo princípio em questão, esse Ativismo poderia vir a ferir o princípio da Separação dos Poderes e a própria Democracia.

Nesse ínterim, evidencia-se que a pesquisa alcançou seus objetivos, pois demonstrou as duas faces do fenômeno, evidenciando suas benesses quando a atuação proativa dos juízes e Tribunais é decorrente da ineficácia do Poder Legislativo na sua função típica de elaboração de leis e as decisões vêm para apresentar respostas à sociedade, atendendo seus anseios e conferindo eficácia aos direitos fundamentais.

Da mesma forma que demonstrou os riscos dessa atuação extravagante do Poder Judiciário para o sistema jurídico brasileiro, que pode ultrapassar a sua qualidade de intérprete e solucionador de conflitos e acreditar que o Legislativo não é mais o órgão competente para a função de elaborar as leis, emanando seus posicionamentos revelando seus interesses pessoais de justiça, sem considerar a essência das normas e substituindo indiretamente a vontade do povo, verdadeiro titular do poder e, dessa maneira, ferindo o princípio da separação dos Poderes e o Regime Democrático.

Depreende-se, assim, que o Ativismo Judicial enquanto meio de suprir a inércia legislativa e concretizador dos direitos sensíveis é tido como benéfico ao sistema jurídico, pois oferece respostas aos anseios da sociedade, porém, essa postura proativa não pode ultrapassar os ditames já estabelecidos pelo legislador,

posto que, a atribuição de elaboração das leis é conferida constitucionalmente ao Poder Legislativo, não podendo o Judiciário substituí-lo, sob pena de violação aos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antônio José. **O Poder Legislativo no Brasil**. Brasília. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jovensenador/arquivos/o-poder-legislativo-no-brasil>> Acesso em: 17 jan 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Artigo disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 19 mar 2016.

_____. **Jurisdição constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>> Acesso em: 02 abr 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Ato Institucional (1964)**. Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm> Acesso em: 22 jan 2016.

_____. **Ato Institucional (1965)**. Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm> Acesso em: 22 jan 2016.

_____. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 15 jan 2016.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 17 jan 2016.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 18 jan 2016.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 jan 2016.

_____. **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> Acesso em: 23 fev 2016.

_____. **Decreto-lei nº 4.657/1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 31 mar 2016.

_____. **Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/1851-1900/L0221.htm> Acesso em 19 fev 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712/PA. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJe n. 206 de 31-08-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>> Acesso em: 08 abr 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23452/99 RJ. Relator: Mello, Celso de. Publicado no DJ 12/05/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>> Acesso em: 24 jan 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Segurança. 447.225/MG. Des. Roney Oliveira. Julgado em 18/04/2007. DJ de 20/16/2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2794563/o-fornecimento-de-medicamentos-e-dever-constitucional-do-poder-publico>> Acesso em: 23 jan 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade**: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no

Brasil. In: Revista de informação legislativa. Vol 51, n 202, p. 159-179, abr/jun 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503043/001011324.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 mar 2016.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAVES, Vinicius F. **Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira**. In: Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí. Ano 1, n. 1, p. 116-146, jan/jun 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/viewFile/310/683>> Acesso em: 29 mar 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya G. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. 2011. Disponível em: <<https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20solta.pdf>> Acesso em: 30 mar 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2 ed. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 1995. Disponível em: <<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/FAUSTOBorisHistoriadobrasil.pdf>> Acesso em: 16 jan 2016.

FERNANDES, Eric Baracho Dore; FERREIRA, Siddharta Legale. **O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f9fd2624beefbc78>> Acesso em: 08 abr 2016.

FERREIRA Filho, Manoel G. et. all. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Liberdades Públicas. In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. São Paulo: Saraiva, 1978.

FONTES, Martins. **O Espírito das Leis**. 2 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2000.

GARCIA, Luciyellen Roberta Dias; ZACHARIAS, Ricardo Almeida. **Crise de legitimidade do poder legislativo e ativismo judicial: uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o estado democrático de direito**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d5430cf85f78c4b>> Acesso em: 09 abr 2016.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo Judicial e controle de políticas públicas**. Rio de Janeiro. In: Rev. SJRJ. Vol 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011. Disponível em: <www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/216> Acesso em: 03 abr 2016.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, Jul/dez. p. 255-275. 2003. Disponível em: <www.passeidireito.com.br> Acesso em: 15 fev 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATTOS, Karina D. de G. **Ativismo Judicial: Limites da criação judiciária no Estado de Direito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. 98p. Presidente Prudente, 2011.

MELLO FILHO, José Celso de. **Supremo Constituinte: Entrevista com José Celso de Mello Filho**. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei> Acesso em: 08 abr 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MORI, Maria Cristina Lima de. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). 70p. Marília, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**. Senado Federal. 3 ed. Vol 1. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf?sequence=5> Acesso em: 15 jan 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial#_ftn4> Acesso em: 02 abr 2016.

PARANAGUÁ, Marcelo Barbosa. **História do Legislativo**. 2011. Disponível em: <http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0003_historia_do_legislativo.pdf> Acesso em: 15 jan 2016

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol 20, n. 78, p. 115-152, jan/mar 2005.

PIMENTEL, Ana Laura Camparini. **Ativismo judicial: avanço ou deformação do sistema jurisdicional**. 2012. Disponível em: <<http://projuriscursos.com.br/revista/artigo/17-ativismo-judicial:-avanco-ou-deformacao-do-sistema-jurisdicional>> Acesso em: 11 abr 2016.

PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais**. 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>> Acesso em: 09 abr 2016.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **A crise do direito legislado e o ativismo judicial como modelo de efetividade constitucional: entre promessas e riscos**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52f4691a4de70b3c>> Acesso em: 10 abr 2016.

QUEIROGA, Polliana Pereira de. **Ativismo Judiciário: Análise jurídica da politização da justiça frente ao Estado Democrático de Direito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). 80p. Sousa, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. **MEYER-PLUG**, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>> Acesso em: 09 abr 2016.

STRECK, Lênio L. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 26 mar 2016.

_____. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>> Acesso em: 26 mar 2016.

_____. **O juiz soltou os presos; já Karl Max deixou de estudar e foi vender droga**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>> Acesso em: 31 mar 2016.

_____. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?pagina=2>> Acesso em: 30 mar 2016.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

VELOSO, Antônio R. F. M. **Juiz agente político?** Uma análise da evolução do constitucionalismo moderno e suas influências sobre o Ativismo Judicial. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 2012, Niterói. Instituições políticas, administração pública e jurisdição constitucional. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 9-572. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2afc4dfb14e55c6f>> Acesso em: 25 mar 2016.