V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIEL VALENTIN

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Valentin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-268-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, por ocasião do V Encontro Internacional do Conpedi, realizado em Montevidéu/UY, de 08 a 10 de setembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelos Professores Doutores Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro, do Brasil, e Gabriel Valentin, do Uruguai. Um total de 15 (quinze) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 3 (três) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se principalmente no universo das teorias decisórias e no próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, democratização do processo e judicialização da política. No segundo, destacou-se o enfrentamento verticalizado dos princípios processuais, vindo à tona principalmente questões relacionadas à segurança jurídica, coisa julgada, dignidade da pessoa humana e cooperação processual. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à técnica processual, quanto então se dialogou sobre o sistema de recursos e precedentes, relações entre direito processual, direito do trabalho e direito administrativo, e o mecanismo de tutela provisória instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gabriel Valentin – Universidad de la República Uruguay

REFLEXÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

REFLEXIONES SOBRE LA POLÍTICA Y JUDICIALIZACIÓN ACTIVISMO JUDICIAL BAJO EL SESGO DE CONSTITUCIONAL

Wedner Costodio Lima [1]
Nara Suzana Stainr Pires [2]

Resumo

O texto realiza reflexões sobre judicialização da política e ativismo judicial sob o viés constitucional. Objetiva-se um pensamento crítico à análise da atuação do Poder Judiciário frente à jurisdição constitucional e a solução de conflitos. Partindo-se da metodologia dedutiva e bibliográfica, questiona-se: o ativismo judicial pode ser considerado um meio de ampliação do acesso de proteção jurisdicional do cidadão, principalmente na função de limitador de árbitros de outros poderes? O resultado obtido consiste na verificação de uma judicialização comprometida com os direitos constitucionais, auxiliando e materializando um cultivo a exigibilidade de direitos e concretização de princípios em favor da justiça.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Direito, Jurisdição constitucional, Política

Abstract/Resumen/Résumé

El contenido del pensamiento crítico para analizar la actuación del poder judicial en contra de la resolución de conflictos y jurisdicción constitucional. A partir de la metodología deductiva y la literatura, la pregunta es: activismo judicial puede ser considerado como un medio de ampliar la protección judicial de acceso de los ciudadanos, especialmente en la función de limitador de árbitros de otras potencias? El resultado es la evaluación de una legalización comprometida con los derechos constitucionales, la asistencia y la materialización de un cultivo de la aplicabilidad de los derechos y la aplicación de los principios de la justicia.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activismo judicial, Derecho, Jurisdicción constitucional, Política

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.Advogado. Endereço eletrônico: advwednerlima@hotmail.com.

[2] Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora e advogada. E-mail: pires.nara@ig.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como tema a importância da atuação ativa do Poder Judiciário, denominado de ativismo judicial, e a partir deste as reflexões sobre a judicialização da política e ativismo judicial sob o viés constitucional entre direito e política.

Dessa forma, este trabalho se justifica pela acuidade dada ao fato da idealização da jurisdição Constitucional como instrumento de efetivação da justiça e proteção aos cidadãos, propósito do atual Estado Democrático de Direito, o qual diante inúmeras deficiências na efetivação destes direitos, alia-se a busca pelo Poder Judiciário para solução dos litígios, em uma atuação mais contundente dos magistrados, inclusive com determinação ao Poder Executivo.

Emergente tal necessidade e a busca pelo jurisdicionado do Poder Judiciário, originária no Estado Democrático de Direito, deram guarida ao fenômeno da judicialização da política e ativismo judicial, não se olvidando o relacionamento harmônico entre os poderes de Estado, sob pena de caracterizar violação ao princípio da separação dos poderes, símbolo da liberdade nas organizações do Poder Político, sabendo-se que o limite contra discricionariedades está na fundamentação embasada na constituição.

O objetivo fundamental deste estudo é desenvolver um pensamento crítico voltado à necessidade de analisar a atuação do Poder Judiciário frente à jurisdição constitucional, e seus desdobramentos convergentes e divergentes na ação de efetivação de solução de conflitos individuais e coletivos, de forma a averiguar a possibilidade de ampliação ao acesso de proteção jurisdicional, além de servir como limitador de árbitros provavelmente gerados por outros Poderes.

Juridicamente uma das fundamentais limitações para a efetividade da justiça é o limite de legitimidade do Poder Judiciário para desempenhar o denominado ativismo judicial. A problemática enfrentada nesse artigo consiste sobre a aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido Partindo-se da metodologia dedutiva e bibliográfica, questiona-se: o ativismo judicial, caracterizado por uma ação mais efetiva do magistrado na concretização de direitos fundamentais pode ser considerado um meio de ampliação do

acesso de proteção jurisdicional do cidadão em face da separação dos poderes, principalmente na função de limitador de árbitros de outros poderes?

O estudo encontra-se alinhado ao eixo temático Processo, jurisdição e efetividade da justiça por refletir sobre o tema considerado instrumentos e ferramentas processuais, bem como a função processual, vistas à efetividade da justiça. Para tal, como marco teórico inicial do presente artigo parte-se na realização de considerações sobre o princípio da separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A alteração histórica de transformação do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, rompendo com paradigmas constitucionais clássicos, implantando a idealização de normas de direitos fundamentais, ressaltando a força normativa da Constituição, retratam a ampliação da atividade jurisdicional.[1]

Assim, o que se percebe a nível histórico e para fim de evidenciar a transformação do período de afirmação da jurisdição constitucional, nota-se que esta surgiu no Estado de Direito, sob um espelho normativo, uma vez que era voltada a vontade do legislador soberano:

> […] dentro desse contexto, é com base exclusivamente sobre a perspectiva normativa – pois politicamente o legislador é soberano, que se erige a figura do controle de constitucionalidade, pois, enquanto aplicador das normas cabe ao judiciário aplicar também a Constituição, cujo fundamento reside, notadamente, no aspecto hierárquico. (LEAL, 2007, p.26)

No entanto, as restrições à atuação jurisdicional e a igualdade formal, acarretaram na sociedade mundial uma série de problemas sem efetiva solução do Estado, diante, principalmente dos efeitos das Guerras Mundiais. Segundo a doutrina se revela a ampliação do campo constitucional:

> Assim é que as Constituições do século XX, especialmente após a II Guerra Mundial, são políticas, e não apenas estatais. Elas assumem conteúdo político, ou seja, elas englobam princípios de legitimação de poder, e não apenas de sua organização. O campo constitucional é, por conseguinte, ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado. (BERCONVICI, 2003, p.103)

[1] O século XX foi o século em que o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos. O século da Revolução Russa de 1917, o século da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918, o século da Segunda Grande Guerra, que terminou em 1945, o século da globalização econômica, em que o Estado, por meio de seu órgão mais ativo, mais avançado, exercia um protagonismo maior. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78)

Nesta perspectiva, ganha espaço o novo contexto da ordem democrática, e a Constituição deixa de somente garantir e prever direitos individuais, mas inicia absoluta vigia sob a atuação do Estado, deixando de ser apenas normativa, mas um texto programático, tutelando direitos sociais, desenvolvendo e garantindo a implantação de políticas públicas, o chamado *Welfare State*[2]. Assim, segundo Monia Clarissa Hennig:

> Surge, destarte, a necessidade de se interpretar a Constituição de forma mais abrangente, tendo os direitos fundamentais nela incrustados como normas de caráter principiológico, informadoras de todo o ordenamento jurídico, a fim de que se possam efetivar realmente tais direitos na busca da maximização da dignidade humana, perdida durante o período de totalitarismo políticos. Advém dessa evolução contextual e conceitual o que hodiernamente se conhece como Estado Democrático de Direito. (2012, p.18)

A partir desta afirmação visualiza-se que o Estado Democrático de Direito, assume uma função mais principiológica, com ampliação e efetivação dos direitos fundamentais, em especial da jurisdição constitucional, redefinindo a relação entre os Poderes do Estado, passando o Poder Judiciário a ser protagonista, uma vez que, guarda da vontade geral da Constituição.

O Estado contemporâneo encontra-se caracterizado pelo conflito entre os poderes, legislativo, executivo e judiciário, o qual diga-se, de certo modo, colocando a dúvida a aplicabilidade do princípio da separação de poderes, assente no art. 2º, da Constituição Federal[3], inspirada pela teoria montesquiana, em seu livro, "Do Espírito das Leis"[4].

Dalmo de Abreu Dallari (2007, p.219), especifica a teoria arguindo que, "é concebida como um sistema em que conjulgam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições."

No entanto, em que pese, o princípio da separação de poderes tenha sido implantado ao sistema constitucional pela teoria montesquiana, Aristóteles, a cerca de um século antes, implicitamente no seu livro " A Política" (ARISTÓTELES, 2007), já havia manifestado sobre o tema. Assim frisa-se que:

---

[2] Como bem adverte Bolzan de Morais, é preciso que se tenha presente que o modelo constitucional de Welfare State não tem uma aparência uniforme, pois o conteúdo próprio desta forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em o Estado de Bem Estar Social, dado que sia apresentação americana – do Norte – é claro, se diferencia daquela do Etat-Providence francês e mesmo da Europa setentrional. Apesar disso, todavia, é correto pretender que há um caráter que lhe da unidade, que é a intervenção do Estado e promoção de serviços. (BOLZAN, 1999, p.58 *apud* LEAL, 2007, p. 31)

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

[4] Informação extraída de: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Bréde et de. *Do Espírito das Leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

> O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em ARISTÓTELES, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar. Mas a concepção moderna da separação de poderes não foi buscar em ARISTÓTELES sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais. […] Segundo informação contida em "O Príncipe", de MAQUIAVEL, no começo do século XVI já se encontravam na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. É curioso notar que MAQUIAVEL louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em conseqüência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas. (DALLARI, 1998, p.78)

Nota-se que o princípio da separação dos poderes e as funções do Estado são inerentes ao Estado Democrático, sendo que, em paralelo, há independência e harmonia entre os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo possível um controle recíproco da atividade de cada um, ou nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 15), "modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais".

Para perfectibilização é inevitável um relacionamento recíproco, ainda que, independentes, sugerindo-se a intervenção limitada, em caso de abusos, o chamado, "freios e contrapesos", onde, esta sistemática é o "símbolo aferidor da liberdade nas organizações do poder político. Onde não se encontra, é porque ai se acha assentado em seu lugar o governo despótico". (BONAVIDES, 1995, p. 157)

A partir de breves considerações, percebe-se que a elaboração da teoria de separação dos poderes, se deu diante a necessidade de limitação da ação estatal, onde, após a constitucionalização dos direitos, necessita de uma interação maior de todos os poderes, face o momento do atual Estado Democrático de Direito de efetivação de direitos e garantias fundamentais, onde a partir dai, nasce o ativismo judicial, o qual se passa a análise.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para que se atinja toda a amplitude exigida para assegurar os direitos constitucionais, faz-se cogente que a atividade jurisdicional se efetive dentro de uma faceta positiva, encontrando-se os juízes e tribunais obrigados, por meio de aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia

possível no âmbito jurídico.

Tal fato se relaciona com a participação efetiva dos magistrados no controle da efetividade, tanto por ação quanto por omissão, tendo como justificativa a necessidade de imunização contra a possível ação danosa do processo político majoritário, o que se denomina de ativismo judicial. Conforme Luis Roberto Barroso (2009), longe de ser uma "ditadura de togas", o ativismo judicial é uma atitude, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, permitindo uma atuação mais ampla do Judiciário, ocupando espaços que foram deixados vagos ou que foram ocupados de maneira deficiente pelos demais Poderes. Assim destaca-se que:

> Sobre o ativismo judicial, parte-se do princípio de que ele consiste num profícuo instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça e da democracia. Por outro lado, existem temores conforme já aludido que a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um "risco de juristocracia", ou um "governo de toga", ou seja, um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional. (TAFFAREL, 2012, p.37)

O ativismo judicial deixa dúvidas no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária, questão perpassada, portanto, pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição. São cristalinos os posicionamentos contrários às decisões pelo Poder Judiciário onde há uma zona de penumbra na lei, mas pode-se verificar a partir do elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, e, especialmente, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados, comprovando que há um *deficit* de qualidade legislativa e, por vez, parte o necessário equilíbrio entre os Poderes e compromete os direitos e principalmente as garantias fundamentais dos cidadãos.

Não se trata de ações arbitrárias no exercício funcional, mas do exercício da função julgadora pautado em ditames principiológicos, como a moralidade, a justiça e a dignidade da pessoa humana, estabelecidos não só pela Constituição, mas gravados na consciência da coletividade.

Segundo Nara S.S.Pires:

> O ativismo judicial não se limita a um controle negativo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com o espírito da Constituição Federal. O ativismo judicial, também, possui um controle de constitucionalidade positivo, no momento em que cria norma jurídica e exige a sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares, naqueles casos em que o Legislativo e o Executivo mantiveram-se omissos, o

> que se nota mais evidente no que tange a proteção efetiva dos direitos fundamentais. (2014)

Deste modo, é necessária uma consciência crítica dos próprios magistrados quanto ao relevante ponto que lhes incumbe, devendo sempre submeter à legislação elaborada pelo Poder Político à análise de compatibilidade com as normas, valores e princípios constitucionais e com os tratados internacionais relativos aos direitos humanos. Sem esta necessária consciência crítica, ou seja, procedendo-se à aplicação cega e automática da lei, corre-se o risco de desempenhar o papel coadjuvante de "reprodutor das relações de domínio".

Segundo Luiz Flávio Gomes:

> O juiz, por isso, tem que ter consciência de que é um instrumento do poder e saber que papel está cumprindo: se está atrelado à clássica ideologia da neutralidade (asséptica), será um funcional instrumento do Poder Político; se deseja, não obstante, superar tal ideologia, deve ter consciência ética de sua tarefa, constitucionalizando-se e transformando-se assim em instrumento da Justiça, socialmente equilibrada e equitativa. (1997. p. 107)

Nessa totalidade de argumentos, desenvolve-se a importância da normatividade dos princípios, diante o atual Estado Democrático de Direito, os quais, outrora, não eram distinguidos como norma jurídica, sendo abordados somente como fonte subsidiária do direito, aplicáveis quando houvesse lacuna na lei e não fosse possível a aplicação da analogia ou do costume.

Também se destaca a dimensão material do ativismo judicial que o une à justiça e ainda uma dimensão instrumental que, une-o à justa medida da incidência da norma em determinado caso concreto. O fundamental valor do ativismo judicial incide na efetividade que os juízes, verdadeiros intérpretes constitucionais, devem empregar com a finalidade de concretizar as normas constitucionais de maior alcance possível, privilegiando a interpretação que admita a realização dos direitos fundamentais.

Conforme Nara S.S.Pires tal realização é possível:

> Através do ativismo judicial, permite-se uma interpretação constitucional que se liberte de alguns mitos ligados ao formalismo jurídico, à interpretação mecânica das normas jurídicas limitadas pelo positivismo jurídico normativista. Nesse contexto, altera-se o papel do juiz, que se limitava a revelar uma solução que já se encontrava clara pela simples incidência da norma ao caso concreto e que agora, diante de casos complexos e na ausência de uma norma específica aplicável ao caso, precisa participar ativamente do processo de criação do direito, pois, uma vez que a resposta para o litígio não se encontra pronta na norma, o juiz terá que criar, argumentativamente, a solução para aquele caso específico que fora submetido à decisão do Poder Judiciário. (2014)

Compreende-se que o ativismo judicial se diferencia por um modo proativo de

interpretação constitucional por parte do Poder Judiciário, onde na busca para litígios com lacunas na lei, vão além do caso concreto, instituindo novas construções constitucionais, demonstrando uma forma de interpretação constitucional criadora especial visando à proteção dos direitos humanos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Enrique Ricardo Lewandowski, ao se manifestar sobre o ativismo judicial, em palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, no ano de 2009[5], que foi transcrita no artigo "O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos"[6], pretendeu demonstrar que o chamado ativismo judicial seria não um "ativismo", mas sim, um protagonismo do Poder Judiciário, o que se deve simplesmente à entrada na era do direito. Segundo o ministro:

> Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de "ativismo judicial" ou "ativismo do Supremo Tribunal Federal", prefiro utilizar a expressão "protagonismo" do Supremo Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, "protagonismo do Poder Judiciário", como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nos estamos entrando na era do direito. (2009, p. 78)

Deste modo, a intensa atividade, e as variações nas quantidades de demandas, vão revelar outro fenômeno, chamado judicialização da política, o qual se refere à inserção de outras questões de repercussão politica ou social para serem avaliadas e decididas pelo Poder Judiciário, em sentido oposto aos demais Poderes de Estado, Executivo e Legislativo.

Assim, ressalta Luis Roberto Barroso (2009), que "como corolário deste processo tivemos a transformação do Judiciário "em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes". Com efeito, Luis Roberto Barroso, assim, refere-se à judicialização e ao ativismo:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance. (2009, p.21)

[5]Palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro no âmbito do projeto "Diálogos com o Supremo", realizado pelo Programa de Mestrado em Poder Judiciário em 28 de agosto de 2009.
[6] Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043 – Acesso em: 20 dez. 2015.

É importante ressaltar que apesar da judicialização da política e ativismo judicial contenham algumas similaridades, e ser complexo conseguir uma diferenciação esclarecedora entre os dois instrumentos, estes se distinguem por determinadas características. Como afirmado por Nara S.S.Pires:

> Enquanto a judicialização, no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance e que se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.(2014)

Outrossim, no ativismo judicial altera-se o papel do juiz, o qual normalmente se limita a uma solução legal pela aplicação simples da norma ao caso concreto e que passa, diante de casos difíceis e na carência de uma norma específica, carece participar ativamente do processo de criação do direito, ou seja, o juiz terá que instituir, com fundamentação e argumentação a solução para aquele caso específico contido à decisão do Poder Judiciário. Igualmente, em outros casos, o ativismo judicial denota apenas uma interpretação evolutiva consentindo, ou adequando a norma constitucional à nova realidade.

Todavia, diante a ineficácia dos demais Poderes de Estado, há um deslocamento da responsabilidade para o Poder Judiciário, em face de imposição constitucional de guardião das normas fundamentais, o qual, aliado ao ativismo, revela uma participação mais ampla e intensa na concretização de valores e fins constitucionais, relacionando Direito e Política no contexto da Jurisdição Constitucional.

4 RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao falar de interpretação de normas, diretamente está implícita a atuação do Poder Judiciário, o qual teve crescimento notório com o abandono do Estado de Direito, onde houve a ascensão do Legislativo no Estado Liberal e do Executivo no Estado Social. Lênio Luiz Streck .

> A democratização social, fruto das politicas de *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditadoriais, trazem a luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe

> facultou acesso a administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, confiou a justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a formula de Tribunais *ad hoc*) como alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada, nos procedimentos políticos os procedimentos judiciais. (2004, p. 148)

Diante a ineficiência dos demais poderes, Legislativo e executivo, principalmente em relação à operacionalidade de políticas públicas, com fito de redução das desigualdades sociais, a realização, em exemplificação, de direitos sociais pelo Poder Judiciário é comum em todos os Estados Democráticos. Ingo Wolfgang Sarlet, analisando a possibilidade de o Judiciário determinar políticas públicas, salienta que:

> […] em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislativo (assim como da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no bem maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não), (…) na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito definitivo a prestações. (2001, p.32-54)

Assim, segundo Luís Roberto Barroso (2009), a judicialização da política quer denominar a inserção de várias questões de repercussão política ou social para serem decididas pelo Poder Judiciário, em contraposição as vias públicas tradicionais do Executivo e Legislativo (Congresso Nacional) acarretando certa transferência do poder decisório para juízes e tribunais, o que implicou mudanças importantes no comportamento da sociedade e na sua participação. Assim:

> Para superação desse desafio, exige-se que os magistrados abandonem a apatia e o conforto positivista e assumam uma postura proativa e para a solução de cada processo, proceda a "leitura moral da Constituição", adotando em suas decisões a fonte principal dos "princípios". Dentre estes, priorizará a "integridade", que é pautada na justiça, na equidade e no devido processo legal. Este paradigma exige um juiz que dentre todas as características hercúleas que lhe são necessárias, assuma uma postura empenhada com a democracia e concretização dos direitos fundamentais. Encontrar o fiel da balança para o ativismo judicial é medida que se impõe, a fim de que seja possível garantir os direitos fundamentais considerando os postulados essenciais ao Estado Democrático de Direito. (TAFFAREL, 2012, p.40)

O ativismo judicial, como supracitado, esta caracterizado por uma ação mais efetiva e proativa do Judiciário na concretização de valores e direitos fundamentais. No entanto, necessário se faz a contenção do excesso, sem violar o princípio da separação dos poderes, corolário lógico do sistema democrático.

No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las, sendo que o limite está na fundamentação embasada na própria constituição, pois o juiz, na tomada de decisão deverá optar pela resposta correta, ou ressaltando, nas palavras de Lênio Luiz Streck (2007), "é a possibilidade efetiva de respostas corretas que serve como blindagem contra ativismos/discricionariedades".

No Brasil, o ativismo judicial não se caracteriza somente pela discussão sobre a implementação de direitos fundamentais, mas também pelo pronunciamento quanto a questões políticas, sociais nos quais muitas vezes tem-se por ultrapassados os limites da atividade jurisdicional. Ao exacerbar os limites da atividade jurisdicional, o magistrado ao decidir, não se baseia em argumentos de direito, mas em suas convicções pessoais, em sua consciência. Assim, a problemática ganha enfoque, no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo portanto de forma discricionária.

> Não é possível falar-se em ativismo no Brasil antes da Constituição de 1988, pois antes não havia um controle de constitucionalidade efetivo, devido aos curtos períodos de democracia vividos pelo País e a conseqüente falta de autonomia do Supremo Tribunal Federal; as primeiras décadas de controle difuso sem mecanismos de extensão dos efeitos das decisões; a tardia inserção do controle concentrado de constitucionalidade (apenas em 1965); o tardio ingresso do Brasil na era do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito [...]. (STRECK,2007, p.388)

Tal postura evidencia a permanência de posturas pragmatistas-decisionistas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, com a ideia de Constituição dirigente, com o aumento da dimensão hermenêutica do direito e com a necessária mudança da postura metodológica, no tocante a fundamentação das decisões judiciais. No entanto, os ensinamentos do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski (2009), assumem grade valia ao expor que:

> Há, no entanto, outro fator importante, e este é um fator de uma mudança de cultura do Poder Judiciário como um todo. O Poder Judiciário navega na cultura do pós-positivismo, uma cultura em que o direito se aproxima cada vez mais da ética. O Judiciário supera a hermenêutica tradicional, que desvenda, que descobre o direito, a partir das regras jurídicas exclusivamente; ele passou a desvendar o direito a partir dos princípios, superando a visão ortodoxa que se tinha de que os princípios seriam meras normas programáticas, ou seja, um mero programa de ação dirigido ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário: são metas, se der pra atingir, se não der, paciência; agora, realmente entende-se que os princípios são normas constitucionais dotadas de eficácia e que devem ser realmente aplicadas pelos operadores do direito em suas várias especialidades. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81)

Nunca é demais ressaltar que dentro de um ordenamento jurídico perpétuo uma cadeia complementar complexa, e sucessivamente responsabilidades:

> […] deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e praticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem as mãos e não a partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2003, p.238)

Portanto, os limites entre direito e política nas decisões judiciais é perpassado pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição, de forma que, exacerbar é violar o princípio da separação dos Poderes, além se ser incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, em que pese uma conduta mais proativa e segura, como forma de ativismo, seja benéfica para a concretização de garantias e normas constitucionais, uma vez que, para isso abandonou-se a visão pragmática e positivista do Estado de Direito, para uma inserção de princípios e valorização do Poder Judiciário.

5 CONCLUSÕES

A partir da indagação alavancada sobre o ativismo judicial, caracterizado por uma ação mais efetiva do magistrado na concretização de direitos fundamentais pode ser considerado um meio de ampliação do acesso de proteção jurisdicional do cidadão em face da separação dos poderes, principalmente na função de limitador de árbitros de outros poderes, percebe-se que o instrumento maior do Estado, a Constituição Federal, confiou ao Poder Judiciário, em face de guarda da vontade geral do texto magno, o poder de solucionar os conflitos individuais e coletivos, ampliando os meios de acesso de proteção jurisdicional do homem, principalmente após abandonar o Estado de Direito, e idealizar a efetividade dos direitos sociais, no atual Estado Democrático de Direito.

A origem de tal idealização de democratização social, se dá a partir do *Welfare State*, pós segunda grande guerra mundial e aliada ao esquecimento de situações degradantes ao ser humano, nesta senda redefiniram a relação entre os Poderes do Estado, os quais, ainda que harmônicos e independentes, fora a partir da jurisdição constitucional a atuação de efetividade dos princípios fundamentais.

Denota-se que a realidade contemporânea brasileira ainda está longe de efetivar o básico dos direitos constitucionais ao seu cidadão, frente à ineficiência de políticas públicas e inoperância do Estado, além de legislações ultrapassadas ou com lacunas.

Dessa maneira, se manifesta como um fato real no judiciário brasileiro, o ativismo judicial, sendo que alguns doutrinadores e magistrados o defendem, enquanto outros o condenam. Tal instrumento esta assinalado por uma ação mais efetiva e proativa do Judiciário na concretização de valores, direitos fundamentais e acesso á justiça. É imperioso suscitar que esta atuação deve pautar a contenção do excesso, sem arbitrariedades, e principalmente sem violações ao princípio da separação dos poderes, corolário lógico do sistema democrático. Pois, é notório que no Estado Democrático de Direito o poder público goza de prerrogativas como a discricionariedade, porém é necessário buscar meios para adequá-las, sendo que o limite está na fundamentação embasada na própria constituição.

Igualmente, diante a ineficácia dos demais Poderes de Estado, há um deslocamento da responsabilidade para o Poder Judiciário, em face de imposição constitucional de guardião das normas fundamentais, o qual, aliado ao ativismo, revela uma participação mais ampla e intensa na concretização de valores e fins constitucionais.

A partir disso, nota-se que o limite entre direito e política nas decisões judiciais é um problema de interpretação hermenêutica de interpretação da Constituição, de forma que, ultrapassar a linha da normalidade é violar o princípio da separação dos Poderes, além se ser incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, em que pese, uma conduta mais proativa e segura, como forma de ativismo, seja benéfica para a concretização de normas fundamentais, uma vez que, para isso abandonou-se a visão positivista do Estado de Direito, para uma inserção e efetivação de princípios, além de ser valorizada o Poder Judiciário, servindo como instrumento de ampliação do acesso de proteção jurisdicional do homem, principalmente na função de limitador de árbitros de outros poderes.

Ao que incidam as criticas, percebe-se que o ativismo judicial não pode ser determinado por meio de uma visão estereotipada que desqualifica o desempenho dos magistrados arrogando-lhe uma adjetivação negativa, como se existisse uma ditadura de togas. Há sim, num campo baseado pela política, uma jurisdição comprometida com um catálogo de direitos constitucionais e que de alguma forma auxilia a materializar um cultivo de exigibilidade de direitos, difundindo o acesso à justiça brasileira e por derradeiro a efetividade da justiça.

Portanto, este estudo não tem a intenção de esgotar o tema, até mesmo pela sua abrangência, mas instigar o senso crítico da academia e sociedade, que no momento em que os poderes Legislativo e o Executivo forem omissos em sua tarefas constitucionais,

vislumbra-se no Judiciário, a opção do cidadão, na busca de efetividade dos direitos constitucionais/fundamentais, para assegurar e preservar, a vontade da Constituição, valendo-se da igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista e democrática.

REFERENCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*: texto integral. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. *Revista atualidade jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed.jan/fev 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1234066670174218181901.pdf> Acesso em: 11 nov. 2015.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *As funções do Estado contemporâneo*: o problema da jurisdição. *In*: Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado.* 3. ed. rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: 1998.

_____, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25.ed. São Paulo: 2005.

_____, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democratica – uma Abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____, Monia Clarissa Hennig; LEITÃO, Roberta Pereira. *A jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental da saúde como forma de controle jurisdicional de políticas públicas: contingencias do estado democrático de direito brasileiro.* In: GORCZEVSKI, Clovis; (Org.) Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perpectivas / organização de Clovis Gorczevski e Monia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2012.

_____, Monia Clarissa Hennig; RIBEIRO, Civana Silveira. *O Supremo Trubunal Federal e o controle jurisdicional de políticas públicas de inclusão social:* Uma análise da ADPF 186 (Cotas Raciais) com base no conceito de justiça distributiva de John Rawls. In: GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Monia Clarissa Hennig (Org.) Constitucionalismo Contemporâneo: concretizando direitos. Curitiba: Multideia, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O protagonismo do Poder Judiciario na era dos direitos.* Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Bréde et de. *Do Espírito das Leis.* Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIRES. Nara S.S. *O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes*. Conpedi 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos. Acesso em: 22 abril 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. J*urisdição Constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2.ed.rev. 2.tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. *A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial.* In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) Direito & Políticas Publicas VII. Curitiba: Multideia, 2012.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>.Acesso em: 20 dez.2015.