

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA E
EXECUTIVA**

Guilherme Gerônimo

Presidente Prudente
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA E
EXECUTIVA**

Guilherme Gerônimo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente
2017

O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA E EXECUTIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato

Orientador

Glauco Roberto Marques Moreira

Examinador

Fabio Bonini Ferrão

Examinador

Presidente Prudente

2017

Se acaso não sabeis, que sou da imaculada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me conduzido até aqui, iluminando meu caminho e guiando os meus passos, tudo devo a Ele, Senhor que me deu o dom da vida.

A minha família, que torcem por meu sucesso, em especial meus pais Osvaldo e Regina que sempre me acompanharam e me deram forças para prosseguir, mesmo diante de muitas dificuldades estiveram ao meu lado para que não me deixasse abalar com os contratemplos da vida. A meu irmão Gabriel e minha cunhada Dayane por terem me presenteado com meus sobrinhos Alice e Miguel, que com toda a inocência de criança me fazem enxergar o mundo de outra maneira. A minha avó Maria simplesmente pelo fato de existir, pessoa de valor imensurável que muito me ensinou por meio de sua experiência, além de ser minha segunda mãe, que sempre cuidou e me protegeu como se seu filho fosse.

A meus amigos Eloá, Fernanda e Lucas, por me apoiarem direta e indiretamente, além de serem companheiros e compreenderem minha ausência muitas das vezes, sabendo que minha abdicação de algumas coisas seria necessária para ao final lograr êxito concluindo o trabalho. Minha madrinha Afonsina, por torcer muito e ser uma pessoa especial em minha vida, que se preocupa e zela por mim.

A esta universidade e todo seu corpo docente, que realizam um trabalho de extrema qualidade, feito com amor e carinho, o que faz toda diferença na formação de um aluno, e conseqüentemente reflete com os resultados apresentados.

Por fim, agradeço imensamente a professora Gisele, por ter aceitado o convite para ser minha orientadora, transmitindo seus conhecimentos, com paciência para orientar e conduzir meu trabalho. Sou grato a ela por todo seu esforço e dedicação na elaboração de minha monografia, pessoa sensata e de extrema competência.

RESUMO

RESUMO: O trabalho tem como escopo o tema ativismo judicial, e passa de início ao que seria a gênese do ativismo, trazendo duas ideias do momento histórico onde teria se iniciado o fenômeno. Por seguinte, explanam-se as distinções entre o ativismo judicial e a judicialização da política, quais sejam; predominantemente o nível de interferência do judiciário e de onde saiu a iniciativa da ação. É levantado também pontos referentes à teoria tripartite de Montesquieu no decorrer do trabalho, isso, devido a correlação entre os assuntos. Destaca-se que o tema foi enfrentado sob o viés da Constituição Federal de 1988, bem como, foi tratado acerca princípio da separação dos poderes, modelo de estado adotado pelo Brasil, direitos fundamentais sociais destacando sua importância de ser, além do princípio da reserva do possível e princípio do mínimo existencial destacando suas diferenças e argumentos sustentadores. Por fim, foi tratado sobre o papel do poder judiciário na garantia da efetividade aos direitos sociais, versando sobre o papel do juiz perante a sociedade, questionando-se sobre a viabilidade, legalidade, possibilidade e conveniência do ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Viés Constitucional. Efetivação de Direitos. Viabilidade.

ABSTRACT

ABSTRACT: The present study has as its scope the theme of judicial activism, from the beginning to what would be the genesis of activism, bringing two ideas of the historical moment where the phenomenon would have started. Follow the distinctions between judicial activism and the judicialization of politics, so that means predominantly the level of interference of the judiciary and where the initiative of the action came from. Issues are also raised concerning the tripartite theory of Montesquieu in the course of the study, due to the correlation between the subjects. It notices that the issue was dealt with under the bias of the Federal Constitution of 1988, as well as the principle of separation of powers, state model adopted by Brazil, social fundamental rights highlighting its importance of being, in addition to the principle of reservation of the possible and principle of the existential minimum highlighting their differences and supporting arguments. Finally, the role of the judiciary in guaranteeing the effectiveness of social rights, dealing with the role of the judge before society, are questioned about the feasibility, legality, possibility and advisability of judicial activism.

Keywords: Judicial Activism. Separation of Powers. Constitutional bias. Effective Rights. Viability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo sobre o tema “ativismo judicial” que atualmente passa por debates acerca de sua função, aplicação, etc., bem como, discute-se a atuação do Poder Judiciário, com fito de se chegar a uma conclusão, se o ativismo é uma postura correta, adequada do judiciário ou não.

A priori o trabalho versa sobre o momento histórico em que teria se dado o ativismo judicial, passando por duas teses de sua gênese, a primeira trazida pelo autor Luiz Roberto Barroso, onde este afirma ter-se dado o início do ativismo judicial nos Estados Unidos da América, na decisão da Corte que visou o fim da segregação racial em ônibus públicos no ano de 1956.

Os autores Vanice Regina Lírio do Valle e Luiz Flávio Gomes, por sua vez, acreditam que o ativismo judicial tenha nascido no ano de 1947, quando o jornalista norte-americano Arthur Schlesinger falou pela primeira vez sobre o tema em uma parte da revista americana “Fortune”. Arthur não elaborou uma teoria do ativismo judicial, apenas esboçou o que seria esse fenômeno jurídico, na análise do comportamento de quatro juízes que visavam o bem estar social das pessoas, e para isso agiam de maneira ativa na promoção desses direitos.

Por estar muito relacionado ao tema, foi feita uma breve abordagem sobre a Teoria Tripartite criada pelo filósofo francês iluminista Charles-Louis de Secondat, ou como conhecemos Montesquieu, o filósofo sustenta a ideia de que para que um Estado seja livre de abusos, é necessário descentralizar o poder, ou seja, separar poderes, pois assim o Estado estará mais próximo de se ver livre dos excessos e consequências que advêm do poder quando concentrado.

No Brasil a Constituição de 1824 era sistematizada em um modelo quadripartido, sendo os poderes, Moderador, Legislativo, Judiciário e Executivo, no entanto, embora existisse a divisão, o poder se concentrava no Moderador. Isso só tomou outros contornos no ano de 1891, ano em que a Constituição passou pela primeira vez a ser republicana, ou seja, abarcava a ideia de “poder do povo”. Após isso se trouxe uma breve ideia do modelo atual, qual seja, Constituição Federal de 1988, onde se adota a Teoria Tripartite, e traz inúmeros direitos fundamentais, sendo estes na maioria das vezes os ensejadores da atividade ativista.

Ao final do primeiro tópico foram tecidas algumas ponderações acerca da terminologia do ativismo judicial, assim, trazendo o conceito do instituto, que se identifica por ser uma postura ativa advinda do Poder Judiciário, que atua em questões que até então são de atribuição dos demais poderes, Executivo e Legislativo, sendo então o Judiciário um poder proativo, em que pese intervencionista.

No segundo tópico, a abordagem se dá ao redor da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, onde foi especificado cada um desses institutos, que embora muito semelhantes, pelo fato de ambos tratarem de questões onde o judiciário atua na elucidação de conflitos e na efetivação de direitos fundamentais, estes se diferenciam em alguns aspectos, quais sejam: No ativismo há uma postura proativa, intervencionista que parte do Judiciário na promoção de direitos fundamentais, bem como, na maior celeridade na efetivação destes, sendo aqui que em algumas das vezes o judiciário adentra em questões políticas e administrativas pertinentes aos poderes Legislativo e Executivo.

Por sua vez, a Judicialização da Política trata-se de postura típica, pois embora o judiciário atue em questões que a priori não são de sua função, aqui ele age a pedido dos demais poderes, sendo assim, não “invade” a função típica do Legislativo e Executivo, apenas atende as suas necessidades e colabora na resolução de conflitos ora não solucionados que possuem grandes repercussões, como é o exemplo do julgamento acerca da autorização da utilização de células tronco embrionárias para pesquisas, ou como no caso da decisão sobre a possibilidade de aborto quando se tratar de feto anencéfalo. Outra situação onde judiciário judicializa a política, ocorre quando, a jurisdição faz controle de constitucionalidade, mas veja que aqui cabe ao judiciário assim fazer, pois a guarda da constituição esta atribuída a sua competência.

Ainda dentro da abordagem sobre a judicialização da política, foram listados alguns exemplos de países onde também ocorre o fenômeno da judicialização, bem como, elenca fatores que levaram a ocorrência dos fenômenos da judicialização e ativismo, quais sejam, o desprestígio que passou a ter o poder Executivo, mas principalmente o Legislativo, ambos por possuírem representantes corruptos, desonestos, que se corrompem por dinheiro, bem como, participam de esquemas de lavagem de dinheiro, etc., isso faz com que estes poderes caiam no

descrédito, e conseqüentemente na falta de confiança de todos de uma maneira geral.

Além disso, foi discorrido o tema sob a perspectiva da Constituição Federal passando pelo Principio da Separação dos Poderes segundo dispõem o artigo 2º da Constituição Federal, onde o constituinte originário na composição da lei maior acreditou ser esse o melhor caminho para que fosse efetivada a democracia em nosso país. Desta forma ao descentralizar o poder dividindo-o em três independentes e harmônicos entre si, ao menos em tese, se alcançaria o equilíbrio necessário para o bom fluir.

O Modelo de Estado Brasileiro foi também abordado, demonstrando a evolução dos modelos até chegar ao modelo atual de Estado (democrático de direito). Não obstante, foi tratado acerca dos Direitos Fundamentais Sociais, tendo em vista que o ativismo insurge na busca da proteção/efetivação destes direitos, assim, é mister fazer referência ao assunto para elucidação dos propósitos do ativismo.

Principio da reserva do possível e principio do mínimo existencial, também são objetos da pesquisa devido a sua correlação com o tema, pelo fato de existir um grande imbróglio atualmente envolvendo o embate entre a cobrança pela efetivação do mínimo existencial que é omitido por meio da alegação por parte do Estado do principio da reserva do possível, cabendo em diversos casos como escusa a efetivação de um direito.

Em continuidade, seguindo o raciocínio versa-se sobre o papel do poder judiciário para garantir a efetividade dos Direitos Sociais, suprimindo a lacuna existente e atendendo ao anseio social, sendo para tanto feita uma abordagem do tema sob uma perspectiva prática, trazendo ao trabalho casos que exemplificam o acontecimento do ativismo judicial, tornando mais didática à compreensão do referido fenômeno.

Ao final é abordado o papel do juiz na sociedade, discorrendo sobre os princípios informadores da figura do magistrado, bem como, frisando à proporção que pode tomar uma decisão judicial na vida de uma pessoa.

O trabalho esboça de maneira sucinta a grande problemática do tema em tela, que é o imbróglio que gira em torno do assunto, vez que, se discute em até que ponto o ativismo judicial socorre a sociedade frente à omissão Legislativa e Executiva, ou se este estaria tornando o Poder Judiciário em um “superpoder”.

Através da análise das premissas acima expostas compreendidas como regra geral, o presente trabalho utiliza-se do método dedutivo, para então constatar, concluir acerca do uso do ativismo judicial como técnica jurídica necessária para efetivação de direitos ou fenômeno transgressor de regras e princípios constitucionais.

2 ANÁLISE HISTÓRICA E TERMINOLÓGICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Em que pese à falta de conteúdo acerca do momento da história onde teria, em tese, se dado o marco inicial do que hoje conhecemos por ativismo judicial, pode-se fazer alusão a dois posicionamentos importantes, quais sejam, o do jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, bem como, o pensamento de Luiz Roberto Barroso, os quais, explicam e fundamentam suas teses nos tópicos que seguem.

Existe certa confusão no que se refere às distinções entre o ativismo judicial e judicialização, isso pois, ambos são fenômenos que se assemelham muito, embora sejam diversos devido o meio de serem efetivados.

2.1 Conceito e Surgimento do Ativismo Judicial

Diverge entre a doutrina o momento histórico onde ocorreu o exórdio do ativismo judicial, transportando no mínimo duas ideias de sua origem, onde doutrinadores explicam o momento ao qual o tema foi mencionado, bem como, dando início ao que hoje se conhece por Ativismo Judicial.

A primeira ideia é trazida pelo autor Luiz Roberto Barroso, que segundo ele, o primórdio do ativismo judicial teria ocorrido nos Estados Unidos da América no julgamento realizado pela Corte Americana sobre o fim da segregação racial (segregar: separar, isolar), a ideia de segregação surgiu após a Guerra civil por volta dos séculos XIX, XX onde alguns países como a Alemanha Nazista, África do Sul e Estados Unidos da América passaram a segregar raças. Nos Estados Unidos a segregação ocorria nas escolas, repartições públicas, e em relação a oportunidades, etc. No ano de 1956 ocorreu à primeira decisão em face do fim da segregação racial, onde a Corte Americana declarou inconstitucional segregação em ônibus públicos. Segundo o autor esse teria sido o primeiro acontecimento e registro do que hoje chamamos de ativismo judicial, pois nesse período a Corte passou a ser progressista, defendendo direitos fundamentais, e atuando de maneira mais ativa.

No decorrer dos séculos foram proferidas através da Corte dos Estados Unidos decisões importantes no que tange a segregação racial, aborto, liberdade de expressão dentre outros temas que se encontravam em evidencia há época. Na tomada dessas decisões é que o autor Luiz Roberto Barroso entende ser o advento do ativismo judicial, pois aqui a Corte Americana começou dirimir questões ligadas a políticas, destacam-se as regras aos quais eram submetidos negros em face de pessoas com pele branca, pelo fato de não poderem se misturar com estes, e por isso passarem por constrangimentos, tais como terem que ceder lugar no momento em que um branco adentrasse um ônibus público. A Corte como já mencionado interveio e dirimiu esta questão dando inicio a uma participação mais ativa, o que foi se moldando com o passar do tempo até se chegar ao modelo atual.

Por outro lado existe o pensamento de Vanice Regina Lírio do Valle e Luiz Flávio Gomes, ao quais, ambos defendem que o primeiro a falar de ativismo judicial foi o jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, que no ano de 1947 criou uma espécie de esboço do que seria o ativismo judicial em uma parte da revista "Fortune". Schlesinger não criou uma teoria do ativismo, mas descreveu esta na conduta de um grupo apartado de quatro juízes (Black, Rutlege, Douglas e Murphy), que se preocupavam com o bem estar social, e segundo o autor estes agiam ativamente na promoção de tais direitos, o jornalista analisou a postura e atuação dos magistrados e com isso efetuou uma relação da maneira pelo qual os quatro atuaram.

Os pensamentos de Schlesinger a priori propulsionaram críticas a juízes, posteriormente causou preocupações relativas ao judiciário nos Estados Unidos no que tange a autoridade judicial, pois, com isso, levanta-se o questionamento pelo qual se discute até em que ponto um judiciário ativo seria a melhor saída para conflitos que subsistem de tempos passados e vigoram ate datas atuais, desta maneira explica-se a origem do imbróglío vigente ate a atualidade sobre a postura ativa do judiciário em países que adotam a teoria tripartite de Montesquieu, onde o poder é dividido em Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que, desta divisão os referidos poderes são, ou, ao menos deveriam ser: "independentes e harmônicos entre si", possuindo autonomia em suas funções onde são atribuídos seus deveres e âmbito de atuação, bem como, os limites desta atividade e até qual momento um poder pode interferir em função atribuída aos

demais, debate que assola juristas, que divergem em posicionamentos e maneira de enxergar o ativismo judicial.

Insta salientar, que todo o exposto referente à discussão do ativismo judicial passa pelo acima mencionado crivo da tripartição dos poderes ou como conhecemos teoria Tripartite, idealizada pelo filósofo francês iluminista Charles-Louis de Secondat mais conhecido como Montesquieu, que em sua obra “O Espírito das leis” de 1748 defende que para a existência de um Estado sem abusos seria necessária a divisão de poderes, descentralizando o poder que na antiguidade sempre emanou de apenas um ente, sendo que na maioria das vezes gerava desigualdades, e restringia as liberdades individuais, para Montesquieu isso apenas seria possível se houvesse então a separação, pois com isso um poder controlaria abusos oriundos dos demais, sendo assim, poder controla poder.

Para Montesquieu a separação dos poderes terá sua eficácia se estes forem independentes e harmônicos entre si, ou seja, se caminharem de maneira convergente, cada qual dentro de sua individualidade. Entende-se da seguinte maneira a sistemática; veja o exemplo atual; ao Poder Legislativo cabe à função de legislar, qual seja, criar leis, regulamentar condutas, organizar a sociedade através de normas, porém excepcionalmente atuará administrando questões internas, outro exemplo é a atuação do Poder Executivo que tipicamente possui a designação de administrar políticas públicas dando efetividade e andamento nestas, no entanto, lhe é permitido “legislar”, veremos isto de maneira mais aprofundada mais adiante.

No Brasil em 1824 a Constituição do Império adotava uma separação quadripartida, existindo Poder Moderador, Executivo, Judiciário e Legislativo, no entanto essa divisão de poderes não foi das mais justas separações, pois o poder era centralizado, tudo girava ao redor do Poder Moderador, que era o que dava o veredito final, o imperador era quem possuía em mãos toda a organização estatal, desta forma a separação não se dava de maneira tão coerente, pois o poder na verdade era centralizado, concentrado em um só. Nota-se que a concentração teria dado início a fase colonial, pela inclusão dos governadores gerais, ou pela Corte portuguesa, a qual sufocava a economia brasileira, até mesmo pela vedação de indústria manufatureira e pela cobrança abundante de imposto. Antes da república por cerca de um século a centralização sempre foi severa, isso foi cindido no ano de 1891 onde se foi instituída a carta política.

A Constituição Republicana de 1891 deixou de lado a ideia anterior de poder centralizado, e embora o governo central não estivesse pronto para uma democracia republicana, onde o foco é descentralizar o poder, este precisaria de freios, com intenção de evitar abusos, e arbitrariedades ocorridas em momento predecessor a sua vigência, o que na época não parecia ser a maneira de exercício de poder mais adequada.

A Carta Magna de 1988 adota evidentemente a separação tripartite e em seu artigo 2º dispõem: “São poderes da União independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário”, desta forma fica claro que nossa Constituição adotou a teoria da “Separação dos Poderes” e “Sistema de Freios e Contrapesos”, onde a ideia é um poder controlar o outro, para que se evite a ocorrência de abusos, vigorando a harmonia e independência. Destaca-se que o texto trazido por nossa Carta Magna atual se faz desenhado de acordo com o que institui Montesquieu, pois leva em consideração toda a ideia trazida pelo filósofo, definindo a separação com o escopo de evitar hierarquia, bem como, evitar a usurpação do poder, onde um controla o outro.

Com a abordagem histórica do tema se cria uma breve noção de que o ativismo judicial surge em meio a uma transição de momentos significativos para o direito, fase de uma evolução a caminho de um Estado ideal. Veja que se sai de um modelo autoritarista para um modelo de igualdade, ou ao menos a busca dela, pois se nota que é coerente separar poderes com intuito de frear abusos, no entanto insta ser analisado que o surgimento do ativismo judicial converge com esse ideal, observando seus bônus e seus ônus de maneira minuciosa. Acompanhar o desenrolar histórico de um tema é compreender o fito de sua criação, é avaliar o contexto histórico ao qual este foi instituído, para que com isso seja possível discorrer de maneira mais elucidada do verdadeiro propósito atual do debate. Levando em conta o já analisado sobre ativismo do judiciário, destaca-se, ativismo tem sua importância respaldada no imbróglio acerca de sua funcionalidade, ou seja, é funcional? (leia-se: funciona de maneira legítima?) Fere preceitos constitucionais? Invade de maneira inadequada a individualidade dos demais poderes? São estes questionamentos que embasam o estudo do tema e sua relevância.

Por Ativismo Judicial se entende como a postura participativa do Poder Judiciário no que se refere à efetivação de direitos e preceitos trazidos pela constituição que não são efetivados da maneira a qual deveriam ser, seja por parte

do Legislativo com a não criação de leis que visem regulamentar direitos trazidos por nossa Carta Magna, seja por parte do Executivo não proporcionando a efetivação de tais direitos, por falhas, omissão ou desleixo de nossos representantes. Segundo o dicionário a palavra ativismo significa: “doutrina ou prática que preconiza a ação política vigorosa e direta”, e judicial se entende por: “relativo a juiz, a tribunais ou a justiça; forense, judiciário”, com isso entende-se que a terminologia se refere a uma postura participativa, extensiva e ampliativa na atuação de um poder, que age em prol da sociedade, decidindo inúmeras vezes na singularidade, formando jurisprudências e precedentes que podem até antecipar a própria formulação da lei, seja representado na figura do juiz, ou tribunal, que emanam seu poder em casos concretos, refletindo sua providência, e demonstrando a maior procura do judiciário devido ao desprestígio dos demais poderes.

A participação do judiciário de maneira ativa se justifica no princípio da supremacia do interesse público geral, onde esse comportamento se faz necessário para suprir uma falha que gera a não efetivação de direitos da sociedade em geral, o que significa que todos sofrem por tal inércia. Na visão do autor Elival da Silva Ramos (2010, p.129) ativismo judicial se define como:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativo invadido por decisões excessivamente criativas.

Elival conceitua Ativismo Judicial de acordo com seu entendimento, e em momento posterior se posiciona negativamente a tal conduta, pois segundo o autor o ativismo judicial estaria desnaturando a função típica do judiciário em face dos demais poderes, para ele o ativismo é conduta invasiva do Judiciário, que adentra no mérito de questões que fogem a suas atribuições, seja na atuação “legislativa” (legiferante), ou na atuação Executiva. Ao atuar fora de seu campo o assunto começa a se tornar mais delicado, pois veja, o que a priori era pra ser “independência e harmonia” se transforma em “guerra” debate, disputa de poder, de autonomia, etc. e isso de maneira geral acaba por refletir na sociedade, que se vê

de “mãos atadas” diante o embate. Por ora há necessidade de ser explanado qual o conceito de ativismo judicial, porém, suas especificidades devem e serão analisadas de maneira minuciosa mais a frente, em momento oportuno.

2.2 Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Distinções

O Ativismo Judicial e Judicialização da Política se assemelham muito, para distingui-los é necessário analisar alguns pontos que se encontram em uma tênue linha divisória entre ativismo e judicialização, adotando critérios que ajudem na elucidação do tema ora abordado.

A Judicialização Política está ligada ao deslocamento de decisões dos poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, geralmente no que se refere a pontos controvertidos e polêmicos de vasta repercussão, aqui o judiciário decide, pois lhe cabe decidir, julga casos que lhe cabe julgar, um exemplo de judicialização é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, veja que aqui o judiciário atesta a falha legislativa, que na elaboração de determinada norma esbarra perante os preceitos constitucionais. Não se trata de uma atuação expansiva como ocorre no ativismo, na judicialização o judiciário resolve o conflito posto a sua frente como ocorreu no julgamento da ADIn 3510 onde pairava a discussão acerca da autorização da utilização de células tronco embrionárias para pesquisas, alguns defendiam que a lei de biossegurança era inconstitucional, pois segundo estes a lei viola o direito a vida e a dignidade da pessoa humana, outros defendiam se tratar de um avanço a ciência, que poderia auxiliar no tratamento de diversas doenças, bem como, se usava o argumento de que o procedimento não feria o direito a vida por se tratar de embriões considerados para os médicos “mortos”, sem perspectivas.

A Suprema Corte decidiu pela liberação de pesquisa em células tronco embrionárias, nota-se que no caso supramencionado o judiciário teve de se posicionar e por um fim ao conflito que chegou ate suas “mãos”, veja que, aqui ocorre a judicialização, pois o judiciário não é intervencionista, não é proativo, ele politiza sem avançar barreiras, outro exemplo é o julgamento pelo tribunal das ações afirmativas para negros onde a suprema corte decidiu pela improcedência da ação de inconstitucionalidade.

O Direito Constitucional que acabou por judicializar a política, pois, política representada pelos direitos fundamentais e conflitos sociais que foram pela história sonegados, começaram a ser tema de direito público. Sendo assim, observa-se haver uma relação onde direito constitucional e política acabam se complementando.

Outrossim, direitos fundamentais possuem valores de tamanha relevância que não poderia ficar tão somente sobre as mãos da maioria simples parlamentar, eles vinculam o legislador estabelecendo o que se deve e o que se pode ou não fazer. Para efetivar tal disposição a constituição estabelece proibições, bem como, mandatos que visam limitar a liberdade parlamentar.

É evidente que a jurisdição exerce o controle da legitimidade do poder político, lembrando que nenhum dos poderes se encontra acima da Constituição. Qualquer desvio que ocorra será passível de fiscalização judicial. Nossa constituição é abrangente, então dificilmente se encontrara determinado conflito jurídico sem resposta na Carta Magna.

Assim não obstante do já exposto, faço menção ao art. 5º XXXV, da CF/1988, que permite o acesso à justiça que permite que quando um interesse jurídico for contrariado eu possa me valer do judiciário, que solucionará meu conflito em conformidade com a Constituição.

O juiz tem que solucionar os conflitos que dizem respeito a preceitos constitucionais, bem como enfrenta-los de maneira a manter o equilíbrio e fazer a manutenção do direito, nesse sentido escreve Eduardo Cambi (2012, p.212):

(...) não pode o juiz constitucional se autolimitar no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self-restraint*), a pretexto de se tratar de questões políticas, inerentes ao exercício parlamentar ou executivo, ou por se tratar de juízo de conveniência ou de oportunidade.

Além disso, ao juiz é incumbido o papel de fiscalizar o administrador público, bem como o legislador no momento em que violarem a Constituição, pouco importando mérito dos atos legislativo, administrativos ou executivos. Segundo Eduardo Cambi (2012, p.212):

O juiz constitucional pode censurar o legislador originário na medida em que este vinculado à Constituição, independentemente do mérito ou demérito

das soluções legislativas ou administrativas em causa. Uma vez verificado que o legislador ou administrador violou a Constituição, não resta ao juiz constitucional senão tirar a consequência da inconstitucionalidade, independentemente da natureza, política ou não, das questões envolvidas.

O fenômeno da judicialização não ocorre apenas em nosso país, mas sim no mundo todo, como exemplo temos o Canadá que julgou sobre a constitucionalidade de testes com mísseis americanos lançados em seu território, ou nos Estados Unidos da América onde a Corte desenhou a parte final das eleições presidenciais entre Bush e Gore, na Turquia a Corte vem desempenhando um papel importante para a conservação do estado laico, na Argentina planos econômicos ganham eficácia nas altas Cortes, etc.

Assevera-se que devido a inúmeros fatores que ocorreram na história do país os poderes Executivo e Legislativo foram levados ao desprestígio, isso decorreu da postura omissa e pelo desinteresse por parte de nossos representantes em sua atuação, com isso, temas que antes eram debatidos no âmbito Executivo e Legislativo passam a ser objeto de discussão no Judiciário, pois, assim recebem mais rapidamente uma solução. O cidadão ao levar tais casos para competência do judiciário sente que assim consegue exercer melhor sua representação, atua mais diretamente, pratica a democracia colocando em prática a ideia de república “coisa do povo”, com isso, se conclui que a judicialização é um fenômeno que independe da vontade do judiciário, se trata então de uma mudança cultural, onde judiciário atua em tese “fora” de seu ramo de atuação, porém, sendo procurado muitas vezes até mesmo pelos demais poderes para ajudar dirimir seus conflitos.

Por sua vez o Ativismo Judicial embora muito semelhante à Judicialização Política se distingue pelo fato de ser uma postura que parte do próprio judiciário, suas ações são ativas, juízes e tribunais julgam casos concretos em questões de cunho do legislativo ou do executivo, seja por omissão destes, por incompetência ou até mesmo por falta de vontade de seus membros, esses precedentes e jurisprudências acabam que por sua vez antecipando a própria criação da lei, com isso, se entra na competência legislativa.

Todo o ativismo judicial está muito ligado à questão da efetivação dos direitos fundamentais, veja que o judiciário atua na concretização destes, isso corrobora com a própria história e surgimento do instituto, uma vez que em seu

nascimento foi observado à conduta de quatro juízes que se preocupavam com o bem estar social, e faziam por valer direitos fundamentais ora existentes na época.

Ademais, nota-se que o controle judicial sobre atos do poder público possibilita uma melhor efetivação da Constituição Federal, bem como, permite a fiscalização sobre esses atos. Nota-se, que tal conduta ajuda a eliminar a corrupção, e moralizar a gestão pública. Exemplo disso é o caso do nepotismo, é importante fazer menção também que não é pertinente dizer que ao juiz não cabe impor o que acredita ser conveniente e oportuno na utilização de recursos públicos (aplicação do dinheiro público), pois, é necessário avaliar a aplicação do direito fundamental.

O magistrado através da hermenêutica jurídica expansiva concretiza valores constitucionais, é perceptível que a demanda só aumenta, ou seja, pessoas descrentes com a eficácia dos demais poderes procuram o judiciário que por sua vez se vê obrigado a agir, e assim o faz, começa a apreciar de matérias legislativas que escapam de suas atribuições originárias, pois, veja, o problema chega até o juiz/tribunal como forma de caso concreto, até este ponto tudo de acordo com as atribuições judiciais, o que ocorre é que o teor destes casos foge do que se deve ser analisado pelo judiciário, no entanto, este frente a um conflito precisa dirimi-lo e assim atua, suprindo lacunas nas leis ou até mesmo a ausência de leis que deveriam existir para efetivar determinados direitos.

Importante se mencionar que o juiz deve obedecer ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição disposto no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal o qual menciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, entende-se deste dispositivo que nem a lei pode impedir a apreciação do judiciário à ameaça ou lesão a direito, ou seja, posto um conflito em que o direito de alguém corre perigo o judiciário devera aprecia-lo, deste principio é possível justificar a atuação ativista do Poder Judiciário, pois veja, se percebo que estou sendo lesado em meu direito por falta de atuação como exemplo, do legislativo na elaboração de uma lei, procuro o judiciário que deverá ao menos apresentar uma resposta ao problema que foi levado até ele, com isso, juiz analisa um caso em específico, que acaba por virar precedentes de julgamentos ativistas.

A função básica do ativismo é concretizar valores normativos constitucionais no atendimento de direitos através de uma maneira mais acelerada, com fim de suprir necessidades advindas da omissão Legislativa e Executiva, de igual maneira a judicialização também tem como função basilar o atendimento ao

direito de forma mais acelerada, porém distingue-se do ativismo no que tange em relação à iniciativa de sua promoção, que aqui não parte do judiciário como ocorre no ativismo. Outrossim, é difícil desmembrar a ideia de ativismo com a de judicialização, como já dito ambos são muito próximos, por esse motivo alguns autores costumam fazer uma mistura ao tratar dos temas, muitas das vezes mencionando um mas se reportando ao outro.

Com vista no exposto, a intervenção do judiciário se mostra plausível, pois não se pode simplesmente fechar os olhos e entregar nas mãos de políticos despreparados, corruptos e oportunistas a concretização de interesses públicos, simplesmente pelo fato de terem estes terem sido eleitos para tanto. Essa questão vai além, pois engloba interesses sociais, clamor da sociedade em geral pela manifestação dos poderes para a efetivação de seus direitos. Assevera-se por tanto que embora eleitos pelo povo, nossos representantes legislativos e executivos deixam a desejar.

O direito pós-moderno não se satisfaz com uma atividade jurisdicional passiva, e acredita na vontade que transforma na tutela de relevantes interesses sociais. A de se observar, que não há como saber se o deslocamento de eventuais decisões políticas para o judiciário estampa uma ampla efetivação da cidadania e democracia.

É certo que em lugar algum o regime democrático se encontra na posse do povo, pelo fato de haver desigualdade no poder político. Certo é, que o deslocamento do poder político para o judiciário faz com que o cidadão ganhe mais, devido o fato de a maioria deles se encontrar exonerados de privilégios, não possuindo grande poder econômico como os colossais empresários capazes de influenciar no campo do poder político. Assim, é notória a distorção em questão de igualdade na democracia. Com isso, a pretensão desses acima mencionados pode não encontrar respaldo no parlamento, que, via de regra, atende apenas o anseio dos mais favorecidos economicamente, e assim os destituídos de privilégio demandam o judiciário com escopo de efetivar suas pretensões.

O art. 5º, XXXV, da CF/1988 prevê o direito fundamental do acesso à justiça, e está baseado no direito de um indivíduo possuir em seu favor a possibilidade do judiciário apreciar a demanda de seu direito. Resta aqui o questionamento se a maioria ganha com o fato do poder político ser transportado para o judiciário.

Há de se observar, que o acesso à justiça, devido aos custos e burocracia na prestação jurisdicional, beneficia quem possui melhor condição e em contra senso desfavorece os menos favorecidos. No entanto, embora seja evidente que o acesso a justiça seja prejudicado devido a violação ao direito fundamental da assistência judiciária (art. 5.º, XXIV, da CF/1988), pois este, apesar dos empecilhos a transferência das decisões política do Executivo ou Legislativo para o judiciário ainda sim se mostra a melhor forma de efetivar os direitos dos menos afortunados. Isso devido a grande chance de seus direitos serem ignorados no parlamento do que no judiciário. O desejado ao menos será apreciado e terá uma tutela, e embora esta possa ser diversa do pretendido, será ao menos uma resposta fundamentada, onde o judiciário apreciara se realmente houve o desrespeito a direitos fundamentais, o que, ao menos é melhor do que o simples descaso do Executivo ou do Legislativo.

Não obstante, podemos notar que a mera possibilidade de uma minoria poder chegar até o Poder Judiciário para obtenção de interesses jurídicos ou a proteção destes, se faz útil, pois impede que haja uma “ditadura” imposta pela maioria. Dessa maneira é possível o compromisso da justiça constitucional promover a paz social entre minoria e maioria.

Alternativa ao judiciário passivo não é qualquer ativismo onde o juiz seria livre pra decidir com seu senso de justiça. Permitir que o juiz possa ignorar a Constituição, precedentes judiciais, as leis, bem como a doutrina, aplicando apenas sua íntima convicção, deixaria margem para a tirania.

A intervenção judicial não deve ser ampla e incondicionada, ela ficara dependente da análise dos direitos fundamentais violados. Assim o judiciário não pode se desincumbir da tutela destes direitos, e terá de apreciá-los sempre fundamentando e se valendo de critérios de argumentação. Somente assim se legitima o protagonismo do judiciário.

Seguindo o raciocínio do ativismo judicial, este, precisa ser comedido pelas garantias e direitos fundamentais, aqueles que, integram o justo processo (devido processo legal, juiz natural, ampla defesa, contraditório, motivação das decisões, vedação das provas ilícitas, etc.). Além disso, a decisão precisa seguir de acordo com discurso jurídico, com aptidão persuasória, bem como, linguagem adequada capaz de convencer a sociedade e a agremiação jurídica.

Insta saber, que o estudo das possibilidades e limites do papel ativo do judiciário embora amenize o problema, não soluciona a crise jurídica, fechar os olhos frente o cenário atual também não é alternativa, pois sabe se que será necessária uma reforma política, segundo menção ao pensamento de Luís Roberto Barroso feito por Eduardo Cambi (2011, p.248) em sua obra que diz:

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 riscos 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.

Por fim, conclui-se que, o ativismo se caracteriza pela atuação judicial de maneira extensiva e ampla, sendo então um agir “intervencionista”, ao menos em tese, o que procura dentro de seu alcance firmar direitos, em especial os fundamentais que devem ser efetivados, no entanto não são. Por sua vez na judicialização política, judiciário age implementando interesses, pacificando interesses que devem ser apreciados por este, porém, sem adentrar em questões de pertinência Legislativa ou Executiva, sendo ainda que muita das vezes são os próprios poderes quem acionam o judiciário.

Desse modo, cuida-se que o grande imbróglio atualmente se refere à questão da pertinência do ativismo, ou seja, a discussão corre acerca de até onde seria plausível esta atuação judiciária, ou seja, em até que momento esta intervenção estaria socorrendo a sociedade frente à inércia do legislativo e executivo, ou se esta atuação estaria prejudicando o sistema, pois, em tese, esse fenômeno acaba por fortalecer o judiciário, sendo assim, questiona-se se através do ativismo judicial o judiciário estaria se tornando um “superpoder”.

3 ANÁLISE SOBRE O VIÉS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trata-se de tema cujo conteúdo se relaciona intimamente com a Constituição Federal vigente em nosso país, isso, pois, nossa Carta Magna em seu corpo traz como pilar da democracia a separação dos poderes, ou como conhecemos; “Teoria Tripartite”.

Adota-se o Princípio da Separação dos Poderes segundo dispõem o artigo 2º da Constituição Federal, pois o constituinte originário na composição da lei maior acreditou ser esse o melhor caminho para que fosse efetivada a democracia em nosso país. Desta forma ao descentralizar o poder dividindo-o em três independentes e harmônicos entre si, ao menos em tese, se alcançaria o equilíbrio necessário para o bom fluir da nação, com os poderes descentralizados as decisões importantes para a evolução do Estado não se concentram na mão de um só ente ou órgão, desse modo, um depende do outro, pois as atribuições de cada um destes são específicas, ou seja, incumbe individualmente a cada poder uma função individualizada, sendo elas: legislar (criar leis, com fito de regular a sociedade), administrar (organizar, zelar, governar) e por fim julgar (resolver lides, conflitos que venham eventualmente acontecer).

A Carta Magna basicamente é orientada pela divisão dos poderes, porém na atualidade, enfrenta-se uma crise democrática onde o Executivo e Legislativo em muitos dos casos não cumprem com suas atribuições, as decisões oficiais se colidem constantemente, isso devido inúmeros fatores, sendo um deles a corrupção que assola o país.

Assim, a população clama por mudanças para efetivação de seus direitos, buscando se socorrer no judiciário, que em reposta a esse fenômeno começa atuar ativamente, ou seja, usando de sua força para lograr êxito na pretensão que é levada até ele. Esse fenômeno é denominado Ativismo Judicial, e se dá basicamente pelo comportamento atípico do judiciário, que avoca para si, atribuições pertencentes aos demais poderes.

O Ativismo Judicial possui ligação direta com a separação dos poderes, desse modo, se faz necessário efetivar uma abordagem sobre o viés da Constituição Federal por se tratar de assunto que guarda correspondência com o conteúdo e diretrizes da mesma. Assim, dentro do tópico principal será abordado mais a fundo o

Princípio da Separação dos Poderes, para que seja esclarecida sua origem, seu funcionamento e suas diretrizes. Não obstante disso, mais afrente será enfrentado assuntos pertinentes à análise sob o viés da Carta Magna, dentre eles, o Modelo de Estado Brasileiro, ou seja, a evolução dos modelos até chegar ao modelo atual de Estado (democrático de direito), os Direitos Fundamentais Sociais, tendo em vista que o ativismo insurge na busca da proteção/efetivação destes direitos, assim, é mister fazer referencia a tal tópico para elucidação dos escopos do ativismo. O princípio da reserva do possível e princípio do mínimo existencial, Papel do Poder Judiciário para garantir a efetividade dos Direitos Sociais também serão objeto de pesquisa devido a sua correlação com o tema.

3.1 O Princípio da Separação dos Poderes

A separação dos poderes possui origem na antiguidade, sua raiz se dá na obra “A Política” de Aristóteles onde o filósofo iluminista identificou funções distintas exercidas pelo soberano, sendo estas as seguintes: deliberativa, onde questões pertinentes eram deliberadas em assembleia; executiva, onde suas prerrogativas dependiam do caso em concreto, ou seja, os poderes necessários para a ação estatal e por fim a judiciária responsável pela administração da justiça. Aristóteles, no entanto não tratou da funcionalidade dessa separação, nem mesmo da independência delas, sendo assim, o período posterior ainda ficou marcado pela tirania dos monarcas, destaca-se como exemplo disso a fala de Luís XIV, “L’état c’est moi” (O Estado sou eu), o que demonstra todo o poder que emanava dos monarcas, que eram soberanos e incontestáveis, os quais todos os demais deviam respeito e obediência sobre as ordens por eles emanadas. De fato a Separação dos Poderes é um dos mais importantes princípios que regem a Carta Magna.

No entanto, embora Aristóteles tenha sido o que primeiro conceituou a Separação dos Poderes, este se pautou em passagens já existentes postas em textos que o antecedem. Exemplo disso é a clássica obra “A República” escrita por Platão, onde este demonstra a relevância de se cindir funções do Estado, isso para evitar a concentração nas mãos de uma pessoa apenas. Para Platão o homem que tem o poder concentrado em suas mãos perde sua virtude, então, por este motivo a

não divisão dos Poderes seria muito prejudicial a todos, e levaria a arbitrariedades e abusos.

Após este feito, Maquiavel em sua obra “O Príncipe” no século XVI desenvolveu um manual de crescimento do poder para monarca, porém, idealizou uma sistematização onde existiria um judiciário autônomo/independente, um parlamento (Poder Legislativo), e um que poder que se encontrava materializado na figura do Monarca (Poder Executivo). Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 216):

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade 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 consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

Assim, para Maquiavel a separação dos poderes servia para favorecer o Rei, pois, não tendo que decidir sobre conflitos, nem editar leis, este seria poupado de ter sua imagem deteriorada, sendo visto como ruim, ou injusto. Desse modo o Rei se safaria de ser julgado, ou seja, passaria ser o correto, justo, bom Rei. O absolutismo no passar do tempo foi perdendo força, pois a burguesia (classe baseada do comercio) devido as grandes navegações crescia demasiadamente, e cada vez mais foi ganhando espaço, com isso ocorreu que o crescimento da burguesia esbarrou na concentração do poder em um só individuo, o que brecaria sua expansão, com o isso juntamente com o pensamento filosófico que predominava há época e o crescimento burguês deu se o nascimento do chamado iluminismo.

Por volta do século XVII iniciou-se a Revolução Constitucional da Inglaterra, chamada de “Resolução Gloriosa”, que se deu no período de 1688 e 1689. Trata-se de um golpe de estado onde foi legitimado por meio do Parlamento, isso ocasionou a assinatura de uma Bill of Rights. Para Trentin (2003, p. 18):

Essa declaração de direitos estipulou que o Rei não tinha o poder de revogar as leis feitas pelo parlamento ou de impedir a sua execução e mais, proibiu a exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, bem como a imposição de penas cruéis ou incomuns. Ao lado dessas conquistas, o Bill of Rights declarava como fundamentais o direito de liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, o direito de não ser privado da vida, liberdade ou bens sem processo legal.

Com isso, foi desenvolvida na Inglaterra uma representação de inúmeros interesses da sociedade. A Revolução trouxe mudanças importantes, pois a ideia de separação posta por Maquiavel tinha como escopo favorecer o Rei, assim a assinatura da Bill of Rights mudou este cenário, e revolucionou trazendo direitos fundamentais, como o de liberdade de palavra, imprensa e de reunião. Comparato (1999, p. 80 -81) versa:

O essencial do documento foi à instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o Bill of rights veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Os centros de poderes eram divididos entre a câmara, que era representada pelos proprietários, o senado por sua vez era representado pela aristocracia. Assim a divisão de competências e atribuições dentre instituições do governo não permitia que as decisões políticas fossem concentradas nas mãos de apenas um representante. Assevera-se que a assinatura da carta de bom direito foi importante na manutenção da ideia da separação dos poderes, pois aperfeiçoou a função da cisão, ou seja, nesse momento a separação começa a ser utilizada de uma maneira mais justa, sendo voltada para o coletivo, e não apenas em favor do Rei segundo a concepção de Maquiavel, que em sua obra utilizou o esboço da separação dos poderes para dar funcionalidade a ela segundo seus interesses, quais sejam, favorecer o Rei.

A declaração foi inspiração na criação de leis e declarações semelhantes em colônias inglesas da América do Norte, isso trouxe como resultado a aprovação de dez emendas as quais foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Esta medida deu uma maior eficácia no que tange as garantias de liberdade, bem como de direitos fundamentais nos Estados Unidos. Com a separação dos poderes efetivada por meio da Bill of Rights otimizou a maneira de administrar que o Estado inglês exercia. O modelo foi um sucesso e influenciou em vários outros, como no caso do Norte Americano, que seguiu alguns parâmetros deste.

O iluminismo se iniciou no sec. XVII e teve seu desenvolvimento no sec. XVIII. Os iluministas apoiavam chamado Estado Constitucional, de autoridades com poderes definidos. O pensador que emanou dessa cultura foi inglês John Locke, nascido ao ano de 1632, que se contrapunha ao absolutismo que vigia até então. Locke é reconhecido como o pai do liberalismo. Segundo Brecho Mota (1997, p. 254):

De acordo com sua teoria, os homens viviam antes num estado natural em que prevaleciam a liberdade e a igualdade absoluta, sem o controle de nenhuma espécie de governo. A única lei existente era a da natureza, isto é, cada indivíduo punha em execução sua própria lei para proteger seus direitos naturais: vida, liberdade e propriedade. Como cada um estabelecia sua vontade, o resultado final acabaria sendo o caos.

Locke, então, alvitrou que o governo fosse limitado, sendo então um contrato entre sociedade e governante, isso possibilitaria o Estado Constitucional, sendo a constituição o contrato firmado entre governante e povo para que se pudesse governar. Assevera-se que o governante a qualquer tempo poderia ser removido pelo povo. Locke foi quem iniciou o processo de delimitação da teoria das separações dos poderes, para ele era inadmissível o poder concentrado nas mãos do rei, sendo que o rei representava o Executivo e era agente do Poder Legislativo. Para Locke existiam quatro funções delimitadas em dois órgãos, sendo que a função executiva no que concerne a questões de segurança que deveriam ser exercidas pelo rei, ou seja, fazia-se o bem público, mas não emanando regras, devido fato de o Poder Legislativo ser o preponderante para Locke.

Exilado na Holanda no período 1683 a 1688, Locke retornou a Inglaterra, e funcionou como uma base intelectual e ideológica para aqueles que participaram da “Revolução Gloriosa”, isso devido a sua publicação da obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”. Na obra Locke discorre acerca das funções do governo pertinentes a separação dos poderes (existência de três poderes), sendo estes: Poder Federativo, Poder Legislativo e Poder Executivo.

Funciona da seguinte maneira, o Poder Federativo se encontrava vinculado ao Poder Executivo, embora esse tivesse legitimidade, isso devido o fato de se evitar arbitrariedades, pois a mesma pessoa não poderia exercer o Poder Executivo e Legislativo. O Legislativo possuía a função legislar, e competia ao Parlamento, sendo um poder considerado superior aos demais. Por fim a aplicação

das leis incumbia ao Poder Executivo, e atrelado a este o Poder Federativo era o responsável pelas relações internacionais.

Nas palavras de Locke (2003, p. 76) no referente ao Poder Legislativo:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Relacionando os três poderes, para Locke o Legislativo era posto como um poder supremo, isso, pois, para ele, um poder destinado a criar e definir as leis é naturalmente superior. Os Poderes Federativo e Executivo por sua vez eram exercidos pelo Rei, pelo fato de ser necessário o controle sobre a força armada, porém ambos distinguem-se entre si. Como já mencionado anteriormente os Poderes Executivo e Federativo encontram-se vinculados um ao outro, mas cabe a cada um uma função, o Executivo era compreendido na execução de leis internas da sociedade, englobando a todos que são integrantes dela, ao segundo fica a função da administração do interesse público externo e da segurança.

A filosofia de Locke possuía ligação com a solução de conflitos ingleses, assim, na Separação dos Poderes o filósofo embasou sua proposta para a eficácia de um governo. Locke ainda pregou um poder emanado do povo no caso de o Poder Legislativo se mostrasse insuficiente, Locke (2003, p.76):

Se o poder legislativo não respeitar os limites da duração ou se aqueles que o exercem perderem a autoridade pelas faltas que cometerem, o poder legislativo volta a reverter para o povo.

Um ponto que não pode deixar de ser observado é o de como chegamos ao modelo de separação dos poderes que conhecemos atualmente. Para isso é necessário mencionar o francês Charles-Louis de Montesquieu que no ano de 1748 desenhou a separação dos poderes que conhecemos atualmente. A doutrina de Montesquieu embora não tenha sido a precursora da teoria da separação dos poderes, foi à primeira com um viés político, ele veio acrescentar a função judicial como sendo independente.

Através da obra de Montesquieu que a teoria da Separação dos Poderes foi inclusa ao constitucionalismo. No ano de 1748 com a publicação de “O espírito das leis” foi delineado a ideia de três poderes independentes e harmônicos entre si. Montesquieu foi quem melhor expôs sobre a forma de separar os poderes, tanto que é a forma que se estabelece atualmente. O filósofo iluminista deu nova definição para o poder do Estado, de uma maneira em que se limitasse o poder. Desse modo para Montesquieu o poder limitaria o poder, isso, pois, suas funções são divididas de maneira específica, assim cada poder possua uma independência orgânica, com isso o poder não mais seria absoluto.

Montesquieu teve contato com o sistema político inglês do século XVIII, que era baseado na Aristocracia e Parlamento, onde o poder do monarca sofria limitações. Com inspiração no sistema jurídico-político inglês o filósofo iluminista escreveu “O Espírito das Leis”, a obra é à base da filosofia de Montesquieu. Huisman (2001, p. 705) descreve:

Montesquieu, com o intuito de fazer uma obra de ciência positiva, remodela as classificações tradicionais dos regimes políticos. Distingue três espécies de governo: republicano, monárquico e despótico. Em cada tipo de regime, que observa aqui ou ali pelo mundo, ele estuda sucessivamente a natureza, ou seja, as estruturas constitutivas que nele se podem notar, e o princípio, ou seja, o mecanismo do seu funcionamento.

Já havia sido observado por John Locke que a cobiça por poder é implícito do ser humano, por isso se afirmava que quem possui o poder de legislar não poderia ter o de executar as leis. Não é coerente alguém criar leis e esta mesma pessoa executa-las, a justificativa é que essas pessoas poderiam simplesmente não obedecer as suas próprias leis, bem como, ajustar a lei a suas vontades.

Do mesmo modo que Locke, Montesquieu influenciado pelo Liberalismo frisou sobre o perigo de todos os poderes do Estado se encontrarem concentrados na figura de um só órgão, e com isso defendia a divisão dos poderes, isso, pois, assim as funções divididas tornaria mais equilibrado a separação dos poderes.

No contexto de separação, o Parlamento ainda sim era privilegiado em comparação com os demais, isso devido ao simples fato de este poder editar normas gerais em nome do povo. Já no referente ao Poder Executivo lhe incumbe

à função de executar questões pertinentes à esfera pública, por fim ao Poder Judiciário caberia à função de aplicar leis em casos de conflitos, desavenças.

Para Montesquieu (1998, p. 193):

O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca porque essa parte do governo, que quase sempre requer uma ação instantânea, é melhor administrada por um, do que por muitos, enquanto o que depende do poder legislativo é frequentemente melhor ordenado por muitos, do que por uma única pessoa.

Por sua vez a função jurisdicional era enxergada como uma função secundária, com menos importância, e não poderia de maneira alguma determinar limitações aos demais poderes, ao menos que estas decorressem da própria separação. Assim, para Montesquieu o poder de julgar não possuía força, para ele ao juiz cabe uma função rígida e restrita, estes não poderiam moderar o rigor da lei.

De acordo com os ensinamentos de Locke que foram anteriormente analisados, vislumbra-se que Montesquieu, segue a ideia, porém a amplia, pois para ele a maneira impedir governos absolutistas, com normas tirânicas seria estabelecendo limites e autonomia entre os poderes.

É preciso um sistema que possua eficiência no aspecto de impedir que o poder seja exercido com a ausência de limites, pois veja, é de muita valia separar poderes, sendo que, descentralizando o poder é a melhor forma de se chegar a um governo ideal. Na percepção de Montesquieu a separação dos poderes se dá em três esferas, são elas: O Poder Executivo, Judiciário e Poder Legislativo. Ao primeiro é atribuída a aplicação de resoluções e leis, ao segundo cabe julgar conflitos, e ao terceiro cabe à criação de leis.

No Brasil é perceptível a existência da adoção da teoria tripartite idealizada por Montesquieu, portanto, havendo: O Executivo, composto pelo governo de fato, Legislativo constituído através do sistema bicameral, e Judiciário, que dirime conflitos que chegam até eles. Estes poderes são independentes, pois, não se declinam a vontade dos outros, e também são harmônicos, então, possuem funções típicas e atípicas com o escopo de causar uma interdependência entre ambos. Como já mencionado os três poderes possuem atribuições típicas e atípicas, as típicas, são as funções comuns, de praxe, já citadas anteriormente, e, atípicas, quais sejam funções cuja atuação não é comum daquele determinado poder, um exemplo

disso é o Executivo legislando sobre seus regimentos internos, dentre outros atos que são praticados por um poder que conseqüentemente invade o âmbito de atuação de um dos outros dois poderes, sendo uma interferência muitas das vezes necessária para o bom fluir da sociedade.

A atuação atípica é prática comum, porém não apenas dentre as atribuições conferidas a cada poder, para exemplificar: imaginemos uma secretária de um dentista, presume-se que sua função é auxiliar seu patrão atendendo chamadas, agendando consultas, organizando sua agenda, etc., no entanto, eventualmente pode acontecer desta funcionaria auxiliar em um atendimento, entregando equipamentos ao dentista, etc., nota-se que isto foge de suas atribuições, porém, se acontecer de maneira casual, não configuraria um desvio de função, nem causaria prejuízo. Do mesmo modo se a interferência do judiciário for casual e não invasiva, não existiria problemas, pois se trataria de casos eventuais e isolados, no entanto não é o que acontece atualmente, pois legislativo e executivo, em alguns pontos deixam a desejar, ou seja, faltam com o compromisso, e por conseqüência provoca o ativismo do judiciário que leva a atuação mais invasiva deste poder sobre os demais poderes, assim não se sabe até que ponto isso é bom ou prejudicial.

A separação dos poderes tem como seu objetivo principal o controle entre eles, com fim de que seja alcançada a ordem constitucional, ou seja, uma regularidade, um bom funcionamento do Estado, evitando assim a arbitrariedade, barrando o monopólio do poder. O ser humano naturalmente tem instituído em si a ganância, desse modo, quanto mais poder se tem, mais poder se quer. Assim separar poder é uma maneira inteligente de controlar o poder, pois descentraliza e desmonopoliza, evitando o caos e o abuso. Segundo Montesquieu (1987, 136):

Todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

A tripartição no Brasil possui seu fundamento posto ao art. 2º da Constituição Federal que dispõem: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É certo que o texto legal trazido demonstra claramente a adoção ao sistema tripartite, assim, emana da

Carta Magna que o propósito buscado é o equilíbrio entre os poderes, ou seja, o controle do poder e o freio das arbitrariedades emanadas destes, para que alcance, ou ao menos chegue mais perto do Estado ideal. Nota-se que a priori a ideia de separação se mostra muito coerente, porém ainda há de se analisar pontos específicos que são lacunosos, bem como, se faz necessário ponderar aspectos no que tange a real eficiência da teoria.

Há no Brasil evidente desproporção na “independência e harmonia”, pois nota-se que aqui um poder quer estar acima do outro, distorcendo totalmente o que prega a teoria de Montesquieu, bem como, destaco em especial a atuação do Poder Judiciário, que é, portanto, objeto principal da pesquisa, constata-se que o Judiciário está atuando para além de suas atribuições, isto por inúmeros fatores a serem explorados no decorrer do trabalho.

Para alguns, a maneira em que os dispositivos referentes aos Poderes da República são encontrados é o principal fator que corrobora com a corrupção existente hoje em nosso país. Isso devido o motivo de não se ter observado no Brasil leis de políticas idealizadas por Montesquieu, sendo a primeira delas: “Todo homem que tem o poder é levado à dele abusar.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 198). A ganância e a cobiça humana levam ao “abuso” do poder a alguém concedido, pois, o ser humano como já dito é muitas das vezes corrompido, e para isso importante se faz a segunda lei de Montesquieu: “Para que não possam abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas o Poder freie o Poder.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 198). Destaca-se que devido à ausência de adoção à segunda lei de Montesquieu passamos atualmente pela crise de separação dos poderes que vivemos.

A crise de separação dos poderes evidencia-se no momento em que um Poder avança em relação ao limite de suas atribuições, nota-se que cada um recebeu sua função, bem como, também já foi incluso as exceções às quais seria permitido atuar dentro do ramo de outro poder, assim, um poder que se comporte de maneira devida, respeitando seus limites, corrobora com a harmonia da tripartição. Outrossim, a ideia central é que, um poder além de cumprir sua função fiscaliza a atuação dos demais, assim acaba que freando abusos que eventualmente possam ocorrer.

Passa-se a analisar o Sistema de Freios e Contrapesos, para entendermos como em tese deveria funcionar o sistema, para que o governo fluísse

de maneira eficaz. Nota-se que o Sistema de Freios e Contrapesos decorre da própria separação dos poderes, bem como, de sua independência na esfera estatal. O que significa esse Sistema? Nada mais é que a limitação do poder pelo próprio poder, cada um exerce uma função, e sua função será controlada pela atuação dos demais poderes.

O Sistema é constituído pela faculdade de impedir e de decidir, desse modo, os poderes sofrem influencias entre si concomitantemente no que tange ao controle um do outro. A faculdade de decidir (estatuir) é composta pela capacidade de retificar algo ordenado por outro poder; já a de impedir trata-se de poder anular ação emanada por outrem. De uma maneira didática, as faculdades tornam possível ao Legislativo verificar a maneira em que estão sendo executadas as leis por ele criadas, em mesmo sentido, é possibilitado ao Executivo limitar as iniciativas do Poder Legislativo, evitando desse modo que este se torne um poder opressor. Ressalta-se que ao Poder Judiciário não é atribuída uma faculdade, isso, devido o fato de Montesquieu considerar que o Judiciário possuía uma função restrita.

De fato não existe consenso sobre a maneira mais apropriada para Separação dos Poderes, no entanto, após “O Espírito das Leis”, Estados aderem a vertente da tripartição com fito de preservar liberdades individuais, e com isso a teoria vigora até as datas atuais em países democráticos. Em decorrência da grande adesão ao Sistema ocorreu à minoração do absolutismo e, por consequência acontece à passagem do Estado Absolutista para o Liberal.

Seguindo o contexto histórico é interessante saber que a Tripartição dos poderes foi positivada inicialmente no ano de 1776, na Declaração de Direitos da Virgínia, que é uma das treze colônias inglesas na América. O paragrafo V (EUA, 1776) versava:

Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes); segundo disponham as leis.

Nesta Declaração são trazidos fundamentos democráticos com direitos intrínsecos de cada ser humano, direitos esses que não podem ser suprimidos ou alterados por decisões meramente políticas.

Os direitos fundamentais elencados na Declaração da Virgínia já eram reconhecidos por meio das predecessoras inglesas, porém apenas se tornou princípio fundamental aos direitos dos homens quando foi aplicada como norma formal no ano de 1776.

Na esfera constitucional a Tripartição teve sua inauguração no ano de 1787 por meio da Constituição Norte-Americana. Esta Constituição tinha o escopo de afastar o modelo europeu, aqui foi atribuído a cada poder uma função específica, sendo: Poder Executivo, que era aquele com um Presidente e um Vice, que possuíam um mandato de quatro anos ambos. Poder Judiciário, onde era composto por tribunais inferiores e uma Suprema Corte. Uma observação é que para estes cargos a Constituição já previa que a remuneração não poderia ser reduzida enquanto se permanecesse no cargo. Por fim o Poder Legislativo, ao qual era confiado a um congresso dos Estados Unidos, cuja composição era de uma Câmara de Representantes e um Senado.

A Constituição Norte-Americana de 1787 trazia como primordial a independência, bem como, o controle entre os poderes. Assim, a Constituição conseguiu deixar o poder descentralizado, sem que com isso separasse de forma definitiva, absoluta.

No ano de 1789, influenciada pela Declaração da Independência Americana surge a Declaração dos Direitos do Homem na França que é composta de 17 artigos e trouxe avanços no que tange aos valores fundamentais que subsistem até os dias atuais. O artigo 16 da Declaração é o dispositivo que elenca a separação dos poderes e versa: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida à separação dos poderes não tem [Constituição](#)”. (FRANÇA, 1789).

No entanto, insta salientar que no preâmbulo apenas foi mencionado o Executivo e o Legislativo. O texto trazia consigo o propósito de que cabia ao Poder Legislativo tutelar pelos Direitos do Homem, protegendo-os de práticas do Governo, o Poder Executivo por sua vez tinha o papel de instruir todos acerca de seus direitos fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem tem grande relevância histórica, pois contribuiu para a Constituição da Revolução Francesa, isso, pois, esta declaração, bem como a Declaração Americana trouxeram como seus fundamentos principais direitos naturais do ser humano. Por fim, há de se frisar a já mencionada Constituição Francesa, que é um reflexo da Revolução Francesa e traz consigo a defesa dos direitos do homem. Nesta Constituição foi criada uma separação eficiente entre os poderes, o que teve grande importância para o constitucionalismo moderno, sem contar que a referida mantém os direitos do homem anteriormente defendidos, incluindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu preâmbulo.

Desse modo, nota-se a relevância da Separação dos Poderes que dirime os governos absolutistas e preserva a existência dos direitos fundamentais, que são a base para uma sociedade digna. Separar o poder significa descentralizar, ou seja, tirar o foco de apenas um, dar autonomia para os demais, assim, o governo, a gestão, se tornam mais justos. Por este motivo é mais coerente tirar a concentração de poder em apenas um, e cindir esse monopólio, pois assim, um poder corrige o outro, e ambos serão “vigiados”, isso faz com que as funções sejam levadas mais a sério, tudo devido à cobrança, por consequência terá que se ter mais qualidade o trabalho.

A Teoria dos Freios e contrapesos decorre da própria Separação dos Poderes, e de fato essa decorrência faz todo sentido, pois, dividindo os poderes em três, independentes e harmônicos entre si, por óbvio um vigiará a atuação o outro, desse modo se cuidará do que os demais poderes estão fazendo, então nesse sentido o sistema fica mais equilibrado, equalizado, ao menos na teoria.

Sabe-se que na prática sempre ocorre algumas distorções, no Brasil como já mencionado adota-se a Separação dos Poderes, Teoria Tripartite, então, se tem três poderes independentes e harmônicos entre si que possuem a função de zelar pelo equilíbrio do sistema, ou seja, atuar dentro do que lhes foi imposto pelo texto da Carta Magna vigente em nosso país. Ocorre que de fato as coisas não se dão da maneira a qual se imagina, um exemplo dessa distorção na prática; ao Poder Legislativo cabe à tarefa de legislar, ou seja, criar leis, regulamentar condutas e situações com fito de se ter previsto e adequado as mais diversas situações que eventualmente possam acontecer. De fato, se isso acontecesse o país seria melhor organizado, regido. Sabemos que os legisladores de nosso país

não atuam como deveriam, são desidiosos, e agem demasiadamente em interesse próprio. O Poder Executivo por sua vez incumbe o papel de administrar, fazendo valer as normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, ou seja, da efetividade a elas. Desse modo, o Poder Judiciário tem função de resolver lides que chegam até ele, porém, devido às distorções que ocorrem, o Poder Judiciário é procurado para resolver questões que fogem de seu campo de atuação, no entanto, devido ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, disposto no artigo 5º XXXV da Constituição Federal esse poder não pode se omitir a resolver uma questão que chegue até ele, dando ensejo a partir de então ao Ativismo Judicial.

3.2 O Modelo de Estado Brasileiro

Para tratar do modelo de estado que vivemos hoje a priori é necessário discorrer sobre a transição histórica até chegarmos ao modelo atual do Brasil. Assim, é importante estudar as estruturas que já guiaram o Estado até o atual modelo. Assim, o Estado Constitucional passou por fases as quais serão discorridas a frente.

O Estado liberal, originado no século XVIII ocorreu na Revolução Francesa, devido fato de a burguesia (terceiro estado) ter tomado de maneira forçada o poder para constituir o chamado Estado Liberal, ou seja, um modelo pelo qual interferência estatal seria menor no que tange a questões sociais, econômicas e políticas, essa mudança tinha como escopo a conciliação do modelo de estado, com os fins sociais da época.

Veja que o Estado Liberal chamado também de Estado representativo em suma autoriza uma maior autonomia da iniciativa privada, de modo que ocorra assim menor intervenção do Estado, possibilitando então, que a iniciativa privada flua sem maiores dificuldades, como por exemplo, em questões econômicas, burocráticas, dentre outras que poderiam sofrer influência estatal, um exemplo disso é a liberdade política no que se refere a exigências sobre fundamentar a filiação partidária, isso, pois, partido político não representa alguém em específico, representa seus candidatos, ainda no plano político, uma de suas características é a soberania com base popular.

O Estado liberal enseja a autonomia de cada indivíduo, tem um ideal pautado no individualismo que entende que o Estado é fruto de uma associação de várias pessoas, cumulada com as relações estabelecidas entre elas. O liberalismo busca uma sociedade justa, livre, exemplo disso é a livre concorrência de serviços, o que ocasiona uma melhor eficiência destes. É um modelo que contribui para a economia, fazendo com que seja valorizada a moeda e por consequência a inflação seja reduzida, outra vantagem é a geração de empregos, pelo fato de que, ao permitir a instalação de empresas um reflexo lógico é a geração de empregos e assim a economia se estabiliza.

Insta salientar que o Estado Liberal é um Estado Representativo, devido o fato de o governo se dar por representantes em nome do povo que são os verdadeiros donos do poder, os representantes possuem a função de atuar exercendo seu papel em nome da soberania popular. Ainda dentro desse contexto são instituídos elementos de uma democracia semidireta, como o plebiscito, referendo e controle de constitucionalidade que são instrumentos que limitam o governo.

O modelo liberal de estado possibilita vantagens, pois aqui o Estado participa, porém de maneira reduzida sem intervir excessivamente na vida do particular, entretanto realizando prestações de modo equilibrado. Vale lembrar que esse modelo contribuiu para se chegar ao modelo atual que rege o Estado Brasileiro, ou seja, o liberalismo é de suma importância, pois traz parâmetros a serem seguidos e respeitados pelo governo, faz com que o particular tenha autonomia para determinadas questões cuja interferência estatal é medida desnecessária devido à própria natureza da coisa, como por exemplo, o já mencionado livre comércio, desse modo, particular tem liberdade para atuar no âmbito comercial livremente, bastando estar de acordo com as regras de comércio, como no caso da abertura de uma empresa onde é requisito a inscrição na junta comercial.

Para Nina Ranieri (2013, p. 47/48):

O poder do Estado é impessoal; a lei é geral e abstrata. A Constituição garante a liberdade contra o poder arbitrário e a igualdade perante a lei, além de direitos civis e políticos notadamente a liberdade de manifestação, expressão, associação e religião. Há unanimidade da doutrina na conceituação do Estado liberal de direito como expressão jurídica do Estado Liberal.

Contudo há de se frisar que o Estado liberal não é necessariamente democrático, segundo Norberto Bobbio (1994 p. 7-8):

Realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal: ao contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal.

Importante dizer que na prática o ideal liberal não ocorreu, isso devido à desigualdade social decorrente da abstenção. Ocorreram então entre os anos de 1.917 e 1.919 alguns fatos sociais como a Constituição do México, Revolução Russa, e Constituição de Weimar, que deram origem ao chamado Estado Social de Direito, o que seria então o Estado Intervindo novamente na vida privada, sob o pretexto de que o Estado deve conduzir os atos dos indivíduos, assim desse modo seria mais fácil efetivar valores como o trabalho, moradia, e com isso concretizar a igualdade. Na época mencionada existia uma grande desigualdade material que assolava a sociedade, e isso foi o que ensejou as revoluções sociais, sendo o Estado moldado, redesenhado. O Estado passou a prestar serviços, avocando para si aquilo considerado essencial na sobrevivência humana.

Há de se mencionar que após a Primeira Guerra Mundial o Estado Constitucional começa a tomar outros rumos, tem como escopo não exclusivamente a liberdade e começa a se voltar no sentido de uma igualdade social. Surge então o Estado Social, conhecido Também como Estado Intervencionista. Uma semelhança do Estado social com o liberal é a soberania da lei, bem como a divisão dos Poderes. No entanto, existem pontos em que estes modelos divergem, como exemplo o fato de ser substituída o absentismo estatal do Estado liberal, por uma atividade constante do Estado, ou seja, uma condição ativa, intervencionista, onde pode o povo exigir mais em face do Estado, isso devido o fato de este ter assumido para si responsabilidades que são fundamentais ao ser humano como proteção, saúde, instrução, dentre outras.

O Estado social é complexo devido à ampliação que se dá aos direitos dos indivíduos, constituições que derivaram desse modelo como a de Weimar de

1919, a mexicana de 1917 trazem um Estado que têm como base os direitos sociais como saúde, educação, trabalho, etc.

A Constituição de Weimar trouxe mudanças, substituindo o absenteísmo do Estado, por uma postura mais ativa, cujo objetivo seria efetivar direitos. Há de se mencionar que esta Constituição foi muito criticada por não apresentar limites substanciais a sua forma, por exemplo, assim acabou que por possuir pouca duração.

A intensão da revolução, que iniciou o Estado Social de Direito em sua concepção era excelente, porém, para todo bônus existe um ônus. Por obvio a intervenção estatal causaria reflexos, e não foi diferente, a intervenção foi excessiva, e isso acabou por prejudicar o próprio desenvolvimento social.

A exacerbada intervenção estatal nos meios administrativos, de produção, bem como o próprio fornecimento de bens essenciais como matéria prima, centralizada e incumbida ao Estado, acaba que ele, ao final não suporte tamanha atribuição, e por consequência não cumpre com questões básicas e fundamentais que abarcou inicialmente. Um argumento muito usado pelo Estado para tentar justificar esse fenômeno é da “reserva do possível”, ou seja, cumpre dentro de sua possibilidade, desse modo, pela ineficiência estatal, a sociedade se volta contra o Estado e acaba por exigir reformulações, mudanças, pressionando o Estado para tal.

No Brasil iniciou-se a implantação de um Estado-nação, utilizado como modelo, onde o Estado faria o papel de prestador e garantidor único, porém não ocorreu conforme o desejado e acabou sendo um sistema ineficaz, isso devido a situações onde havia descaso cumulado com uma fraca administração.

Com o passar do tempo à evolução do Estado Constitucional chegou ao modelo atual, o conhecido Estado democrático de direito, com inicio na segunda metade do século XX, esse modelo tem como características a mescla entre os ideais do Estado liberal e do Estado social, é o sistema político democrático, onde a Constituição se encontra como suprema e incontestável. Aqui sociedade é subordinada ao interesse legislativo, traz também elementos que corroboram com a justiça, como por exemplo, princípios que estruturam o Estado. Outro aspecto importante é no que tange ao fato de a Constituição não incidir apenas nas relações públicas, mas também incidir nas relações privadas. No entanto a maior conquista

que o Estado democrático trouxe é a proteção e reconhecimento de direitos humanos, valorizando o indivíduo tanto no âmbito privado quanto no público.

O Estado constitucional se desenvolveu e tomou um rumo voltado para a democracia devido as várias transformações decorrentes do regime liberal e social, com o fim de modelos autoritaristas, influenciada, por exemplo, pela criação da Organização das Nações Unidas.

Nesse período o Estado chega a uma gigante expansão econômica, isso devido à atuação em questões que eram antes vinculadas a iniciativa privada, exemplo disso são os aspectos financeiros e industriais. Dá-se destaque no controle jurídico. A dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais são valores que orientam a democracia em si, aqui os cidadãos possuem direitos e deveres iguais perante a Carta Magna.

Insta salientar que os preceitos do Estado democrático encontram-se no pós-guerra e se tem como exemplo algumas constituições que surgiram com uma ideia democrática, positivando direitos fundamentais, valores sociais, etc. são algumas delas: A Constituição espanhola de 1978, Constituição da República Italiana (1948), dentre outras. Todas as constituições trazem consigo a ideia de princípios de justiça, positivação de normas, bem como, traz valores sociais.

No aspecto político o Estado democrático se caracteriza por ser o poder fracionado, em decorrência do surgimento de partidos, associações profissionais, sindicatos laborais, criação de direitos de defesa do consumidor dentre outros fatores.

Finda a Segunda Guerra, grande parte dos países tornaram-se democráticos, no entanto há de se ressaltar as ondas da democratização, fenômeno que ocorreu em transições entre regimes autoritários para regimes democráticos, a primeira onda se deu no período da Revolução Francesa, época onde o sufrágio se disseminou no continente Europeu, em seguida com uma corrente contrária ao totalitarismo se deu a segunda onda de democratização. Por fim, a terceira onda iniciou-se por influencia da Revolução dos escravos em Portugal, se espalhando pela Europa e América Latina.

O Estado democrático de direito é o modelo que vigora atualmente no Brasil, e em diversos países, ele mescla os ideais liberais e sociais, é como uma junção de ambos os modelos, com adequações para se alcançar o ideal democrático. Funciona da seguinte maneira; no Estado democrático o governo

interfere na vida do particular, porém, os governantes atuam em nome do povo e são eleitos por eles, o poder emana do povo, e todos devem ser tratados com igualdade. Por outro lado à intervenção estatal possui limites, o indivíduo possui a sua liberdade, o Estado não pode interferir em demasiadamente em questões eminentemente privadas, isso é controlado pela própria Constituição que impõem limites e faz divisões de onde o Estado deve atuar ativamente, e quando deve agir de maneira passiva, ou seja, respeitando a autonomia privada de cada indivíduo.

Uma questão importante a ser esplanada, é a de que o modelo de Estado democrático em sua concepção é um modelo muito viável, desse modo, é um modelo que ao menos na teoria seria um estado ideal, digo, teoria, pois no Brasil essa ideia é destorcida. Os representantes do povo contribuem negativamente, e corroboram com o desvio do ideal democrático pregado desde seu surgimento. Veja que no modelo democrático o propósito é a igualdade, a isonomia, um governo em nome da sociedade, poderes autônomos e independentes com fito de evitar abusos, arbitrariedades, etc., entretanto, de fato isso não é o que acontece. O ideal democrático não é respeitado, um exemplo clássico disso é o mecanismo de plebiscito e referendo trazido pela Carta Magna, que possibilita o povo ser consultado na tomada de decisões do governo, porém na realidade esses instrumentos não são utilizados, e conseqüentemente se nota que de fato ao povo não lhe é permitido participar, atuar ativamente em questões de seu interesse.

3.3 Os Direitos Fundamentais Sociais

A princípio para se falar em direitos fundamentais sociais é necessária uma viagem no tempo, onde é de suma importância ser explanado acerca das gerações dos direitos fundamentais sociais para que se possa entender sua evolução até se chegar aos dias atuais, ficando dessa maneira mais fácil compreender a sistemática desses direitos.

Inicialmente é importante saber que as gerações ou como alguns dizem dimensões dos direitos fundamentais sociais surgiram no ano de 1979, o primeiro falar sobre o tema foi o polonês Karel Vazak, e posteriormente sua ideia foi sequenciada por Norberto Bobbio.

A teoria que versa sobre as dimensões do direito possui ligamento direto com a evolução dos direitos fundamentais, que nasceram em decorrência de fatores históricos ligados às fases do constitucionalismo. É importante dizer que as gerações dos direitos fundamentais, são momentos históricos onde foram conquistados direitos, no entanto, por serem estes direitos fundamentais, ou seja, direitos básicos, essenciais, eles não podem ser eliminados com o surgimento dos novos direitos, assim, os direitos fundamentais se complementam, uma geração não elimina a outra, e sim se agrega a ela. Por estes motivos a doutrina moderna começa a se falar em “dimensões” dos direitos, pois o termo “gerações” traz a ideia de algo que ficou para trás, ou seja, algo superado, vencido.

Importante saber que estes direitos foram conquistados no passar dos anos, e isso apenas reafirma a ideia de que o constitucionalismo foi uma luta para a garantia de direitos onde é vedado o retrocesso, reflexo disso então temos as dimensões do direito que serão tratadas adiante.

Direitos e Garantias Fundamentais de primeira dimensão são os que foram reconhecidos inicialmente, e se pautam nos ideais liberais, das revoluções liberais que ocorreram ao fim do século XVIII. Nesse momento o ideal a ser alcançado eram as liberdades públicas que se contrapunha ao absolutismo que vigorava na época, originou-se na revolução francesa com a união da burguesia, o conhecido Terceiro Estado (povo) para limitar o poder do Estado, isso também ocorreu na Constituição dos Estados Unidos na Revolução liberal norte-americana. Assim, direitos de primeira dimensão são os políticos, civis, liberdades públicas, dentre outros. Basicamente, são os direitos individuais.

Na primeira dimensão o estado possui o dever de não agir, não fazer, para possibilitar as liberdades individuais, exemplo disso são; direito a liberdade, vida, etc. aqui a atividade do Estado é negativa, ou seja, abstenção estatal para garantia de direitos por esse motivo as primeiras Constituições eram conhecidas como negativas. O motivo disso era que nesse período o destinatário desses direitos era o próprio Estado. Assim, a teoria dos direitos fundamentais evoluiu alcançando não somente as relações entre o indivíduo e o Estado, mas também passou a atingir aplicação entre os indivíduos, conhecido como eficácia horizontal, e na relação Estado/indivíduo chamada de relação vertical. Desse modo a luta foi pelo fim do absolutismo.

Antes de serem direcionados ao particular esses direitos funcionavam como um dever de tolerância do Estado, ou seja, a priori não eram oponíveis a outra pessoa, mas apenas ao Estado. Com isso passa a ter um Estado mínimo, que se abstém e deixa de interferir dando espaço para a liberdade individual. Alcançado esse ideal liberal o indivíduo se depara com duas vertentes, na primeira se encontra o lado bom da conquista, qual seja o Estado não é mais absolutista, não invade a vida do particular, o indivíduo possui liberdade, por outro lado, nota-se que o absentéismo drástico do Estado de certa forma é prejudicial, pois sozinho o indivíduo não é capaz de suprir todas as suas necessidades. Ressalta-se que até os dias atuais ainda são instituídos direitos de primeira dimensão, como por exemplo, direito de esquecimento de fatos depredatórios à imagem. Nesse sentido que a doutrina defende ser mais correto se utilizar o termo “dimensão” dos direitos fundamentais, pois até os dias atuais ainda são implementados os direitos de primeira dimensão no ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, que contemplam valores de igualdade, porém a igualdade aqui mencionada não é a formal, ou seja, aquela que em que os indivíduos iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais desigualmente na medida em que se desigalam. A igualdade aqui tratada é a igualdade material, ou seja, atuação estatal para reduzir as desigualdades materiais. Veja que não existe liberdade se ao indivíduo de fato não lhe for garantido direitos básicos, como a educação, saúde, trabalho e alimentação. Assim, na primeira dimensão dos direitos se busca menor interferência estatal, ao passo que na segunda dimensão se almeja a prestação estatal no sentido de proporcionar condições mínimas de sobrevivência de um indivíduo.

São inúmeros os fatores que originaram a segunda dimensão dos direitos fundamentais, um exemplo disso foi a Revolução Industrial, outro fator que contribuiu foi o fim da Primeira Guerra Mundial, a partir daí passou a se notar que ter apenas liberdade não adiantava, era preciso mais que isso para a sociedade fluir, era preciso existir uma sociedade com igualdade substancial, e para tanto necessário seria uma interferência estatal, para que se equalizassem as condições materiais de cada um e conseqüentemente colocar em pé de igualdade os indivíduos. Assim acaba que a ideia de atuação limitada do Estado é deixada pra trás, o que fez com que o Estado concedesse direitos mínimos passando a se tornar um Estado prestador.

A terceira dimensão por sua vez foi à constituída por meio da busca pela fraternidade. Devido aos malefícios oriundos da doutrina Nazista, bem como, a ocorrência da Segunda Guerra Mundial o mundo se voltou para outro ponto, passou a enxergar outro aspecto relevante; a “fraternidade”. De nada valeria ter liberdade, autonomia, igualdade material, se não existir a paz “fraternidade” direitos difusos, como o meio ambiente, patrimônio histórico dentre outros.

É indubitável que seria necessário à sociedade se organizar diante da fase sangrenta que passavam, assim sugeriram os direitos de terceira dimensão, buscando a solidariedade entre as nações, chegando-se até os conhecidos direitos metaindividuais.

De fato, as três gerações mencionadas são as mais importantes na caminhada histórica dos direitos fundamentais, no entanto, alguns autores chegam a falar de uma suposta quarta dimensão dos direitos fundamentais, e já foi mencionada até mesmo uma quinta dimensão, porém não existe consenso quanto a isso. Sobre as três primeiras dimensões dos direitos fundamentais não há dúvidas na doutrina, o entendimento é pacífico sobre sua existência, no entanto é importante frisar o posicionamento de alguns e tratar sobre a quarta dimensão.

Na quarta dimensão um ponto a se mencionar é que ainda existe discussão acerca de sua existência ou não, além disso, nada é pacificado quanto o que seria a quarta dimensão, a doutrina se divide em correntes, uma primeira corrente diz que essa dimensão decorre da evolução da ciência, qual seja, a manipulação genética, clonagem, transgênicos, dentre outros. A segunda corrente defende que a quarta dimensão estaria ligada a democracia e ao pluralismo, ou seja, versa sobre os direitos mínimos ligados as minorias.

Salienta-se que hoje a visão sobre a democracia vai além da visão clássica de seu aspecto formal, plebiscito, eleições, voto, etc., sendo assim, a visão moderna de democracia alcança a proteção de direitos fundamentais das minorias, ou seja, trata da necessidade de que estes grupos também possuam assegurados seus direitos fundamentais básicos.

É certo que a vontade da maioria é respeitada, porém é necessário que as minorias sejam ouvidas, para que realmente haja o exercício da livre democracia por parte dessa massa, isso, pois se acontecer o contrário, a democracia será

viciada. É nesse momento que o ativismo do judiciário ganha enfoque, pois passa a exercer uma jurisdição constitucional sob a característica do neoconstitucionalismo¹.

Ao judiciário cabe o papel de zelar pela constituição e garantir os direitos das minorias, exercendo assim um papel contra majoritário, qual seja, sem a vinculação da maioria. Desse modo se entende que hoje pela visão do STF, havendo omissão dos poderes representativos, ou seja, Executivo e Legislativo deverá o judiciário por representar as minorias, exercer a função de garantir os direitos fundamentais, pois é aquele que guarda a Carta Magna. Assim, a inércia dos poderes, acaba que por obrigar o judiciário atuar, pois se este não agir estará descumprindo a Constituição, e desobedecendo a seus preceitos.

As políticas prioritárias são encargos do Executivo e Legislativo, e no caso de estes se omitirem no seu cumprimento, incumbe ao Judiciário suprir esta necessidade. Desse modo, a ocorrência da deficiência democrática e o descrédito nas instâncias democráticas acabam que por gerar um ônus ao judiciário de solucionar tais questões para efetivar a guarda da Constituição e os direitos fundamentais nela trazidos.

Assegurar a democracia não é satisfazer a vontade da maioria, mas sim efetivar a igualdade, um tratamento ideal para com as pessoas. De maneira nenhuma haverá hierarquia entre pessoas, de modo geral todos possuem dignidade. Nesse sentido a diversidade dos direitos de quarta dimensão como o pluralismo cultural, ideológico, político, religioso é característica de nossa própria sociedade. Por este motivo a comunidade jurídica percebeu, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que vários dos problemas da sociedade eram decorrentes da falta de solidariedade, bem como, passaram a se preocupar com as minorias sociais, desse modo buscando equalizar todos, sem distinção, de crença, religião, opção sexual, etc.

A barbárie ocorrida no nazismo demonstra bem a necessidade de se proteger as minorias, fazer chegar o direito a todos, sem distinção para evitar o que aconteceu no passado, minorias exterminadas, por serem consideradas raças inferiores, e por isso serem desprotegidos pelo direito.

Em síntese os direitos de quarta dimensão seriam o pluralismo e a democracia que derivam da própria globalização política. Embora se tenha a

¹ Revalorização do direito constitucional, sobre a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

predominância de uma corrente para definir o que seriam os direitos fundamentais de quarta dimensão, é necessário frisar que não existe consenso como existe em relação aos direitos da primeira a terceira dimensão, existem teses e divergências, assim temos que nos acautelar, analisando o tema de maneira abrangente. Devido o fato de não haver consenso nem quanto aos direitos de quarta dimensão, talvez seja um pouco precoce falar em direitos de quinta dimensão, porém já se falam nesses direitos, e entendem estes como sendo direitos transnacionais, ou seja, algo voltado para as relações interestaduais, no plano internacional, Estados em cooperação.

O fenômeno do transconstitucionalismo está ligado à existência de problemas jurídico-constitucionais que vão além das ordens jurídicas, exemplo são problemas relacionados aos direitos humanos, englobam o direito interno e direito transnacional, seria uma evolução do neoconstitucionalismo, isso decorre do fenômeno da globalização que muda as relações internacionais.

Salienta-se que existe uma hierarquia no âmbito internacional, porém inicia-se uma fase de regulamentação no âmbito externo. Diz então que a soberania é de certa forma mitigada devido à ordem internacional, desse modo passa a ocorrer constitucionalização do direito internacional, ou seja, trata-se de fenômeno pelo qual o direito internacional começa a interferir em relação ao direito interno. Busca-se aqui uma harmonização em âmbito global, essa é a essência dos direitos de quinta dimensão, a defesa dos direitos transnacionais.

3.4 O Princípio da Reserva do Possível

Os Estados de uma maneira geral passaram por uma longa transição histórica até chegarem ao modelo atual que rege o sistema de cada um, assim no decorrer dos anos foram vivenciadas inúmeras fases, exemplo disso foi à fase em que o Estado era absenteísta, ou seja, se encontrava alheio ao indivíduo que era livre, em outro momento passou-se por uma fase onde o Estado era quem possuía o monopólio do poder, até se chegar ao modelo atual, Estado Democrático de direito, onde é dever do Estado suprir necessidades básicas do povo, bem como, garantir direitos fundamentais, porém sem interferir em questões de pertinência privada.

Então, após a conquista dos direitos fundamentais o Estado passou a ser o responsável por garantir esses direitos, porém isso traz ao Estado custos elevados na manutenção de tais direitos. Não obstante disso, a problemática trazida é de que os direitos fundamentais possuem a característica de serem irretroativos, desse modo ao implementar um direito fundamental automaticamente sabe-se que este não deixará de existir, pois uma vez instituído, sempre existirá, assim, o Estado é ente incumbido pela própria Constituição Federal a função de assegurar direitos fundamentais (sociais) básicos, e possui o dever de criar meios para efetiva-los, no entanto, isso gera despesas ao Estado que acaba muitas das vezes deixando de cumprir sua função fundamentando-se exatamente no princípio da reserva do possível, qual seja; limitando sua atuação devido a impossibilidade de recursos por exemplo.

O princípio possui uma carga muito grande, desse modo é imprescindível olhar sobre o tema com cautela, razoabilidade, para saber o que deve e o que não deve se esperar do Estado, pois não se pode impor responsabilidade estatal por questões banais, que inviabilizariam a existência do Estado, e por outro lado não se pode deixar o Estado imune e isento de cumprir deveres que lhes são atribuídos pela própria Constituição. Destaca-se que o princípio da reserva do possível limita de certa forma a responsabilidade do Estado, no entanto observa-se que isso também tem que ser analisado dentro de uma razoabilidade.

Sabe-se que os direitos sociais trazem custos ao Estado, porém, no Brasil, por exemplo, não é possível restringir direitos sociais, nem acabar com estes, pois isso seria considerado inconstitucional por violar cláusulas pétreas segundo dispõem o artigo 60 parágrafo, inciso IV da Constituição Federal. Isso ocorre devido à proibição do retrocesso social como princípio que funciona como um limitador a atividade legislativa, perante direitos sociais que já foram conquistados.

A origem do princípio da reserva do possível ocorreu na Alemanha, sendo mais precisamente em um julgado, onde um indivíduo preteou uma vaga no ensino superior público sem passar pela fase seletiva. A alegação era que na Alemanha a Lei Federal possibilitava a liberdade para escolha de profissão, desse modo segundo o requerente, o Estado não poderia restringir esse direito, exigindo que ele passasse pelo processo de seleção. Foi então que surgiu o princípio da reserva do possível, a Corte decidiu que só se pode implementar alguns serviços públicos, sob a condição da própria disponibilidade de meios do Estado.

Terminada a fase do surgimento do principio em tela, insta salientar que este foi incorporado no direito alemão, e serviu de base para mais países como Brasil, França dentre outros. Destaca-se que a França foi um país que desenvolveu significativamente a ideia de principio da reserva do possível, e assim o princípio se difundiu ao mundo, limitado pelo principio da razoabilidade.

No Brasil o principio da reserva do possível foi instituído também com o escopo de se limitar a responsabilidade do Estado no que se refere a questões materiais, funcionou como justificativa no que tange ao atraso estatal no cumprimento de seus deveres constitucionais, principalmente os direitos sociais.

Destaca-se que a reserva do possível refere-se a uma questão concernente à responsabilidade do Estado, observando-se que se trata de uma limitação material, orgânica, orçamentária do Estado. Desse modo, nota-se que os direitos fundamentais se perpetuam no tempo, além disso, cada vez mais esses direitos são ampliados, se expandem e isso acaba que por refletir no orçamento estatal, bem como, esbarra na disponibilidade de recursos do Estado.

Em suma é importante frisar que, para que o principio seja aceito é necessário que o mesmo sofra limitações, ou seja, algo que breque sua utilização demasiada, sem controle, assim, a reserva do possível se limita e se coaduna com o princípio da razoabilidade. Destaca-se que o objetivo aqui não é retornar a época da teoria da irresponsabilidade do Estado, onde se defendia que o Estado não errava, ou seja, que o rei não errava por isso a teoria da irresponsabilidade absoluta. Frisa-se que o escopo na verdade é que se conciliem ambas as coisas, responsabilidade do Estado com sua limitação de orçamento.

Observa-se que há íntima relação entre o principio abordado com o principio da proporcionalidade, isso, pois o Estado é eterno devedor na procura por efetivar direitos sociais, desse modo, sempre surgirão direitos no decorrer do tempo e dizer simplesmente que o Estado tem obrigação de cumprir com essa obrigação levaria ao caos.

A questão principal se encontra no fato de o Estado possuir recursos limitados, a escassez força a ser invocado o principio da reserva do possível, pois, simplesmente dizer que o Estado tem obrigação de suprir determinada necessidade é fechar os olhos para a realidade. De fato é o caso concreto que irá dizer se em determinada situação o Estado deve ou não proporcionar meios para efetivar direitos sociais.

O fato é que são duas as vertentes, por um lado se encontra o dever constitucional do Estado de garantir direitos sociais dentre outros, de outro lado esbarramos no princípio da reserva do possível, onde se deve primeiro saber se é realmente necessário que o Estado arque na efetivação de tal direito, avaliar se isso é viável, necessário ou não. Ocorre que cada parte quer se beneficiar e auferir vantagem ao interesse, desse modo é comum nos depararmos, por exemplo, com o Estado invocando demasiadamente o princípio da reserva do possível para se ausentar de sua obrigação de proporcionar determinado direito.

Em um conflito onde se encontra em jogo o direito fundamental vs. a limitação de recursos do Estado, deve ocorrer uma ponderação de valores, no entanto só o caso em concreto irá dizer qual deverá prevalecer. Veja que o grande problema reside aí, qual seja, efetivar direitos fundamentais ou não? Existem recursos para tanto? Essas são perguntas difíceis de encontrar resposta, porém é nesse momento em que o judiciário começa a atuar na tentativa de elucidar tais questões.

O ente público ao alegar insuficiência de recursos deve provar tal alegação, pois não pode o Estado simplesmente deixar de proporcionar a existência digna de seu povo, com a garantia de direitos fundamentais básicos a estes sob a simples alegação de que não possui recursos, por este motivo se faz necessário e justo incumbir ao ente estatal o ônus de provar suas alegações. Assim ao apresentar a defesa o ente deve expor as razões e não apenas invocar o princípio da reserva do possível, pois se apenas o alegar sem apresentar provas capazes de convencer o julgador estará se sujeitando ao não acolhimento de seus argumentos.

Outro ponto a ser analisado é no que tange ao direito comparado, o princípio da reserva do possível deve ser estudado de acordo com o país ao qual está se analisando, pois de país em país oscilará a quantia de recursos para se efetivar direitos, assim insta frisar que de país para país o tema terá que ser abordado sob uma perspectiva diferente, exemplo o Estados Unidos que possui maior disponibilidade de recursos do que o Brasil, outro exemplo é a Alemanha onde os recursos para resguardar direitos sociais, bem como, as políticas públicas são bem mais avançados. Assim deve-se por óbvio aplicar o princípio com base na proporcionalidade e razoabilidade a fim de se evitar injustiças.

Para bloquear abusos do Estado o limite se encontra dentro da própria razoabilidade, saber ponderar os valores, analisar o caso e saber realmente qual o

melhor caminho a ser seguido, qual decisão ser tomada, pois muitas das vezes questões importantes estão sendo debatidas, e ser arbitrário pode ocasionar danos irreparáveis a uma das partes, pois de um lado se encontra o valor do mínimo existencial e do outro a possibilidade de ser implantada conduta ou política para dirimir o conflito existente.

3.5 O Princípio do Mínimo Existencial

No primeiro momento é necessário discorrer sobre a existência do princípio do mínimo existencial, para que posteriormente seja possível enfrentar questões acerca de sua funcionalidade, bem como, sua incidência em perspectiva de outro princípio, no caso, o princípio acima mencionado, qual seja, princípio da reserva do possível.

O princípio do mínimo existencial possui pertinência no que se refere ao básico, o essencial para a vida humana, em outras palavras, são os direitos fundamentais que garantem o mínimo para uma vida digna. Esse princípio possui fundamento no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, onde se traz como fundamento da República Federativa do Brasil à dignidade da pessoa humana, porém, mesmo que inexistisse previsão legal esse princípio seria reconhecido, isso se dá pelo fato deste princípio tratar sobre direitos inerentes do próprio ser humano.

Não seria possível um indivíduo possuir uma vida digna sem o princípio do mínimo existencial, pois o escopo do princípio é exatamente esse, possibilitar condições mínimas de sobrevivência de alguém dignamente. Desse modo, entende-se como dever estatal garantir que sejam aplicados eficazmente os direitos fundamentais para cada indivíduo, isso quem traz como obrigação é a própria Carta Magna.

Os direitos fundamentais ao qual falamos se expandem sobre os direitos culturais, socioeconômicos, salário mínimo, direito ao trabalho, educação, saúde, lazer, etc. são esses alguns dos direitos que cabem ao Estado garantir para seu povo, possibilitando que estes vivam dignamente. Entretanto, há de se salientar que os direitos fundamentais como já mencionado anteriormente possuem a característica de serem irretroativos, ou seja, uma vez implementados não se pode

mais retroagir e retirar-lo do ordenamento jurídico, além do mais, com o passar dos anos aumenta-se a quantidade de direitos considerados fundamentais, e como consequência disso ocorre que os recursos do Estado se tornam cada vez mais escassos. Entra em cena a reserva do possível encontra fundamento, pois ela limita a responsabilidade estatal na efetivação de direitos fundamentais.

Existem situações no qual o Estado se depara com um direito fundamental respaldado no mínimo existencial, porém observa-se que não possui recursos para concretizar este direito, nesse momento invoca o princípio da reserva do possível. Desse modo, ao menos em tese, o Estado teria como obrigação concretizar os direitos fundamentais dentro daquilo que lhe é possível, ou seja, limitando sua atuação pelas condições de seu orçamento.

Ressalta-se que perante a escassez, bem como, na própria inexistência de recursos, não pode o Estado se eximir de garantir tais direitos, pois esses propiciam o mínimo para a existência humana. Assim, cabe ao indivíduo que se sente prejudicado procurar o judiciário para que seu direito seja de fato garantido, mesmo que sob a alegação estatal do princípio da reserva do possível.

No momento em que o judiciário é procurado para dirimir um conflito pertinente a não efetivação de um direito fundamental, cabe a ele a função de ponderar os valores em jogo, avaliar a real necessidade de ser efetivado tal direito ou não. Veja que o judiciário não irá apreciar se o Estado possui recursos ou não, ao judiciário cabe à função de zelar pelos preceitos constitucionais, assim, apenas avaliará se aquela pessoa realmente necessita daquela tutela. Cabe ao Executivo a administração dos recursos estatais, ou seja, a organização orçamentária, no entanto o judiciário ao decidir sobre a manutenção de um direito fundamental exigido por algum indivíduo atua ativamente, pois adentra em questão pertinente a outro poder do Estado, questiona-se se essa postura é ou não necessária e correta.

Sabe-se que é dever do Estado prover o mínimo existencial, pois esse decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. A questão é que o país enfrenta uma crise de representatividade, onde os que deveriam representar o povo apenas representam a si próprios, defendem apenas seus interesses, sem contar nos frequentes acontecimentos envolvendo políticos em lavagens de dinheiro milionárias. Isso está gerando um desprestígio na representação e conseqüentemente uma maior procura do Judiciário para atender as necessidades básicas de cada indivíduo, além de por em questão acerca da impossibilidade da

aplicação do princípio da reserva do possível, pois é evidente que muito dessa indisponibilidade estatal de recursos decorre da corrupção que assola o país.

Os direitos fundamentais é o que distingue o ser humano dos demais seres vivos, e isso reforça a ideia de mínimo existencial. De fato o Estado é incapaz de suprir toda e qualquer necessidade do indivíduo, porém como já dito, os acontecimentos atuais desacreditam a todos sobre a reserva do possível, e isso acaba que por gerar inúmeros conflitos entre Estado e os indivíduos.

Sabe-se que os direitos sociais encontram-se como ideal a ser seguido, e por este motivo o Estado deve se organizar criando seu roteiro orçamentário, bem como, suas normas programáticas para evitar ou ao menos diminuir a ausência de recursos e assim conseguir atender melhor seu povo, garantindo uma vida digna ao menos em seu mínimo existencial, pois os direitos fundamentais são metas, de fato não alcançarão nunca sua integralidade, nem mesmo em países desenvolvidos, porque se nota que até nestes existe desemprego, falta de recursos para determinados assuntos como moradia, etc. o que distingue um país de outro é a quantidade de efetivação de direitos sociais. Disso apenas uma coisa é certa, nenhum país até hoje conseguiu efetivar os direitos sociais em sua plenitude.

A dificuldade se encontra no momento em que as normas determinam programas onde o cumprimento integral jamais será possível. Desse modo tais programas servirão como parâmetro a ser seguido, não como uma imposição ao Estado, por outro lado o Estado deve sempre estar buscando a maior efetivação de direitos sociais possíveis, não podendo ficar inerte apenas pelo fato de tais programas serem apenas metas, ideais. Mesmo que estas metas sejam inexecutáveis, o que deve ocorrer é o maior esforço possível para alcançar o ideal, para que os direitos fundamentais se efetivem para todos.

De fato, a responsabilidade estatal necessita possuir limitação, e assim o Estado possui sua limitação com escopo de prevenir abusos, por parte do particular em relação ao Estado, os recursos estatais são limitados, e é por esse motivo que existe a discussão acerca da responsabilidade do Estado.

Por fim, é relevante ressaltar que a reserva do possível e o mínimo existencial estão intimamente ligados, o mínimo existencial exigindo a responsabilidade estatal no que tange aos direitos sociais ou fundamentais, a reserva do possível por sua vez limitando a responsabilidade do Estado na

persecução por tais direitos. Certo é que ambos os pesos não podem ser avaliados sem um critério de razoabilidade, para saber o momento em que deve prevalecer a garantia do mínimo existencial ou a reserva do possível.

De todo o exposto é possível concluir: o povo tem constitucionalmente assegurado a proteção e a efetivação de direitos pelo Estado, porém não pode o Estado acolher a necessidade de um indivíduo e deixar desprotegida toda a sociedade.

Ponderar significa analisar com cautela, minuciosamente, ou seja, apreciar com cuidado, com atenção e cabe ao Estado atentar a suas possibilidades, para que ninguém fique sem amparo do ente, e assim possa o povo sobreviver sobre a perspectiva do mínimo existencial.

4 TENDENCIAS JURISPRUDENCIAIS

Neste capítulo o foco é a abordagem do tema sob uma perspectiva prática, trazendo ao trabalho casos que exemplificam o acontecimento do ativismo judicial, tornando mais didática à compreensão do referido fenômeno.

Em primeiro momento versando sobre o papel do judiciário para garantir a efetividade aos Direitos Sociais, colocando casos clássicos acerca do assunto e explanando sobre essa atuação do Poder Judiciário.

Por fim, e trabalhado sobre o papel do juiz, discorrendo sobre os princípios informadores da figura do magistrado, bem como, frisando à proporção que pode tomar uma decisão judicial na vida de uma pessoa.

4.1 O Papel do Poder Judiciário para garantir efetividade aos Direitos Sociais

Já é sabido que os direitos sociais tem o escopo de garantir que cada pessoa viva de maneira digna, ou seja, dentro de parâmetros mínimos para que um indivíduo possua sua dignidade preservada. Desse modo, o Estado tem a função de implementar e garantir ao seu povo o que foi escolhido e adotado como mínimo existencial. Essa é a prioridade dentre as atividades estatais, ou ao menos deveria ser. De fato, sabe-se que o Executivo tenta alcançar um efetivo cumprimento aos mandamentos emanados da Constituição, mas a realidade não se coaduna com a teoria, ora pela ineficiência executiva que na maioria das vezes emana da desídia de nossos representantes, ora pela simples falta de recurso para suprir a necessidade mínima de cada indivíduo. O que é alegado perante a pressão acerca da falta de efetividade executiva é a anteriormente abordada “cláusula da reserva do possível”, onde o Estado se respalda com fito de eximir-se da obrigação de garantir o mínimo existencial.

Um ponto a ser mencionado é a chamada Teoria das escolhas trágicas, que se trata de teoria onde o foco é voltado ao fator da escassez nos recursos públicos, nas questões que são consideradas peremptórias, como é o caso da dignidade da pessoa humana e a vida, isso quando resultam em escolhas consideradas trágicas. Sabe-se que os recursos públicos destinados são sempre escassos, o que ocasiona situações de conflito, seja na execução de políticas

públicas ou na própria implementação de direitos sociais garantidos pela Constituição Federal. Dessas decisões se tem como resultado um antagonismo, e com isso fica a encargo do Estado superar esses contextos antagônicos por meio de opções por alguns valores, em prejuízo de outros igualmente relevantes, obrigando o Poder Público mediante o dilema ocasionado pela insuficiência orçamentária a tomar escolhas tidas como trágicas, nas decisões onde a dignidade da pessoa humana sustentada pela ideia de mínimo existencial cumpre com a efetivação das normas programáticas elencadas na Carta Magna. Assim escolhas trágicas ocasionam uma tensão dialética no que tange a necessidade de concretizar os direitos fundamentais prestacionais com as dificuldades que tem o governo em possibilitar a utilização de recursos que são exacerbadamente escassos. Por essa ótica sempre se encontrará limitação no que tange a cláusula da reserva do possível frente à cobrança constitucional pela preservação do mínimo existencial, que traz consigo diretamente o postulado da dignidade da pessoa humana.

A Corte Constitucional entende e se posiciona de modo que não aceita que seja sempre alegado a cláusula da reserva do possível como forma de o Estado se escusar do atendimento a população de maneira tendente a garantir o mínimo existencial sempre que a abstenção do Estado tenha como resultado a aniquilação de direitos fundamentais.

Por se tratar de dever do Estado garantir os direitos sociais que se justifica a atuação interventiva do Poder Judiciário a fim de efetivar tais direitos, sendo muito corriqueira a atuação judiciária dentre casos que envolvam direito a saúde, o que de fato é essencial, pois em determinados casos, se não houver a intervenção judiciária, vidas serão perdidas, pois, existe nessas situações extrema urgência, o que faz tornar inexigível conduta diversa do judiciário, posto a sua frente um caso onde alguém possa perder sua vida, o bem mais valioso, tudo devido à escassez de recursos estatais para tanto.

O ponto base da questão se encontra em teses que explicam ser de exclusiva competência dos Poderes Executivo e Legislativo a destinação e aplicação dos recursos públicos, e assim, acaba sendo considerada desrespeitosa e invasiva a atuação judiciária, o que engloba questões pertinentes ao sistema de freios e contrapesos, bem como, se considera um desvio de competência judiciária atuar dentro do campo de atuação dos demais poderes.

A maior e talvez mais pertinente crítica à intervenção do Poder Judiciário é embasada no argumento de que a efetivação de direitos sociais por meio judiciais feriria bruscamente o princípio da separação dos poderes, devido o fato de se tratar de questões eminentemente orçamentárias. Alguns defendem que a efetivação dos direitos sociais se trata de questão envolvendo a participação política ao invés de atuação de tribunais.

No entanto, existem posicionamentos que são contrários à tese anteriormente mencionada, defendendo que; quanto menor é a atuação e organização da sociedade com fito de intervir influenciando nas questões que formam a vontade política, maior é a responsabilidade dos membros do poder judiciário na efetivação dos mandamentos constitucionais, principalmente aquelas com grande carga ideológica, bem como, valorativa.

Ocorre no Brasil uma forte resistência no que tange ao controle do mérito administrativo por meio judicial, sendo considerada esta uma ampliação da discricionariedade de atuação, isso devido o fato de depender da oportunidade e conveniência estas decisões administrativas.

As questões mencionadas merecem melhor atenção, ou seja, devem ser vistas com olhos voltados para uma realidade que traz consigo este imbróglio, o que talvez nos remeta ao pensamento de que a Teoria da Separação dos Poderes necessite eventualmente de uma renovação, para que seja enquadrado na atualidade o propósito buscado pelo legislador constituinte que traçou no passado parâmetros para existência de um Estado Social democrático. Parâmetros que precisem talvez superar antigos dogmas frente às atuais condições que o Estado Social moderno apresenta.

Para a corrente que defende a possibilidade de intervenção judiciária, o considerado padrão mínimo, pode sem grandes problemas ser efetivado por meio do Poder Judiciário, pois, em casos que o Estado se recusa a prestação de serviços considerados básicos a pretexto da escassez, bem como, da própria alegação de incompetência judiciária para elucidar questões que versam sobre a aplicação ou não de determinados recursos não são pertinentes, tendo em vista o fato relevante de que tais direitos são fundamentais. De tal forma entende-se aqui que incumbe ao judiciário à função de garantir os direitos trazidos pela Carta Magna.

Pelo raciocínio construído, compreende-se do Judiciário a missão de cumprir com uma função mais politizada, de modo que não lhe incuba apenas julgar

o que está errado ou certo perante a lei, mas também analise se o poder Legislativo dentro de sua chamada discricionariedade cumpre seu papel de implementar o Estado Social de modo em que efetive o mínimo existencial. Assim, não cabe ao Judiciário a criação de políticas públicas, mas cabe a ele o dever de assegurar a execução das políticas públicas já firmadas em lei.

O que se cobra é uma intervenção do judiciário com fito de frear a ineficiência por parte do Estado no que tange na prestação de serviços essenciais, bem como, a efetivação das políticas sociais de modo a não permitir a distanciação entre o que decide a administração pública com o que deseja a Constituição.

Sabe-se que o Poder Judiciário possui um dever imposto pela Constituição de julgar sempre que provocado, especialmente quando se tratar de assuntos relacionados ao não cumprimento de direitos fundamentais, assim, cabe ao Judiciário garantir tais direitos, e para isso às vezes é necessária uma mitigação do princípio da separação dos poderes, visto que ao judiciário recai o dever de salvaguardar os preceitos constitucionais. Desse modo, frente às peculiaridades do caso, fica o Judiciário incumbido de exigir o cumprimento da obrigação por parte do Poder Público.

Vivemos na atualidade em um Estado Democrático de Direito, e este não mais admite um comportamento omissivo do Judiciário, pois este evoluiu de um Poder afastado da realidade para um Poder ativo que participa e ajuda a construir um melhor futuro para a sociedade. Tudo isso se inicia no próprio dever de proteger os preceitos constitucionais, pois, como guardião da constituição os direitos mínimos de um indivíduo deve ser salvaguardado de eventuais abusos e lesões oriundos de uma ruim atuação Estatal na implementação de direitos mínimos.

A judicialização e ativismo judicial são mudanças em algumas questões pertinentes ao Poder Judiciário no que tange a sua responsabilidade, essas medidas são medidas que forçam o judiciário a mudar sua postura frente a certas situações que chegam até ele, desse modo, fazendo com que o Judiciário se torne um garantidor dos direitos fundamentais, ou seja, direitos mínimos para a subsistência de cada indivíduo.

Uma maneira didática de se entender o fenômeno do ativismo judicial é analisando casos concretos, o que facilita na compreensão da problemática existente acerca da atuação judiciária. Então vejamos:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1429827 GO 2014/0007755-1 (STJ)

Data de publicação: 18/06/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO.**

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. PEQUENO VALOR. PRECEDENTES. 1. É pacífico o entendimento do STJ de que cabe sequestro ou bloqueio de verba indispensável à aquisição de **medicamentos**. Essa cautela é excepcional, adotada em face da urgência e imprescindibilidade de sua prestação. 2. Na hipótese em exame, há a certificação de descumprimento, pelo **Estado**, de ordem judicial no **fornecimento** de remédio, embora se verifique premente necessidade do paciente/substituído em fazer uso de **medicamento** indispensável e fundamental para o seu tratamento, visto que enfermo, portador de neoplasia maligna de próstata. 3. In casu, a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante. 4. Agravo Regimental não provido.

O julgado acima versa sobre a concessão de medicamentos por parte do Estado, onde o requerente é portador de neoplasia maligna de próstata. No caso em tela, a inércia estatal poderia gerar um dano irreparável ao indivíduo, se encontrando em risco a própria vida deste.

Destaca-se, que incumbe ao Poder Executivo criar e organizar as políticas públicas, dentre elas, se encontra a disponibilização de medicamentos por parte do Estado, veja que no caso em epígrafe chega até o Judiciário uma questão onde direitos fundamentais se encontram ameaçados, para ser mais preciso o direito que se encontra em jogo é o direito a vida, isso, pois, a não concessão de medicamentos poderá ceifar a vida de alguém que se encontra enfermo, em estado grave ou correndo risco de ter sua situação agravada com a não efetivação de seu direito.

O exemplo elencado retrata a atuação judicial no que tange a questões de incumbência executiva, extrai-se que o Poder Judiciário não faz a vez do Executivo, no entanto o força a cumprir seu papel, funciona como um coator para efetivar direitos que cabem ao Executivo concretizar.

Essa maneira de o Judiciário forçar o Executivo a execução de direitos fundamentais para alguns representa uma intervenção abusiva, que foge a competência do Judiciário e fere a regra da separação dos poderes, não obstante, por outro lado deve ser levado em conta, que não se trata de sub-rogação de competência, mas sim de atuação segundo os preceitos constitucionais, uma vez que prega a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV que o Poder

Judiciário apreciará lesão ou ameaça a direito. Desse modo, o Judiciário não se declina à apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito que chegue até ele, principalmente se o direito for fundamental como no caso supramencionado.

Destaca-se que o ativismo judicial possibilita que seja concretizado o direito à saúde, isso, devido à indistinta concessão para todos. O fundamento e base é o artigo 196 da Constituição Federal, bem como a lei 8.080/90, que tem o escopo de hierarquizar e compartilhar o sistema, além disso, se trata de um direito fundamental.

Ademais os recursos públicos precisam ser otimizados e planejados, de modo em que seja garantida a saúde de maneira integral a todos, sendo superado em juízo proporcional e ponderável frente aos obstáculos financeiros, podendo ser escusável apenas quando o Estado demonstrar que a concessão ao direito gerará mais prejuízos do que vantagens para efetivação dos já citados direitos fundamentais.

Outra questão relevante é concernente à discussão que gira entorno da violação ao princípio da igualdade, pelo fato de alguém que se socorre do judiciário e tem por consequência seu direito à saúde efetivado, pergunta-se se este estaria passando na frente daquele que não se valeu desse meio? De fato não existe privilégio do direito individual em face ao coletivo, isso devido à aplicação do princípio da igualdade, que traz a ideia de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, para a garantia das políticas.

Em relação à atuação do Poder Legislativo, um caso concreto que retrata bem a intervenção do Poder Judiciário em questões que são originalmente de competência legislativa é o caso da autorização do aborto em casos de feto anencefálico.

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2012 decidiu pela permissão da interrupção da gravidez em casos onde o feto possuísse anencefalia (ADPF nº 54 de 12 de abril) pela votação de oito votos a dois, decidiu a maioria dos ministros pela descriminalização do aborto em se tratando de feto anencéfalo, para sete destes não se tratava de aborto uma vez não existindo a chance de vida do feto fora do útero materno.

Com o julgamento, médicos e gestantes que interrompem esse tipo de gravidez deixaram de se enquadrar na tipificação legal como crime. Desse modo,

uma mulher que descubra por meio de diagnóstico que se encontra gerando um feto com anencefalia, não precisa sequer de autorização judicial para interromper a gravidez, sendo suficiente apenas o diagnóstico que constate a anencefalia.

Observa-se, que nesse caso o Judiciário por meio de sua interpretação descriminaliza uma conduta até então tipificada, não conhecendo mais o aborto de feto anencéfalo como fato típico, ou seja, criminoso. Assevera-se que por lógica essa questão incumbiria ao Poder Legislativo, que é o responsável por criar leis que regulam as condutas dos indivíduos para que convivam em harmonia e equilíbrio entre si. Ademais, nota-se que a questão levantada acerca da possibilidade de aborto de feto anencéfalo teria que ser debatida dentro do âmbito legislativo, onde deste debate se chegaria em um consenso acerca da descriminalização desta modalidade de aborto.

Acontece que o Poder Legislativo se restou inerte e não atendeu ao anseio social de se legalizar tal prática, tento em vista que nestas situações quem corre risco é a própria gestante, isso, sem contar o sofrimento psicológico dado ao fato de à gestante saber que terá que gerar até o fim um feto sem perspectiva alguma de sobrevivência fora do útero. Essa experiência além de riscos a saúde da mulher gera também graves abalos psicológicos que podem ser irreversíveis de acordo com o grau do trauma sofrido. Assim, não se pode apenas ignorar ou fechar os olhos para a realidade, a questão precisava ser enfrentada de frente, e dessa maneira foi, isso podemos observar no caso em epígrafe.

Com a problemática o assunto chegou ao Judiciário, que frente ao imbróglio posto não se declinou em analisar a ameaça ao direito de alguém. É sabido que o caso foi então resolvido com o julgamento que não criou nenhum tipo de lei, mas alterou a interpretação de um dispositivo já existente.

O Judiciário descriminalizou uma conduta por meio de uma mudança interpretativa quando julgou a ADPF nº 54 no ano de 2012. De fato, essa questão deveria sem sombra de dúvida ser enfrentada pelo Legislativo, que se calou.

Não se pode exigir que o Judiciário tomasse uma atitude diversa, chegou até ele um conflito envolvendo ameaça a um direito fundamental, e sabe-se que este Poder não pode se eximir de exercer sua função de proteger os preceitos constitucionais que se encontrem em risco.

A grande problemática atualmente vai além da atuação ativa do Poder Judiciário, o problema é crônico e afeta todo o sistema, não há de se falar que o

Judiciário é o único culpado pela ocorrência dessa chamada “intervenção”, nem mesmo é possível afirmar que por exclusiva culpa do Judiciário o princípio básico da separação dos poderes estaria sendo lesado, desrespeitado. Como dito, a complicação ultrapassa essa barreira.

Não é novidade para ninguém que o Brasil há algum tempo enfrenta uma crise de representação. Por muitos anos ocorreram discussões grandiosas acerca do melhor modelo para reger uma sociedade no que tange a aspectos políticos e representativos, passou-se por modelos que retratavam a realidade da época, a título de exemplo temos o governo absolutista onde um ente era provido de todo poder e ordenava como as coisas deveriam caminhar, com isso se buscou por parte do povo a liberdade. Frente a grande mutação que ocorreu no passar dos anos chegou-se nos dias atuais com a ideia de democracia, do grego “*demo kratos*” que significa governo do povo, onde todos tem voz, clássico pensamento de que o poder emana do povo, onde a vontade da maioria prevalece, ao menos em tese. Por outro lado, a ideia de república vem do latim “*res publica*”, ou seja, coisa pública, coisa do povo. Chega-se assim a conclusão de que do povo emana o poder, e a seu favor deve ser esse poder exercido.

O modelo atual que vivemos, qual seja, o Modelo Democrático de Direito na teoria é o modelo ideal e mais justo, onde o povo escolhe seus representantes e estes atuam em favor do povo. Acontece que, há algum tempo os representantes andam desvirtuando o objetivo da democracia, defendendo apenas interesses próprios. Sabe-se ainda que no Brasil tanto os representantes do Executivo, quanto os do Legislativo são eleitos por meio do sufrágio. Ocorre que ambos os Poderes (Legislativo e Executivo) vem perdendo seu prestígio, devido o fato de seus representantes se encontrarem envolvidos em escândalos de corrupção, onde milhões de reais são desviados dos cofres públicos, dentre outras polêmicas envolvendo políticos e parlamentares.

Com isso fica difícil acreditar no princípio da reserva do possível como justificativa para a não execução de atos tendentes a efetivação de direitos fundamentais por parte do Executivo. Não obstante disso, põe-se em discussão também a atuação parlamentar, ou seja, isso faz nascer dúvida também acerca da atuação legislativa.

De fato a discussão vai além, no entanto, mesmo sem entrar no mérito da crise representativa vivida no Brasil já é possível compreender tamanha demanda

ao Judiciário para efetivação de direitos fundamentais. E assim, é plausível sua atuação ativa, tendo em vista seu dever de guardar a Constituição, bem como, os preceitos emanados desta.

4.1.1 Papel do juiz

Sabe-se de plano, que a procura pelo Judiciário só aumenta a cada dia, tudo é delegado ao juiz, e ao dizer “tudo” leia-se no sentido literal da palavra, pois atualmente chega até o Judiciário os mais diversos assuntos, desde a sucessão até ação de medicamentos, etc. por isso tamanha importância do papel do magistrado, pois cabe a ele decidir sobre tudo que lhe é posto.

Cada assunto levado até o juiz possui suas peculiaridades, suas prioridades dentre outros fatores que lhe são pertinentes. Perante suas prioridades, cabe ao magistrado resolver qual caso é mais prioritário.

Para entender melhor a atuação do magistrado é de suma importância mencionar os princípios que orientam a jurisdição e conseqüentemente a sua função, pois princípios são vetores, ideais a ser alcançados, é a base.

São sete os principais princípios que orientam a jurisdição, então vejamos. Primeiro iremos tratar do princípio da investidura, por este a jurisdição só pode ser aplicada e exercida por alguém com legitimidade para tanto, ou seja, investido na figura do juiz, que são geralmente investidos por meio de concurso de provas e títulos.

Princípio da indelegabilidade, por este, não pode o magistrado delegar suas funções, seja para um Poder estatal, ou até mesmo para outra pessoa, cabe ao juiz exercer suas funções, afinal, o “poder” foi a ele invertido.

Princípio da aderência ao território; versa sobre a autoridade do juiz, bem como, sobre os limites de território estatal.

Princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade, o acesso ao judiciário é possível a todos, e uma vez provocado o judiciário este não pode se declinar a resolver o conflito, seja ele qual for, uma vez posto ao juiz um conflito este deve solucioná-lo, salvo casos de incompatibilidade, incompetência ou suspeição, porém mesmo nestas situações não pode deixar de ser apreciado o conflito, ocasião que a

lide ou questão será analisada por juiz competente para tanto. Isso à luz do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88.

Princípio da inevitabilidade, quer dizer que o emanado dos órgãos jurisdicionais sobrepõem a vontade das partes, ou seja, o pronunciamento judicial é inevitável às partes, seja ele favorável ou não.

Princípio da inércia, via de regra o juiz permanece inerte a provocação, é necessário que as partes provoquem o juiz, pleiteiem por uma tutela jurisdicional, assim consequentemente movimentando a máquina judiciária, para obtenção do almejado.

Por fim, há o princípio do juiz natural, que dá as partes a segurança de que irão ter um julgamento realizado por juiz imparcial e independente, que analisará a questão de maneira justa e igual, se pronunciando de modo equilibrado para um bom deslinde da causa.

Ao juiz cabe a árdua função de resolver conflitos, por fim a problemas, sua missão é complexa e cheia de contratempos. Sob o juiz recai uma exorbitante responsabilidade, pois sempre se encontra em suas mãos a vida de alguém, seja em relação ao patrimônio, ou em relação à própria saúde de outrem. Desse modo, deve o magistrado ser cauteloso nas suas decisões, isso, pois é imensurável o dano que pode causar uma decisão errada.

De fato, muito recai sob a decisão de um juiz, e para não ser arbitrário deve este se acautelar quando do julgamento, sendo imparcial, inerte e coerente, seu papel possui grande carga valorativa, por isso requer atenção dobrada. Atendendo a essas observações será o magistrado feliz em seu julgamento, e consequentemente terá-se por efetivada a justiça, que causará reflexos na sociedade e o bom convívio social.

Por fim é importante frisar o fato de que o juiz não é eleito pelo povo, isso lhe garante imparcialidade. Ao decidir o juiz não precisa agradar o cidadão, isso, pois ele não é eleito pelo povo. Além do mais, o Poder Judiciário possui o dever de assegurar a Constituição Federal e garantir que sejam efetivados direitos, nesse sentido seria correto decisões chamadas de contramajoritárias.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, que o ativismo judicial trata-se de um fenômeno cuja expansão ocorre através do Poder Judiciário, que age atendendo as exigências de cada indivíduo, isso devido à ineficiência estatal na efetivação de direitos fundamentais. O sistema é falho e cheio de lacunas. De fato o problema vai além, pois, se sabe de pronto que a ausência de atuação Legislativa e Executiva é questão emblemática, pois a inércia desses poderes gera um desequilíbrio no ideal trazido pelo princípio da separação dos poderes. No entanto, é mister compreender que o Judiciário não pode se declinar em solucionar questões que chegam até ele pertinentes a lesão ou ameaça a direito. Desse modo, o Judiciário acaba sendo o grande herói e simultaneamente o vilão de todo contexto.

Ademais, nota-se que o imbróglio gira em torno das seguintes questões: ativismo judicial é um meio adequado para solucionar problemas relacionados a atos políticos e atos administrativos oriundos da inércia legislativa e executiva? A atividade ativista está tornando o judiciário um superpoder e com isso quebrando conseqüentemente a harmonia e independência dos poderes?

Veja que, por ora esta postura do judiciário acaba que por amenizar o problema enfrentado atualmente pela sociedade, assim, há de se destacar o seguinte pensamento; passamos por uma verdadeira crise de representatividade, onde membros do executivo e do legislativo não cumprem com seu papel, ou seja, não atuam dentro dos interesses sociais, ficando literalmente inertes, e quando atuam na maioria das vezes fazem em interesses próprios. Destaca-se, que isso é fruto de inúmeros fatores contribuintes, como por exemplo, os fortes esquemas de corrupção que assolam o país, isso devido à cobiça de deputados, senadores, prefeitos, etc., assevera-se que esse é sem dúvidas um dos principais motivos da atual crise vivida. Assim, os direitos fundamentais da coletividade em geral não são efetivados, o que acaba por contrariar a Carta Magna, que assegura que tais direitos não podem ser negados, pois são direitos mínimos para existência de um indivíduo.

É certo que, o judiciário mais precisamente o Supremo Tribunal Federal é o responsável pela guarda da Constituição Federal, assim, a ele decorre conseqüentemente o dever de garantir a efetivação dos dispositivos trazidos pela Carta Magna. Não obstante disso, nota-se que não resta alternativa ao judiciário a não ser usar de mecanismos próprios a fim de concretizar direitos, pois, com a

movimentação lenta e carregada de empecilhos dos poderes Legislativo e Executivo a concretização de direitos fica retardada.

O Poder judiciário não pode se recusar a atender uma demanda, ocorre que ao chegar ate seu crivo uma questão de ofensa a direito, nota-se, que não resta outra opção a não ser a de suprimir tal lesão. Com isso o judiciário toma medidas consideradas ativas com escopo de não permitir a ameaça ao direito de quem quer que seja, afinal, “todos são iguais perante a lei”.

A discussão acerca da suposta “invasão” judiciária em questões originariamente de atribuição legislativa e executiva tem pertinência, isso, pois, realmente trata-se de questão delicada, onde enxerga-se um risco quanto a um eventual fortalecimento excessivo do judiciário, e de fato é. Porém, atacar a postura ativa não é o meio adequado para sanar esta pendenga.

Nota-se que, o judiciário não é culpado da ocorrência desse fenômeno, então, a solução não virá daqui. Veja que o problema não nasce aqui, e sim na ineficácia legislativa e executiva que levam ao desprestígio destes poderes, e conseqüentemente a procura pelo judiciário.

O meio mais adequado de elucidar essa questão, em minha percepção, seria seguir o seguinte raciocínio; primeiro será necessário encontrar a raiz do problema, que por ora já sabemos ser a inercia do Legislativo e Executivo, partindo dai então que será possível inibir o fato prejudicial. Mas como sanar tal crise? É certo que se trata de questão delicada, no entanto, não impossível. A pressão deve recair sobre o Legislativo e o Executivo para que haja uma reorganização sistemática, e assim, aos poucos começarão a funcionar de maneira mais eficaz. Pois, se isso não acontecer, há longo prazo teremos problemas grandiosos, bem como, um Judiciário poderoso, que poderá levar ao caos o preceito da independência e harmonia entre os poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível**, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762>. Acesso em 25 de ago. 2017.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais**, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23746/o-papel-do-poder-judiciario-na-garantia-da-efetividade-dos-direitos-sociais>>. Acesso em 26 de set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia**, 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenu+fronteira+ou+judicializacao+ativismo>>. Acesso em: 23 de fev. 2017.

BEZERRA, Elton. **Leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo**, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stf-autoriza-interruptao-gravidez-anencefalo>>. Acesso em 26 de set. 2017.

BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. 7. Ed. Brasília, Unb, 1994.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos**, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito/2>>. Acesso em 07 de ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1429827 GO 2014/0007755-1. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25132925/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1429827-go-2014-0007755-1-stj>>. Acesso em 25 de set. 2017.

BRECHÓ; BRAICK, **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997.

CAMARGO, Daniel Marques. **Princípios da jurisdição**, 2014. Disponível em: <<https://danieldecamargo.jusbrasil.com.br/artigos/121942799/principios-da-jurisdicao>>. Acesso em 30 de set. 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 527 p.

CAMINATA, Maurício Peluso. **Estado Liberal e Democrático de Direito**, 2015. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/45505/estado-liberal-e-democratico-de-direito>>. Acesso em 07 de ago.2017.

CARDOSO, Tiago Cougo; KARLINSKI, Francisco Jose Gonçalves; LOPES, Bruno de Souza. **Algumas considerações acerca do ativismo judicial**, [201-?]. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 21 de fev. 2017.

CAROLINA, Ana. **Conceito histórico da Separação dos Poderes**, 2014. Disponível em:<<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em 29 de ago. 2017.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FAVORITO, Fernanda. **Estado Democrático de Direito**, 2014. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/32163/estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 15 de ago.2017

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Direitos e garantias fundamentais: já podemos falar em quarta e quinta dimensões?**, 2014. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14263>. Acesso em 20 de ago. 2017.

FREITAS, Lincoln e LOPES, Nairo. **Considerações sobre o conceito de dignidade humana**, 2015. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200649&lang=pt>. Acesso em 25 de ago. 2017.

GILIO, Advocacia Amanda Nalevaiki. **Princípio da Reserva do Possível**, 2016. Disponível em:<<https://juridocerto.com/p/amandanalevaikigilio/artigos/principio-da-reserva-do-possivel-2816>>. Acesso em 28 de set. 2017.

GRANJA, Cicero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**, [201-?]. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 21 de fev. 2017.

GUIMARÃES, Rodrigo Leventi. **A harmonia dos três poderes e a composição do Supremo Tribunal Federal através do Sistema de Freios**, 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8267,31047-A+harmonia+dos+tres+poderes+e+a+composicao+do+Supremo+Tribunal>>. Acesso em: 10 de mar. 2017.

JUNIOR, Sergio Coelho. **Reflexões sobre o Direito, o juiz e a função de julgar**, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7542/reflexoes-sobre-o-direito-o-juiz-e-a-funcao-de-julgar/2>>. Acesso em 25 de set. 2017.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós 88**, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lang=pt>. Acesso em: 21 de fev. 2017.

LEAL JÚNIOR, Candido Alfredo Silva (Redação). **Atuação dos juízes e poderes judiciários ibero-americanos relativamente à informação, à participação pública e ao acesso à justiça em matéria de meio ambiente**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 42p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Editora Método. 2007. 816 p.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **Judiciário e democracia**, 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI6904,31047-Judiciario+e+democracia>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

MACIEL, Willyans. **Montesquieu**, [201-?]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/filosofia/montesquieu/>>. Acesso em: 23 de fev. 2017.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário**, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Guilherme/C2%AD_/Downloads/Dissertacao_Marcelo_Mazotti_Ativismo_judiciario.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

MELLO, Elaine Spacil. **A judicialização da política no Brasil**, [201-?]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775>. Acesso em: 12 de mar. 2017.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 307 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Edipro, 1987.

MOTTA, Paulo Cesar Delayti; PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano Jose Martins. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006&lang=pt>. Acesso em: 05 de mar. 2017.

O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto, 2012. Disponível

em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 17 de mar.2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **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#_ftn1>. Acesso em: 15 de mar.2017

PEREIRA, Sérgio Henrique da Silva. **O enfraquecimento do Estado Social como forma de perpetuação da marginalização, da fome e da miséria humana**, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35038/o-enfraquecimento-do-estado-social-como-forma-de-perpetuacao-da-marginalizacao-da-fome-e-da-miseria-humana>>. Acesso em 07 de ago. 2017.

PIZAIA, Ana Carolina. **A separação dos poderes: breves considerações**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38400/a-separacao-dos-poderes-breves-consideracoes>>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

PRINCIPIO da reserva do possível. **Site do Jusbrasil**. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/396818165/principio-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em 25 de ago. 2017.

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

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do estado de direito ao Estado Democrático de Direito**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2013. 416 p.

SANTOS, Jurandir José dos; NAVA, Ermenegildo (Orgs.). **A multifacetariedade dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo**. Bandeirantes: Redige, 2015. 661 p. ISBN 978-85-66668-06-3.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **A Constituição brasileira: seus instrumentos para prevenir a opressão e a tirania**, 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI131959,51045-A+Constituicao+brasileira+seus+instrumentos+para+prevenir+a+opressao>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

SIQUEIRA, Alessandro Marques. **Estado Democrático de Direito. Separação de poderes e súmula vinculante**, 2008. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 20 de ago. 2017.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. 103 p.

SOUZA, Artur César de. **Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (checks and balances)** . Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2015. 267 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 195 p.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica. Do modelo jurispositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 301 p.

VIRGÍLIO, Renata Espíndola. **O papel do Poder Judiciário e do processo civil no Estado liberal e social**, 2014. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/27979/o-papel-do-poder-judiciario-e-do-processo-civil-no-estado-liberal-e-social/2>>. Acesso em 08 de ago. 2017.