I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Catib De laurentiis; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-027-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral "Constituição, Cidades e Crises". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - Universidade Cruzeiro do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis – Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ATIVISMO JUDICIAL SOB A LENTE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM UNDER THE LENS OF THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Geilsa Katia Sant'ana

Resumo

A concepção de Estado, suas atribuições e o rol de direitos fundamentais foram significativamente alterados ao longo dos anos. Entretanto, a Sociedade continua convivendo com um modelo relevante, mas ultrapassado de relacionamento entre os Poderes da República. O conceito de democracia, já não pode ser identificado integralmente, apenas com o critério majoritário, gradativamente vem sendo associado, à ideia de proteção aos direitos fundamentais. Este artigo propõe, através de uma abordagem empírica, um novo olhar sobre conceitos tradicionalmente estabelecidos, enfocando a postura ativista do Poder Judiciário neste cenário, como elemento indispensável à real efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Separação dos poderes, Democracia, Ativismo judicial, Direitos fundamentai, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The conception of the State, its attributions, the list of fundamental rights have been significantly changed over the years. However, the Society continues to live with a relevant model, but outdated in the relationship between the powers of the Republic. Democracy can no longer be fully identified, only with the majority criterion, but has been associated with the idea of protecting fundamental rights. It is proposed, through an empirical approach, a new look at concepts, traditionally established, focusing on the activist posture of the Judiciary in this scenario, as an indispensable element for the real fulfillment of fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Democracy, Judicial activism, Fundamental rights, Effectiveness

1 **INTRODUÇÃO**

A proteção aos direitos fundamentais, num rol significativamente ampliado é um daqueles raros consensos nacionais. À par dos ajustes em sua implementação, é uma das maiores conquistas da Constituição Federal de 1988, resultado de lenta evolução histórica, acolhida e escolhida pelo povo brasileiro como conquista democrática inarredável.

Em que pese os direitos fundamentais terem alcançado o status de prioridade para o Constituinte brasileiro, nem o mais otimista dos cidadãos, poderia reconhecer sua real implementação, de forma, minimamente aceitável.

Neste contexto, podemos destacar alguns fatores como concausa para a ineficiência estatal, quanto à efetividade dos direitos, ditos essenciais. O modelo tradicional de separação de Poderes, idealizado no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não é capaz de atender à estrutura e o funcionamento do constitucionalismo contemporâneo, nem atender às necessidades da Sociedade atual e à nova concepção de Estado.

Do Estado, já não se exige apenas abstenção, em respeito aos direitos e garantias individuais, como no século XIX, mas a prestação de inúmeros serviços públicos de qualidade, em observância a tantas outras dimensões de direitos, surgidas com a evolução social.

É neste contexto, em que o rol significativamente ampliado de direitos fundamentais, precisa deixar de ser mera utopia política, para ser efetivamente implementado, ao passo em que continua convivendo com um modelo ultrapassado de separação dos poderes, que não permite o dinamismo e a atuação célere do Estado, no atendimento das demandas sociais, é que desponta o Poder Judiciário, com postura proativa e operante no cenário institucional e político brasileiro, buscando extrair do texto constitucional, sua máxima potencialidade, à fim de garantir a efetivação dos direitos essenciais, no movimento conhecido como "ativismo judicial".

O texto se propõe através de uma abordagem empírica, analisar a efetivação dos direitos fundamentais, por meio do movimento e das lentes ativistas do Poder Judiciário, bem como, analisar os fatores históricos e contemporâneos que colaboram para este fenômeno.

Propõe ainda um novo olhar sobre a clássica teoria da Separação dos Poderes e sobre o conceito de Democracia, o associando a ideia de respeito aos direitos fundamentais. E, por

fim, oferecendo relevantes contribuições para aprimorar o entendimento ao dever de respeito, de proteção jurídica e efetivação desses direitos.

2 . UM NOVO OLHAR SOBRE A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A vida em sociedade, desde suas formas mais primitivas de organização, nos conduz à necessidade de criação de normas, cujo objetivo é permitir a convivência harmônica dos integrantes daquele grupo social. Desta necessidade de criação de normas, surgem as primeiras noções de poderes de Estado e a base da tripartição/separação de poderes que encontramos hoje, elencada em nossa Constituição Federal como princípio constitucional.

As noções inicias, em relação à tripartição dos poderes do Estado surgem com os escritos de Aristóteles, na obra "A política de Aristóteles" e John Locke, com a obra "Segundo Tratado sobre o Governo Civil".

Entretanto, a consagração do princípio da Separação dos Poderes do Estado, ocorreu com o Barão de Montesquieu, na célebre obra "Do espírito das leis", evidenciando a necessidade de que os poderes do Estado fossem separados: "[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites". (MONTESQUIEU, 1987, p. 136).

Garabini Lages (2008) sustenta que a teoria da Separação de Poderes de Montesquieu possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado. Ao advertir para o perigo de se concentrar em um só órgão todos os poderes Estatais, afirmou que o Poder deveria ser divido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções equilibrada.

O pensamento de Montesquieu foi absolutamente relevante e influenciou a formação da maior parte dos Estados modernos, consagrando a existência de três poderes distintos, com funções próprias e que devem agir harmonicamente. Deste modo, consolidou-se a teoria da separação dos poderes, acolhida expressamente pela Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 2º.

Os reflexos e a relevância da Teoria da Separação dos Poderes, portanto, também podem ser claramente observados na Constituição Federal Brasileira de 1988 e em Normas

Universais. Dispõe o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, que os Poderes da União, são independentes e harmônicos entre si, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O artigo 34, inciso IV, dispõe expressamente que a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação. Por fim, importante destacar o artigo 60, § 4º, inciso III, ao dispor expressamente, que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes.

Tal princípio tornou-se, com a Revolução Francesa, dogma constitucional na Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, ao ser declarado que não teria constituição, o Estado que não assegurasse a separação dos poderes.

Em que pese a inegável relevância da teoria idealizada por Montesquieu, ela também sofre críticas da doutrina. Há quem defenda a tese de que a teoria de Montesquieu foi mal interpretada, como Eros Grau e Gilberto Bercovici (2006), ao afirmarem que o filósofo não defendeu a impenetrabilidade entre os poderes, ao contrário, deveriam atuar em equilíbrio.

Nesse mesmo sentido Hely Lopes Meirelles explica que:

> Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se unicamente à necessidade do "equilíbrio entre Poderes", do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *check and balances*, que é o nosso método de freio e contrapesos, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor no original: "le pouvoir arrête le pouvoir". Seus apressados seguidores é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em "divisão" e "separação de Poderes", como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Governo é resultante da interação dos três Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – como a Administração o é de todos os órgãos dos Poderes. (MEIRELLES, 2004).

Constata-se que o princípio da separação dos poderes é adotado pela maioria dos Estados modernos, entretanto, não podemos considerar a separação entre os Poderes absoluta, na medida em que, há uma interpenetração mútua, com situações de exercício de funções que não lhe são típicas, por cada um dos poderes. Acrescente-se que, em relação aos três poderes há mecanismos de controle recíproco, que, no Brasil é conhecido como "freios e contrapesos," para buscar o equilíbrio entre os poderes e evitar os abusos.

Cada um exerce a função típica que lhe foi designada, mas também realiza outras funções atípicas, com a finalidade de manter o equilíbrio necessário à realização do bem comum. Indispensável para evitar o arbítrio e os desmandos de um poder em detrimento do outro e, especialmente dos governados.

Diversos exemplos dessa interpenetração dos poderes podem ser citados: o Poder Executivo edita medidas provisórias com força de lei e participa do processo legislativo, tendo matérias de iniciativa reservada e amplo poder de veto. O veto não é absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo. Os Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos administrativos editados pelo Poder Executivo. O Chefe do Poder Executivo escolhe e nomeia os Ministros dos Tribunais Superiores, após prévia aprovação pelo Senado Federal. O julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República é feito pelo Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo.

Para Miarelli Montai, *et al*. (2012), desta concepção, de que a separação entre os poderes não é absoluta, é que surge a possibilidade de se empregar o ativismo judicial, enquanto papel criativo dos tribunais, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei.

Para o Ex-Procurador da República, Ex-Senador e Ex-Governador do Estado Pedro Taques, (2015) a divisão clássica de Montesquieu, datada de 1748, precisa sofrer uma revisitação. Se até determinado momento o magistrado tinha a função de retirar sentido do que estava na lei, hoje ele teria uma outra função: dar sentido ao que está escrito no texto legal. No século XXI, temos um Estado que não é só garantidor, como no século XIX; não é só prestador, como no século XX; mas é um Estado transformador. Essa transformação se faria através de constituições que têm força normativa própria, com hiperatividade, e através do chamado “ativismo judicial”.

De fato, a teoria de Montesquieu foi idealizada há mais de 200 (duzentos) anos, se mostrando adequada para as necessidades daquela Sociedade, cuja prioridade era apenas estagnar a atuação Estatal. A concepção de Estado vigente à época era apenas a do Estado “garantidor”, que observasse os deveres de “não fazer”, sobretudo às limitações estabelecidas ao poder de tributar do Estado e ao respeito à propriedade privada. Portanto, a forma de relacionamento entre os Poderes, idealizada por Montesquieu, partiu da premissa de que do Estado, se esperava apenas “um não fazer”, apenas a observância aos deveres negativos e,

portanto, a relação entre os Poderes fora projetada para dificultar a atuação e o movimento do Estatal.

Entretanto, embora inegável o baluarte democrático erguido, a partir da teoria de Montesquieu, necessário reconhecer que referida teoria foi adequada às necessidades da Sociedade para a qual fora projetada. É certo, afirmarmos que, tal teoria já não se mostra igualmente adequada, para atender as necessidades da Sociedade contemporânea, após mais de dois séculos de sua criação.

A Sociedade e suas necessidades mudaram. A concepção de Estado e suas funções foram significativamente alargadas. Surgiram diferentes dimensões de direitos: de 1ª dimensão (civis e políticos que exigem abstenção do Estado); 2ª dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de titularidade coletiva, com caráter positivo, que exigem atuações do Estado); 3ª dimensão (direitos ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação - direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano) e 4ª dimensão (direitos à democracia, informação e pluralismo).

Portanto, atualmente não se espera do Estado apenas o cumprimento de deveres negativos, deveres de abstenção, mas também o cumprimento de deveres positivos, que constituem um rol significativo de direitos fundamentais, convertidos em obrigação de fazer para o Estado, como prestar serviço público de qualidade em educação, saúde, transporte, segurança, lazer, etc.

De forma que, o modo como o relacionamento dos Poderes foi idealizado na Teoria de Montesquieu, inicialmente projetado para "dificultar e paralisar" a atuação do Estado, priorizando apenas o respeito aos direitos de 1ª dimensão, já não é suficiente e adequado para atender às exigências desta nova Sociedade e desta nova concepção de Estado, não mais apenas garantidor, mas também prestador de serviços públicos e transformador da realidade.

Portanto, a relação entre os Poderes precisa ser readaptada, com maior dinamismo, eficiência, praticidade, permitindo ao Estado se movimentar para dar resposta célere no atendimento de suas novas demandas, sem contudo, abandonar o "espírito" da teoria de Monstesquieu, qual seja, garantir que as funções básicas do Estado não estejam concentradas num único órgão estatal, para que não haja abusos do Poder.

Talvez seja o momento para o surgimento de um "novo Montesquieu", capaz de readaptar o modelo vigente de relacionamento entre os poderes, inicialmente projetado para

paralisação do Estado, para um modelo de relacionamento mais dinâmico, menos burocrático, mais efetivo e, que não paralise a atuação Estatal, mas permita sua movimentação em direção ao cumprimento de suas novas e gigantescas atribuições, garantindo o respeito aos direitos fundamentais, fruto das novas aspirações da Sociedade Contemporânea.

3. DEMOCRACIA: EVOLUÇÃO CONCEITUAL

Paulo Bonavides (1999), já destacava a dificuldade em se conceituar o termo democracia.

E, assim, como a teoria da separação dos poderes, a definição de Democracia precisa ser revista e readaptada às necessidades desta nova Sociedade.

O conceito de Democracia não deve ser associado apenas ao tradicional critério majoritário. Por esse critério, regimes ditatoriais, como o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como governos democráticos, pois investidos no Poder pelo voto popular majoritário. Além do momento da investidura, o poder deve se legitimar como democrático, por suas ações e pelos fins visados.

A democracia, na definição lincolniana (BONAVIDES, 1999, P. 267), não é apenas o governo do povo, mas, sobretudo PARA o povo. Assim, não basta que o governo tenha sido legitimamente investido no poder, pelo voto popular da maioria. Para que possa ser considerado um governo democrático, se faz necessário que suas ações, suas metas e projetos sejam voltados para o povo, para o bem comum!

A Constituição Federal é o instrumento em que se concentram as metas e os direitos fundamentais, eleitos por determinada Sociedade para que sejam preservados e priorizados pelo Estado, como projeto comum. Portanto, qualquer governo, ainda que investido no poder de forma democrática, eleito pelo voto popular majoritário, só se manterá legítimo e democrático, se suas ações, metas e projetos refletirem e respeitarem os direitos fundamentais, escolhidos por aquela comunidade e expressos em sua Constituição Federal.

Desta forma, podemos concluir que a ideia de democracia está inteiramente associada à ideia de respeito aos direitos fundamentais, constitucionalizados por determinada Sociedade.

De modo que as Cortes Constitucionais, ao exercerem o controle de constitucionalidade, estão legitimadas a atuarem, ainda que contramajoritariamente, para

preservarem os ditames constitucionais, sobretudo o respeito àqueles direitos escolhidos como FUNDAMENTAIS, pela Sociedade, através de sua Assembleia Constituinte.

A atuação contramajoritária[1] é um dos temas mais discutidos na teoria constitucional, que há alguns anos analisa a legitimidade da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. Pois, inicialmente, o Judiciário poderia invalidar atos do Parlamento e do Presidente da República, eleitos pelo povo brasileiro. Ou seja, bastaria a maioria dos Ministros do STF, que nunca receberam voto popular, para que a interpretação da Constituição feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática, fosse sobrepujada e invalidada, gerando uma aparente incongruência, no âmbito de um Estado democrático.

Entretanto, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade é quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional assenta-se em dois principais fundamentos: a proteção das regras do jogo democrático (ELY, 1980) e a proteção aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais corresponderiam à uma reserva mínima de justiça, que não podem ser atropelados, nem mesmo por deliberação política majoritária . De modo que, a proteção aos direitos fundamentais tornaria legitima a atuação da Corte Constitucional, inclusive contra decisões políticas majoritárias[2].

A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da "tirania das maiorias"[3] . Há certo consenso, atualmente, de que o conceito de democracia supera a ideia de governo da maioria, exigindo a inclusão de outros direitos fundamentais.

Mais do que o direito de participação igualitária no processo eleitoral, democracia significa que os derrotados no processo político, como as minorias em geral, não estarão abandonados. Pois conservam seu status de membros igualmente dignos da comunidade política (MENDONÇA, 2014).

Essas são as regras do jogo democrático. A maior parte das Democracias mundiais conserva uma parcela do poder político para ser exercida por agentes públicos que não são

---

[1]A expressão se tornou-se conhecida a partir da obra de Alexander Bickel. Cf. BICKEL, Alexander. The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics, 1966. P.16-17).

[2]A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., e.g., ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez

[3]A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, em On Liberty No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre

selecionados pela via eleitoral, e cuja atuação é, predominantemente técnica e imparcial, sem que se reconheça qualquer prejuízo ao regime democrático.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso, explica a função do ativismo judicial intrinsecamente relacionada à ideia de Democracia:

> A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela! pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. (...) De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável (2012, P. 23-32).

A ideia de democracia está, portanto, intimamente ligada à ideia de proteção aos valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria.

4. UM CONTEXTO FAVORÁVEL PARA O ATIVISMO JUDICIAL

Este cenário em que o modelo de relacionamento entre os Poderes, idealizada por Montesquieu, já não consegue atender à contento, a amplitude de atribuições destinadas ao Estado, face às novas necessidades da Sociedade Contemporânea, associada à exigência de proteção e respeito ao significativo rol de direitos fundamentais constitucionalizados, tem conduzido o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário em geral, a um papel de destaque na vida institucional brasileira, criando um contexto para aplausos e também críticas. O que exige da Sociedade, uma reflexão cautelosa.

O fenômeno, não é peculiaridade brasileira. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais destacaram-se como protagonistas de decisões de

grande alcance político, implementando políticas públicas ou realizando escolhas morais em temas controvertidos na sociedade[4].

A ideia de ativismo judicial, portanto, está associada a um modo especifico e proativo de interpretar a constituição, expandido o seu alcance, procurando dar o máximo de potencialidade aos preceitos constitucionais.

Muitos fatores colaboraram para a expansão da prática ativista no Poder Judiciário brasileiro, dentre eles a significativa ampliação da judicialização de questões, outrora, resolvidas no campo político. Para o fenômeno da judicialização, contribuiu sobremaneira, a redemocratização do país e consequentemente a promulgação da Constituição de 1988.

Também pode se apontar como uma relevante contribuição, a recuperação das garantias da magistratura e por consequência, a recuperação da confiança da população, em submeter maior número de demandas à apreciação de juízes, agora independentes.

O ambiente democrático revigorou o sentimento de cidadania, ampliando o nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais, contribuindo para o aumento da judicialização. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar das câmeras de televisão (TV Justiça), o que aproxima a população do Poder Judiciário.

Perceptível que, na atualidade, a população está tão familiarizada com o nome dos 11 (onze) Ministros do STF, quanto com os nomes dos jogadores da Seleção Brasileira de Futebol. O fato é que em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos desejos e demandas sociais do que as instâncias políticas.

A Expansão Institucional do Ministério Público e Defensoria Pública, colaboraram para maior judicialização de demandas singulares e coletivas, na medida em a Constituição de 1988, não apenas estruturou tais Instituições, como aumentou significativamente suas competências, fortalecendo sua atuação e a defesa dos interesses que representam.

---

[4]No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 2 (2016). Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016

Por outro lado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional.

Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política, econômica, tributária, previdenciária, processual, educacional, cultural pode ser alçada ao STF.

O aumento da judicialização, portanto, também é decorrência do Sistema de Controle de constitucionalidade adotado. Cabe registrar que, nem sempre o Controle de Constitucionalidade foi exercido pelo Poder Judiciário. Na CF/1824 o Controle de Constitucionalidade era feito pelo Parlamento. Havendo algum dissídio entre os poderes, era o Imperador quem detinha o Poder Moderador para restabelecer a harmonia entre os poderes. A Constituição de 1937 previa a possibilidade do Congresso, atendendo a pedido do Presidente, mediante 2/3 de seus votos, declarar a validade de norma declarada inconstitucional pelo Judiciário. A primeira Constituição a atribuir o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário foi a Republicana de 1891 – na modalidade do controle difuso.

Outro fator não menos importante foi a constitucionalização de um largo rol de direito fundamentais e de instrumentos processuais para garantir a proteção destes direitos. Além dos tradicionais direitos individuais, assegurou-se, a partir da CF/1988, diversos direitos sociais, econômicos e culturais, direitos difusos, coletivos, incorporou-se direitos prestacionais, metas e programas a serem implementados pelo Estado como: assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras. Temas relevantes, que eram antes deixados ao crivo do processo político ordinário, passaram a ser possíveis de questionamentos judiciais.

5. ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Claramente, o Constituinte brasileiro, optou por um modelo de constituição dirigente, programático, transformador, que se propõe a dirigir a atuação do Estado. Isso significa, que a proteção dos direitos fundamentais já não se efetua apenas, mediante um "não fazer estatal" (deveres negativos), mas principalmente pelo dever de agir – criar e executar políticas públicas constitucionalizadas (deveres positivos). Assim, além da obrigação de se abster em respeito às liberdades e direitos individuais, o Poder Público passou a ter deveres positivos de efetivar os direitos fundamentais.

Na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser pleiteada por meio de ação judicial. Assim, se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou à saúde, ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses direitos, levando ao Judiciário, o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas áreas.

Segundo Salomão Leite (2014, p. 10-31), para garantir maior efetividade aos direitos fundamentais, a CF/88 apresenta alguns preceitos: o primeiro consiste no art. 5º, § 1º, pelo qual se determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Assim, as normas constitucionais que definem os direitos fundamentais deve ter garantida aplicação imediata pelo Poder Judiciário. De modo que, as restrições ou omissões relacionadas aos direitos fundamentais são passíveis de controle judicial.

O § 2º do art. 5, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Isto significa, que a Constituição Federal estabeleceu uma cláusula de abertura, demonstrando que o catálogo de direitos fundamentais não tem caráter taxativo. Permitindo que outros direitos e garantias sejam reconhecidos pelo Poder Judiciário, se estiverem em harmonia com os princípios adotados pela própria Constituição. Portanto, a própria Constituição Federal autoriza a interpretação extensiva do Poder Judiciário para reconhecer outros direitos fundamentais, além dos expressamente previstos.

Assim, uma vez judicializada, qualquer que seja a questão, não pode o Poder Judiciário, deixar de decidi-la, ainda que omissa a legislação ordinária. Havendo omissão legislativa, o Poder Judiciário deve utilizar-se das demais fontes do direito, como analogia, costume, princípios gerais do direito, como bem preleciona o art. 4º da LINDB (Lei de Introdução ao Direito brasileiro). Neste rol alargado de direitos fundamentais, qualquer questão política, econômica, tributária, previdenciária, processual, educacional, cultural poderá ser objeto de apreciação do STF.

De modo que, o Poder Judiciário, ao contrário dos demais Poderes, uma vez provoado, é obrigado a exercer sua função típica - "julgar", por expressa disposição legal (art. 140 do CPC). Enquanto que o Parlamento, não é obrigado a exercer sua função básica de legislar, haja vista, o número significativo de direitos aguardando regulamentação por décadas, como o direito de greve dos servidores públicos ou aposentadoria especial para profissionais de radiologia.

E de igual modo, o Poder Executivo, também não é obrigado a exercer sua função típica de administrar, na medida em que, inúmeros programas de políticas públicas, instituídos pelo Constituinte Originário, ainda aguardam implementação, após décadas de vigência da CF/1988, como: vaga em creche, medicamentos, casas populares (direito à educação, saúde e moradia assegurados a todos).

Cabe destacar, que não se trata de questões discricionárias, sujeitas a critérios de conveniência e oportunidade do Administrador, pois são escolhas, já realizadas pelo Constituinte originário, no momento em que elegeu os programas de governo que deveriam ser implementados como política públicas, dirigindo e vinculando a atuação do Gestor.

Nota-se que, somente há prazos legais estabelecidos para que o Poder Executivo e Legislativo apresentem e apreciem os projetos de leis de natureza financeira (PPA, LDO e LOA). Mas não há prazos, para que o Congresso regulamente os diversos direitos garantidos constitucionalmente, por normas de eficácia limitada.

A palavra “Poder” tem origem no latim – Podere (agir), trás em si implícito a ideia de ação. A omissão por décadas, dos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprir suas funções típicas, pelas quais seus representantes foram eleitos e são remunerados, com recursos públicos, não lhes acarreta nenhuma penalidade. Ao contrário, pune apenas o cidadão que, passivamente, continua aguardando a vontade política, para que seus direitos básicos e fundamentais possam ser exercidos.

Inúmeros são os exemplos de direitos fundamentais, que precisaram ser assegurados por decisões judiciais ativistas, especialmente na área da educação e saúde, em face da omissão dos demais Poderes.

De modo que, a atuação mais ativa do Judiciário se tornou crucial para a proteção, respeito e efetivação dos direitos fundamentais. As tradicionais justificativas para o " não fazer" do Estado, como a falta de recursos públicos, não se sustentam ante a falta de eficiência e probidade na gestão dos recursos públicos, evidenciados pelos reiterados escândalos de corrupção, desvio de dinheiro público, superfaturamento em contratos públicos, má gestão na arrecadação das receitas, como o insucesso dos processos de cobrança de créditos tributários, inchamento da Máquina Pública com a contratação de cargos comissionados, dentre tantos outros exemplos.

Fatores que não podem, *ad perpetuam,* serem invocados como justificativas aceitáveis, para o descompromisso *com a e*fetividade dos direitos fundamentais, tornando-os utopias e promessas inconsequentes.

Em reação ao movimento ativista do Poder Judiciário, tramita no Congresso Nacional, o projeto de lei - PL 4754/2016, que altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950, para incluir como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo. Entretanto, referido projeto, não prevê igual punição aos membros dos demais Poderes, pela omissão reiterada e igualmente perniciosa ao interesse público.

Há muitos anos, em todas as democracias, se discute acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. No Brasil, igualmente, vive-se uma situação complexa, em que a atividade política dissociou-se da sociedade civil, que passou a vê-la com desconfiança e até desprezo, evidenciando a inadequação atual entre democracia e a representação política.

De igual modo, não são raros as situações em que o direito das minorias também precisa ser garantidos pelo Poder Judiciário, uma vez que, dificilmente o Congresso ou as Assembleias Legislativas de cada Estado se interessariam em debater assuntos polêmicos, em que seu próprio eleitorado reprovaria.

Como demonstrado, diversos são os fatores que conduzem atualmente, o Poder Judiciário a um papel de preponderância no cenário político e institucional brasileiro, despontando como instrumento indispensável para garantia dos direitos fundamentais.

Vale lembrar ainda que, por vezes, a necessidade de atualização legislativa, é primeiramente sentida e até provocada pelo próprio Poder Judiciário. Não são raros os exemplos de alteração legislativa, a partir da jurisprudência pacificada dos tribunais. Inúmeros direitos foram primeiramente reconhecidos no âmbito da jurisprudência, ao longo de lenta evolução interpretativa, como a união estável, a efetividade do Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. De modo que, um Judiciário menos ousado e menos criativo em sua atividade hermenêutica, não pode ser conveniente ao interesse público e à preservação dos direitos fundamentais.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do texto procurou-se demonstrar que a separação dos poderes , tal como idealizada por Montesquieu, já não atende as necessidades da Sociedade contemporânea. Que a concepção de Estado e suas atribuições foram significativamente, alteradas ao longo dos séculos. O Estado já não é apenas garantidor, mas sim prestador e transformador o que exige maior dinamismo no relacionamento entre os Poderes.

De igual modo ressaltou-se a substantivação do conceito de democracia, que, além de não se identificar integralmente com o critério majoritário, tem procurado novos mecanismos de expressão, sobretudo a intrínseca relação com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Neste cenário de amplitude das funções estatais e ineficiência dos Poderes, em corresponder com celeridade, aos novos anseios sociais, desponta o Poder Judiciário com papel mais ativo e operante no contexto institucional e político brasileiro, como elemento essencial e garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O momento é de reflexão e busca pelo nascimento de um novo modelo de relacionamento entre os Poderes, que permita a conservação da ideia central de Montesquieu, ou seja, a repartição das funções básicas estatais para se evitar a concentração de poderes e abusos, entretanto, simultaneamente, permita um relacionamento dinâmico entre os Poderes, de modo a permitir a movimentação do Estado e a satisfação das necessidades desta Sociedade Contemporânea.

Certamente que, o ativismo judicial não se mostra como remédio para crise das instituições políticas instaurada no Brasil, contudo, evidencia o diagnóstico de que a forma de relacionamento entre os Poderes, já não atende as necessidades da atual Sociedade e que, reprimir ou punir o ativismo de um dos Poderes, não impedirá a permanência da omissão dos demais.

De modo que, insiste-se no erro primário de se atacar os efeitos e não a causa.

Urge, portanto, um novo redesenho de relacionamento entre os Poderes da República. Permitindo o ativismo de todos os Poderes, na busca comum e comprometida, pela efetivação dos direitos fundamentais, eleitos e acolhidos na Constituição Federal como valores inarredáveis do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. **Revista de Derecho**. Tradução José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez, v. XVIII, n. 2, p. 247/250, dez 2005. Tradução de: La Institucionalización de la Justicia. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200013. Acesso em: 9 Mar. 2020.

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 : uma análise crítica da atuação do STJ e STF. **Renovar**, Rio de Janeiro, 2007. Fernando Facury Scaff (Coord.).

BARROSO, lu. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.slideshare.net/chlima/constituiçãodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-poltica-no-brasil-contemporaneo. Acesso em: 6 Mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa das Cortes Constitucionais. **Revista estudos institucionais**, Rio Janeiro, v. 2, n. 2, 27 12 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. são paulo: saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas - Revista eletrônica do Conselho Federal da OAB**, Rio de

Janeiro, jan/fev 2009. Disponível em:
http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf.
https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf
https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf
https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2
https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf
http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 Jan. 2020.

BONAVIDES, Paulo . **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros , 1999. 267 p.

CONTI, josé Maurício. **Autonomia Financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP, 2006.

ELY, John Hart . **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: MA Harvard University Press, 1980.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de ; GIBRAN, Sandro Mansur. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia**. **percurso: sociedade, natureza e cultura**. curitiba. Disponível em:
http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728. Acesso em: 3 Mar. 2020.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos Poderes: tensão e harmonia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande , v. XI, n. 58, out 2008.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira. **direito, estado e sociedade**, São Paulo, v. 45, jul 2014. Disponível em: https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/inercia-legislativa-ativismo-judicial-566313574. Acesso em: 3 Fev. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: malheiros, 2004.

MENDONÇA, Eduardo. **A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas**: um outro olhar sobre a dificuldade contramajoritária. Rio de Janeiro, 2014. Tese (Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro , 2014.

MIARELLI, Mayra Marinho; MONTAI, rogério. **ativismo judicial e a efetivação de direitos no STF**. Sérgio Antonio Fabris , 2012.

MONTESQUIEU, Barão de Charles de Secondat. **O espírito das leis** . 9. ed. São Paulo: saraiva , 2008.

TALLARICO, rafael. **sirlei** : brito. São Paulo: D'Plácido, 2013.

TAQUES, Pedro . **depoimento (dezembro 2015). Entrevistador: Lucas Rodrigues de lima**. Cuiabá, 2015. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/ativismo-judicial-separacao-dos-poderes.htm. Acesso em: 9 Jan. 2020.