



JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: O LIMITE DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Wedner Costodio Lima¹
William Costodio Lima²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consolidou no país a idealização de um *status* de previsão e expansão dos direitos fundamentais, instigando os cidadãos a reivindicar o cumprimento desses direitos pelo Estado, o qual deveria agir através de operacionalização de políticas públicas. A busca do particular por solução eficaz do Poder Judiciário e a decisão de imposição ao Poder Executivo de realização de prestações materiais no atual Estado Democrático de Direito centra o debate em torno do fenômeno da judicialização da política, representada pela decisão através da previsão constitucional da norma e o ativismo judicial, caracterizado pela atuação específica e proativa de interpretação da carta magna pelo magistrado. No entanto, como desafio contemporâneo surge um questionamento: sabendo da aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, concretizando o Estado Democrático de Direito, é possível o ativismo judicial, caracterizado por uma ação mais efetiva do magistrado na concretização de direitos fundamentais ser um meio de ampliação do acesso de proteção jurisdicional do homem, principalmente na função de limitador de árbitros de outros poderes? A importância da discussão do tema no cenário do constitucionalismo contemporâneo é identificada a partir da necessidade de dar efetividade a direitos fundamentais previstos na carta magna, haja vista que, a democratização social, a democracia e o constitucionalismo moderno, confiou a justiça constitucional a guarda da vontade geral.

¹ Mestrando em Direito com ênfase na Linha de Constitucionalismo Contemporâneo, UNISC. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Advogado Criminalista. Endereço eletrônico: advwednerlima@hotmail.com.

² Pós-Graduando em Ciências Criminais, FAPAS. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Advogado Criminalista. Endereço eletrônico: wiliamadv3@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial, Jurisdição Constitucional, Direito e Política.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 consolidated the country to design a predictive status and expansion of fundamental rights, urging citizens to demand compliance with these rights by the state, which should act through implementation of public policies. The particular the search for effective judiciary solution and imposing decision to the executive branch of conducting material benefits in the current law of democratic rule focuses the debate on the legalization of politics phenomenon, represented by the decision by the constitutional provision of the standard and judicial activism, characterized by specific and proactive approach to interpretation of the charter by the magistrate. However, as a contemporary challenge comes a question: knowing the applicability of the principle of separation of powers, fulfilling the democratic rule of law, judicial activism is possible, characterized by a more effective action of the magistrate in the implementation of fundamental rights is a means of expansion of the judicial protection of man access, especially in the referees limiter function of other powers? The importance of the topic of discussion in the contemporary constitutionalism scenario is identified from the need to give effect to fundamental rights set out in Magna Letter, given that the social democratization, democracy and modern constitutionalism, entrusted the constitutional justice to guard general will.

KEYWORDS: Judicial activism, Constitutional Jurisdiction, Law and Policy.

Introdução

A idealização da jurisdição Constitucional como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais é o propósito do atual Estado Democrático de Direito, o qual diante inúmeras deficiências na efetivação destes direitos, alia-se a busca pelo Poder Judiciário para solução dos litígios, em uma atuação mais incisiva dos magistrados, inclusive com determinação ao Poder Executivo.

Esta crescente necessidade e busca pelo jurisdicionado do Poder Judiciário, nascedora no Estado Democrático de Direito, deram guarida ao fenômeno da

judicialização da política e ativismo judicial, não olvidando-se o relacionamento harmônico entre os poderes de Estado, sob pena de caracterizar violação ao princípio da separação dos poderes, símbolo da liberdade nas organizações do Poder Político, sabendo-se que o limite contra discricionariedades está na fundamentação embasada na constituição.

O presente artigo tem como objetivo geral construir um pensamento voltado a necessidade de analisar a jurisdição constitucional e atuação do Poder Judiciário, não como uma espécie de déspota, ou autoritário, mas como um idealizador de uma ação de efetivação de solução de conflitos individuais e coletivos, ampliando o acesso de proteção jurisdicional, e limitador de árbitros possivelmente ocasionados por outros Poderes.

Justifica-se a discussão do problema, uma vez que uma das exigências intelectuais nos tempos modernos é repensar a atuação dos magistrados, através do Poder Judiciário, diante a ineficiência do Estado na concretização de direitos fundamentais pela implantação de políticas públicas, sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes e abusos discricionários.

1 O princípio da Separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito

A alteração histórica de transformação do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, rompendo com paradigmas constitucionais clássicos, implantando a idealização de normas de direitos fundamentais, ressaltando a força normativa da Constituição, retratam a ampliação da atividade jurisdicional.³

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

³ O século XX foi o século em que o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos. O século da Revolução Russa de 1917, o século da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918, o século da Segunda Grande Guerra, que terminou em 1945, o século da globalização econômica, em que o Estado, por meio de seu órgão mais ativo, mais avançado, exercia um protagonismo maior. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78)

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

No entanto, as restrições a atuação jurisdicional e a igualdade formal, acarretaram na sociedade mundial uma série de problemas sem efetiva solução do Estado, diante, principalmente dos efeitos das Guerras Mundiais. Gilberto Berconvici (2003), revela a ampliação do campo constitucional asseverando que:

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

Nesta senda, ganha espaço o novo contexto da ordem democrática, e a Constituição deixa de somente garantir e prever direitos individuais, mas inicia absoluta vigia sob a atuação do Estado, deixando de ser apenas normativa, mas um texto programático, tutelando direitos sociais, desenvolvendo e garantindo a implantação de políticas públicas, o chamado *Welfare State*⁴. Assim:

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

⁴ Como bem adverte Bolzan de Moraes, é preciso que se tenha presente que o modelo constitucional de *Welfare State* não tem uma aparência uniforme, pois o conteúdo próprio desta forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em o Estado de Bem Estar Social, dado que sua apresentação americana – do Norte – é clara, se diferencia daquela do *Etat-Providence* francês e mesmo da Europa setentrional. Apesar disso, todavia, é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade, que é a intervenção do Estado e promoção de serviços. (BOLZAN, 1999, p.58 apud LEAL, 2007, p. 31)

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

O Estado contemporâneo encontra-se caracterizado pelo conflito entre os poderes, legislativo, executivo e judiciário, o qual diga-se, de certo modo, colocando a dúvida a aplicabilidade do princípio da separação de poderes, assente no art. 2º, da Constituição Federal⁵, inspirada pela teoria montesquiana, em seu livro, "Do Espírito das Leis"⁶. Dalmo de Abreu Dallari (2007, p.219), especifica a teoria arguindo que, "é concebida como um sistema em que conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. "

No entanto, em que pese, o princípio da separação de poderes tenha sido implantado ao sistema constitucional pela teoria montesquiana, Aristóteles, a cerca de um século antes, implicitamente no seu livro " A Política"⁷, já havia manifestado sobre o tema. Assim frisa-se que:

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

⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶ Informação extraída de: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Bréde et de. *Do Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁷ ARISTÓTELES. *A Política: texto integral*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.

que não tivessem suas razões acolhidas. (DALLARI, 1998, p.78)

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

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

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

2 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Para que se atinja toda a amplitude exigida para assegurar os direitos constitucionais, faz-se necessário que a atividade jurisdicional se efetive dentro de uma faceta positiva, encontrando-se os juízes e tribunais obrigados, por meio de aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito jurídico.

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

foram ocupados de maneira deficiente pelos demais Poderes. Assim destaca-se que:

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

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

Não se trata de ações arbitrárias no exercício funcional, mas do exercício da função julgadora pautado em ditames principiológicos, como a moralidade, a justiça e a dignidade da pessoa humana, estabelecidos não só pela Constituição, mas gravados na consciência da coletividade. Segundo Nara S.S.Pires (2014),

o ativismo judicial não se limita a um controle negativo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com o espírito da Constituição Federal. O ativismo judicial, também, possui um controle de constitucionalidade positivo, no momento em que cria norma jurídica e exige a sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares, naqueles casos em que o Legislativo e o Executivo mantiveram-se omissos, o que se nota mais evidente no que tange a proteção efetiva dos direitos fundamentais. (PIRES, 2014, Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em 22 de abril de 2015)

Deste modo, é necessária uma consciência crítica dos próprios magistrados quanto ao relevante ponto que lhes incumbe, devendo sempre submeter à legislação elaborada pelo Poder Político à análise de compatibilidade com as normas, valores e princípios constitucionais e com os tratados internacionais relativos aos direitos

humanos. Sem esta necessária consciência crítica, ou seja, procedendo-se à aplicação cega e automática da lei, corre-se o risco de desempenhar o papel coadjuvante de “reprodutor das relações de domínio”. Segundo Luiz Flávio Gomes (1997),

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

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

Também se destaca a dimensão material do ativismo judicial que o une à justiça e ainda uma dimensão instrumental que, une-o à justa medida da incidência da norma em determinado caso concreto. O fundamental valor do ativismo judicial incide na efetividade que os juízes, verdadeiros intérpretes constitucionais, devem empregar com a finalidade de concretizar as normas constitucionais de maior alcance possível, privilegiando a interpretação que admita a realização dos direitos fundamentais. Conforme Nara S.S.Pires (2014) tal realização é possível:

Através do ativismo judicial, permite-se uma interpretação constitucional que se liberte de alguns mitos ligados ao formalismo jurídico, à interpretação mecânica das normas jurídicas limitadas pelo positivismo jurídico normativista. Nesse contexto, altera-se o papel do juiz, que se limitava a revelar uma solução que já se encontrava clara pela simples incidência da norma ao caso concreto e que agora, diante de casos complexos e na ausência de uma norma específica aplicável ao caso, precisa participar ativamente do processo de criação do direito, pois, uma vez que a resposta para o litígio não se encontra pronta na norma, o juiz terá que criar, argumentativamente, a solução para aquele caso específico que fora submetido à decisão do Poder Judiciário 2014).(PIRES, 2014, Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em 22 de abril de 2015).

Compreende-se que o ativismo judicial se diferencia por um modo proativo de interpretação constitucional por parte do Poder Judiciário, onde na busca para litígios com lacunas na lei, vão além do caso concreto, instituindo novas construções constitucionais, demonstrando uma forma de interpretação constitucional criadora

especial visando a proteção dos direitos humanos.

Importante frisar, diante o momento atual e devido decisão recente do Poder Judiciário, mais precisamente no Estado de Santa Catarina onde, o julgador aplicou o chamado controle de convencionalidade para afastar a tipicidade delitiva da conduta do delito de desacato, (uma forma de ativismo) restando assim assentado na fundamentação do voto redigido pelo julgador. (Disponível em <http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>).

[...] No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o STF que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional. Por conseguinte, cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “*treaty bodies*” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente. (...) Nesse sentido, destaque-se que no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada, no ano 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, tendo tal documento como uma de suas finalidades a de contribuir para a definição da abrangência do garantia da liberdade de expressão assegurada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. E, dentre os princípios consagrados na declaração, estabeleceu-se, em seu item “11”, que “as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘*leis de desacato*’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Enrique Ricardo Lewandowski, ao se manifestar sobre o ativismo judicial, em palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, no ano de 2009⁸, que foi transcrita no

⁸ Palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro no âmbito do projeto “Diálogos com o Supremo”, realizado pelo Programa de Mestrado em Poder Judiciário em 28 de agosto de 2009.

artigo “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”⁹, pretendeu demonstrar que o chamado ativismo judicial seria não um “ativismo”, mas sim, um protagonismo do Poder Judiciário, o que se deve simplesmente à entrada na era do direito. Segundo o autor,

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

Assim, a intensa atividade, e as variações nas quantidades de demandas, vão revelar outro fenômeno, chamado judicialização da política, o qual, se refere a inserção de outras questões de repercussão política ou social para serem avaliadas e decididas pelo Poder Judiciário, em sentido oposto aos demais Poderes de Estado, Executivo e Legislativo. Assim, ressalta Luis Roberto Barroso (2009), que "como corolário deste processo tivemos a transformação do Judiciário " em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes." Assim ressalta-se que:

A Constituição de 1988 escancarou as portas do Poder Judiciário, primeiro porque deu efetividade, repetiu no seu texto o princípio da universalidade da jurisdição, procurando dar-lhe eficiência. O que é esse princípio da universalidade da jurisdição? É o princípio assim enunciado: nenhuma lesão, ou ameaça de lesão ao direito, pode ser subtraída da apreciação do Judiciário; então tudo, tudo mesmo, pode ser levado diretamente ao Poder Judiciário (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81)

Com efeito, Luis Roberto Barroso (2009) assim refere-se a judicialização e ao ativismo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela

⁹ <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043> – Acesso em 20/12/2015.

conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance. (BARROSO, 2009, p.21)

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

3 Relação entre Direito e Política na jurisdição Constitucional

Ao falar de interpretação de normas, diretamente está implícito a atuação do Poder Judiciário, o qual, teve crescimento notório com o abandono do Estado de Direito, onde houve a ascensão do Legislativo no Estado Liberal e do Executivo no Estado Social. Lenio Luiz Streck (2004).

A democratização social, fruto das políticas de *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou acesso a administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, confiou a justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a formula de Tribunais *ad hoc*) como alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada, nos procedimentos políticos os procedimentos judiciais. (STRECK, 2004, p. 148)

Diante a ineficiência dos demais poderes, Legislativo e executivo, principalmente em relação a operacionalidade de políticas públicas, com fito de redução das desigualdades sociais, a realização, em exemplificação, de direitos sociais pelo Poder Judiciário é comum em todos os Estados Democráticos. Ingo Wolfgang Sarlet (2001), analisando a possibilidade de o Judiciário determinar

políticas públicas, salienta que:

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

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

O ativismo judicial, como supracitado, está caracterizado por uma ação mais efetiva e proativa do Judiciário na concretização de valores e direitos fundamentais. No entanto, necessário se faz a contenção do excesso, sem violar o princípio da separação dos poderes, corolário lógico do sistema democrático. No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las, sendo que o limite está na fundamentação embasada na própria constituição, pois o juiz, na tomada de decisão deverá optar pela resposta correta, ou ressaltando, nas palavras de Lênio Luiz Streck (2007), "é a possibilidade efetiva de respostas corretas que serve como blindagem contra ativismos/discricionariedades". Assim:

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

No Brasil, o ativismo judicial não se caracteriza somente pela discussão sobre a implementação de direitos fundamentais, mas também pelo pronunciamento

quanto a questões políticas, sociais nos quais muitas vezes tem-se por ultrapassados os limites da atividade jurisdicional. Ao exacerbar os limites da atividade jurisdicional, o magistrado ao decidir, não se baseia em argumentos de direito, mas em suas convicções pessoais, em sua consciência. Assim, a problemática ganha enfoque, no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo portanto de forma discricionária. Cita-se que:

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

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

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

Nunca é demais ressaltar que:

(...) deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem as

mãos e não a partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2003, p.238)

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

Considerações Finais

O instrumento maior do Estado, a Constituição Federal, confiou ao Poder Judiciário, face a guarda da vontade geral do texto magno, o poder de solucionar os conflitos individuais e coletivos, ampliando os meios de acesso de proteção jurisdicional do homem, principalmente após abandonar o Estado de Direito, e idealizar a efetividade dos direitos sociais, no atual Estado Democrático de Direito.

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

Assim, como o ativismo judicial esta caracterizado por uma ação mais efetiva e proativa do Judiciário na concretização de valores e direitos fundamentais, necessário se faz a contenção do excesso, sem violar o princípio da separação dos poderes, corolário lógico do sistema democrático. No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las, sendo que o limite está na fundamentação embasada na própria constituição.

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

constitucionais.

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

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A Política: texto integral*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. *Revista atualidade jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. 4. ed. jan/fev 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1234066670174218181901.pdf> Acesso em: 11 de Novembro de 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 103.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *As funções do Estado contemporâneo: o problema da jurisdição*. In: Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25.ed. São Paulo: 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma Abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

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

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*. Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. 2009.

Disponível em:

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

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

PIRES, Nara S.S. *O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes*. Conpedi 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 22 de abril de 2015.

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

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

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

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

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043> – Acesso em 20/12/2015.