



PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAS COM FOCO NO PODER DE COERCIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Laís Michele Brandt¹

Lauro Junior Brandt²

RESUMO: O presente artigo trata da relação entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial, bem como pretende-se verificar se as praticas ativistas ferem o princípio da separação dos poderes. As sociedades democráticas contemporâneas convivem cada vez mais com a ampliação da ação judicial. O Judiciário, eleito o guardião da Constituição, vem fazendo uso de suas prerrogativas para enquadrar os demais poderes quando deixam de realizar os direitos constitucionais legalmente previstos, exercendo, assim, função política, embora complementar, por vezes extrapolando o arquétipo constitucional, legislando e criando políticas públicas. Com a análise de precedentes jurisprudenciais, pretende analisar o ativismo o qual por si só não é uma prática condenável, sendo às vezes necessário, e demonstrar que hoje a separação dos poderes, prevê uma integração entre os poderes para alcançar o bem comum.

Palavras-chave: ativismo judicial, poder judiciário, o princípio da separação dos poderes.

ABSTRACT: This article deals with the relationship between the principle of separation of powers and judicial activism, and is intended to verify that the activists practices hurt the principle of separation of powers. Contemporary democratic societies live increasingly with the expansion of the lawsuit. The judiciary, elected guardian of the Constitution, has been making use of its prerogatives to frame the other powers when they fail to perform the legally established constitutional rights, exercising thus political function, but complementary, sometimes going beyond the constitutional archetype, legislating and creating public policy. With precedents analysis, analyzes the activism which does not by itself and a reprehensible practice,

¹ Graduada em Direito pela UNISC 2014/2; Advogada militante na Comarca de Sobradinho, Arroio do Tigre e Tupanciretã; Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderpi; Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderpi; e-mail: laisbrandt@outlook.com.

² Graduando de direito na UNISC-Campus Sobradinho; e-mail: laurobrandtjr@hotmail.com.

and sometimes necessary, and demonstrate that today the separation of powers provides integration between the powers to achieve the common good.

Keywords: judicial activism, the judiciary, the principle of separation of powers.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Versa o presente artigo sobre a relação entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial com uma análise crítica de precedentes jurisprudenciais com foco no poder de superioridade do Poder Judiciário. O estudo busca respostas ao questionamento que deu causa a proposta do presente trabalho, em razão da inércia do Poder Legislativo e Executivo, fazendo com que o Poder Judiciário atue de forma proativa, indo além das suas competências para a concretização de direitos fundamentais e a busca do bem comum.

Neste cenário indaga-se a seguinte problemática: até que ponto o ativismo judicial implica em um conflito entre a harmonia e a independência da teoria da tripartição dos poderes? Para a obtenção das respostas, busca-se o entendimento da doutrina acerca da matéria e das posições adotadas pelos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, acerca do ativismo judicial e o poder de coercibilidade do Poder Judiciário, sobre os outros poderes. Por fim, é este o caminho a ser trilhado pelo presente trabalho, com uma contribuição jurídica acerca do ativismo judicial e a teoria da separação dos poderes, em especial, no que tange ao Poder Judiciário.

A metodologia que será utilizada é a técnica do método dedutivo, a pesquisa bibliográfica, artigos e decisões judiciais sobre o tema.

O presente trabalho é em 3 capítulos. No primeiro capítulo será feita uma análise das atribuições e funções dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

No segundo capítulo será realizada uma abordagem geral sobre a origem e fundamentos do ativismo judicial, bem como o ativismo judicial no Brasil e o ativismo judicial como instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

No terceiro capítulo far-se-á uma análise da relação do ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes, a superação do formalismo jurídico e por fim a análise crítica do poder de coercibilidade do poder judiciário com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Este é em síntese, o objetivo do presente artigo.

1. ATRIBUIÇÕES E FUNÇÕES DOS PODERES: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

A separação dos poderes é um princípio geral do Direito Constitucional, que deve ser observado para que se identifique o Estado Democrático de Direito. A teoria da separação dos poderes traz como ideia central à separação de poderes como forma de controle e limite de poder entre as funções estatais.

Assim a separação de poderes, vem distinguir três funções estatais, quais sejam: a função legislativa, administrativa e jurisdicional, que estão distribuídas entre três órgãos, respectivamente, Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são independentes e harmônicos, conforme previsão contida no artigo 2º, da Constituição Federal.

Canotilho (2003, p. 250), observa que,

o princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta prescritiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

A divisão funcional do poder ou tradicionalmente chamada de separação de poderes é a base da organização de qualquer governo democrático e tem como alicerce, a obra de Montesquieu, "*O Espírito das Leis*", que é a mais dogmática doutrina política.

Conforme explanado, a separação de poderes traz uma tripartição de funções do Estado, ou seja, uma distinção de atribuições-funções legislativa, executiva e jurisdicional. Conforme Ferreira Filho (2005, p. 134), essa classificação apontada por Montesquieu em sua obra "*O Espírito das Leis*", encontra base nas teorias de Aristóteles e Locke, em que

[...] o primeiro, na Política, reparte as funções do Estado em deliberante (consistente na tomada das decisões fundamentais), executiva (consistente na aplicação pelos magistrados dessas decisões) e judiciária (consistente em fazer justiça), sem cuidar de sua separação, sem sugerir, ainda que de longe, a atribuição de cada uma delas a órgão independente e especializado. Locke também reconhece três funções distintas: a legislativa (consiste em decidir como força pública há de ser empregada), na executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem

e o direito) e a federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças [...]).

Na divisão tripartite, tem-se o Poder Legislativo, o Poder Executivo, e o Poder Judiciário. Ao Legislativo, corresponderia à função legislativa, que compreende a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, sendo, portanto, as leis. Ao Judiciário cumpre a função jurisdicional; tem como escopo aplicar o direito nos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse. (SILVA, 2006).

Por fim, a função executiva, de atribuição do Poder Executivo, cabe administrar o Estado e tem como escopo de resolver os problemas concretos e individualizados, em conformidade com as leis definidas pelo legislativo. Ademais, sua competência se estende, indo além de só executar leis, abrangendo também prerrogativas nas quais estão todos os atos e fatos jurídicos que não apresentam um caráter geral.

Ocorre que esta ligação entre funções, não é rígida, ou seja, a possibilidade da ingerência de um poder exercer a função do outro é possível. Desta forma, não existe uma separação absoluta entre os poderes, sendo que todos legislam, administram e julgam. Nota-se que cada poder possui funções típicas e atípicas.

Portanto, o Órgão Legislativo (Poder Legislativo) tem como função típica legislar e exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Ao mesmo tempo, tem como função atípica, por exemplo, o julgamento do *impeachment* do Presidente da República pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (natureza jurisdicional). Quanto ao Órgão Executivo tem como função típica a prática de atos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de administração. Todavia, como função atípica, legisla através de medida provisória com força de lei pelo Presidente da República (natureza legislativa). Já o Poder Judiciário exerce a sua função típica ao aplicar o direito no caso concreto, dirimindo os conflitos que lhe são levados, ao aplicar as leis. Tendo como função atípica, legislativa, quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos (natureza legislativa), e administrativa, quando nomeiam servidores.

Em suma, a efetividade da teoria da Separação dos Poderes ou separação tripartite de poder, que vem disposta no artigo 2º da Constituição Federal, informa que “os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si”, o que significa que, para se ter uma democracia, devem os órgãos estatais atuarem de forma

independente e harmônica, sem conflitos ou subordinação, com o propósito de garantir o bem comum de todos. Desta forma sobre a divisão de poderes, Montesquieu (1994) citado por Moraes (2011, p. 59), dispõe o que é necessário para ter-se o equilíbrio dos poderes,

precisa-se combinar os poderes, regra-los, tempera-los, faze-los, agir; agir dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra prima da legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir [...]. Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mutua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo poder executivo, o qual o será, por ser turno, pelo legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

Como visto a separação de poderes é de suma importância ao Estado Democrático. Indaga-se, no entanto, que quando o Judiciário atende as demandas sociais, através de atos jurisdicionais, se não está invadindo, em tese, atribuições típicas de outro poder. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45³, (<<http://www.sbdp.org.br>>), o Supremo Tribunal Federal⁴, decidiu que a cláusula da reserva do possível,

não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Assim, o Judiciário pode exercer o controle do ato administrativo atuando com base no princípio constitucional do qual nenhuma lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Extrai-se desta forma, que o Judiciário assume importante papel na concretização do texto constitucional, sem afrontar o princípio da separação dos poderes, quando usa o meio adequado. Ou seja, para bem exercer as funções estatais concedidas pelo legislador constituinte, deve-se observar o princípio da igualdade de direitos, em que se busca um tratamento idêntico da lei para todos os cidadãos com base no ordenamento jurídico.

Como visto, o Judiciário não pode intervir diretamente na administração dos recursos públicos, pelo fato de estar assim ferindo o princípio da separação dos

³ Doravante ADPF.

⁴ Doravante STF.

poderes. Por outro lado, no contexto de freios e contrapesos, o Poder Judiciário tem o poder de controlar as leis, especialmente as normas constitucionais cogentes, visando o uso de medidas necessárias para a efetivação de políticas públicas, que visam garantir os direitos fundamentais, não ocasionando qualquer desequilíbrio na separação de poderes, mas gerando a equivalência enquanto sujeitos de direitos.

Neste viés, como defesa do Estado para a não efetivação dos direitos sociais sob a alegação da escassez de recursos, o Judiciário tem fundamental importância, destacando a atuação positiva do STF, que tem decidido sobre a aplicação ou não da reserva do possível, quando invocada de forma desarrazoada.

Para alguns o ativismo judicial, demonstra uma participação maior do Judiciário na efetivação dos valores constitucionais.

Assim, mesmo diante de vários argumentos a favor ou contra, busca-se uma atuação positiva da prática do ativismo judicial pelo STF que esteja em consonância com os princípios constitucionais.

Uma vez consignado à delimitação conceitual do princípio da separação dos poderes, uma análise do sistema de freios e contrapesos, a estrutura da teoria da tripartição dos poderes, bem como a análise das atribuições e funções dos poderes: legislativo, executivo e judiciário, pode-se avançar a análise do ativismo judicial.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial se caracteriza como um modo proativo de interpretação constitucional, gerando assim discussões na doutrina e jurisprudência. Para a maioria dos doutrinadores o ativismo judicial indica que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos.

Neste contexto, passa-se a definir o ativismo judicial e suas diretrizes.

2.1 Noções introdutórias

Para Barroso (2009, p. 07), o ativismo judicial surgiu com a Suprema Corte americana quando da decisão de segregação racial.

Sobre a origem do ativismo judicial, observa Gomes (2009, p. 02), destaca que:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.

Entende-se por ativismo judicial, a atuação proativa dos tribunais ao inovarem na interpretação da aplicação a lei ao caso concreto, formando-se assim precedentes jurisprudenciais, que antecediam a própria lei.

Tem-se por parte da doutrina vários conceitos a respeito do ativismo judicial. Entretanto, o ativismo judicial é atuação de um magistrado de forma proativa, em que visa busca concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, para que seja garantido o direito a parte e uma forma mais rápida a resolução ao litígio, em razão da omissão legislativa.

Contudo diante da demanda de novas necessidades, onde se verifica que a lei não é mais suficiente para assegurar o direito, surgiu assim à necessidade de mudança. Desta forma surgiu o ativismo judicial, com uma nova forma de interpretação da lei nos tribunais, como um processo de criação do direito. (MIARELLI; LIMA, 2012).

Compreende-se assim que o ativismo judicial, implica numa maior atuação do Poder Judiciário o qual está atuando além de suas atribuições.

Desta forma, vislumbra-se que o ativismo judicial demonstra que o Poder Judiciário está atuando além da competência a ele conferida.

Delimitado o conceito e surgimento do ativismo judicial, faz-se necessário discorrer sobre a sua adoção no contexto jurídico brasileiro.

2.2 O ativismo judicial no Brasil

O Brasil hoje vive uma fase de ativismo judicial, em que o Judiciário tem se mostrado em seus julgamentos com uma posição ativista, em razão do descrédito do Poder Legislativo.

Verifica-se uma mudança no constitucionalismo brasileiro, com uma visível ampliação do controle normativo do Poder Judiciário. O que se dá em razão do crescente número de demandas que envolvem direitos fundamentais, em que o Po-

der Judiciário tem que atuar, tendo assim de inovar na sua forma de interpretação e muitas vezes ir além de sua competência.

Soares (file:///C:/Users/Cliente/Downloads/ativismo_judicial_soares%20(2).pdf.) ao tratar do ativismo judicial, afirma alguns argumentos teóricos:

O ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas. O ativismo judicial decorre do descrédito do Poder Legislativo. O ativismo judicial permite a realização de um maior controle pela sociedade da ética na política. O voluntarismo dos membros do Poder Judiciário na tomada de decisões políticas está na origem do ativismo judicial.

Diante desse cenário, extrai-se que o ativismo judicial se evidencia em razão da crescente demanda de direitos sociais os quais não são efetivados diante de omissões inconstitucionais, cabendo ao Poder Judiciário pronunciar sobre estas questões e até mesmo instituindo políticas públicas, para a garantir a concretização dos preceitos constitucionais.

Em alguns contextos é bem vindo o ativismo judicial, sobretudo quando se trata da proteção de direitos fundamentais de minorias, quando se trata da correção de algumas disfunções do processo político. Por outro lado o ativismo judicial não pode ameaçar um espaço legítimo da política majoritária. E de suma importância que o Poder Judiciário assuma a função de defesa dos direitos o que vem de fato ocorrendo muitas vezes intensamente, sobretudo depois da Constituição Federal de 1988.

Não se deve pensar então no ativismo judicial como uma panacéia ou uma solução para os males brasileiros, porque não é. Mas, que sem dúvida em determinados campos, uma atuação enérgica do Poder Judiciário é muito importante para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, faz necessária uma breve explanação sobre o ativismo judicial como instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

2.3 O ativismo judicial como instrumento de concretização dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, de índole constitucional, são essenciais a todos os cidadãos e por esta razão, sua evolução e positivação no ordenamento jurídico brasileiro, é de inegável importância.

Os direitos fundamentais estão expressos na Constituição Federal de 1988, os quais são prerrogativas do cidadão. Entre estes direitos fundamentais, a Constituição Federal apresenta um rol meramente exemplificativo, que assim se enumeram: direito de locomoção ou de ir e vir; direito à manifestação do pensamento; direito de reunião; direito de associação; direito de culto; direito à atividade profissional; direito à atividade econômica entre os direitos individuais. Os direitos sociais são a saúde, educação, previdência, assistência, ao trabalho e moradia. Tal enumeração de direitos fundamentais não é taxativa, pois há outros implícitos, que mesmo não tendo expressa previsão no texto constitucional, derivam dele.

Estes direitos não foram de imediato reconhecidos, pois houve uma grande repercussão até a sua plena efetivação, que ocorreu com o advento da Constituição Federal em 1988, quando foram plenamente positivados os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, entre outros, bem como as diversas ações constitucionais para o fim de garantir a eficácia destes direitos.

Dito isso, visualiza-se a relevância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, o Poder Judiciário assume um papel demasiadamente político na concretização dos direitos fundamentais, quando da inércia do poder legislativo e executivo.

Quanto ao desenvolvimento do ativismo no Poder Judiciário, Tavares (2011, p.105), aponta que:

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.

Atualmente, o Poder Judiciário tem exibido uma postura ativista. Contudo, percebe-se que na grande maioria das decisões, conceituadas como ativistas, bus-

cou-se uma nova interpretação com a finalidade de efetivar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Hesse (1991, p.15), justifica a postura ativista dos julgadores:

A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Por fim, constata-se que o Poder Judiciário pode exercer um papel relevante no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais, convertendo o falso caráter programático dos direitos sociais em direitos concretos, pois o Poder Judiciário mostra-se um campo de buscas e lutas, pelos direitos (CASTRO; MAIA). Para Peixinho (2008, p.14), “a judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos”.

Continua o ilustre Peixinho (2008, p.14), ao afirmar que,

O tema judicialização da política ou politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do Poder Judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do checks and balances.

Neste viés, a evolução do constitucionalismo, demonstra a necessidade de preceitos constitucionais para a concretização dos direitos fundamentais, para a fruição de dignidade humana, mínimo existencial, vedação do retrocesso social e todos os demais direitos assegurados pelo ordenamento jurídico constitucional. Assim, o ativismo pode ser visto sob diversos ângulos, por aqueles que o defendem como um meio de concretização de direitos, que na grande maioria são direitos fundamentais e por aqueles que afirmam que o ativismo judicial fere a separação dos poderes.

Neste sentido, Zeni (2007, p.133), defende “a possibilidade dos juízes atuarem como legislador positivo para salvaguardar Direitos Fundamentais Sociais sem que sejam subvertidos os basilares da Democracia”.

Nesta senda, as eventuais interpretações realizadas pelo Poder Judiciário de forma ativista no sistema jurídico não é negativa - mas talvez tenham a finalidade de amenizar os problemas sociais do ordenamento jurídico brasileiro. Para Leal (2007, p.31):

Se há migrações pendulares de concentração do Poder Estatal neste particular, por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo, (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por vezes no Judiciário (em face das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico) isto não implica a negação (mas talvez a mitigação) do próprio modelo da democracia representativa [...] o cidadão que necessita do mínimo essencial para a sua sobrevivência, em virtude da omissão ou incompetência das autoridades públicas, não pode ser feito prisioneiro da discricionariedade e de uma visão arcaica do Princípio da Separação de Poderes. Assim, nos casos em que o Estado se mantém inerte, omissivo, o Poder Judiciário tem um papel a cumprir. Portanto, é necessária certa dose de ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais.

Dobrowolski (2011, p. 99), afirma que é necessária a atuação criativa do Poder Judiciário para ter soluções mais efetivas e a concretização dos direitos sociais.

A exposição procedida nos tópicos anteriores conduz à certeza, de que o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juizes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição da autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super-poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.

Garcia (2010, p. 102), ao tratar da judicialização da política, afirma que:

Não se deve prestigiar uma concepção restritiva de democracia, com contornos sobrepostos às instituições representativas e à vontade da maioria: a democracia deve assumir uma perspectiva mais ampla, estendendo-se à proteção da minoria, o que impedirá que seja ela oprimida pela maioria ou alijada do processo político. A política, assim, em não poucos aspectos, passa a ser vista com as lentes do Direito: é o que se tem denominado de judicialização da política. De qualquer modo, essa ampliação da atuação dos órgãos jurisdicionais não deve ser concebida como uma espúria intervenção em seara alheia, importando numa paulatina absorção da política (e da liberdade valorativa que lhe é inerente) pelo Direito. Trata-se de um reflexo inevitável da expansão do Estado e do aumento da confiança dos cidadãos, que alteram o palco de suas manifestações à medida que identificam a ineficiência daqueles que detêm a sua representação política.

E continua:

Com isso, não se tem propriamente uma transferência da soberania do povo para os juízes – concebidos como técnicos irresponsáveis e independentes –, mas, sim, a divisão de expectativas entre os distintos atores estatais, cada qual com sua importância na preservação do bem comum. O regular funcionamento do sistema democrático não significa, necessariamente, a satisfação de todas as aspirações do cidadão, em especial daquelas que encontrem amparo na Constituição, o que explica o aumento da confiança depositada na Justiça sempre que se intensifique a ineficiência das instituições políticas (Garcia, 2010, p.103).

Garcia (2010, p.104), antevendo futuras críticas a respeito do ativismo judicial, afirma que,

a politização dos juízes, diferentemente de sua partidarização, não tem como consequência imediata o comprometimento de sua imparcialidade, sendo absolutamente normal que um juiz interado das vicissitudes políticas mantenha-se equidistante das partes.

Desta forma, deve o juiz observar os padrões vigentes, abstendo de mostrar a sua opinião. A politização “não importa na assunção, pelos juízes, de tarefas da alçada exclusiva dos políticos, apresentando-se, em verdade, como um instrumento para a superação da ineficácia das estruturas políticas tradicionais”, nas palavras de Garcia (2010, p.104).

Na descrição de Cléve (2011, p.07):

[...] um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (consequente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento).

O ativismo judicial, é uma atuação proativa de interpretação da constituição, se faz presente quando da inércia do Poder Legislativo, deixando a mercê a efetivação das demandas sociais.

Diante do que se expôs o ativismo judicial não quer ultrapassar as suas competências, mas quer dentro de suas possibilidades, atuar de forma proativa para a maior concretização de direitos fundamentais, com a finalidade de atender as necessidades da sociedade. Em razão da inércia do Poder Legislativo e o Poder Executivo, os quais deveriam solucionar tais questões, cabendo assim ao Poder Judiciário a concretização dos mandamentos constitucionais. Streck (2007, p.54), afirma que:

no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanis-

mos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Como visto a inércia do Poder Legislativo tem dado espaço a expansão do Poder Judiciário, se propagando o ativismo judicial, o qual inova em sua interpretação e supre omissões.

Na concepção de Cambi (2008, p.97):

Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo [...] O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

Camargo (2009, p. 95), aponta que,

o direito tem que dar a cada um o que é seu, pautando-se em novos paradigmas jurídicos, afim de que se construa um ordenamento jurídico e um processo participativos, abertos e democráticos, com respeito abrangente e irrestrito aos direitos fundamentais.

Portanto, quando o Poder Judiciário atende as demandas sociais, através de sua intervenção como Estado-juiz o qual tem consciência política e formação política, esta se buscando a concretização dos direitos fundamentais por meio do ativismo judicial, tornando-se um meio fundamental ao acesso aos direitos fundamentais quando negligenciados pelo legislativo e executivo.

Todavia, em que pese esta postura ativista, em busca do bem comum, que na grande maioria são direitos sociais, não se tem uma posição pacífica quanto ao uso do ativismo judicial, quando analisado sob a ótica da tripartição dos poderes.

A partir da gradual conceituação do ativismo judicial e sua aplicação no Brasil, bem como o ativismo judicial como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma prévia fundamentação quanto à relação entre ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes.

3. RELAÇÃO ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme já demonstrado, o ativismo judicial recebe várias críticas, dentre elas a expansão da atuação do poder judiciário é a suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes, bem como a falta de legitimidade política.

Passa a seguir a analisar a superação do formalismo jurídico.

3.1 A superação do formalismo jurídico

O novo constitucionalismo do século XX, que se traduz na superação do formalismo jurídico, a lei norma, a qual representa a expressão de ideal de justiça. Na norma jurídica a lei traz em si uma expressão da razão, esta primeira ideia que tradicionalmente se entendida em relação à norma com uma expressão de justiça imanente ou uma razão.

Se a solução para os problemas jurídicos nem sempre estarão prontas na norma, vale disser que está se reconhecendo que em muitas situações que a norma não resolve por si só o problema. O juiz tem de ir procurar a solução para os problemas jurídicos em outro lugar.

E neste universo, que temos o papel do juiz e do intérprete, diga-se oficial que dá sentido a norma a qual era um papel lógico dedutiva em que ele identificava a solução que vinha prevista na norma e fazia com que esta solução incidisse sobre o caso concreto.

Este juiz modelo formalista era um juiz que não desempenhava um papel criativo, era um juiz que desempenhava uma função técnica de conhecimento identificando a solução prevista na norma e fazendo-a incidir sobre o caso concreto.

A verdade é que ao longo do século XX essas duas premissas que antes se assentava o direito e a função judicial, elas não subsistiram. Ninguém mais acha como regra geral que a norma jurídica seja a expressão de uma justiça. A norma jurídica é como regra geral a expressão de um interesse dominante a expressão da vontade em uma proposição jurídica e legitimada pelo poder coercitivo do Estado.

Portanto, a norma é a expressão da vontade da maioria e o juiz, em muitas situações, não dependerá apenas de uma função de técnica e conhecimento porque

em muitos casos a solução para os problemas não estará pré-pronta na norma, ela precisara ser construída na norma argumentativa.

O juiz em múltiplas situações, e sobretudo, na interpretação constitucional ele muitas vezes será um coparticipante do processo de criação do direito. Portanto, a superação do formalismo jurídico significa reconhecer que a lei nem sempre e a expressão de justiça, mas e a expressão do interesse dominante, e o juiz nem sempre desempenha apenas uma função técnica de conhecimento. Muitas vezes ele desempenha uma constituição criativa do direito, que a situação não estará pré-pronta na lei, ela precisara ser construída argumentativamente.

Hoje, interpretar todos os ramos do direito à luz da Constituição Federal, significa afirmar que a Constituição Federal vem mudando o sentido e o alcance dos valores e dos princípios constitucionais que se irradiam por eles, ou seja, ao juiz aplicar a norma jurídica estará aplicando a Constituição Federal.

O papel do Juiz não e mais uma função técnica de conhecimento ele e um coparticipante do processo de criação do direito, portanto este é o ambiente que opera a nova interpretação e que se aplica sobre tudo nos casos que a moderna teoria tem denominado de casos difíceis. Os casos fáceis, seriam aqueles que se encontra a solução pré-pronta na norma. O sentido da norma tem de ser realizado pelo juiz, neste ponto o ativismo judicial ajudou na eficácia e no processo judicial. Pode-se até falar em banalização dos princípios, mas não pode ser visto desta forma, pois pode ter havido um caso ou outro que o Supremo declarou julgar algum caso que não teria qualquer lógica jurídica (como uma briga de galo entre outros, que estaria ferindo a dignidade da pessoa humana).

Ocorre que a aplicação do ativismo judicial na dose errada é sim um problema. Portanto, não é excesso de judicialização, é escassez de boa política, o que precisa-se é ampliar o espaço da boa política e não propriamente reduzir o espaço do Judiciário. Porém, conclui-se claramente que com uma divisão politica adequada, o Judiciário deve ser deferente.

A judicialização não é uma carta branca para a arrogância do Poder Judiciário, para proferir decisões políticas, que como regra, devem ser tomadas por quem tem voto. Portanto quando existir uma decisão política legítima, o Judiciário concordando ou não concordando, deve respeitá-la e deve tratá-la com deferência. Mas onde existir a violação de uma regra do direito democrático ou um direito fundamental, mesmo que com a maioria, o papel do judiciário, nesse caso, vai ser contra ma-

oritário. O problema no Brasil é que o judiciário desempenha um papel contra majoritário. O que o judiciário tem desempenhado no Brasil, diante das deficiências da política ordinária um papel representativo, o judiciário muitas vezes faz o que o político não fez, e isso evidentemente é uma distorção. Não é correto que o judiciário faça, mas alguém tem de fazer. O ideal é que a política retome este espaço, mas é preciso ter cuidado, o judiciário deve ser deferente, ninguém na vida deve presumir de mais.

Passa-se a análise do poder de coercibilidade do judiciário com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3.2 Análise crítica do poder de coercibilidade do judiciário com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem adotado práticas sabidamente ativistas, onde recebe elogios, ora críticas. O Ministro Celso de Mello ao discursar por ocasião da cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do Tribunal, em 2008, ressaltou que “os três Poderes da República, sem exceção, devem respeito à Constituição, que não pode ser burlada por conveniência política ou pragmatismo institucional”. Continuando ainda que:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (<http://www.stf.jus.br/>).

O Ministro Celso de Mello assumiu que o Supremo Tribunal Federal exerce práticas ativistas e afirmou:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (<http://www.stf.jus.br/>).

Como bem mencionado pelo Ministro Celso de Mello, a postura ativista pelo Poder Judiciário é necessária; mas vale ressaltar que deve ser realizada dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que assim não ofenda a separação de poderes e demais princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Talvez a crítica mais reiterada seja a questão financeira, a qual se dá sob a análise da cláusula da reserva do possível. Observa-se que a exceção virou a regra, a qual vem sendo de forma indiscriminada alegada como defesa das procuradorias da União, Estado e Município. Visualiza-se, contudo, carece-se de uma análise mais profunda, pois a teoria da reserva do possível tem como objetivo justificar os elementos (direitos) deixados temporariamente de lado, ou seja, as “escolhas trágicas”, já que todos os direitos geram custos aos cofres públicos, principalmente os direitos sociais. Porém, sabe-se que atender a todos é uma tarefa hercúlea, e por isso o Estado faz escolhas, as quais constantemente implicam demandas judiciais por parte daqueles que foram prejudicados por tais escolhas.

Em decisão monocrática na ADPF 45, o Min. Celso de Mello, ressaltou que não se pode deixar para o Estado a escolha de implementar ou não, parte dos direitos fundamentais sociais, sendo que esta parcela mínima é o mínimo existencial para que tenhamos uma vida digna em sociedade, tendo o judiciário legitimidade para apreciar e julgar os casos concretos, *in verbis*:

“Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configura a hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas” (direitos constitucionais de segunda geração) (http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf).

Neste viés, não é incomum indagar-se acerca da figura do Estado como garantidor do mínimo existencial à sociedade, como sendo o núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais. Percebe-se, no entanto, por curial, que para se promover o cumprimento do mínimo existencial, bem como a efetivação dos direitos sociais, exige-se uma atuação positiva do Estado por meio da implementação de políti-

cas públicas, o que aliás, implica na necessária disponibilidade de recursos orçamentários.

Como se vê os direitos sociais, embora estejam atrelados a reserva do possível, dependem, em grande parte, da atuação do judiciário para que sejam efetivados, uma vez que o legislativo e executivo são omissos na concretização destes direitos.

Oportuno ressaltar, que esta alocação de recursos deve se dar de modo razoável e proporcional, quanto ao Poder Executivo quanto nas decisões do Poder Judiciário, ao ser instado a se manifestar no caso concreto.

Para exemplificar a tese aqui expendida, toma-se como exemplo o orçamento público de um pequeno município com orçamento de 12 milhões e que, tem sua reserva orçamentária na Saúde prevista em 15% deste orçamento, no valor mensal de cento e cinquenta mil reais. Supondo, que por força de uma decisão judicial, este pequeno município tenha que realizar uma cirurgia de cem mil reais, o que implica no gasto da quase que totalidade do orçamento previsto para o mês. Assim, na efetivação do mínimo existencial e na implementação das políticas públicas, é necessária uma prévia análise das condições do Estado ou do Município, sob pena de a extensão de um direito social, implicar necessariamente na violação de outros princípios constitucionais, de igual estatura, qual seja, a violação do princípio da reserva orçamentária.

Como bem mencionado no Recurso Extraordinário n. 342413/PR (<<http://stf.jusbrasil.com.br>>), que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”, o demonstra que deve-se sopesar a proporcionalidade e razoabilidade na efetivação dos direitos sociais.

Extrai-se da ADPF 45 (<http://www.sbdp.org.br>), que:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Portanto, o judiciário deve analisar o caso concreto para assim criar assim uma política pública adequada e eficiente, que esteja dentro do binômio da necessidade e possibilidade, sem gerar prejuízos ao coletivo.

Destarte, sem dúvida que com a maior intervenção do judiciário nas questões públicas, podem ocorrer exageros e medidas desproporcionais que, por muitas vezes, dependem de realocação de recursos para uma finalidade, com o comprometimento de algumas atividades. Para o cumprimento de uma ordem judicial, muitas vezes o ente público acaba por deixar de realizar uma série de demandas, para atender a uma só, que pode ser menos abrangente, como por exemplo a determinação judicial para a realização de uma cirurgia de um milhão de reais. Assim quando o judiciário usa o ativismo judicial de forma desproporcional estará ferindo a separação dos poderes.

Desta forma, o judiciário com base no seu poder de coercibilidade sobre os demais Poderes, deve atuar com base na razoabilidade e proporcionalidade, para que se mantenha a harmonia e independência dos três poderes. Portanto, quando houver omissões institucionais para a concretização dos direitos sociais se admite a intervenção do judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no aqui exposto, pode-se afirmar que o que se busca no ordenamento jurídico atual é uma maior colaboração entre os poderes. O Poder Judiciário está cada vez mais ampliando a sua competência na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo em razão da omissão e abusos perpetrados pelo Poder Executivo e Legislativo.

Não se quer afirmar que o judiciário esteja interferindo o espaço político dos demais poderes, pelo simples fato de que não se tem espaço em um sistema de cooperação de poderes. Na realidade, o judiciário está atuando de forma expansiva em razão da omissão e abusos perpetrados pelos outros poderes. Ou seja, sua atuação é substitutiva tão somente, agindo quando houver a violação de direitos.

Assim, se o legislativo e o executivo atuarem na efetivação dos direitos e realizarem a implementação de políticas públicas efetivas, não se terá a intervenção judicial. Do contrário frente à omissão e abusos dos poderes competentes, a atuação do judiciário se faz necessária para atender aos anseios da sociedade que

buscam a efetivação dos direitos assegurados pela constituição.

Nesta linha de raciocínio pode-se admitir que em virtude das omissões do Poder Legislativo e Executivo, abre-se ao Poder Judiciário legitimidade para atuar na concretização das normas constitucionais. Portanto, não está se rompendo com a clássica separação de poderes, quando o Poder Judiciário atuar somente na correção das omissões dos outros poderes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. STF. **ADPF n. 45**. Relator: Ministro Celso Mello, Brasília/DF, 29 abr. 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. STF. **Recurso Extraordinário n. 342413/PR**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paraná/PR, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/=14795226/recurso-extraordinario-re-342413-pr-stf>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Fernanda Barroso de; MAIA, Christianny Diógenes. **A efetividade dos direitos sociais e o ativismo judicial**. Disponível em: Acesso em: 22 fev. 2016.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed.: 2009. CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgakov Klock et al. (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 ago. 2015.

DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15778/14280>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

GARCIA, Edson. **Jurisdição constitucional e legitimidade democrática**: tensão dialética no controle de constitucionalidade. De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010. Disponível em:<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/32490/jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional_legitimidade_garcia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago. 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Trad. Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.4, p. 13-44, jul./dez. 2008. Disponível em:<<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3/3>> Acesso em: 10 fev. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Jose de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: O STF como arena de deliberação política**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Cliente/Downloads/ativismo_judicial_soares%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/ativismo_judicial_soares%20(2).pdf)>. Acesso em: 12 fev.2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

ZENI, Carine. **O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Revista Discurso Jurídico Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez 2007. Disponível em:<<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/217/103>>. Acesso em: 10 fev. 2016.