



YONE GONÇALVES DO NASCIMENTO

ATIVISMO JUDICIAL

ARAPONGAS
2019

YONE GONÇALVES DO NASCIMENTO

ATIVISMO JUDICIAL

Projeto apresentado ao Curso de Direito da
Instituição UNOPAR/Arapongas.

Orientador: Vinicius

ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR), como requisito parcial para a obtenção do título de graduado em Direito.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Titulação Nome do Professor(a)

Prof(a). Titulação Nome do Professor(a)

Prof(a). Titulação Nome do Professor (a)

Arapongas, dia de mês de 2019

NASCIMENTO, Yone Gonçalves. **Ativismo Judicial**. 2019. 26. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UNOPAR, Araçatuba, 2019.

RESUMO

O presente trabalho demonstrar ao leitor, acerca dos poderes Executivo e Legislativo, por clamor público, e se sobressaindo diante da lei positiva. Onde o Poder Judiciário se infla e ultrapassa os limites de sua competência constitucional para sanar as fraquezas ou insuficiências dos outros dois poderes. A monografia tem como objeto o estudo do ativismo judicial. Objetiva, pois, apresentar ao leitor os aspectos gerais, sociais e jurídicos, através da de uma pesquisa essencialmente exploratória, utilizando o método de abordagem dedutivo aliado ao procedimento monográfico e histórico, de caráter bibliográfico, com lastro em um conjunto consistente de teorias que dialogam entre si, tem-se a bibliografia de apoio citada, além de monografias, artigos científicos, artigos de opinião. Assim, a pesquisa valeu-se de revisão bibliográfica e documental, por sua natureza ser essencialmente teórica do estudo. Conclui-se o trabalho demonstrando acerca do entendimento e classificação do entendimento na jurisprudência dos tribunais pátrios de vários Estados, quando do julgamento do toma supramencionado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Constituição; Ativismo Judicial.

NASCIMENTO, Yone Gonçalves. **Judicial Activism**. 2019. 26. Course Conclusion Paper (Law Degree) - UNOPAR, Araçatuba, 2019.

ABSTRACT

This paper demonstrates to the reader, about the Executive and Legislative powers, by public outcry, and excelling before the positive law. Where the judiciary inflates and exceeds the limits of its constitutional competence to remedy the weaknesses or insufficiencies of the other two powers. The monograph has as its object the study of judicial activism. It aims to present to the reader the general, social and legal aspects, through an essentially exploratory research, using the deductive approach method combined with the bibliographical and monographic procedure, based on a consistent set of theories that dialogue. among them, there is the supporting bibliography cited, as well as monographs, scientific articles, opinion articles. Thus, the research used a bibliographic and documentary review, because its nature is essentially theoretical study. It concludes the work demonstrating about the understanding and classification of the understanding in the jurisprudence of the national courts of several States, when the judgment of the above mentioned judgment.

Keywords: Fundamental Rights; Constitution; Judicial activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TERMOS E ASPECTOS GERAIS	8
2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	11
3. O ESTADO DEMOCRÁTICO E A SOBERANIA DOS TRÊS PODERES	14
3.1. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	14
4. ATIVISMO JUDICIÁRIO.....	19
4.1. DA JUDICIALIZAÇÃO	19
4.2. DO ATIVISMO.....	21
5. CONCLUSÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS.....	22

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial se verifica, por motivo de descrença populacional, os poderes Executivo e Legislativo, por clamor público, e se sobressaindo diante da lei positiva. Onde o Poder Judiciário se infla e ultrapassa os limites de sua competência constitucional para sanar as fraquezas ou insuficiências dos outros dois poderes. A monografia tem como objeto o estudo do ativismo judicial. Assunto que está em grande notoriedade devido ao momento histórico e político-econômico que o Brasil se verifica.

É possível vislumbrar a importância do desenvolvimento da presente pesquisa no que tange a busca de conhecimento e exploração, pois o mesmo possui parca quantidade de conteúdo acadêmico, tal situação não é devida a sua relevância, pois tão somente a seu desconhecimento.

Também há abaloamento dos aspectos axiológicos e divergentes posicionamentos jurídicos. Será feita uma análise acerca da premissa utilizada como fundamento principal, a justificativa para o estudo, onde será analisado os riscos do instituto ativismo judicial e a indispensável limitação dessa prática frequente atualmente. Sob o enfoque da afronta, infringe e desrespeita o Estado Democrático de Direito o ativismo judicial?

O objetivo específico é averiguar, a divisão da soberania dos três poderes, pois é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que está estabelecido no artigo 2º caput da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. E deve ser respeitada diante do princípio da soberania, sempre com objetivo de coibir e prevenir qualquer tipo de afronta aos direitos humanos e fundamentais assegurados pela Carta Magna.

No que tange a metodologia do trabalho, este valeu-se de pesquisa aplicada, pois o mesmo proporcionou criação de estudo para aplicação de problemas dispostos na sociedade atual.

Enquanto aos seus fins a pesquisa, esta foi essencialmente exploratória, sob a ótica da natureza de seu método, foi preponderantemente qualitativa, utilizou-se de revisão documental e bibliográfica, pondo como fontes primárias, a doutrina e as normas nacionais e internacionais.

2 TERMOS E ASPECTOS GERAIS

O questionamento acerca dos poderes exercidos pelo Estado é incidente desde a idade antiga, com Platão e Aristóteles, sendo este o último precursor que defende a tripartição dos poderes ou atribuições do Estado, a qual encontra-se como expoente principal o francês Montesquieu, pelas formulações em sua obra “O Espírito das Leis”, no contexto entre idade moderna e contemporânea, marcada especialmente pela queda dos regimes e ascensão do Estado Liberal, quando começa a se discutir, também, em direitos ou garantias fundamentais (DALLARI, 2012).

Nesse primeiro momento os direitos considerados fundamentais, consistiam em ações negativas do Estado, ou seja, obrigações de “não fazer”, como a garantia da liberdade e da proteção à propriedade. Visão natural, visto que se tratava da superação ao estado absolutista, ou seja, autoritário, de modo que todos os avanços estimados, ainda que em prestações negativas, representaram um salto para humanidade. Com o passar do tempo passou-se a se exigir do Estado não somente ações negativas, mas também ações positivas, caracterizando um estado mais liberal.

Sendo de suma importância para compreender o presente estudo, visto que as bases fáticas e teses doutrinárias de Montesquieu quando formulou a clássica tripartição de poderes foram fortemente modificadas, de modo que a aplicação da construção teórica atualmente é em muito diferente da conceituada por ele.

Essas ações positivas estão constantemente sendo ampliadas, de modo que sequer existe equilíbrio doutrinário acerca de qual geração de direitos fundamentais está sendo assegurada no momento histórico atual, sendo incontroversa a existência de pelo menos três gerações de direitos fundamentais (DALLARI, 2012).

O alargamento das atribuições e deveres do Estado atingi também significativamente o modo de atuação do poder judiciário, na medida em que este é o meio de busca da efetivação dos direitos abstratos, seja pela expressa violação por parte do poder público ou terceiro, seja por omissão.

Apura-se a relevância sobre o assunto, após diversos escândalos de corrupção serem descobertos no país, culminando no *impeachment* da Presidente da República.

O poder judiciário tomou as redes de forma brusca na procura pela justiça, tomando para si postura ativista, tema pertinente no artigo científico. Ensejando vários doutrinadores quanto as suas diversas opiniões a respeito do tema, e constituindo debate inflamado na atualidade.

Dar-se-á um enfoque mais relevante no limite entre necessidade interpretativa/criativa e politização do direito que o judiciário deve ter para sanar as lacunas legais e manter-se atualizado, diante a ofensa à soberania dos demais Poderes e ao Estado Democrático de Direito. Um estado democrático de direito deve ter limites à atividade intervencionista estatal. Ademais a dimensão da natureza de contenção, com enfoque se existe uma moderação dos atos estatais, se pode ou não ultrapassar os limites da considerada competência constitucional.

Comparar, conhecer e analisar o ativismo judicial, e suas consequências sociais, e quais motivos significam afronta ao estado democrático de direito, que evidentemente deve ser limitado de acordo com o texto constitucional. Os pontos e aspectos conclusivos evidenciados, e por conseguinte, a estimulação à continuidade dos estudos e raciocínios sobre a aplicação do instituto do ativismo judicial sob o âmbito do princípio da soberania constitucional com desígnio de fornecer ao direito a égide necessária para efetivar o instituto de forma real frente aos direitos dispostos na Constituição Federal (DALLARI, 2012).

Estudar quais serão os aspectos conceituais e históricos do ativismo judiciário no Estado Democrático, sendo relevante o controle de constitucionalidade e seus surgimentos com as Assembleias Constituintes.

Apontamentos e descrição do surgimento e evolução do ativismo, e conceituação pacificada da doutrina e outras vertentes desse estudo de forma substancialista, e procedimentalista (DALLARI, 2012).

Discutir e descrever sobre aspectos axiológicos e posicionamentos favoráveis, e necessidade de coibição/limitação e prevenir a postura ativista, apesar de indispensável em certas ocasiões.

Verifica-se desde o começo da humanidade, observa-se a necessidade de viver em conjunto. Acreditando-se que caçar, procriar e se proteger tornava-se mais fácil à medida que o agrupamento aumentava. Com o transcorrer da história, esses pequenos núcleos seres humanos tornavam-se tribos, posteriormente vilas e, depois, converterem-se em pequenas cidades (DALLARI, 2012).

Desta forma, as inter-relações humanas ficaram mais intensas, por consequência iniciara-se pequenos conflitos, resolvidos pelo instituto da autotutela, vencendo o mais forte. A dimensão que a sociedade se desenvolvia e estipulava a materialização de seus princípios e costumes implícitos definidos, verificou-se, que tal maneira de resolução de conflito não poderia mais ser tolerada.

Por se tratar de matéria inteiramente relacionada ao Estado, cabe compreender preliminarmente, seu conceito e sentido, enraizando, em segundo momento, o núcleo da discussão.

O Estado é politicamente organizado. A nomenclatura “estado” (do latim status, que significa “estar firme”) é trazido pela primeira vez por Maquiavel, na obra “O Príncipe”, publicada em 1513, com significado de situação permanente de convivência ligada à sociedade política (DALLARI, 2012). No transcorrer dos séculos, a expressão foi sendo aceita em escritos pelos ingleses, alemães e franceses.

Nesse processo histórico, foram surgindo as primeiras distinções de relação de poder entre os indivíduos de um grupo. Depois, a implementação e sofisticação das técnicas de controle de massa deram raiz ao Poder Estatal, ocasião em que sujeitos seletos governavam o grupo do qual pertenciam (MALUFF, 2010).

A tese não se diminuía à questão de classificação, sendo mais importante a aplicação do nome “Estado” a sociedades políticas dotadas de certas características bem definitivas. Ressalva-se, no entanto, principalmente em analisar que esta denominação é válida às sociedades políticas que, com a superior, ativeram as regras de conveniência de seus membros.

Na tentativa de classificar o surgimento do Estado, inúmeras teorias foram criadas, dentre as quais sobressai-se três:

1) A teoria de Eduard Meyer e Wilhelm Koppers acredita que, desde que o homem vive sobre a Terra, os Estados, igualmente como a sociedade, sempre existiram, dotando-se de poder para decidir o comportamento de todo o grupo;

2) Uma segunda ordem de autores defendem que, por um período, a sociedade humana viveu sem o Estado e depois o constituíram por pretextos diversos, tendendo-se a compreender as necessidade ou conveniências em grupos sociais;

3) A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de adequadas características muito bem definidas. Autores partidários desta teoria, como o jurista Carl Schmidt, acham que o conceito de Estado é um conceito histórico concreto, que surge quando nasce a ideia de soberania, o que só ocorreu no século XVII.

Na compreensão de Kelsen (2013, p. 371)., o Estado se define como “uma unidade especificamente normativa e, de forma alguma, como uma concepção, de algum modo compreensível, mediante a legalidade causal”.

O pensador definiu essa teoria a fim de confrontar a teoria dos dois rostos de Georg Jelinek, que determinava o Estado como instituição jurídica e formação social. Jelinek afirma, ainda, que Estado é uma comunidade de homens que se encontram sob um poder soberano, enquanto Kelsen envolve os elementos do Estado com rigoroso sentido jurídico (KELSEN, 2013).

Como se pode notar, o Estado incidiu por diversas fases no decorrer de sua existência, o que alude a necessidade de melhor compreender sua evolução histórica. Estabeleceu-se, então, uma ordem cronológica, incluindo-se as seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

No início da teorização da separação dos poderes do estado em poderes específicos remonta à idade antiga com os estudos de Aristóteles (384-322 a.C), que protegeu a divisão de funções para o exercício do poder político. As três funções

enunciadas pelo filósofo eram qualificadas como: deliberativa, executiva e jurisdicional. Nesse sentido:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador criterioso deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, primeiramente o governo vai bem, e é das distinções entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo inclui todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 2019, p. 87).

No período Romano a percepção foi alterada somente de modo a harmonizar-se na sociedade estamentária da época, no que tange ao acesso aos órgãos constitucionais, que no espectro aristotélica deveria ser garantido a qualquer cidadão, enquanto que no ponto de vista romano encabeçada por Políbio (200-118 a.C) cada cidadão só poderia ter acesso ao órgão correspondente ao seu estamento social (PALASSI FILHO, 2016).

Visto que foi mantido a organização social estamentária na sociedade medieval, essa conexão permaneceu praticamente inalterada.

Com a solidificação dos regimes monárquicos absolutistas aparecem teóricos como Thomas Hobbes e Jean Bodin acreditando na concentração dos poderes no monarca, que seria restrito somente pelo direito natural. Antes a estes, durante o renascimento, Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, escreveu a teoria no qual o monarca repartia o seu poder político com o parlamento, ao passo que o poder judiciário necessitaria gozar de independência. Conveniente notar que para Maquiavel essa disposição consistia em um benefício ao rei e resguardaria o seu poder político, pois lhe ausentaria o encargo de decidir disputas entre grupos influentes e assim inventar oposição por decidir de forma contrária a algum destes. Nesse sentido, fundamental destacar as palavras de Dalmo Dallari:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas (DALALRI, 2012, p. 216).

O quadro só começa a ser fortemente estremecido, porém, haja vista o crescimento e fortalecimento da burguesia, com a Magna Carta na Inglaterra, que

cominou fortes limitações ao poder monárquico, para não restabelecer por completo, por meio da sua subordinação a um parlamento constituído pela vontade popular, sendo um marco básico na desconcentração de poderes (TALLARICO, 2013).

Importante trazer também John Locke, sendo o pai do liberalismo, que resguardar-se a existência de três poderes que compunham o governo: Legislativo, Executivo e Federativo, sendo que cominava uma proeminência ao poder Legislativo. Em suas palavras:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados (LOCKE, 2003. P. 76).

As ideias de Locke tiveram influência fortemente a Revolução Gloriosa (1689), a qual culminou com a publicação do Bill of Rights, que reafirmou o poder do parlamento previsto na Magna Carta. Nesta seara, destacável a lição de Comparato (1999, p. 322):

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

Esses ideais continuaram a ser difundidos e analisados na época e sem a menor dúvida desempenharam forte influência sobre Montesquieu, o principal expoente teórico quando se discursa sobre a separação de poderes, suas ideias a respeito da matéria são indispensáveis ao melhor entendimento da presente monografia, de modo que o seu estudo se dará em tópico separado.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO E A SOBERANIA DOS TRÊS PODERES

3.1. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A primeira concepção teórica do modelo tripartite de Estado provém de Aristóteles, na sua obra denominada “Política”, o filósofo diferencia três faces da utilização do poder estatal. Onde ao analisar o poder desempenhado pelo governante do Estado e suas peculiaridades, conseguiu identificar três aspectos necessários para o pleno exercício do poder, que são: criar normas gerais, executar normas, e julgar conflitos que provém da divergência normativa com as referidas regras gerais.

Há, portanto um método de separação simplificada do Estado, hoje denominados Executivo, Legislativo e Judiciário. Aristóteles evidenciou esses aspectos, mas não desenvolveu um conceito da tripartição governamental, esclarecendo exatamente suas distinções, funções e interações.

Cita Alexandre de Moraes, é totalmente vinculado:

Além disto, exercem todas funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. (MORAES, 2014, p. 427)

A doutrina defendida nos Estados modernos se demonstra branda diante da autonomia dos órgãos. Já para Montesquieu essas instituições seriam absolutamente autônomas. Utilizando-se de sistema menos rígido, considerando o relacionamento harmônico entre os poderes.

A jurisprudência caminha no sentido de que:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SÚMULA 7/STJ. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. NÃO INFRINGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação em que o recorrente alega que o acórdão do Tribunal Regional violou o princípio da separação dos poderes ao emitir juízo de valor no mérito administrativo da sanção imposta pelo Conselho Regional de Medicina.

2. A instância de origem decidiu a questão com fundamento no suporte

fático-probatório dos autos, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

3. A jurisprudência do STJ entende que o Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, além de aferir a legalidade dos aspectos formais do procedimento, pode anular ou reformar sanções aplicáveis à conduta do servidor quando contrárias aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada foi afastada no exame do recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional, tendo em conta a aplicação das vedações previstas nos citados verbetes sumulares. O Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, além de aferir a legalidade dos aspectos formais do procedimento, pode anular ou reformar sanções impostas a servidores públicos quando contrárias aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. É plenamente admitida no processo administrativo disciplinar a utilização de prova emprestada, extraída de feito em curso na esfera criminal. 4. Desde que devidamente fundamentado, o indeferimento de provas consideradas impertinentes ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos, a juízo da comissão processante, não macula a integridade do processo administrativo disciplinar. 5. Aplicação da pena de demissão com amplo lastro probatório, calcado não apenas nas escutas telefônicas devidamente franqueadas à comissão processante, por decisão do juízo criminal, mas nas diversas manifestações prestadas durante o depoimento de testemunhas. 6. A declaração de possíveis nulidades no processo administrativo disciplinar, segundo o princípio da instrumentalidade das formas (pas de nullité sans grief), depende da efetiva demonstração de prejuízos à defesa do servidor. 7. Segurança denegada. 5. Recurso Especial não provido. Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a)."Os Srs. Ministros Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Francisco Falcão." (STJ - REsp: 1762260 SP 2018/0159082-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/11/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2019)(BRASIL, 2019)

De outro lado, os três poderes possuem flexibilidade no referente às funções típicas e atípicas. E deve exercê-la sem prejuízo do princípio da separação.

Nesse sentido, corrobora Pedro:

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer a função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional. (LENZA, 2012, p. 482)

A função do poder legislativo no âmbito federal é exercida pelo Congresso Nacional, de forma bicameral, ou seja, duas Câmaras, a dos Deputados e o Senado

Federal. Sendo a Câmara dos Deputados órgão que representa o povo brasileiro.

Eleições nessa casa obedecerão ao sistema majoritário, que é eleito o representante que tiver maior número de votos (maioria simples), conforma artigo 46 da Constituição Federal de 1988. Em regra a função é elaborar leis para matérias competentes à União, que precisam respeitar regras do processo legislativo, previstas nos artigos 61 a 69 da Constituição Federal de 1988.

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I- sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II- plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III- Fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; 16

IV- planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V- limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI- incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;

VII- transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII- concessão de anistia;

IX- organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público Federal;

X- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

XI- criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

XII- telecomunicações e radiodifusão;

XIII- matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV- moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal. (BRASIL,1988)

Já o poder Executivo provém do sistema presidencialista que foi determinado pelo próprio povo brasileiro no plebiscito realizado em 1993, como foi estabelecido na Constituição de 1988. O presidencialismo tem certas características, como ser estruturado através da tripartição de poderes, com independência e harmonia entre eles, poderes presidenciais derivados do povo, pela eleição direta ou indireta. Possibilidade de responsabilidade penal e política do Presidente. O presidente representa o país sendo chefe de Governo e Estado simultaneamente.

Portanto, elucida Alexandre:

O Presidente da República, como chefe de Estado, representa o país nas suas relações internacionais, bem como corporifica a unidade interna do Estado. Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto de natureza

política (participação no processo legislativo), como de natureza eminentemente administrativa. Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa (MORAES, 2014, p. 487).

A doutrina liberal compreende que o Estado de direito é regulado por normas gerais e positivas, ou seja, possui limites. Conhecidas como fundamentais ou constitucionais, sendo o povo e o Estado subordinados dessas leis que previnem abusos e excessos cometidos no poder estatal e fora dele.

Para haver evolução estatal liberal para o Estado social de direito, houve uma ruptura do direito formal, neutro, individualista que se sustentava. Os maiores benefícios do sistema era a minoria populacional da burguesia que era a menor parcela financeira. Devido a isso houve a necessidade de modificação e evolução do estado social.

Como afirma Norberto:

[...] na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis (BOBBIO, 2004, p. 182).

Há uma semelhança termos estado democrático de direito com a junção dos termos e significação de estado de direito à justiça social. Sendo fundamentado no princípio da soberania popular, com participação da população nas decisões populares, buscando sempre principalmente os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Fazendo breve e exata mensuração da evolução estatal, conseqüentemente, passará para o Social, dirigindo-se ao Democrático de direito, que como anteriormente colocado, é recepcionado no artigo primeiro da Carta Magna de 1215:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito 10

Democrático da República Portuguesa (art. 2o) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10) (LENZA, 2012, p. 541)

Dessa maneira, como as constituições europeias, citadas pelo autor, a brasileira surgiu a mesma tendência de recepção dos artigos iniciais, para positivá-los no estado democrático de direito como sendo direitos fundamentais do povo. Para positivar o estado democrático de direito como escolhido para gerir a constituição amplamente.

4. ATIVISMO JUDICIÁRIO

4.1. DA JUDICIALIZAÇÃO

Superado a análise do arcabouço legislativo, frisa-se que a judicialização é um processo relativamente recente, datado dos fins do século XIX, como consequência da Revolução Francesa, que iniciou a implementação da jurisdição única e ampliação dos poderes dos juízes, nas palavras de Barroso (2009), considerando que o “Procedimento Civil moderno (...), seguindo sua concepção original, (...) primou pelo desaparecimento dos privilégios de classe e de casta”.

Os ideais revolucionários de liberdade e igualdade aproximaram, mesmo que a lentos passos, o poder Judiciário da sociedade, a que este seria o único que poderia resolver um agravo ou proporcionar um direito ora não concretizado ainda pelo poder público.

Movimento parecido trouxe a judicialização à evidência no Brasil, após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988. (BARROSO, 2009)

O legislador constitucional preconizou como base da Constituição de 1988 a dignidade humana, o acesso sem empecilhos à Justiça, a inafastabilidade da jurisdição e revigorou a importância do Poder Judiciário para a efetivação de garantias constitucionais, elevando-se a guardião das garantias e direitos humanos fundamentais e, literalmente, a última guarida para busca dessas prerrogativas.

A segunda grande causa, para Barroso (2009), foi “a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”.

De fato, é possível judicializar praticamente qualquer direito, dado o fato do caráter analítica da Constituição.

Para Barroso (2009) a terceira e última grande causa da expansão da judicialização, “é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo”.

Ora, qualquer pretensão poderá sempre passar pelo controle difuso (a ser realizado por qualquer juiz) e pelo concentrado (levada em ação direta ao STF e podendo ser proposta

Como define Barroso (2009):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Em uma análise mais aprofundada sobre o panorama da judicialização no Brasil, a Advocacia Geral da União (2012) se pronunciou no sentido de que: “não há elementos seguros para aferir a razão do crescimento numérico das ações judiciais em face da União, mas o sucesso quase certo dessas demandas, associado à interiorização da Justiça Federal, parecem concorrer fortemente para essa evolução”.

Obviamente o Judiciário é autorizado por normas jurídicas a proteger o cidadão, utilizando instrumentos pré-determinados em lei. Mas sua intervenção em políticas públicas deve ser sempre exceção, pois, conforme ensina Barroso (2009): “não se pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo”.

Para Barroso (2009):

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

O ideal, portanto, seria corrigir de imediato os problemas mais urgentes da saúde no Brasil, já que desse modo muitas dessas ações se tornariam inócuas por perda do objeto.

Como isto ainda não é possível, precisa-se julgar os processos de forma consciente, para garantir que, de alguma forma, o paciente seja sempre atendido quando necessitar, mas sem onerar excessivamente os cofres públicos, nem prejudicar a coletividade com gastos desnecessários.

Têm-se, portanto, a premissa de que seria necessário buscar um modelo de “contenção saudável” da judicialização, ou seja, pensa-se na diminuição dessas ações judiciais ou de seus custos sem prejudicar a garantia da saúde ao cidadão,

tanto aquele que depende das políticas públicas quanto o que precisou judicializá-las.

Diante de recursos limitados, critérios são necessários; o dilema moral que enfrentamos nestes casos não é um dilema exclusivo do juiz, mas também dos médicos, dos procuradores, do Estado e, principalmente, de todo cidadão.

Nessa esteira, propomos a seguir, brevemente, algumas alternativas e readequação de procedimentos em busca da “contenção saudável”.

Na busca do *diálogo* entre cidadãos, gestores, advogados, defensores públicos e Ministério Público, abre-se caminho para a formação de grupos de trabalho para levantamento de dificuldades e possíveis soluções (com auxílio da comunidade), audiências públicas ou assinatura de Termos de Ajuste de Conduta firmados junto ao Ministério Público, por exemplo.

Para Asensi (2013) ensina:

O TAC (...), como o próprio nome sugere, visa a garantir um direito ou um serviço público que se encontra insuficientemente satisfeito. Mais propriamente, este instrumento consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias para o exercício de um determinado direito, visando corrigir uma situação débil.

(...) Os membros do MP, ao compreenderem que as decisões em saúde devem primar pela celeridade, estabelecem expedientes e estratégias distintas para a utilização do TAC. A título de exemplos comuns na saúde, é possível destacar os seguintes: a) no caso da estrutura do hospital que não tem leitos suficientes, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, a partir de um certo período de tempo, a prover o número de leitos correspondente à demanda do hospital; b) no caso de um posto de saúde que apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, num determinado prazo, a obter uma quantidade de remédios suficiente. O Termo de Ajustamento de Conduta ainda goza de força de título executivo, ou seja, caso não seja cumprido no prazo determinado pelo gestor, o Ministério Público pode propor uma ação no Judiciário na fase de execução, o que demanda consideravelmente menos tempo do que uma ação comum, pois dispensa a constituição de provas, as audiências para instrução do processo, a sentença de mérito, etc.

O uso dessas ferramentas também denotaria economia de dinheiro público do ponto de vista da urgência: compras realizadas de um momento para o outro (como através da Justiça, por liminar) costumam ser mais caras do que aquelas planejadas e licitadas.

4.2. DO ATIVISMO

Sua evolução histórica se deu desconsiderando a comparação e a criação

judicial do direito e controle difuso de constitucionalidade. Tendo início nos Estados Unidos da América, mais especificamente em Nova Iorque, onde na SCA (Suprema Corte Americana) julgou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros de 60 horas semanais. Já que havia norma dizendo que a liberdade individual de contratar, a norma estatal era limitada e regulada o que era notória arbitrariedade, totalmente irrazoável.

Esse termo foi visto somente alguns anos após a prática do primeiro ato, em 1947. Onde numa publicação um historiador na entrevista para uma revista, diz que o nome de quatro juizes da época que eram considerados ativistas. E três seriam considerados “campeões de autocomedimento” que seria uma postura completamente contrária ao liame do ativismo judiciário. Devido a isso, foi estabelecido um aspecto fundamental do ativismo, como a indissociabilidade entre Direito e Política-Econômica no entendimento ativista.

Na citação de Teixeira elucidada:

Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os judicial activists entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador.⁸ Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador. (TEIXEIRA, 2012, p. 02)

Já Barroso afirma existir termo oposto ao ativismo, que é auto-contenção, que é quando o próprio judiciário reduz sua interferência externa nos demais poderes, e se atém a função expressa originária, prevista na Constituição Federal de 1988.

Tal proatividade do poder judiciário vem aprimorando cada vez mais o Estado, em voga no direito brasileiro. Devido à grande descrença na política nacional, relevante parcela da população dá mais credibilidade a esse poder. Transformando-o num protagonista no cenário nacional, tornando o ativismo jurídico real, intrigando estudiosos da área que se desdobram e debruçam no tema em suas teses de mestrado e doutorado.

Há duas correntes quanto as condutas tomadas pelos magistrados dentro da terminologia ativismo judicial. Que são as teorias procedimentalista e substancialista.

Na primeira é defendida a não invasão do campo político. Já os substancialistas os juízes não deveriam reconhecer valores substancialistas em suas decisões, atendo-se somente, com possibilidade de interferência na parte processual do direito.

5. CONCLUSÕES FINAIS

A princípio destacou-se que os direitos considerados fundamentais, consistiam em ações negativas do Estado, ou seja, obrigações de “não fazer”, como a garantia da liberdade e da proteção à propriedade. Visão natural, visto que se tratava da superação ao estado absolutista, ou seja, autoritário, de modo que todos os avanços estimados, ainda que em prestações negativas, representaram um salto para humanidade.

Ainda, tem-se os apontamentos e descrição do surgimento e evolução do ativismo, e conceituação pacificada da doutrina e outras vertentes desse estudo de forma substancialista, e procedimentalista.

Ressalvou-se, no entanto, principalmente em analisar que esta denominação é válida às sociedades políticas que, com a superior, ativeram as regras de conveniência de seus membros

Sobre a separação dos poderes, preceituou que início da teorização da separação dos poderes do estado em poderes específicos remonta à idade antiga com os estudos de Aristóteles, que protegeu a divisão de funções para o exercício do poder político. As três funções enunciadas pelo filósofo eram qualificadas como: deliberativa, executiva e jurisdicional.

Evidenciou que as eleições nessa casa obedecerão ao sistema majoritário, que é eleito o representante que tiver maior número de votos (maioria simples), conforma artigo 46 da Constituição Federal de 1988.

Ainda, as ideais revolucionários de liberdade e igualdade aproximaram, mesmo que a lentos passos, o poder Judiciário da sociedade, a que este seria o único que poderia resolver um agravo ou proporcionar um direito ora não concretizado ainda pelo poder público.

Por fim, proatividade do poder judiciário vem aprimorando cada vez mais o Estado, em voga no direito brasileiro. Devido à grande descrença na política nacional, relevante parcela da população dá mais credibilidade a esse poder.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Consultoria Jurídica Ministério da Saúde. Ago. 2012. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Ago/21/Panorama.pdf> . Acesso em 10 set. 2019

ARISTÓTELES. **A Política**. 14 Ed. Tradução Maria Aparecida de Oliveira Silva. Edpro. 2019.

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Physis vol.20 no.1 Rio de Janeiro. 2010.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. Florianópolis: 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

BARROS, Marco antonio de. **A busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Elsevier. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 set. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1762260 SP 2018/0159082-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/11/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2019. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685081234/recurso-especial-resp-1762260-sp-2018-0159082-8/relatorio-e-voto-685081247?ref=juris-tabs>. Acesso em 15 set. 2019

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Ativismo judicial**. São Paulo, 2009.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 9ª ed. Ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 11ª ed. São Paulo: 2012

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003. P. 76.

MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, Ed. Atlas. São Paulo. 2014.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008.

PALASSI FILHO, Arlindo. **A separação dos poderes: evolução teórica**. 2016. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-separacao-dos-poderes-evolucao-teorica/> Acesso em 02.10.2019.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade organizada**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol.1, Parte Geral, 6 ed. Ver.; atual. E ampl. São Paulo: RT, 2007.

TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. **História da Filosofia Ocidental: da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo**. São Paulo: D'Plácido, 2013. p.197.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Rev. direito GV vol.8 no.1 São Paulo. 2012