

O ATIVISMO JUDICIAL E O ENFRAQUECIMENTO DO PODER POLÍTICO: CRISE EFETIVA OU MUDANÇA PARADIGMÁTICA?

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE WEAKNESS OF POLITICAL POWER: EFFECTIVE CRISIS OR PARADIGMATIC CHANGE?

CELIO ROBERTO CORREA¹
DOACIR GONÇALVES DE QUADROS²

RESUMO

O objetivo neste artigo foi impulsionar uma reflexão teórica em torno da doutrina jurídica brasileira sobre o fenômeno do ativismo judicial. Recorrendo a pesquisa bibliográfica e ao método dedutivo com a análise conceitual e de reflexão procurou-se identificar as causas para o ativismo judicial e refletir se este processo intervenção intencional do judiciário no policy-makers se trata de uma crise dos poderes políticos ou se diz respeito ao fortalecimento do judiciário para a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados. A reflexão sobre o tema a partir da teoria crítica permitiu concluir que o ativismo político caracteriza uma mudança paradigmática no comportamento do juiz e foi desencadeada a partir do texto Constitucional de 1988. As questões sociais passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade, sobretudo ante a inércia dos poderes executivo e legislativo. As intervenções ativistas do judiciário procuravam fazer justiça ao mostrarem-se pontuais e atuaram, sobretudo, em matérias que envolveram riscos efetivos a saúde e a vida, ou ainda em outras questões sociais negligenciadas pelos poderes políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Crítica ao ativismo judicial. Crítica ao direito. Hermenêutica.

ABSTRACT

The purpose of this article was to promote a theoretical reflection on the Brazilian legal doctrine on the phenomenon of judicial activism. Using bibliographic research and the deductive method with conceptual analysis and reflection, we sought to identify the causes for judicial activism and reflect on whether this pro-

- 1 Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional de Curitiba - UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER, sob orientação do Prof. Doutor André Peixoto de Souza. Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Graduado em Direito pela Faculdade Internacional de Curitiba. E-mail: celiorc@yahoo.com.br.
- 2 Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Coordenador do Grupo de Pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER), Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

CORREA, Celio Roberto. QUADROS, Doacir Gonçalves de. *O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática?* Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 130-148, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7832>.

cess of intentional intervention by the judiciary in policy-makers is a crisis of political powers or concerns itself strengthening of the judiciary for the enforcement of constitutionally guaranteed rights. The reflection on the theme from the critical theory allowed us to conclude that political activism characterizes a paradigmatic change in the judge's behavior and was triggered from the Constitutional text of 1988. Social issues started to be object of effective demand by society, especially before the inertia of the executive and legislative branches. The activist interventions of the judiciary sought to do justice by being punctual and acted, above all, in matters that involved effective risks to health and life, or even in other social issues neglected by the political powers.

KEYWORDS: Judicial activism. Criticism of judicial activism. Criticism of the law. Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil a soma de direitos e garantias cuja efetividade é cobrada do Estado, sobretudo na figura dos poderes Legislativo e Executivo, mas que segundo Ferreira Filho (2007, p. 245) atuam de modo vagaroso, fazendo com que o Judiciário exerça com maior vitalidade as competências que lhe cabem, notadamente com relação à efetividade dos direitos e garantias previstos no texto constitucional.

É em torno desta situação entre os três poderes que nascem as críticas ao denominado ativismo judicial, o qual se destaca em razão da conduta do magistrado que promove uma interpretação das leis e da Constituição, a fim de resguardar o direito constitucionalmente previsto e pleiteado. As críticas dirigidas promovem questionamentos acerca da legitimidade democrática dos magistrados (vez que estes não foram conduzidos pelo escrutínio), a politização da justiça e a capacidade institucional do Judiciário. Ambas as críticas argumentam que o ativismo judicial está enfraquecendo a política e o processo democrático brasileiro como um todo. Por outro lado, os argumentos em prol da defesa do ativismo judicial se sustentam basicamente no fato de que a inércia dos demais poderes, sobretudo do Legislativo, acarreta visível descumprimento dos principais deveres sociais incumbidos ao Estado. (MARTINI e LESSA, 2017, p.5-24)

O propósito deste artigo é aguçar uma reflexão teórica frente a este debate sobre o fenômeno do ativismo judicial presente na doutrina jurídica brasileira. A questão que norteia a reflexão é se intervenção intencional do judiciário no *policy-makers* se trata de uma crise dos poderes políticos ou se diz respeito ao fortalecimento do judiciário para a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados? Partimos da hipótese de que no Brasil a partir do texto Constitucional de 1988 os direitos sociais passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade e as intervenções ativistas do judiciário são em questões sociais negligenciadas pelos poderes políticos. Há um progresso significativo no desenvolvimento de estudos sobre o ativismo judicial no Brasil, contudo a reflexão teórica proposta aqui se justifica por intencional tratar o tema do ativismo político a partir da teoria crítica e de uma mudança paradigmática no comportamento do juiz que além de aplicar a lei a atualizando de acordo com as necessidades sociais do momento ele procura fazer justiça (COELHO, 2004, p. 388).

Para atingir o objetivo proposto optamos pelo uso da pesquisa bibliográfica e ao método dedutivo com a análise conceitual e de reflexão para identificar como as doutrinas jurídicas selecionadas e tratadas nas próximas seções compreendem o fenômeno do ativismo judicial

e a sua intervenção sobre os *policy-makers*. Finaliza-se o artigo com a reflexão sobre a teoria crítica do direito e a mudança paradigmática que o referido sistema instaura no direito pátrio, e que permitirá compreender com maior clareza o fenômeno denominado ativismo judicial.

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Schonardie, Foguesatto e Leves (2018) construídos ao longo de várias gerações, os direitos sociais evidenciam o reconhecimento pelo Estado quanto aos direitos mínimos dos cidadãos, remontando conteúdo de cunho individual e coletivo como, por exemplo, o respeito pelo Estado quanto aos direitos individuais – primeira geração – até direitos reconhecidos na quarta geração e que tratam das questões envolvendo genética ou ao meio ambiente, notoriamente coletivo.

De qualquer modo, necessária a abordagem conjunta entre os direitos sociais reconhecidos em suas várias gerações e o fenômeno do ativismo judicial, o que se justifica porque uma é resultado da outra, ou seja, o ativismo judicial nasce em razão da inobservância pelo Estado quanto aos direitos reconhecidos ao longo da história.

Assim, resta necessário abordar o processo de construção das gerações para após elencarmos as razões que fomentaram o ativismo judicial.

Para Miguel Reale “[...] as diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova” (REALE, 2002, p.6) Não por acaso assevera Sarlet que na doutrina constitucionalista o conjunto de direitos humanos remonta historicamente o desenvolvimento e o reconhecimento dos direitos sociais, ou seja, das gerações de direitos, cada um deles condizente com o momento histórico em que foram desenvolvidos, somando e ampliando seu alcance protetivo. (SARLET, 2015, p. 459-488).

Ampliação protetiva que remonta o histórico construído ao longo de cinco gerações. Neste sentido, importante relembrar que a primeira dimensão reconhece o homem como sujeito dos direitos individuais, demarcando sua autonomia individual frente ao Poder Público, enquanto a segunda geração reconhece o trabalho do homem na sociedade e este como um ser social, fazendo jus aos direitos sociais, econômicos e culturais, ampliando ainda mais o sentido do *welfare state* (COELHO, 2011, p.182).

Para Cavalcante Filho, a primeira geração de direitos é caracterizada pela imposição ao Estado do dever de respeito aos direitos individuais, exigindo do Estado uma obrigação de não fazer, essa consubstanciada na impossibilidade de promover qualquer ofensa aos referidos direitos. Ao contrário, os direitos de segunda geração impõem ao Estado uma obrigação correspondente ao dever de fazer, ou seja, de entregar aos grupos sociais desprovidos direitos como educação, saúde e segurança pública, reduzindo assim as desigualdades (CAVALCANTE FILHO, 2010, p.12)

A terceira dimensão reconhece a constitucionalização dos direitos da cidadania (homem como ser humano e cidadão), onde a base ética é formada por solidariedade, fraternidade e

a caridade, reconhecidos de titularidade coletiva ou difusa, e impõe necessidade de observar um meio ambiente que proporcione vida digna efetiva. Daí a preocupação com os direitos ambientais, valores como a paz e a autodeterminação dos povos, qualidade de vida, comunicação e preservação do patrimônio histórico e cultural (COELHO, 2011, p.183).

Bobbio ressalta de forma clara essa construção histórica que remonta os direitos sociais do homem, construída de forma gradual. Aduz o autor:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema — sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer — do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem e um problema mal formulado: a liberdade religiosa e um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004, p.9).

A doutrina reconhece aos direitos da terceira geração a característica de transindividuais, ou seja, pertencem a todos os cidadãos, mas não podem ser reconhecidos como sendo de qualquer um deles isoladamente. Exemplos relevantes dessa geração seriam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a paz e o direito de desenvolvimento (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Bobbio por sua vez ressalta igualmente a questões envolvendo o meio ambiente:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (BOBBIO, 2004, p.9).

Uma vez mais o Direito Constitucional viu-se imbuído de incorporar novas ampliações, haja vista que o homem é atualmente detentor de direitos virtuais e bioéticos que ampliaram exponencialmente as discussões jurídicas para uma esfera global, correspondendo efetivamente como quarta e quinta gerações de direitos humanos (COELHO, 2011, p.183).

Todavia, não existe consenso acerca dos direitos reconhecidos como de quarta geração, de modo que alguns doutrinadores reconhecem a engenharia genética, enquanto outros se referem a luta pela participação no processo democrático (CAVALCANTE FILHO, 2010, p.12).

O advento do Estado do Bem-Estar Social reverteu partes importantes dos postulados básicos existentes no Estado de Direito e por consequência, também o Judiciário tem suas atribuições alteradas, passando a analisar as medidas tomadas e a concretização dos resultados perseguidos pelo Legislativo (FERRAZ JR, 1994).

Mudança de postura imposta ao Judiciário que, sobretudo em razão da divisão clássica de poderes imposta, limitava-se a respeitar as condições sociopolíticas do século XIX. Cenário esse que seria alterado em razão da sociedade tecnológica e do Estado Social, os quais cobravam do Judiciário a desneutralidade, e do juiz o exercício de uma função sociopolítica, ou seja, uma responsabilidade prospectiva e preocupada com a finalidade política. Nesse novo cenário, o juiz é agora igualmente responsável pelo sucesso político dos demais poderes, inclusive atuando na correção de eventuais equívocos que possam destoar do cunho social perseguido pelo Estado (FERRAZ JR, 1994, p.12-21).

De fato, simples leitura a partir do texto Constitucional evidencia esse caráter generoso de direitos e garantias. Para Sarlet:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu um elenco generoso (na ocasião, possivelmente, sem precedentes e paralelos no constitucionalismo contemporâneo) de direitos sociais e direitos dos trabalhadores no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de um conjunto de princípios e regras versando sobre matéria econômica, social, ambiental e cultural nos títulos da ordem constitucional econômica e social (SARLET, 2015, p. 461).

Modelo que cobra, no entanto, efetivo empenho dos poderes na União, sob pena de descumprimento das previsões consignadas no referido texto constitucional.

Nesse sentido, Moura ressalta que “[...] no Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário” (MOURA, 2016, p.638).

Para Oliveira,

A concepção de ativismo, por sua vez, está jungida a uma efetiva participação extensiva e vigorosa do Judiciário na consolidação dos valores e fins preconizados constitucionalmente. É uma interpretação proativa da *Lex Fundamentallis* que propicia uma releitura de seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas (OLIVEIRA, 2017, p. 3)

Para Silva, é muito clara as razões que justificariam as decisões prolatadas pelo Judiciário, vez que se evidencia na sociedade contemporânea um déficit de dignidade que vê no Judiciário como destinatário das frustrações sociais, mormente por ocasião da efetivação de direitos que fundam o núcleo essencial. Assim, quedando inerte o Estado em suas obrigações, o poder Judiciário é chamado a intervir na garantia do mínimo existencial (SILVA, 2017, p.14-28).

Oliveira chama atenção ainda para o fato de que no Brasil também o fenômeno da judicialização se deve em grande parte ao próprio texto da Constituição, uma vez que possui um texto analítico abrangente, e que ao constitucionalizar as matérias por meio da interpretação

se retira automaticamente estas questões do âmbito da política, convertendo-as em norma constitucional. Segundo Oliveira outro fator de sustentação deste fenômeno seria o sistema híbrido de controle de constitucionalidade que permite a qualquer magistrado proclamar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o que faz com que novas insurgências sejam submetidas ao crivo do judiciário e fomentando ainda mais o protagonismo. (OLIVEIRA, 2017, p. 2)

Para Martini e Lessa, a ineficácia do Estado em gerir a saúde pública é que promoveu o fenômeno do ativismo judicial, vez que frente a inércia dos demais poderes, ao menos um dos poderes restou sensibilizado para temática tão importante, diga-se, essencial para alcançar o bem-estar e justiça sociais (MARTINI e LESSA, 2017, p.5-24)

As expectativas e pressões sobre a celeridade na implementação, assim como a expansão de direitos já reconhecidos a determinadas categorias, ou mesmo a efetividade de direitos recai sobre o Judiciário. É nesse sentido que advém o denominado Estado-providência, força motriz do ativismo judicial que leva os juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, os limites que são impostos pelo próprio ordenamento jurídico (RAMOS, 2015, p.286) Assim, orientados pelas constituições que passaram a prever e tratar dos direitos fundamentais, os juízes se permitem a dar o devido tratamento e atenção aos respectivos direitos. (BARBOZA, 2014, p.85).

Entendimento não distante da conclusão capitaneada por Coelho ao afirmar a necessidade se considerar não apenas o cumprimento das regras de conduta existentes na sociedade a qualquer preço, mas também as conseqüências da sua aplicação, o que nomeia como sendo justiça efetiva. Isto porque,

[...] se existe uma finalidade da justiça, ela se resume no binômio dignidade/solidariedade, o que vale tanto para o homem comum, o cidadão que sente a injustiça na própria carne, quanto para aqueles a quem a sociedade delegou a tarefa de distribuição da justiça, o que importa em torná-la efetiva em todos os setores da vida humana individual e coletiva (COELHO, 2001, p. 147).

Síntese que se extrai do entendimento apresentado por Herknhoff ao afirmar que

Não pode haver autêntica prevalência do Direito, se o Direito não se dirige a realizar a Justiça Social. Não se pode pretender verdadeiro Desenvolvimento se este não é centrado na Pessoa Humana, se seu endereço não é a construção de uma sociedade na qual as pessoas humanas que a integram possam realizar suas potencialidades existenciais (HERKNHOFF, 2004, p.116)

Para Barroso,

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009, p.6).

Barroso justifica a atuação do Judiciário, sob o argumento de que o ativismo judicial está ligado a uma participação protagonista do Judiciário na concretização dos direitos constitucionais (BARROSO, 2009, p. 6).

Entendimento não muito distante daquele apontado por Oliveira ao asseverar:

[...] como sendo uma atitude, um modo proativo de interpretação, sobretudo da Carta Política, para disciplinar uma situação que não foi disposta por norma alguma, ou que foi disposta, mas que já não mais atende à realidade fática demandada pelos interessados que necessitam de um provimento jurisdicional.(OLIVEIRA, 2017, p. 3).

Ato contínuo ressalta Oliveira a necessidade de se ter em mente que não existe um conjunto infundável de soluções prontas para todo e qualquer conflito fático apresentado ao judiciário que precisa entregar a prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo em que é preciso considerar o fato de que o Judiciário também não pode estar limitado aos exatos termos e expressões consignadas no texto normativo, muitas delas subjetivas e ambíguas, ou mesmo as situações de lacunas normativas. Ambas situações a exigir do magistrado uma atuação política do julgador, criando soluções ainda não concebidas pelo legislador, obedecidos sempre os limites da razoabilidade, extrema observância ao texto da Constituição, sem perder de vista que deve evitar situações de insegurança jurídica ou ferir a separação dos poderes (OLIVEIRA, 2017, p. 5)

Conforme ressalta Baquero e outros, a inércia dessas instituições democráticas, ou seja, este mau funcionamento coloca em risco a credibilidade deste sistema não apenas em razão da desconfiança dos cidadãos quanto a necessidade de existência do sistema em si, mas também quanto a existência dos partidos políticos. Segundo Baquero

Paradoxalmente, o fortalecimento da democracia representativa no Brasil, abalada que está pela inépcia da elite política na sua atuação política e institucional, passa pelo fortalecimento das instituições, que existirá na exata medida da mudança de práticas e hábitos políticos social e culturalmente arraigados em toda a sociedade (BAQUERO, 2018, p. 102).

É o que acontece em relação a instituição judiciária, chamada a intervir em várias questões sociais. Por fim, de suma importância apresentar as conclusões de Mazarotto e Quadros (2018), a qual ressalta que a denominada construção de uma sociedade justa se dá pelas várias instituições que a compõe, as quais são responsáveis diretas pela disseminação e a prevalência de um cenário de igualdade, sobretudo a partir do momento em que o Estado assume as tarefas de cunho assistencialista, mirando a todos sem qualquer distinção. Entretanto, as falhas de gestão que surgem motivam a intervenção política do Poder Judiciário como forma de implementação efetiva dos direitos previstos, vez que sua função primeira é justamente promover integralmente as previsões dispostas no texto constitucional. Trata-se, portanto, de um instrumento de efetivação de garantias e inclusivo, diga ainda (MAZAROTTO e QUADROS, 2018, p.156-178).

Assim, apresentada fatos e argumentos que justificariam a intervenção do Judiciário, convém apresentarmos os argumentos contrários à intervenção, objeto do próximo tópico.

3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Um dos maiores questionamentos feitos ao modelo intervencionista protagonizado pelo Judiciário seria a legitimidade democrática, vez que, teoricamente, faltaria aos personagens o requisito necessário para validar suas decisões, ainda que essas atendam diretamente aos

interesses dos cidadãos. De fato, muito embora juízes, desembargadores e ministros não sejam agentes públicos eleitos, ainda assim desempenham poderes políticos, na medida em que acumulam forças para inclusive invalidar atos dos outros poderes, mesmo que esses dois órgãos estejam representados pelo Presidente da República ou pelos membros do Congresso Nacional em sua totalidade (BARROSO, 2009, p.1-29).

Em que pese ser considerado como o terceiro e menos importante dos três poderes apresentados pelo modelo clássico de divisão, a importância do Poder Judiciário é inquestionável quando analisada sob o prisma das liberdades e direitos individuais, da qual é sem dúvidas o seu principal garantidor (FERREIRA FILHO, 2007, p. 245). Herknhoff é muito claro ao asseverar que

[...] não pode haver autêntica prevalência do Direito, se o Direito não se dirige a realizar a Justiça Social. Não se pode pretender verdadeiro Desenvolvimento se este não é centrado na Pessoa Humana, se seu endereço não é a construção de uma sociedade na qual as pessoas humanas que a integram possam realizar suas potencialidades existenciais (HERKNHOFF, 2016, p.116).

Nesse sentido, aliás, Cambi assevera que efetivamente o direito não se resume a lei, vez que dele não se pode extrair um conteúdo decisório pré-estabelecido, e a Constituição brasileira direciona o processo como um todo para um viés de discussão e argumentação, de modo a extrair do ordenamento jurídico a melhor resposta possível aos problemas sociais. Conforme bem ressalta o Cambi, “[...] em países de modernidade tardia, como o Brasil, não é satisfatório que o Judiciário deixe de efetivar os direitos fundamentais, ficando à espera da indefinida atuação do legislador” (CAMBI, 2012, p.88).

Ao tratar especificamente do Poder Judiciário e suas garantias, Ferreira Filho lembra que incumbe ao judiciário a função de fazer justiça, mas que no atual Estado moderno essa tarefa se confunde com a aplicação das leis. Assim, aceitar o Judiciário como mero aplicador de regras, em que pese ser esta sua essência, significaria torná-lo limitado, sobretudo por ocasião da análise de casos concretos que demandam atenção especial, limitando-o a função administrativa (FERREIRA FILHO, 2007, p. 248-249). Assim:

[...] o respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o protagonismo judicial responsável. É importante salientar que sua utilização não implica o incentivo decisionismos ou voluntarismos, nem tampouco ao retorno à Jurisprudência dos Valores. Ao contrário, pretende-se salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que obstruir os empecilhos contrários à realização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2012, p. 93)

Conforme assevera Alberto,

[...] se, em primeiro momento, a lei figurava como parâmetro seguro de definição das questões sociais, com o incremento da complexidade social tornou-se insuficiente, o que demandou atuação ativa do Poder Judiciário, realizando, ainda que de forma contramajoritária, os valores insertos na Carta da República (ALBERTO, 2012, p.42).

Não por acaso já anunciava Hespanha que a nova configuração mundial e a revolução científica, bem como a valorização da diversidade, do pluralismo de sociedades, da igualdade, de grupos portadores de diferenças (culturais, vivenciais, capacidades físicas e intelectuais),

profissionais, políticas, etc, imporria ao modelo vigente aceitar novas formas de construção da democracia e de novos paradigmas para o direito, tornando-o efetivo (HESPANHA, 2013, p.63)

Nessa toada, Alberto ressalta de forma muito clara e contundente que não cabe ao Supremo Tribunal Federal ou alternativa senão pronunciar-se sobre questões controvertidas, de modo que não o fazendo, estaria fomentando um modelo que lhe impõe atuação limitada, nos exatos termos do modelo original que lhe fora desenhado (ALBERTO, 2012, p.43).

De qualquer forma, não bastassem os argumentos dispostos acima, a doutrina também justifica o poder decisório dos magistrados sob duas vertentes, sendo uma delas normativa e a outra filosófica.

A primeira delas evidente no fato de que a Constituição Brasileira, assim como as demais nações que adotaram o regime democrático, reconhecem uma parcela de poder político ao Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal (STF). Mesmo os demais agentes públicos não eleitos pela via eleitoral, também, os detém. De qualquer modo, é certo que ao aplicarem as leis, os magistrados estão efetivamente concretizando decisões tomadas pelos legisladores, ou seja, os representantes do povo, em que pese a necessidade de se considerar que os magistrados e Tribunais não desempenham atividades meramente mecânica (GRAU, 2002, p.64).

Quanto à justificação filosófica, essa é fruto de duas vertentes, a saber, o constitucionalismo e a democracia, conforme ensina Barroso:

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes (BARROSO, 2009, p.11)

Referida medida retrata a postura do magistrado que decide a questão posta de forma ampla e proativa, mas interpretando sempre o texto Constitucional, indo além do legislador ordinário. Referida iniciativa se traduz num efetivo mecanismo que possibilita "contornar" uma situação criada pela inércia ou ineficácia daqueles que estão inseridos no processo político (BARROSO, 2009, p.1-29). Aliás, Barroso em outra de suas obras afirmava:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais (BARROSO, 2005, p. 51).

De fato, parece evidente o papel do juiz na materialização dos direitos fundamentais.

Convém ressaltar agora a existência de outras duas críticas direcionadas ao ativismo judicial. A primeira delas seriam os riscos da politização da justiça.

Para Ferraz Júnior, é no Estado de Direito que o juiz é desviado de sua função administrativa como de qualquer funcionário público, para incorporar a expressão de força originária do Estado. Aqui nasce a sua liberdade e independência, ao passo em que o Estado, seus funcionários e demais agentes públicos passam a responder civil e administrativamente por danos causados ao cidadão, cuja incumbência é do magistrado. Daí também o nascimento da necessária imunidade do juiz pelos seus atos, o que fomenta a necessária parcialidade e que reforça sem qualquer margem de dúvidas a segurança jurídica (FERRAZ JR, 1994, p.12-16).

Invocamos uma vez mais o magistério de Ferraz Júnior para lembrar que a chamada desneutralização política do judiciário o lançou e o expôs como um todo na mídia, evidenciando um conflito que considera as responsabilidades e a independência da magistratura, chegando a conclusão de que o sistema legal está a serviço da implementação de valores sociais. Com efeito, este marketing atinge diretamente o judiciário, de modo que mesmo a sua neutralidade em determinados acontecimentos é explorada politicamente, de modo a formar consenso popular, reduzindo o direito a simples condição de um objeto de consumo e que o faz perder a prudência (FERRAZ JR, 1994, p.16-21). Nesse sentido Ferraz afirma que:

Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde seu sentido de prudência, por sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento (FERRAZ JR, 1994, p.19).

Outro fato de relevância que deve ser considerado é que a partir do Estado Social surge a figura do chamado princípio da liberdade positiva, onde todos passam a ter assegurada a igualdade de acesso a plena cidadania, cuja implementação é rapidamente cobrada dos poderes Legislativo e Executivo, mas as conseqüências também atingiriam o Judiciário, bem como alterariam o papel deste último (FERRAZ JR, 1994).

Significa dizer que a partir de então o Judiciário é, também, responsável pela concretização dos direitos sociais, assumindo responsabilidades que caberiam inicialmente apenas aos demais poderes. Acerca da politização Cappelletti acentua.

Efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. [...] Não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma pre-estabelecida, clara e objetiva, na qual pode base-ar sua decisão de forma 'neutra'. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

Segundo o magistério de Cappelletti, inicialmente apenas os Estados Unidos não teriam oferecido resistência quanto a assumir as responsabilidades impostas pela politiza-

ção que era considerada inicialmente um fardo demasiadamente pesado, mas que o dever de cumprimento ao disposto nos respectivos textos exige conduta mais contundente, de modo a fazer com que o Estado – na pessoa dos poderes Executivo e Legislativo cumpram para com as suas obrigações (CAPPELLETTI, 1993, p. 46-47)³.

Para Barroso, os movimentos dos Tribunais no sentido promoção de decisões construídas argumentativamente são perfeitamente válidos, vez que não existem soluções prontas para todos os problemas que surgem, assim como a inexistência de independência absoluta do direito em relação a política.

Acerca dessa temática, Ferreira Filho afirma que a politização detém relevante apoio na política nacional, vindo daqueles que perseguem um modelo de “controle externo” do Judiciário, como forma de punição dos excessos cometidos. Efetivamente, entende o doutrinador que esta seria uma tentativa de impor ao Judiciário um padrão politicamente correto de suas decisões, sobretudo, porque não são os juízes eleitos pelo povo, mas deveria ser controlado pelos representantes do povo (FERREIRA FILHO, 1994, p. 1-17).

Risco que não pode ser efetivamente afastado, conforme ressalta Barroso, incumbindo ao magistrado o dever de observância aos limites existentes, sem deixar de cumprir os deveres de proteção aos direitos fundamentais, incorrendo em resultados injustos (BARROSO, 2009, p. 1-29)

Outro risco apontado pelos críticos seria a capacidade institucional do Judiciário. Neste sentido, Barroso esclarece que ambos os poderes o exercem, impedindo assim que surja uma espécie de instância hegemônica que traga riscos a democracia. No entanto, ressalta que no modelo constitucional em vigor a palavra final no que diz respeito a interpretação das normas constitucionais seja do Judiciário, não significa dizer que todas as matérias devam efetivamente decididas por ele. É o que acontece por ocasião da análise de demandas envolvendo rigor técnico ou científico onde o Judiciário irá privilegiar os entendimentos apresentados pelo Legislativo e Executivo, ou a título de intervenção atuar como limitador em razão de decisões extravagantes que comprometem questões mais relevantes, como é o caso, por exemplo, do sistema público de saúde. Em suma, reserva atuação limitada e apenas em casos onde sua atuação necessária (BARROSO, 2005).

Exemplo prático desta aplicação tem-se em relação ao julgamento do caso Cesari Battisti, no qual a capacidade institucional restou diretamente abordada pelo STF, que declarou-se incompetente, reconhecendo a competência e a capacidade técnica do Executivo para decidir sobre o processo de extradição⁴.

Tem-se com isso, fundamento suficiente para se entender pela funcionalidade do sistema, capaz de reconhecer e balizar competências de julgamento limites de poderes decisórios. Mesmo porque, as circunstâncias que ensejam o ativismo judicial devem ser reconhecidas como solução dotada de caráter de provisoriedade, e que deve ter seu uso aplicado de modo eventual e controlado, e que a expansão do judiciário não deve perder de

3 Além do dever de cumprimento previsto por Cappelletti, também, é fato que é defeso ao magistrado furtar-se ao seu dever legal de entregar a prestação jurisdicional, sobretudo quando tratar-se de direitos assegurados constitucionalmente.

4 Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição Avulsa de Extradicação nº 1085. PETIÇÃO Avulsa na Extradicação n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luis Fux, p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

vista a mau que atinge a democracia brasileira, que é a crise de representatividade do poder legislativo (BARROSO, 2005, p. 1-42)

Fato é que os partidos devem considerar os cidadãos como verdadeiros atores políticos e potencialmente participativos no que diz respeito as escolhas mais importantes da comunidade. Mais ainda, devem os partidos repensarem o papel que verdadeiramente lhe incumbe e o que tem cumprido efetivamente, este último, aliás, mais focado em interesses ideológicos e organizacionais do que o verdadeiro objeto, que é viabilizar os ideais que permeiam a democracia representativa (FACHIN e SILVA, 2017, p.239).

4 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA

Consoante assevera Ferrajoli, dois modelos de Estado de Direito são contabilizados no Estado moderno. O primeiro destaca-se pela existência de uma única fonte de direito que é a formal, ou seja, o Estado de Direito que bebe do princípio da legalidade e que consagra o entendimento juspositivista, enaltecendo e fortalecendo ainda mais o monopólio do Estado quanto a produção de regras normativas. Por sua vez, o segundo modelo evidencia a obediência pelo Estado quanto aos princípios e direitos fundamentais previstos no texto Constitucional, ao passo em que prega a divisão de poderes e igualmente a obediência a regra máxima pelos mesmos (FERRAJOLI, 2001, p. 31).

Acerca do fenômeno da Revolução Constitucional, Cappelletti pondera que na Europa a mesma só ocorreu em razão da compreensão que os direitos fundamentais exigem uma máquina judiciária para se tornarem efetivos, de modo que Cortes constitucionais foram criadas e processos constitucionais foram criados para fazê-los funcionar (CAPPELLETTI, 2001, p. 261).

Perceba-se que pontos importantes merecem atenção neste momento. O primeiro mais óbvio retrata a importância dada aos temas constitucionais e a sua promoção, enquanto o segundo, por sua vez, aponta a necessidade de se criar de uma estrutura judiciária especializada para efetivar os direitos assegurados a partir da Revolução Constitucional.

As constituições passaram a prever direitos fundamentais e um detalhe importante diz respeito ao fato de que, muito embora as mesmas existissem antes segunda guerra mundial, as primeiras eram reconhecidas apenas pelo caráter meramente declaratório, ao passo que no modelo atual é evidente proteção aos direitos humanos, além de atuar simultaneamente como limitador dos poderes legislativo e executivo, ou seja, como efetivo instrumento de controle de constitucionalidade (BARBOZA, 2014, p. 85).

No entanto, essa mudança não entrega de imediato os direitos previstos nos textos constitucionais, oportunizando a criação de um movimento crítico.

Conforme ressalta Wolkmer, esse modelo crítico evidencia um sistema relativamente novo inaugurado nos anos 60 na extinta União Soviética, e que passa a questionar de modo contundente o modelo juspositivista que reinava soberano nos meios acadêmicos e institucionais, desmistificando a legalidade da dogmática tradicional, ao passo que introduzia uma

análise sociopolítica. Com efeito, referido modelo consolidou-se na França na década de 70, expandindo-se para países como Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal (WOLKMER, 2015, p.44).

Referida crítica buscava a necessária sintonia das regras com a evolução percebida pela sociedade. Nesse sentido, aliás, Stein ressalta que a partir desta idéia de mudança de sociedade se extrai um paradigma antropológico de transformação do homem, que o conduz à liberdade frente aos determinismos naturais e históricos sociais. (STEIN, 1986:102 apud WOLKMER, 2015, p. 34). Acerca da crítica frankfurtiana Stein ressalta que:

Se caracteriza por pressupor que estamos todos sobre um plano em que há somente o humano. E é a partir desse plano que as questões se colocam. As questões do conhecimento não podem mais ser resolvidas através do apelo à natureza ou a explicações teológicas. A partir da destruição da idéia de consciência, da crítica dos modelos epistemológicos da relação sujeito-objeto, da recusa das teorias da representação, estas questões não podem mais ser resolvidas através de uma espécie de viagem para o interior, para a consciência. Não é por uma descrição de uma fictícia máquina mental-cognitiva que nós vamos resolver o problema do conhecimento. Teremos que resolvê-lo a partir da análise do que o homem produz: seu discurso, sua cultura, sua história (STEIN, 1986:113 apud WOLKMER, 2015, p.34)

Dito isso, Wolkmer assinala a necessidade de observação quanto a forma de conhecimento que a teoria crítica impõe, indagando se esta amolda-se ao conhecimento científico-observável ou de uma filosofia reflexivamente aceitável. (STEIN, 1986, p. 113 apud WOLKMER, 2015, p. 35). Resposta que é dada por Geuss ao asseverar que a teoria crítica tem como finalidade o esclarecimento e a emancipação, mas não a necessidade de confirmação empírica. Assim, são admitidas mesmo em razão do pesado crivo de avaliação que sofrem, mas que lhe conferem a característica de serem reflexivamente aceitáveis. (GEUSS, 1988, p. 92 apud WOLKMER, 2015, p. 34)

Falta de especificidade científica que não retira o modelo crítico e a característica de investigador social que lhe faz reconhecido e que o legitima em razão de múltiplos interesses de grupos reprimidos, provocando-os em sua autoconsciência. Assim, a teoria crítica tem o papel positivo de ideologicamente trazê-los a participar de um processo adequado de esclarecimentos e emancipação, o que atende as necessidades e interesses dos realmente oprimidos (GEUSS, 1988, p. 141-143 apud WOLKMER, 2015, p.35-36).

Para Coelho, esse engajamento não comporta discussões no campo das ciências sociais, sobretudo no campo do direito onde a justiça, o Estado e os valores são objetos de discursos ideológicos. Justamente por serem objetos criados pelo conhecimento, e sabendo que o conhecimento é transformado paulatinamente, o saber jurídico também o é, recebendo nova atribuição que é de promoção da crítica no sentido de prospectiva, ou seja, voltada para as necessidades futuras a partir da realidade social que vivencia naquele momento. Daí a importância da jurisprudência que ao considerar outras ciências em seu bojo permite uma leitura mais ampla e acertada das reais condições sociais. Conclui-se com isso, que a crítica ao direito traz em seu bojo o passado acumulado não com a intenção de incorporá-lo ao ordenamento como regra, mas como ferramenta que permite a estruturação, viabilizando a reconstrução do homem e da sociedade (COELHO, 2004, p. 383).

Para Wolkmer, a teoria jurídica crítica pode ser conceituada como:

[...] a formulação teórico-prática que se revela capaz de questionar e de se romper com o normativo que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso, no comportamento e no institucional) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras de prática jurídica (WOLKMER, 2015, p. 46).

Em verdade, o trabalho diuturno da teoria crítica é promover a evolução dos debates, de modo a contemplar maior gama de interesses que permeiam a sociedade. Neste sentido, aliás, Coelho ressalta que na visão da dogmática a crítica busca reescrever a teoria geral do direito, mesclando conceitos, experiência e dinâmica do direito, mas para o autor é necessário acrescentar ainda o papel do jurista na substituição de conteúdo normativo, de modo que este considere o contexto e a realidade social. Afinal, “[...] ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça” (COELHO, 2004, p. 388).

Perceba-se a partir do disposto acima que Coelho anuncia um novo papel confiado aos juristas, que é o de atualizar as normas de acordo com as necessidades sociais daquele tempo. Assim, referida teoria impõe um papel de extrema importância aos juízes, fazendo com que eles passem a observar com maior cautela não apenas a letra fria da lei, mas considerem em suas decisões as relações sociais que permeiam a sociedade e o caso em concreto. Em verdade, esta mudança paradigmática quanto a atuação dos magistrados, bem como a valorização da figura do juiz já havia sido apresentada por Carnelutti. Dizia:

É evidente que o juízo sugere a figura do juiz, em que a ciência do direito reconhece, cada vez mais, o órgão elementar do direito. Antigamente não se pensava assim. Durante muito tempo o juízo foi desvalorizado, em comparação a lei, e o juízo aparecia como um elemento de segundo plano, em comparação com o legislador. Não obstante, a verdade é que, sem o juízo, a lei nem poderia surgir nem poderia servir aos fins do direito. Em termos históricos, o juízo é anterior as leis: antes de criador das leis, o chefe se afirma como juiz; a formação primitiva das leis é o costume, e este supõe uma seqüela de juízos. Por outro lado, sem o juízo, a lei seria um mandato não cumprido e frequentemente inativo. [...] Não só a lei, mas também a sentença não são um produto jurídico acabado, isto é - sem metáforas -, não basta para alcançar os fins do direito. Para esse fim, o processo executivo é tão necessário como o processo de cognição (CARNELLUTI, 2015, p. 83)

Afirmção semelhante percebe-se na doutrina de Ferraz Júnior ao ressaltar que o estado de Bem Estar Social unificou Estado e sociedade, de modo que este último busca a efetividade de seus direitos cobrando do Legislativo e Executivo a materialização dos direitos prometidos. Novo cenário que exige do Judiciário a alteração de suas atribuições, que passa a laborar juntamente com os demais poderes na concretização dos sociais anotados (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21)

Assim, orientados pelas constituições que passaram a prever e tratar dos direitos fundamentais, os juízes acabam por parasse permitirem dar o devido tratamento e atenção aos respectivos direitos (BARBOZA, 2014, p. 85). Com efeito, esse modelo constitucional acaba por transferir ao juiz a tarefa de extrair direitos e garantias previstas em meio as regras abstratas do texto da constituição. Neste sentido:

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como

forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do common law, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional. Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto (BARBOSA, 2014, p. 92).

Igualmente ressalta Barroso o papel do magistrado, lembrando que um importante acontecimento do constitucionalismo é a ascensão institucional do Poder Judiciário em sua jurisdição constitucional, notadamente na judicialização de questões sociais, ou mesmo aquelas de cunho moral ou político, inclusive dotadas de certo grau de ativismo judicial. No entanto, pondera há de existir o zelo com relação a legitimidade que não pode extrapolar os limites institucionais, e sempre que não houver direitos fundamentais ou garantias em jogo, as escolhas devem primar por regras criadas pelos legisladores. Por fim, que tampouco deve a jurisdição constitucional suprimir a voz da sociedade, mormente porque o poder emana do povo e não dos magistrados (BARROSO, 2013, p.923-924).

Com efeito, não incumbe ao jurista o papel de manter plano normativo estático, mas sim atualizá-lo no sentido de incorporar as demandas e exigências da realidade social daquele momento, sobretudo ao magistrado, que não lhe cabe mais apenas aplicar a lei, mas sim, fazer justiça efetiva (COELHO, 2004, p. 388).

Efetividade que considera os anseios da sociedade, e reconhece que "Justiça que não é algo que possa ser reduzido a uma manifestação setorial do humano: ela não pode ser reduzida a um conceito, uma virtude, uma norma, um valor, um critério. Ela é um sentimento, uma emoção, uma paixão, algo que as pessoas vivenciam e que permeia tudo isso" (COELHO, 2011, p. 147).

Note-se, aliás, que a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro em seu art. 5º faz previsão expressa acerca dessa possibilidade de interpretação teleológica⁵, ou seja, a idéia de finalidade da lei que pode ser considerada pelo juízo, quer seja no preenchimento de lacunas ou mesmo para considerar as conseqüências advindas da sentença pro lata.

Siqueira Neto, por sua vez, ressalta não só a necessidade de observância pelo magistrado quanto as regras constitucionais, mas vai além para afirmar que uma nova função é reconhecida ao magistrado, esta consubstanciada na "ampliação da função do denominado Juiz Constitucional que passa de aplicador do direito constitucional a verdadeiros construtor da cidadania constitucional. Tudo, repita-se, sem desrespeitar a divisão de poderes, vez que, sua atuação é nos limites da Constituição e do Ordenamento Jurídico" (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297)

Mais ainda, "[...] há uma quebra de paradigma aqui, passando-se de decisão constitucional para construção constitucional, processo no qual, o juiz se torna um agente que promove a construção do direito constitucional" (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297). Referido autor cita nesta mesma obra, como exemplo desta afirmação o teor do discurso de posse do Min. Enrique Ricardo Lewandowski, cuja importância merece reprodução.

5 Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei 12.376, de 2010), art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nesse contexto, o Judiciário confinado, desde o século XVIII, à função de simples *bouche de la loi*, ou seja, ao papel de mero intérprete mecânico das leis, foi pouco a pouco compelido a potencializar ao máximo sua atividade hermenêutica de maneira a dar concreção aos direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações. Ocorre que, assegurar a fruição desses direitos, hoje, de forma eficaz, significa oferecer uma prestação jurisdicional célere, pois, como de há muito se sabe, justiça que tarda é justiça que falha. Entre nós, inclusive, incluiu-se, recentemente, na atual Constituição um novo direito do cidadão: o direito à 'razoável do processo'(LEWANDOWSKI, 2013, p.2)

De fato “[...] aludida posição reforça a missão do Juiz Constitucional integrada à valorização dos Direitos Humanos em uma perspectiva de realização e harmonização concomitante” (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297).

Ainda em referência ao mesmo discurso de posse, Lewandowski por sua vez ressalta a postura do Judiciário, afirmando que “o Judiciário, superando uma postura hermenêutica mais ortodoxa, que desvendava o Direito apenas a partir de regras jurídicas positivadas na Constituição e nas leis, passou a fazê-lo também com base em princípios, superando a visão tradicional que se tinha deles, considerados preceitos de caráter meramente indicativo ou programático”. E continua afirmando que “[...] os juízes começaram a extrair consequências práticas dos princípios republicano, democrático e federativo, bem assim dos postulados da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando assim o espectro de suas decisões” (LEWANDOWSKI, 2013, p 3).

Fato é que a partir de então:

“[...] o Judiciário começou a intervir em questões que antes estavam reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando, de maneira mais ativa, da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência [...] o Supremo Tribunal Federal, de modo particular, passou a interferir em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las” (LEWANDOWSKI, 2013, p 3).

Há, portanto, notória alteração paradigmática que cobra do Estado maior atenção e respeito para com os direitos previstos, exigindo, sobretudo do Judiciário, uma intervenção mais contundente, o que se vislumbra com certa facilidade a partir do fenômeno reconhecido como ativismo judicial, conforme restou devidamente tratado em tópico específico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidente a partir deste breve trabalho que a construção daquilo que entendemos hoje como direitos sociais enfrentaram um árduo caminho. Nesse sentido, importantíssima a revolução constitucional, que em meio aos resquícios deixados pela Segunda Guerra Mundial promoveu a incorporação dos direitos sociais. Assim, somados esses aos direitos asse-

gurados pelas várias gerações de direitos que seriam posteriormente reconhecidas, dá ao ordenamento as garantias constitucionais que hoje temos consolidadas.

No caso brasileiro, a partir do texto Constitucional de 1988, as questões sociais foram devidamente assentadas em seu bojo e passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade, sobretudo ante à inércia dos poderes Executivo e Legislativo. Com efeito, a doutrina demonstra que intervenção reconhecida no ativismo judicial mostra-se pontual e atua, sobretudo, em matérias que envolvem riscos efetivos a saúde e a vida, ou ainda em outras questões sociais onde se vislumbra igualmente a negligência dos demais poderes.

Com efeito, o juiz, figura conclamada pelos doutrinadores como ferramenta essencial, norteado sempre pelo texto Constitucional passa a decidir de modo mais amplo, inclusivo e assistencial, de modo a fazer cumprir as previsões dispostas na lei maior. Mesmo porque é preciso considerar que uma vez provocado este não pode furtar-se ao dever de decidir. Não por acaso aponta a pesquisa que foram justamente as demandas sociais ignoradas e as mudanças paradigmáticas que entregaram ao Judiciário a competência de enfrentamento das questões levadas ao referido órgão, fazendo cumprir efetivamente o texto Constitucional do qual é guardião maior.

De outra banda, essa breve pesquisa demonstra que existe legitimidade política Judiciário, assim como existe parcela política em qualquer sentença prolatada por qualquer magistrado, ainda que ele utilize pura e simplesmente o texto normativo de uma lei, vez que a regra então utilizada é efetivamente produto legislativo amplamente discutido pelos representantes do povo.

Demais disso, veja que os limites institucionais, também, restam obedecidos, vez que em questionamentos feitos, nas muitas oportunidades em que foi consultado pelos demais poderes, o judiciário, quando o era efetivamente, reconheceu no outro a legitimidade de poder. Significa dizer que se houvesse de fato oportunismo exacerbado, poderia o judiciário aproveitar do fato de ter sido provocado para tomar as decisões que literalmente bem entendesse.

Assim, existindo obediência aos limites constitucionais e por tudo quanto o mais restou fundamentado anteriormente, é possível se depreender que inexistente o alegado enfraquecimento da política por ocasião das intervenções do Judiciário, vez que esse guarda parcela de poder político que lhe foi confiado e que não lhe torna um risco iminente ao processo democrático. Ao contrário, resguarda direitos assegurados na Constituição.

Veja-se, inclusive, que não apenas os fundamentos que estruturam as decisões, mas também as repercussões pré e pós decisão, assim como a inexistência da Lei ou mesmo os limites de sua interpretação são, também, objetos de discussão pública e notória, que é exatamente o que o modelo crítico perseguiu sempre, tudo no sentido de discutir e efetivar os direitos sociais previstos, incutindo no pensamento jurídico moderno a necessidade de pensar o direito considerando o cumprimento efetivo das previsões sociais previstas no texto constitucional, individual e coletivamente.

Tem-se, portanto, clara e notória mudança paradigmática, sem que houvesse para tanto o pseudo-enfraquecimento de quaisquer dos poderes de Estado. Ao contrário, como bem disse Cappelletti, implementando o Judiciário as previsões constitucionais dispostas em seu texto, ambos saem fortalecidos, sobretudo o Estado que é a soma de todos eles.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e Argumentação no Atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- BAQUERO, Marcello; RANINCHESKI, Sônia; CASTRO, Henrique Carlos de O. de. A formação política do Brasil e o processo de democracia inercial. In: *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 87-106, jan.-abr. 2018.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 19 Jul. 2019.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAMBI, Eduardo. CAMBI, Eduardo. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO RESPONSÁVEL. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre. Editora Sergio Antônio Fabris. 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2010 Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Disponível em 30 jan. 2020.
- COELHO, Luiz. Fernando. *Saudade do Futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de Introdução ao Direito*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DA SILVA, Rodrigo Monteiro. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 7. N. 1. 2017.
- FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. In: *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 225-239, jan./jun. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: *Revista internacional de filosofía política*. Año 2001, Número nº 17. 31-46.
- FERRAZ JUNIOR, T. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista USP*, (21), 12-21. 1994
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HERKNHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2013. p. 63.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013. 8 f. STF Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 6 mar 2020.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O Ativismo Judicial e a Intervenção do Poder Judiciário: A Limitação dos Orçamentos Públicos e a Garantia do Direito Fundamental à Saúde. In: *Revista Jurídica (FURB)* v. 21, n. 44 . 2017.

MAZAROTTO, Eduardo Brugnolo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls. In: *Revista Eletrônica Direito e Política UNIVALI*, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Seguridade social, mínimo existencial e ativismo judicial. In: *Revista de Políticas Públicas*. v.2. n.2. 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo Judicial: qual é o limite do Poder Judiciário. In: *Doutrina Pátria*. 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/>

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. In: *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, Editora Unoesc, 2015b, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito, Judiciário e Política: um diálogo mais que necessário. In: Org. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO; Manoel Carlos. *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHONARDIE Elenise F, Foguesatto Ana M, Leves Aline Michele P. A tutela de direitos humanos num cenário de crise ambiental em tempos de globalização. In: *Meritum – Belo Horizonte* – v. 13 – n. 1 – p. 368-387 – Jan./Jun. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Crítico Moderno*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido/Received: 24.04.2020.

Aprovado/Approved: 11.05.2020.