

**DA COMPREENSÃO DO ATIVISMO JUDICIÁRIO COMO UM DESAFIO DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO À LUZ DO PRINCÍPIO DA
TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

***OF ACTIVISM OF UNDERSTANDING AS A JUDICIAL
CONSTITUTIONALISM CHALLENGE TO CONTEMPORARY PRINCIPLE OF
LIGHT TRIPARTISM POWERS***

Heloyza Vareschini Furtado¹

Priscila Luciene Santos de Lima²

Demetrius Nichele Macei³

RESUMO

O presente artigo científico trata da compreensão de como a nova era advinda com o constitucionalismo serviu como marco inicial para o protagonismo judicial. Busca-se evidenciar o modo como o atual cenário jurídico está consubstanciado bem como a estruturação do Estado Social, como influenciador no poder de julgamento dos magistrados. Analisar a autolimitação dos julgadores face à discricionariedade propiciada pelo ativismo.

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e graduada pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Contato: heloyza.furtado@hotmail.com.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Advogada e Professora Universitária. Contato: prityasantoslima@hotmail.com

³ Pós-doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial (2000), ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário na graduação, especialização e mestrado na Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA).

PALAVRAS CHAVE: estado democrático de direito, reestruturação do perfil do julgador, autolimitação.

ABSTRACT

This scientific paper deals with the understanding of the control and regulation by the Brazilian administration in economic matters and their consequences on the national regulatory law. Seeks to show how the current economic scenario is embodied and the rule of design mode, more precisely, in changing the state profile, which, say, went from "provider" to "regulator of economic and social activity". Analyze the state reforms, highlighting the transition process that Brazil rests

KEY-WORDS: economic, regulatory law, restructuring of state profile.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do presente artigo baseia-se na compreensão do novo poder de julgamento dado aos magistrados a partir da ideia do ativismo judicial e, conseqüentemente a autolimitação exigida dos mesmos a fim de evitar a jurisdicionalização da política.

Para tanto, será analisado, a princípio, a tripartição dos poderes, com o intuito de compreender como o modelo atual do Poder Judiciário fora adotado, partindo de uma premissa de sujeição, ou seja, o Estado como um superior do particular, em uma posição de supremacia.

Ter-se-á a preocupação de enaltecer os avanços e as modulações advindas com o Estado Social e a promulgação da Constituição Federal de 1988 ao Poder Judiciário e até mesmo à própria pessoa do magistrado que, aparentemente, deixou de ser uma "boca sem vontade".

Após a análise da origem da tripartição dos poderes e sua relevância para um estado democrático de direito, busca-se elucidar o caráter interventivo do Estado, na medida que o Poder Judiciário passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atuações mais ativas.

Analisa-se como o constitucionalismo democrático influenciou na maneira de julgar dos magistrados que, a fim de concretizar direitos fundamentais, passou a ter um novo perfil, frise-se, um tanto quanto intervencionista. No entanto, a fim de dar uma acepção crédula a esta maneira

de jogar fez-se necessário diferenciar esse protagonismo judicial do que denominaram de judicialização da política no Brasil

Ao final, mediante a análise do regramento do próprio ordenamento jurídico vigente, procura-se tratar com brevidade a necessidade de alicerçar as decisões aos pressupostos democráticos.

Assim, o artigo observa a trajetória de uma metodologia dialética e crítica, em três momentos distintos e ao mesmo tempo interdependentes, no objetivo de compreender possibilidades e impasses surgidos em relação ao modo de julgar hodierno, do ponto de vista consequencial do neoconstitucionalismo.

2. ORIGEM DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E SUA RELEVÂNCIA PARA UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É cediço que separar os poderes do Estado trata-se de um dos mais importantes princípios constitucionais do ordenamento jurídico vigente, tanto assim o é que a Constituição Federal de 1988² é límpida ao determinar que para se consubstanciar o Estado Democrático de Direito necessário se faz efetivar a tripartição dos poderes.

O constituinte ao dividir as funções do Estado, separando os poderes estatais em: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário buscou instaurar um equilíbrio harmonioso e obstar os “perigos” oriundos da atribuição de todo o poder em uma só “mão”.

Aristóteles expôs sua compreensão acerca do tema em sua obra *A Política*, onde, diga-se, aduziu que a “chave do sucesso” de um governo depende necessariamente da “acomodação” dos três poderes.

Mister transcrever trecho da referida obra produzida pelo ilustre pensador grego:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o

² Art. 2º da CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (ARISTÓTELES, 1991, p. 113).

Bobbio (1994, p. 71), parte da mesma premissa aristotélica, senão veja-se:

Cada órgão pode obstaculizar os outros ou colaborar com eles, sua união é benéfica em todas as circunstâncias, de modo que não é possível haver um Estado melhor constituído

Note-se que quando Aristóteles propõe uma ligação tênue entre dividir os poderes e a garantia de um governo exitoso, é possível concluir que concentrar todo o poder em um só agente, o “bestializaria” de modo que, não havendo um controle sobre o mesmo, certamente se corromperia e, colocaria em risco o sucesso do governo.

Victor Nunes Leal, em sua brilhante obra a Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia, demonstra de maneira clara os ideais de pensadores como LOCKE, MONTESQUIEU e KRANENBURG e, por conseguinte conclui que a atribuição das funções específicas do Estado (legislativa, executiva e judiciária) à órgãos distintos, tinha como objeto final salvaguardar a liberdade humana, ou seja, a tripartição deveria servir como “instrumento de realização, de proteção, de garantia da liberdade humana”

NUNES *apud* MONTESQUIEU elucida a questão com mestria, observe-se:

Quando na mesma pessoa, o no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca, ou mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tirânicamente. Não haverá também liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo.

Em verdade, a partir da organização política estabelecida pelo Estado Liberal – que se deu com a vitória da burguesia na Revolução Francesa – o qual, frise-se, estabelecia que “toda ordem social deveria repousar em função dos direitos e fundamentais do homem e do cidadão, sendo certo que os direitos a serem observados consolidava-se ao direito de propriedade e a liberdade” é que se deu “o passo mais importante alcançado, partindo do ponto de vista dos interesses da burguesia, traduzida na tripartição dos poderes”.

Ultrapassada a linha introdutória acerca da origem e dos objetivos de separar os poderes do Estado, faz-se necessário adentrar, brevemente, à compreensão de como as instituições legislativas, executivas e judiciária

funcionavam antes da moderna ideia trazida com a tripartição dos poderes e, para tanto mister transcrever trecho da obra *Coronelismo, Enxada e Voto* do já citado NUNES (2012, p.53), senão veja-se:

A câmara propriamente dita compunha-se dos dois juizes ordinários, servindo um de cada vez, ou do juiz de fora (onde houvesse) e dos três vereadores. Eram também oficiais da câmara com funções especificadas o procurador, o tesoureiro e o escrivão, investidos por eleição, da mesma forma que os juizes ordinários e os vereadores. A própria câmara é que nomeava os juizes de vintena, almotacés, depositários, quadrilheiros e outros funcionários. Os oficiais da câmara, especialmente os vereadores em suas deliberações, conjuntas com o juiz, e os funcionários subordinados incumbiam-se, no limite de suas atribuições, de todos os assuntos de ordem local, **não importando se fossem de natureza administrativa, policial ou judiciária.** (G.N)

Pode-se concluir, portanto, que decidir separar os poderes estatais envolve, sobretudo, a necessidade de abrandar o caos instaurado por um sistema que autoriza/determina que “autoridades exercessem as mesmas funções públicas de qualquer natureza, limitadas quantitativamente pela definição, nem sempre clara, de suas atribuições e, subordinadas a um controle gradativo que subia até ao rei”.

A partir de tal ideia, deve-se visualizar o Estado – que em outra oportunidade poderia ser um particular – como àquele dotado de soberania, assumindo uma posição de supremacia diante daquele individuo, ao qual se imputa uma sujeição (sem possibilidade de se opor), ou seja, o Estado possui o dever e o particular o direito.

Partindo dessa noção de sujeição, outra sorte não assistiria que não o imperativo de “governos moderados”, criando-se, por conseguinte “um sistema apto a impedir que o estado pudesse atuar pronta e eficientemente. O ideal, portanto, era que o Estado agisse pouco e morosamente, obrigado a transpor uma porção de obstáculos, até que a primeira sugestão de uma medida oficial pudesse converter-se em realidade”.

Em que pese, ter-se em mente a concepção de que a “burguesia ao construir um Estado dividido, cuidou muito menos de assumir o poder do que de o conter”, pode-se afirmar que a intenção primordial de o Brasil ter a tripartição dos poderes como um princípio - seja partindo das premissas de Aristóteles seja observando a ideia de Montesquieu - é justamente equilibrar as funções do Estado de uma maneira que os mesmos se controlem, se auxiliem e se

“acomodem” a fim propiciar que a marcha do governo se desenvolva a passos largos e célebre.

Neste sentido, calha transcrever trecho da problematização trazida por NUNES (195, p.112) acerca da teoria da divisão dos poderes:

A teoria da divisão dos poderes está condenada no mundo contemporâneo, pois nasceu para atender a um reclamo profundo da consciência humana, que é a proteção das liberdades do homem e do cidadão. O problema, pois, que se coloca nos dias de hoje é o de descobrir uma nova técnica em proteção das liberdades humanas. Este é o grande desafio a que o nosso tempo lança os homens de estudo e de ação: o desafio a sua capacidade de organizar adequadamente a felicidade humana.

Ao estudar a origem e a essência da tripartição dos poderes, percebe-se que à sociedade é posta um “convite imperativo” em desenvolver sua capacidade de se organizar, sob pena de adentrar-se em um “colapso dos direitos individuais”, se é que já não se adentrou.

2. DA COMPREENSÃO DO JUDICIÁRIO SOB UMA ÓTICA SECUNDÁRIA

Para melhor contextualização de como as relações jurídicas estão sendo compreendidas e materializadas no atual cenário jurídico-econômico, necessário se faz lembrar – ligeiramente – como e quando o Estado Liberal³ (baseado no capitalismo como sistema econômico) interferiu para a caracterização do Poder Judiciário hodierno.

Há que se relatar que a "estruturação da sociedade e sua organização econômica no período medieval estão amparadas na propriedade da terra" de

³ “Os pontos principais do ideário liberal podem ser resumidos nos seguintes: Em primeiro lugar, o poder constituinte do povo, já mencionado, isto é, a faculdade que tem a noção, por direito imanente à condição humana dos seus componentes, de se organizar politicamente, haurindo o seu poder político de si mesma e não por delegação de qualquer outra fonte de poder. O segundo ponto – indissolavelmente ligado ao primeiro – é a proclamação dos direitos do homem e do cidadão. De acordo com a doutrina racionalista, esses direitos individuais são concebidos como naturais, inalienáveis, imprescritíveis, inerentes à natureza humana. E os governos só se constituíam e só deveriam subsistir para salvaguarda daqueles direitos inalienáveis.”

modo que calha trazer à baila a ideia do “corolenismo” elaborado por NUNES (2012, pg. 43) como fundamento para a posição adotada pelo judiciário, observe-se trecho da obra *Coronelismo, Enxada e Voto*:

A rarefação do poder público em nosso país contribui muito para preservar a ascendência dos “coronéis”, já que, por esse motivo, estão em condições de exercer extraoficialmente, grande número de funções do Estado em relação aos seus dependentes. Mas essa ausência do poder público, que tem como consequência necessária a efetiva atuação do poder privado, está agora muito reduzida com os novos meios de transporte e comunicação, que se vão generalizando.

É possível aduzir, que a fim de conter as manifestações do poder privado –detentores do poder do “coronelismo”- criou-se Poder Judiciário, ou seja, referido Poder não surgiu com a tripartição dos poderes do estado trazida pelas ilações aristotélicas e sim quando é estabelecido entre o Estado e um indivíduo uma relação obrigacional.

Por outro lado, “como forma de proteção do indivíduo diante da ação do Estado, lança-se, mais precisamente no Estado Liberal, os denominados pela doutrina de direitos de primeira geração, realçando o princípio da liberdade”.

Prosseguindo na análise da modulação do Poder Judiciário face “tríplice vertente”, mister repisar que com a grande depressão de 1929, houve a “convocação” do Estado para “salvar” a falida economia capitalista e a partir dos anos 30 o Estado passou então a implementar planos de ação destinados a promover interesses sociais e coletivos de seus membros, além de subsidiar e estatizar empresas falidas.

Foi nesta época, mais precisamente, com a promulgação da Constituição de 1934 que “pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes, trata-se da primeira Constituição programática do país”.

Note-se que o Estado Social, ao contrário do *laissez faire* deixa o indivíduo puro e simples de lado e evidencia um grupo, conseqüentemente enfatiza a “questão social como preocupação principal do Estado”. Neste ponto, portanto, evidencia-se a transição de um modelo econômico liberal para um modelo econômico intervencionista estatal.

Pois bem, é possível aduzir que o conceito do Poder Judiciário vem sofrendo modulações desde à Roma Antiga, no entanto foi “com o advento do

Estado Social, no século XX, inaugurado pela Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, e do Estado Constitucional de Direito, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, o Judiciário passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atuações mais ativas, ou, digamos um tanto quanto intervencionistas”.

Em verdade “a superação do dogma do Parlamento absoluto, a colmatação de lacunas da lei, o controle de constitucionalidade e a intromissão nos demais poderes em temas de governabilidade e políticas públicas para atendimento das demandas sociais constituem características marcantes desse novo papel do Judiciário distribuidor de direitos fundamentais aos cidadãos”.

Utilizando-se de outra linguagem, deve-se notar que “foi somente com a noção de constitucionalismo democrático que se começou a pensar a atuação do judiciário a partir de uma perspectiva ativista”.

Pretende-se asseverar nesta oportunidade não uma crítica ao magistrado em si, mas ao sistema atual que direta ou indiretamente modulou um novo poder de julgamento e, por conseguinte, demonstrar que a figura *a priori* consubstanciada à presidir/organizar/defender a justiça perdeu um tanto quanto sua “identidade”.

Ora, é cediço que “o contexto do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais logo fora rotulado de “ativismo judicial”, com uma conotação negativa. Apesar disso, o seu uso é considerado como institucionalmente proeminente para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. A crítica à justiça constitucional na sua vertente substantiva, mais ativista e menos distante dos problemas sociais, recorre frequentemente à separação de poderes, mas não existe uma preocupação em tornar mais preciso o sentido dogmático dessa cláusula de separação de poderes”.

Defende-se, todavia, a “postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance das normas na aplicação direta da Constituição independentemente de *interpositio legislatoris* e não um Judiciário que emite decisões despidas de conteúdo jurídico-dogmático e estritamente políticas, invadindo a liberdade de conformação (estreita) do legislador ou programando diretamente as políticas

públicas em prejuízo do Executivo ou Legislativo (a atuação do Judiciário, neste caso, deve ser supletiva quando os demais poderes não cumprirem os ditames constitucionais)”.

Nesta linha de raciocínio, MORAIS (2012, p.220-221) demonstra sua simpatia em relação à “atuação ativista do Judiciário nas prestações sociais”, senão observe-se:

O Estado Social de direito é um modelo e uma conquista que, em tempo de incerteza sobre os recursos disponíveis para alimentá-lo (sic), deve ser garantido, mas também reformado, de modo a que, com um menor volume de recursos disponíveis, possa ser mantido nas suas prestações fundamentais, sob pena de gastos descontrolados com prestações sociais e carentes de ação (sic) comprometam a solidez do próprio Estado em períodos de escassez de meios, os quais nunca são considerados como possíveis nos tempos de abundância. Isso (sic) sem prejuízo das Constituições sociais, como a brasileira e a portuguesa, conterem uma “cláusula de bem-estar” que inibe o Estado de se abster perante as tarefas prestacionais mínimas que a ordem constitucional lhes assina. O abalado modelo social europeu é de tudo isso (sic) um exemplo paradigmático e a crise sem precedentes ocorrida no período 2010-2011 em Portugal demonstram como um gasto desmesurado e acrítico em prestações sociais sustentado num endividamento externo incontrolado pode conduzir a um pré-colapso financeiro e, posteriormente, à supressão ou redução brutal e inimaginável de muitos benefícios antes conferidos, inclusivamente a situações chocantes de violação da proteção (sic) de confiança, ignoradas pelo Tribunal Constitucional com base em cruas razões de ordem pública

Portanto, para melhor visualização e compreensão do chamado “protagonismo judicial”, deve-se ter em mente, portanto, a separação da ideia proveniente do ativismo judicial do que vem pregando e materializando a “judicialização da política”, para então ser possível concluir que “o ativismo fragiliza a autonomia do direito”, consideração esta que será melhor esmiuçada nas linhas ulteriores.

3. A AUTOLIMITAÇÃO DOS TRIBUNAIS E JUÍZES CONDICIONADA A ADOÇÃO DE ELEMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS

Com a evolução do ordenamento jurídico e a multiplicação de instâncias anexas ao sistema encandeou-se em uma nova maneira de julgar e até mesmo de estudar o direito, o que, diga-se, transformou a atribuição outrora dada aos

magistrados que apegados ao “legalismo formalista” exerciam puramente a função de “*la bouche de la loi*”.

Pode-se afirmar que a ideia de limitar o magistrado ao mero papel de “boca da lei” ou como alguns doutrinadores denominam de “boca sem vontade”, ainda que não seja a melhor alternativa, obstavam a “maculação” dos julgados à subjetividade do magistrado e impediam a “intromissão” de outros conceitos e “juízos de valoração” o que fazia com que os juízes se pautassem pela ética e não pelo direito tal como ocorre nos dias de hoje.

FOUCAULT (1991, pg. 25) ao analisar a nova realidade da justiça punitiva previu com mestria a “monarquização” do poder judiciário ao contextualizar “juízes que cada vez mais são menos juízes”, senão veja-se trecho da obra *Vigiar e Punir* do objurgado filósofo francês:

Resumindo: desde que funciona o novo sistema penal – o definido pelos grandes códigos dos séculos XVIII e XIX – um processo global levou os juízes a julgar coisa bem diversa do que crimes: foram levados em suas sentenças em fazer coisa diferente de julgar; o poder de julgar foi, em parte transferido as instancias que não são as dos juízes da infração. **A operação penal inteira carregou-se de elementos e personagens extrajurídicos.** Pode-se dizer que não há nisso nada de extraordinário, que **é do destino do direito absorver pouco a pouco elementos que lhe são estranhos.** Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é, ao contrário, para poder fazer-los funcionar no interior da operação penal como **elementos não jurídicos**; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; **é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga (G.N).**

Como dito alhures, há muito a maneira de julgar e os fundamentos jurisdicionais dos magistrados vem sofrendo alterações, sendo certo que a indignação/crítica à esteve novo “poder de julgar” consiste simplesmente em uma preocupação em impor a “não substituição do magistrado ao legislador para positivar o direito, ou ao governo, para implementar políticas públicas”.

Em verdade, partindo do contexto supra, é possível aduzir que “modos de inter-relacionar o âmbito jurídico com conteúdos morais, econômicos e/ou políticos que, por incidência de seus próprios critérios para a tomada da decisão resultaram no enfraquecimento do campo jurídico”.

Por outro lado, deve-se visualizar o atual cenário político brasileiro, que – abstendo-se da ordem partidarista- comumente produz “escândalos

corruptivos”, ou seja, a “má-gestão dos recursos públicos e o desvio de finalidade legislativa aparentam subsistir como regras desse cenário”.

Com o “afastamento da legislação de matérias um tanto quanto impopulares a judicialização mostra-se necessária para suprir o silêncio daqueles que deveriam se manifestar através da legislação, o que configura o atual perfil judicial, que clarivamente não é mais é aquele autômato conforme previa Montesquieu”.

Outrossim, como de conhecimento notório, vários assuntos de interesse público (lei da ficha limpa, uniões homoafetivas, aborto de feto encefálico, etc.) foram levados a plenário em um pequeno espaço de tempo, o que caracteriza, indubitavelmente, um “cenário de intensa judicialização”, o que, por conseguinte, nos traz a noção de um perfil do Poder Judiciário com “acentuado grau interativo em relação com os demais Poderes”.

No entanto, essa maior interatividade, proporcionada pelo constitucionalismo oriundo do Estado Social, “autoriza posturas discricionárias dos juízes” e, por conseguinte, não são raras as vezes que o judiciário “desrespeita os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, gerando, conseqüentemente, prejuízos imensuráveis para a democracia”.

Em verdade, deve-se ter em mente que o “ativismo judicial precisa ser enfrentado como um problema, cuja superação necessariamente implica a observância de certos parâmetros, tais como a fixação de um acordo semântico do que seja de fato o ativismo judicial (distinguindo-o da judicialização da política), a imposição de limites à atuação dos juízes e tribunais (proibição de utilização de critérios não jurídicos quando da prolação dos julgamentos), sob pena de nos encurralarmos com a perda da autonomia do direito.

Acerca desta problemática TASSINARI (2013, p.143) aduz que:

Se, como afirma Marcelo Cattoni, a última tendência da sociedade consiste em transferir o exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, Judiciário não pode se desonerar de sua responsabilidade decorrente do papel que assume perante a sociedade. E, neste sentido, posturas ativistas e de evidente protagonismo judicial representam riscos democráticos. Nu atual contexto, como afirma Francisco José Borges Motta ao construir uma tese que, juntamente com Dworkin, convoca a comunidade jurídica a levar o direito a sério, o protagonista não pode ser o juiz

individualmente considerado, mas, sim, o Direito. Isso somente será possível quando se edificarem posturas teóricas que se disponham a discutir o problema do ativismo judicial (ou da discricionariedade) de frente, com a merecida profundidade teórica. É este o propósito do Constitucionalismo Contemporâneo, na abordagem feita por Lenio Streck

Com efeito, a superação da discricionariedade positivista que faz parte do atual cenário jurídico somente é possível pela via de uma decisão que esteja alicerçada sob pressupostos democráticos.

Finalizando a linha de raciocínio, calha trazer a baila algumas das ideias da “teoria da decisão judicial” construída por Lenio Streck, que, diga-se, se baseia na ideia de “afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador), a responsabilidade política dos juízes (se o advento do Estado Democrático de Direito tencionou a relação entre os Poderes em direção à esfera jurisdicional também obrigou/responsabilizou os juízes perante à sociedade) e ao dever de fundamentação que se desdobra na diferença entre decisão e escolha”.

Pode-se afirmar, portanto que, partindo da premissa de que o regramento processual não se distancia do regramento do próprio ordenamento jurídico, outra sorte não nos assistiria que não o neoconstitucionalismo face ao Estado Democrático de Direito. No entanto esse neoconstitucionalismo “ao mesmo tempo que trouxe importantes avanços e conquistas autorizou posturas discricionárias dos juízes”, que, repita-se, se não limitados, prejudicará a democracia (se é que já não o foi).

Assim, a fim de evitar maiores danos, “é necessário que os juízes e tribunais estejam cada vez mais comprometidos com suas decisões, no sentido da exigência de uma *accountability* hermenêutica” de modo que a “configuração de um Judiciário não ativista demanda a superação de um imaginário no qual os juízes possuam poderes discricionários e/ou liberdades interpretativas”.

Note-se, por oportuno, que tal preocupação reside simplesmente no fato de preservar a autonomia do Direito, sob pena da referida ciência “perder sua identidade como efetivamente esfera *jurídica*”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No objetivo de estabelecer o ativismo judiciário como um desafio do constitucionalismo contemporâneo, buscou-se, de início, tratar da compreensão da necessidade da efetivação do princípio constitucional da tripartição dos Poderes para a consubstanciação do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, viu-se a necessidade de explorar os mandamentos do Estado Liberal e do Estado Social, para então verificar se houve ou não a implementação de um caráter intervencionista do Poder Judiciário como resposta ao neoconstitucionalismo.

A análise permitiu evidenciar que, “foi somente com a noção de constitucionalismo democrático que se começou a pensar a atuação do judiciário a partir de uma perspectiva ativista”.

Percebe-se que a partir daí, foi dado ao Poder Judiciário Brasileiro uma função secundária, em outras palavras, espelhando-se do regramento democrático imposto pelo ordenamento jurídico vigente, alguns julgamentos passaram a objetivar apenas e tão somente a materialização de direitos fundamentais e, partindo de tal premissa viu-se também a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política no Brasil.

Por este prima, foi possível considerar que em que pese o protagonismo judicial “permitido” pelo constitucionalismo contemporâneo não se confundir com a judicialização da política, o mesmo dá margem ao “decisionismo adornado na discricionariedade positivista e a adoção de julgamentos independente ao Direito e aos Fatos”, o que, diga-se, apresenta um risco à sociedade e inclusive a democracia.

A análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria democrática do direito, por sua vez, permitiu evidenciar que indubitavelmente houve uma ampliação do papel político-institucional dos juízes e tribunais, no entanto, com a referida propagação do ativismo judicial está cada vez mais difícil encontrar “posicionamentos puros” o que serve de alerta para que as decisões judiciais não apresentem risco para a própria democracia.

REFERÊNCIAS.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado v. 3, 2006.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Direitos sociais e controle de constitucionalidade por omissão*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC nº 20, ano 5. Belo Horizonte, 2011

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Disponível em < <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> Acesso em: 06 mar 2016.

Foucault, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987

GODOY, A. S. de M. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. Londrina: edições humanidades. 2004.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 7^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

____. A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia. Disponível em: <http://www.ivnl.com.br/download/a_divisao_de_poderes_no_quadro_politico_d_a_burguesia_1954.pdf> Acesso em: 18 mar 2016

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado. São Paulo: IBDC, 1999.

TASSINARI, Clarissa, *Jurisdição e Ativismo Judicial Limites Da Atuação Do Judiciário*- Livraria Do Advogado Editora, 2013

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.