

Democracia e Processo.

David Gomes

Democracia.

A Democracia nacional é exercida pela participação ativa do povo que se faz em dois momentos distintos.

O primeiro é pelo exercício do voto, escolhendo os seus representantes¹ para que em cada uma das suas esferas (federal, estadual e municipal) atuem na produção legislativa, dentro das suas competências legais, visando à preservação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.²

O segundo momento é fiscalizando se os representantes escolhidos estão atuando da forma que se comprometeram quando se filiaram a um partido político (ideologia partidária) e atuando no exercício dos seus programas apresentados nas campanhas políticas.

O exercício da democracia, devemos lembrar, é composto, também, pela escolha dos representantes do executivo, que assim como no legislativo, atuam dentro das suas competências em cada uma das esferas implantando as ações possíveis de acordo com a sua previsão orçamentária.

Em que pese os poderes Legislativo e Executivo possuam autonomia e independência, fica claro a necessidade de trabalharem juntos e de forma continuada. Apenas para aguçar os leitores do que iremos enfrentar mais a frente: Imaginemos³ que um vereador de um Município apresenta um projeto de Lei para implantação de câmeras de segurança perto das escolas municipais visando o aumento da segurança e da proteção dos alunos e que, inconformado com o projeto por resultar em aumento de gasto, o Executivo propõe ação judicial para que seja reconhecida a

¹ Art. 1º Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/stf-reafirma-sua-jurisprudencia-e-vereador-pode-propor-leis-que-criem-despesas-para-o-municipio/518446173>

inconstitucionalidade da norma. Diante da lide apresentada, o Judiciário é obrigado a enfrentar o problema. A pergunta que deixarei no ar é: Se o Judiciário decidir que o projeto de Lei é constitucional e que o Executivo deve cumpri-la, estaremos diante de um caso de ativismo judicial?

Essa intervenção do Poder Judiciário, única esfera onde os representantes não são eleitos pelo povo, seria uma brecha que ameaça diretamente a democracia?

Dúvida levantada, voltemos ao estudo.

Na federação, cada um dos integrantes, ou como anteriormente denominamos “esferas”, detêm autonomia que se caracteriza pela capacidade de autolegislação e autogestão.

Não obstante, asseverando o que fora até então dito, e que não poderia ser diferente ao falarmos sobre entes federativos, é a devida menção aos princípios basilares da administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, onde, juntos, visualizamos de fato o compromisso das “esferas” com a democracia, demonstrando que o poder é exercido pelo povo e para o povo.

Para que não haja dúvidas sobre a clareza da engrenagem em desempenhar seu papel democrático, vejamos: os representantes eleitos pelo povo atuam na criação das leis para o povo, sendo que, quem de fato irá exercer dentro dos órgãos públicos as tarefas necessárias para que seja provida saúde, educação, lazer etc., à população, são funcionários públicos comprometidos e submetidos a um sistema jurídico único, onde, basicamente:

A legalidade não os deixa agir sem que haja uma lei que assim determine;

A impessoalidade garante que a administração seja exercida de modo que não é uma pessoa desempenhando seu papel na sociedade, mas sim uma pessoa agindo em nome da coletividade;

A moralidade restringe toda e qualquer ação para que seja dotada não só de amparo legal, mas que atenda aos bons costumes, boa fé, moral, dignidade e visando o bem maior;

A publicidade deixa ainda mais evidente o dever e a necessidade da participação da população, de modo que todos os atos que partem da administração e sua própria gestão, ainda que autônoma, sejam públicos, afinal, é o dinheiro e o interesse popular que está envolvido;

Arrematando o viés levantado, temos, por fim, o princípio da eficiência que torna imperiosa a maior efetividade nas ações e pelos funcionários, inclusive com avaliações periódicas de desempenho dos colaboradores, e também onde são avaliadas sempre as melhores propostas, levando-se em consideração não apenas a onerosidade, mas também a celeridade e resultados para garantir o maior benefício para a população, como uma obrigação a ser seguida.

Em síntese exposta pelo professor André Ramos Tavares⁴ temos que:

⁴ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 887.

“O Estado membro pode se organizar, administrar e governar por si mesmo, sem precisar recorrer a União ou obter-lhe vênua. Evidentemente, contudo, a autonomia em seus diversos elementos jamais poderá desgarrar-se dos contornos traçados pela Constituição Federal. A autonomia não implica soberania, de forma que a obediência aos termos constitucionais é inafastável”.

Saúde, emprego, educação, cultura, liberdade e segurança é parte das garantias fundamentais positivadas pela Constituição Federal que garantem o mínimo para a subsistência com dignidade humana (art. 1º, III, CF) para os cidadãos brasileiros e, desta forma, acatando não só os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mas também aos seus próprios fundamentos.

Com efeito, o protagonismo dos direitos humanos não é sem causa, a Carta Magna é, reconhecida e propositalmente, voltada para o respeito e promoção da dignidade humana, tendo sido inserido, inclusive, mecanismos que recepcionam tratados internacionais de direitos humanos como texto constitucional. Tal foco não é sem motivo, pelo contrário, a imperatividade em ser preservada a vida com mais qualidade, segurança, longevidade e dignidade, abrangendo a integralidade dos seus aspectos, tornou-se objeto de proteção e conquista a ser alcançada por toda a humanidade, posto que, apenas em sua busca é que a sociedade estará trilhando sua evolução.

Todo o poder emana do povo, que o exerce indiretamente, por meio de representantes por ele eleitos, ou diretamente.

Para André Ramos Tavares⁵ tal locução significa que em seu nome (do povo) e com ele deverá ser exercido: É o povo o detentor da soberania.

A participação ativa do cidadão na política é, segundo Hanna Arendt⁶ a ideia de que a cidadania é o direito de ter direitos e, logo, a representação da pertença de um indivíduo a uma determinada ordem jurídica qualificada é o que lhe garante a posição de sujeito de direitos.

Porém, a participação sem meios efetivos de concretização corre o risco de se tornar meramente retórica, vazia de efeitos práticos.

Ademais, trocando em miúdos, para que a ideia esteja ainda mais sólida: quão inconcebível seria vislumbrar em um regime absolutista e autoritário que a população tivesse direitos expressamente previstos em seu ordenamento para assegurar o bem estar, com a proteção e a promoção de uma vida digna?

⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 814.

⁶ ARENDT, Hanna. A Condição Humana. São Paulo: Edusp, 1981

É isso o que os autores supracitados poderiam dizer com relação a cidadania: é o direito de ter direitos. Sem que haja a democracia em uma ordem jurídica qualificada, não há base para ser erguida a bandeira dos direitos humanos, pois não há uma real preocupação com a população, e nem poderia, uma vez que seu líder não a representa e nem fora por ela eleito.

Fontes do direito e a tutela dos direitos humanos.

Já compreendido que este estudo tem como um dos seus núcleos a análise da produção legislativa, podendo se dar de forma interna, conforme abordado anteriormente através do poder Legislativo, ou de forma externa, quando, obrigatoriamente, o ordenamento jurídico deverá analisar a possibilidade de integração com as normas internas ao tratar de direitos humanos positivados por Tratados e Convenções Internacionais que o Estado seja signatário, passemos ao próximo núcleo.

Por este giro, vejamos o segundo núcleo para análise de estudo desse artigo que é a conexão que deve existir entre os Poderes (Legislativo e Executivo), ao passo que, em que pese detentores de autonomia, possuem deveres interligados. De uma forma muito simplista: as previsões contidas em leis que assegurem direitos fundamentais devem ser observadas pelos poderes Executivos, sob pena de fragilizar a ampla Democracia.

Bem como o poder legiferante exercido pelo Estado não está livre de qualquer impedimento, sendo certo que, caso venha a produzir lei notoriamente em desacordo com o que está constitucionalmente estabelecido, será submetida tal lei aos remédios previstos para que sua inconstitucionalidade seja declarada e ela não mais produza efeitos, medida que será acatada pelo Executivo.

Portanto, impende analisarmos, dois fenômenos que merecem destaque sob o enfoque da proteção dos Direitos Humanos. São eles:

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal que dita:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes de regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Supremo Tribunal Federal entendeu ⁷ que a recepção desse bloco amplo lhes confere força de Lei ordinária.

O mesmo artigo da Constituição Federal em seu parágrafo 3º complementa:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com a edição da Emenda constitucional 45/04, uma nova forma de recepção das normas internacionais foi instaurada no Brasil, criando, para os aplicadores do Direito, um duplo grau de filtragem para análise em caso específico sobre Direitos Humanos, sendo eles o constitucionalismo e o convencionalismo.

O controle de convencionalidade, segundo o professor André de Carvalho Ramos, consiste na análise da compatibilidade dos atos que são exercidos internamente em face das normas internacionais. Esse controle pode ter efeito negativo, sendo quando consiste na inviabilidade das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais (controle saneador de convencionalidade). Já o efeito positivo se opera quando há a interpretação adequada das normas nacionais com relação às internacionais (controle construtivo de convencionalidade).

A análise ou a interpretação da adequação das normas nacionais com relação às internacionais pode ser realizada sobre dois focos distintos. No primeiro, a análise é feita pelos tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Corte Interamericana e Africana que são julgadores e fiscais independentes e que atuam sobre os Estados signatários) e recebe o nome de Controle de Convencionalidade de Matriz Internacional.

Já no segundo, Controle de Convencionalidade de Matriz Nacional, os tribunais nacionais fazem o controle da adequação das normas do ordenamento interno às normas internacionais, ou seja, o exercício do Controle de Constitucionalidade.

O citado professor faz uma crítica quando dita que o controle de Constitucionalidade nem sempre respeita a aplicação das normas internacionais de direitos humanos das Convenções de que o Brasil é signatário. Desrespeitando, portanto, o Princípio da Soberania Internacional.

Há, em alguns casos, um conflito entre os Princípios da Soberania Nacional e Internacional.

⁷ ADI 595 / ES.

No Caso Lund, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, há um voto que bem resolve esse conflito. Vejamos:

Se aos tribunais supremos ou constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado.

Ratifica esta decisão o artigo 27 da Convenção de Viena que dita: *Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.*

Adota-se, por conseguinte, a necessidade de uma interpretação cruzada entre os tribunais nacionais e internacionais, ou seja, uma interpretação internacionalista.

O Brasil, para realização do duplo grau de controle de legalidade (convencionalidade e constitucionalidade), reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos, aderindo ao Protocolo Facultativo a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e contra todas as formas de discriminação racial, entre diversas outras normas internacionais.

Essa base normativa e a fiscalizatória delas decorrente é de suma importância para evitar o denominado “truque do ilusionista”, ou seja, os Estados assumem obrigações internacionais, as descumprem, mas alegam que as estão cumprindo, de acordo com a sua própria interpretação e autonomia interna.

O referido truque pode resultar na internacionalização ambígua ou imperfeita dos direitos humanos, pois os Estados ratificam os tratados de direitos humanos, porém os aplicam internamente de acordo com a sua interpretação e não com a interpretação original devida (e esperada mundialmente), que só será “descoberta” quando o Estado, no momento da aplicação da norma internacional, citar os precedentes de aplicação.

Em contrapartida, temos que a observância diária de diversos casos de descumprimento de direitos humanos proíbe o retrocesso, ao passo que se torna notória a necessidade da indivisibilidade, da interdependência e da eficácia horizontal dos direitos humanos, bem como a obediência ao princípio da proporcionalidade e o distanciamento da interpretação internacionalista.

Ou seja, deve ser observada na prática a aplicação pelo Estado Justiça do duplo controle de legalidade quando diante de temas de direitos humanos.

Em que pese haja a definição da forma de recepção das normas pelo Estado Brasileiro e da sua coercitividade (variando com a classificação dada quando da sua internalização) há também a necessidade de criarmos padrões para serem aplicados em casos onde o judiciário se depara com um conflito de normas de igual relevância, e a necessidade de escolher uma em detrimento da outra para pacificação do caso. Isso se faz pela aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Até o aqui exposto, é possível observar que, como antes dito, pelo exercício da cidadania há efetiva exteriorização da democracia e que esta deve assegurar que as garantias e fundamentos constitucionais do Estado sejam observados.

A dedicação deste tópico (“Fontes do direito e a tutela dos direitos humanos”) em demonstrar a receptividade de normas garantidoras dos Direitos Humanos e o seu tratamento quando internalizadas se dá porque, também por estas, se preservam os interesses do cidadão, ou seja, se aplica a Democracia de forma completa e atenta as demandas globais em prol do objetivo comum, qual seja, a preservação da dignidade humana como garantidora e guia para a real evolução humanitária.

Conversa entre as diversas fontes do direito.

Um enfoque importante é com relação, como já adiantado quando falamos sobre o Convencionalismo, à “conversa” existente entre as diversas fontes do direito, pois são elas que irão garantir a efetividade dos direitos positivados.

A expressão “garantir”, neste caso, se apresenta em dois degraus:

O primeiro degrau que se emprega a expressão “garantir” é no sentido efetivo de proteção, de tutela, de direito discutido pelo parlamento e garantido pela norma.

O segundo degrau que se emprega a expressão “garantir” é o ato contínuo do primeiro, tratando-se efetivamente do atendimento pelo executivo de toda a legislação posta.

Ocorre que, assim como a sociedade globalizada vive a sua constante renovação, trazendo novas necessidades, mudanças culturais muitas vezes estimuladas por culturas e padrões internacionais e mais velocidade nas entregas e realizações, quer seja nas relações privadas ou com o

poder público, o direito, também, possui esse caráter plástico de adaptabilidade necessário para conseguir de maneira contínua preservar as garantias individuais e coletivas dos cidadãos. O que não poderia ser de outra maneira, haja vista o direito ser uma ciência social.

Isso não significa que as velhas construções da ciência do direito devam ser desprezadas.

O professor Fredie Didier Jr⁸. Entende que *os institutos da Teoria Geral do Direito e a História do Direito e dos pensamentos jurídicos, tradicionais objetos das investigações científicas, não podem ser ignorados.*

O que se busca realçar é a necessidade de um *aggiornamento*⁹ do repertório teórico do operador do direito enquadrando-o as novas realidades e necessidades sociais.

Defende, ainda, o professor Fredie Didier Jr¹⁰ quatro características do pensamento jurídico atual:

01) Reconhecimento da forma normativa da Constituição.

O mesmo estudo feito quando enfrentado o tema “direitos humanos” quanto à adequação das normas internacionais à Constituição Federal e as legislações ordinárias pátrias, se faz sob o título de “constitucionalismo interno” para que haja a análise de adequação das normas infraconstitucionais à Constituição Federal de 1.988.

O entendimento atual é que em todos os casos as normas devem ser aplicadas pelos operadores do direito de forma a garantir o respeito às garantias individuais fundamentais e, desta forma, da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do professor:

“A afirmação atualmente parece ser um truísmo. Mas nem sempre foi assim. Após a Constituição de 1988, a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição como fonte de norma jurídica, deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Passa-se então de um modelo de

⁸ DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil: Jus Podivm, Salvador, 2019, p. 47.

⁹ Palavra italiana no sentido de atualização. O termo foi utilizado durante o Concílio Vaticano II onde o Papa João XXII popularizou a expressão como sinônimo de atualização.

¹⁰ DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil: Jus Podivm, Salvador, 2019, p. 48 / 49.

Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)”.

02) Desenvolvimento da Teoria dos Princípios.

Os Princípios adquirem um novo peso normativo. Deixa de ser técnica de integração do Direito¹¹ e passa a ser uma espécie de norma jurídica.

O professor Miguel Reale na exposição de motivos do Código Civil de 2.002¹² defendia a valorização da aplicação dos princípios e faz comentários sobre o importante Princípio de Eticidade que muito bem reflete o novo panorama buscado pela reforma do Código Civil (O enfoque principal deixa de ser o patrimônio como dado pelo Código Civil de 1.916 e passa a ser a pessoa). Este Princípio, ao invés de valorizar formalidades, valoriza padrões éticos em todo o direito brasileiro.

Na aplicação da boa-fé objetiva é possível notar a eticidade devida na conduta de lealdade que se espera.

A mesma conduta se espera nos artigos 113 e 422 (parte geral e especial, respectivamente) do Código Civil prevendo a boa-fé na execução e na conclusão do contrato, que assim se apresentam:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Seguindo o norte da lealdade nas relações obrigacionais, a Lei 14.181/2021 (Lei da Prevenção do Superendividamento) alterou o Código de Defesa do Consumidor (8.072/1990) para que haja mais uma camada de proteção ao consumidor.

Neste caso, ações de cautela devem ser obrigatoriamente adotadas no momento da contratação de produtos e serviços pelo vulnerável para que haja a tomada de créditos de maneira consciente e que não coloque em risco a sua saúde financeira.

¹¹ Lei 4.657/42 (LINDB) art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹² REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: Nery JR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003. P 1.118 – 1.119.

Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial.

No Código de Processo Civil, também, podemos verificar a aplicação pelo legislador do Princípio da Eticidade. O Enunciado 6º dita que *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*.

Com base nos exemplos supracitados é possível verificar como o Princípio da Eticidade permeia a legislação material, a legislação especial e a legislação processual, ou seja, está enraizado na atual Ciência do Direito.

03) Transformação da hermenêutica jurídica.

A função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos.

A interpretação se tornou de suma importância com a adoção das normas abertas que devem, diante de um caso concreto, ser interpretadas para a solução do conflito.

A intenção do legislador é preservar, com a utilização de cláusulas gerais, ou normas abertas, a proteção da relação jurídica aplicando de forma personalizada o direito ao caso em análise (subsunção).

Essa técnica legislativa, implantada por Miguel Reale no Código Civil de 2002¹³, pode ser entendida como:

Cláusulas gerais. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, par. 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, Cap. VI, p. 120- 121). cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em

¹³ O Código Civil de 2022, após uma longa tramitação iniciado em 1975 no Congresso Nacional iniciada na presidência do então presidente Ernesto Geisel entrou em vigor após um ano de *vacatio legis* no dia 11 de janeiro de 2023.

decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, Allg. Teil, par. 3º, IV, n. 94, p. 82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.”¹⁴

Para a realização da hermenêutica jurídica pelo aplicador do direito há a necessidade da utilização de normas previamente positivadas para que, diante de um caso concreto, se diga o direito. Os Princípios, portanto, desempenham um importante papel de auxílio ao aplicador.

04) Consagração e Expansão dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, traz na sua essência a dignidade da pessoa humana na estrutura do Estado, encontrando-se solenemente no primeiro dos artigos constitucionais.

Inovações como direito a personalidade, a defesa do consumidor, a propriedade submetida a sua função social, ao meio ambiente sadio, *habeas corpus* e diversos Princípios norteadores da função jurisdicional do Estado são alguns exemplos de temas que, dada a tamanha importância na vida do cidadão, possui *status* de imutáveis (clausulas pétérea).

Os direitos fundamentais estão protegidos e alinhados, pois como visto até este momento do estudo, integram toda legislação infraconstitucional, o que observamos hoje também no que chamamos de horizontalização da Constituição.

Ou seja, os demais poderes devem garantir a aplicabilidade das normas.

Para o professor André Ramos Tavares¹⁵:

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, 1ª. Ed; São Paulo: RT, 2002.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional: Saraiva, São Paulo, 2021, p. 117.

“Todo esse segmento recebeu um amplo desenvolvimento por parte do Poder Judiciário, que não se intimidou em assumir um papel essencial na vida do País. A bem da verdade, toda essa postura normativa arrojada por parte da Constituição de 1988 poderia ter sucumbido em face de um judiciário retrógrado, inerte ou inadvertidamente reticente”.

Já ao executivo, antes da necessidade da ação do Poder Judiciário, cabe a observação e a execução das determinações legais que garantem os direitos fundamentais.

Recordemos o questionamento feito às folhas 02 sobre a não implementação pelo Poder Executivo das diretrizes previstas em Lei e que tiveram que ser “implementadas” pelo Poder Judiciário?

É dessa prática não convencional de Democracia que passaremos a tratar.

A absorção de competências entre os Poderes decorrente da inaplicabilidade das normas.

O terceiro núcleo de análise que se propõe neste estudo é sobre as consequências do não cumprimento pelo Poder Executivo de normas a ele impostas pelo Legislativo. Quando mencionamos “consequências” nos referimos à provocação natural que os indivíduos passam a fazer ao Poder Judiciário, quando, por exemplo: a norma determina que a Prefeitura de um município garanta vagas de creches e estas não são encontradas na realidade pelos cidadãos.

Pergunta-se novamente: Trata-se de ativismo judicial?

Devemos lembrar que a formação do Estado, criado com a finalidade de trazer igualdade e liberdade a todos, retira de uma pessoa só a complexa tarefa de gestão, como observamos pelo princípio da impessoalidade anteriormente mencionado. Inicialmente o Estado tinha a única tarefa de entregar proteção aos seus cidadãos, porém, com o avanço social e os conflitos sociais decorrentes da liberdade, novas atribuições foram absorvidas.

Nas lições do professor Rennan Thamay¹⁶:

“esse modelo de Estado, que foi muito bem pensado para a sua época de elaboração passa hoje por diversos problemas das suas diferentes índoles. Esse Estado, que foi criado para atender o cidadão, acabou sofrendo cada vez mais com o aumento das solicitações, pretensões e demandas dos cidadãos, fazendo com que esse próprio Estado, planejado para realizar as necessidades dos cidadãos, não consiga dar

¹⁶ THAMAY, Rennan. Processo Constitucional. Do processo civil aos demais ramos processuais: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 52.

seguimento e resposta a todos que procuram apoio estatal, tornando-se um Estado de promessas e de “sonos” interrompidos”.

O baixo poder de resposta estatal frente às demandas sociais faz com que o cidadão atue e se proteja, demandando ao Poder Judiciário para que este obrigue o Estado a cumprir seu papel. O problema é que com esse “novo” viés de atuação estatal a metodologia desenvolvida pela Constituição de 1988 é deixada de lado.

Na linguagem do professor Rennan Thamay¹⁷ *decorrência da crise de uma sociedade que foi projetada para “funcionar” de uma forma, mas que não tem conseguido adimplir com essa maneira de existência.*

Pois bem, a atuação do Poder Judiciário nesses casos pode ser classificada como ativismo judicial?

Esse fenômeno pode ser caracterizado pela postura mais ativa do Poder Judiciário, que busca, diante da falta de solução executiva adequada para determinados casos, criar soluções para implantação, sobretudo, de políticas públicas.

Ocorre que o judiciário, diante da provocação de um titular de direito ameaçado ou lesado, tem que atuar:

Art. 2º, CPC. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 3º, CPC Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

A expressão “ativismo judicial” inegavelmente é interpretada pela maioria da sociedade como algo negativo, porém a atuação do judiciário é sempre provocada – ou seja, ele não age sem que o incitem a tanto, o Poder Judiciário é inerte, carecendo da ação de um terceiro para que quebre sua inércia e se movimente - para resolução de conflitos não sanados pelo executivo.

Para Luís Roberto Barroso¹⁸ *a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes.*

¹⁷ THAMAY, Rennan. Processo Constitucional. Do processo civil aos demais ramos processuais: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 60.

Para ele, a postura ativista se manifesta por meio de três diferentes condutas:

A primeira é a aplicação da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto independentemente de manifestação do legislador ordinário.

A segunda é a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Poder Legislativo.

A terceira, base do nosso estudo, é a imposição de condutas ao Poder Público pela não implantação de determinações expressas em lei que tenham como objeto a proteção de direitos fundamentais.

Conclusão.

Indiscutível a participação do judiciário na implantação das políticas públicas, porém, ao nosso entender, não se trata de ativismo judicial.

A atuação do Poder Judiciário ocorre na lacuna deixada pelos demais poderes.

Há normas de origem interna e de origem externa que visam a proteção dos direitos fundamentais. Essa produção / recepção legislativa exterioriza a primeira faceta da democracia. Ocorre que a segunda faceta da democracia deve ser atentamente observada, sem poder deixá-la de lado, sendo ela a aplicação pelo poder público do que resta positivado.

Diante de uma sociedade moderna e globalizada as necessidades sociais são inúmeras, demandando do poder público uma série de complexas e variadas implantações.

Contudo, o poder público (Executivo) não consegue, por falta de gestão ou de recursos financeiros, implantar tudo o que a legislação prevê.

Resta ao cidadão se socorrer ao Poder Judiciário que irá, pela forma coercitiva das suas decisões, obrigar que o executivo atue.

Não se trata, portanto, de ativismo judicial. Não há, neste caso, atuação direta sem provocação, pelo contrário, há provocação da parte lesada, sendo obrigatória a atividade jurisdicional, por isso que constitucionalmente temos garantida a tutela jurisdicional.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. www.plataformademocrática.org/Publicacoes/12685_Cashed.pdf

Aliás, a Constituição, cidadã e garantidora de direitos fundamentais que conferem ao homem tudo quanto se considere essencial para sua sobrevivência com dignidade, não poderia deixar de prever em seu texto, como bem dito e demasiadamente transcorrido até aqui, que a democracia cumpre seu papel ao auxiliar e constituir ao homem seus direitos e condições de subsidiá-lo.

Da mesma forma que não há como num regime absolutista e autoritário a população ter plenos direitos para que manifeste com liberdade e segurança seu máximo potencial e desenvolva amplamente suas faculdades.

Destarte, ao prever no texto constitucional que o Estado é obrigado a conceder o acesso a Justiça, de forma indistinta, até mesmo com mecanismos que garantam ao pobre, na verdadeira acepção legal do termo, o benefício da gratuidade da justiça, bem como com a isonomia, o Estado demonstra que a tutela jurisdicional está prevista para que a população tenha seus direitos assegurados e jamais suprimidos, nem mesmo por um de seus próprios poderes, seja o Executivo ou Legislativo.

Bibliografia.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cashed.pdf

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil: Jus Podivm, Salvador, 2019, p. 47, 48 e 49.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 887.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 814.

TARENDT, Hamma. A Condição Humana. São Paulo: Edusp, 1981

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, 1ª. Ed; São Paulo: RT, 2002.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: Nery JR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003. P 1.118 – 1.119.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional: Saraiva, São Paulo, 2021, p. 117.

THAMAY, Rennan. Processo Constitucional. Do processo civil aos demais ramos processuais: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 52 e 60.