OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vinicius Bastos Rodrigues¹

Fábio Lasserre S. Borges²

RESUMO

Por intermédio do presente trabalho, busca-se evidenciar fatos vivenciados anteriormente, e que invariavelmente é parte de nosso cotidiano. O ativismo judicial, configura ação proveniente do Poder Judiciário que pode ser benéfica ou maléfica para a sociedade, mas que no fundo, não deixa de ser em maior ou menor grau uma interferência nos demais Poderes, e na harmonia estabelecida pela Constituição. Desta forma aventa questionamentos quanto aos limites para esse ativismo, embora muito se discuta a respeito do referido tema é preciso dar a esse termo definição para passarmos a análise do fato, bem como, descobrir suas origens para assim contempla-lo em sua verdadeira essência, que pode ter suas origens na política como um assunto de interesse de toda a coletividade, mas que também pode ter muito do interesse pessoal daquele que julga com base não na legislação vigente mas com base na sua opinião fundamentada com princípios amplos, alguns até mesmo previstos na Constituição.

Palavras chave: Limites. Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientador, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia.

1 INTRODUÇÃO

Por intermédio do presente do trabalho apresenta-se como escopo discorrer acerca do tema: “Os limites do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito.” delimitando as fronteiras de atuação do poder judiciário frente os Poderes Executivo e Legislativo, analisando o ativismo judicial sob a perspectiva política.

Estabelecer limites para a atuação do Poder Judiciário, que muitas vezes exige de seus membros o exercício criativo de aplicar o direito ao caso concreto, não é tarefa fácil, e como nem sempre encontra-se o fato perfeitamente descrito na norma, por vezes é necessário que os magistrados recorram a princípios e demais fontes do direito para solucionar os problemas que chegam aos tribunais, entretanto, exsurge a questão acerca da atuação proativa dos magistrados.

Diante da omissão da classe política em legislar sobre temas relevantes da atualidade, principalmente aqueles que dizem respeito aos direitos das minorias, direitos esses que garantem a população prioridades básicas como saúde e educação, o Poder Judiciário se vê obrigado a responder a demanda de seus jurisdicionados assegurando assim seus direitos, desta forma, quais os limites para esse protagonismo judicial no Estado democrático de direito?

Neste sentido, delimitou-se as seguintes hipóteses: I) A atuação do Poder Judiciário de pacificar conflitos e sanar anseios sociais aplicando a lei ao caso concreto, configura poder-dever não havendo que se considerar puro ativismo; II) O Poder Judiciário pode atuar de forma ativa, com vistas a defender os direitos das minorias, cumprindo com o que preconiza a constituição; III) O ativismo judicial se caracteriza por ser uma interferência abusiva nos Poderes Legislativo e Executivo, que atentem contra o princípio constitucional da harmonia entre os Poderes.

Em tempos de descrédito dos Poderes Legislativo e Executivo, e com casos recorrentes de corrupção envolvendo inúmeros partidos e políticos; o Poder Judiciário não sendo tão afetado com essa crise, conservou sua autoridade enquanto os demais Poderes perdiam, deste modo, a questão do ativismo judicial ganhou ainda mais proporção e até mesmo respaldo social em nossos dias.

Hodiernamente percebe-se com certa frequência nos noticiários o tema do ativismo judicial, bem como o rosto de juízes estampados em jornais; alguns até mesmo são divulgados

como super-heróis, entretanto, a missão que a Constituição Federal (CF) reserva ao Judiciário acaba por ter sentido distinto.

Importante lembrarmos que ocorrendo a interferência de um poder nos demais, isso resulta em crise, sendo que esta pode agravar-se e desencadear consequências ainda mais danosas, exemplificando cita-se as ditaduras em que o Executivo excedeu as fronteiras do seu Poder, levando assim a queda de todo um sistema. Esses eventos geram traumas na história do país, veja que a questão da ditadura ainda não foi superada por muitas famílias.

Constantemente revela-se tarefa difícil distinguir entre ativismo e uma atuação política dos magistrados, o STF por exemplo já chegou a suspender a nomeação de Ministros, sendo que compete privativamente ao Presidente da República a nomeação e exoneração, como se vê no artigo 84, I da CF/88, rememorando a 3º turma do TRF4 decidiu que o colarinho do chope faz parte da bebida, e em outra ocasião o resultado de uma partida de futebol foi decidida no STF, ou seja, quase tudo se judicializa e vai ter uma decisão final no Judiciário, e isso acontece até mesmo com questões pertencentes aos outros Poderes.

Embora a Constituição estabeleça a harmonia e independência entre os Poderes essa independência segundo parte da doutrina não é absoluta, segundo essa parcela Executivo, Legislativo e Judiciário devem trabalhar de forma conjunta para que o Estado possa funcionar adequadamente, porém, insta salientar que no neoconstitucionalismo o Poder Judiciário tem uma atuação mais proativa do que quando comparada a condição anterior do constitucionalismo, e nossa carta magna é fruto desse evolução.

A questão inerente ao ativismo se torna ainda mais evidente quando isso envolve questões políticas, a perda do mandato por infidelidade partidária por exemplo teria sido resolvida de modo menos traumático, e sem dúvidas mais legítimo se fosse resolvida pelo Legislativo, ao atuar dessa forma o judiciário inegavelmente adentrou na esfera de atuação de outro Poder, basicamente o que o Supremo Tribunal fez foi legislar criando causas para a perda do mandato além daquelas previstas na Carta Magna de 1988.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

A palavra ativismo tem sido utilizada amplamente no meio acadêmico e nos noticiários, e não se restringe apenas a um órgão ou instituição, fala-se por exemplo em: ativismo do Ministério Público, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre outros.

Todavia, definir ativismo não é tarefa fácil, o entendimento majoritário é de que: “Ativismo, como a beleza, está normalmente nos olhos do possuidor” (LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1).

Pode-se considerar uma decisão ativista como sendo aquela na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) toma decisões levando em consideração aspectos políticos? Ou quando cria direitos por meio de suas decisões? Muitas vezes o que ocorre é que as pessoas se utilizam do termo ativismo para denegrir o Judiciário, acusando-o sem mesmo compreender as questões envolvidas no julgamento em questão.

Ao formular tal acusação, imputa-se ao Judiciário situação delicada, posto que, se trata de argumento passível de controvérsias, até mesmo pela amplitude do termo empregado. Entretanto, não se tem o escopo de exaurir os possíveis significados, mas propor ponto de partida seguro para problematizarmos acerca do tema. Nas palavras do ministro Barroso:

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 dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 3)

Em outras palavras podemos dizer que: o ativismo judicial é uma conduta proativa dos membros do Poder Judiciário, onde estes assumem o papel criativo de decidir sem que haja base no ordenamento jurídico para suas decisões, inovando assim na ordem jurídica, e alargando as fronteiras do seu campo de atuação para além daquelas situações previstas na Constituição.

Ao tratar dos aspectos históricos, Luis Roberto Barroso faz um importante resgate histórico, no qual traz as origens do ativismo judicial, que remonta a suprema corte dos Estados Unidos na segunda metade do século XIX, e ao fazê-lo, aborda os principais casos da época, vejamos:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2012, p. 7)

Observe que ao longo do tempo, o conceito de ativismo que a priori definia atitude conservadora, posteriormente passou a designar uma atitude progressista por parte dos magistrados.

Outra questão importante a ser analisada, diz respeito ao oposto do ativismo judicial, a chamada autocontenção judicial, onde o Poder Judiciário evita intervir nos demais Poderes das seguintes formas:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2012, p. 7)

Exemplificando o primeiro caso em que ocorre a aplicação direta da Constituição a uma situação não expressamente prevista podemos citar o caso da fidelidade partidária, onde o STF entendeu que a vaga pertence ao partido, criando assim uma nova hipótese de perda do mandato além daquelas previstas na Constituição.

Já no segundo caso podemos citar as cláusulas de barreira, onde houve uma limitação ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não atendiam a requisitos básicos de desempenho parlamentar; e por último, temos como exemplo mais evidente o da determinação de que a União, o Estados, ou o Município, ou até mesmo os três de forma

solidária, forneçam medicamentos ou tratamentos, alguns excessivamente onerosos, mas exigido por meio de decisões judiciais. (BARROSO, 2012).

3 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Dois temas bastante comuns e presente nos dias atuais, que embora tenha algumas semelhanças entre si, não configuram expressões sinônimas, conforme verifica-se nos posicionamentos dos seguintes doutrinadores a seguir:

No ativismo ocorre uma substituição dos juízos institucionais e democráticos por juízos do próprio magistrado, já na judicialização da política, por outro lado, é um fato que decorre do aumento do caráter hermenêutico do direito a partir da Segunda Guerra Mundial, onde a jurisdição acaba sendo o último recurso para o cidadão garantir seus direitos. (LUIZ, 2013).

De outra banda, entendimento distinto considera a judicialização como um acontecimento inexorável e contingencial que resulta de fatores sociopolíticos, consistindo na intervenção do Judiciário na insuficiência dos demais Poderes do Estado, nesse caso o ativismo é visto como uma corrupção na relação dos Poderes, pois há uma extrapolação nos limites da atuação do Judiciário pela via de uma decisão baseada em critérios não jurídicos. (STRECK, 2013).

Portanto, podemos inferir que: quanto mais forte e atuante for os demais Poderes, em especial o Legislativo, menor será o ativismo do Judiciário, esse ativismo dentre outros fatores tem também como uma de suas fontes o vácuo legislativo, que ocorre quando os políticos evitam tratar sobre determinados temas, principalmente pautas impopulares, e a questão vai parar no Judiciário que não pode se omitir de dar uma decisão, o que por vezes acaba configurando ativismo.

Conforme bem definido por Streck (2013), ao se mencionar o termo ativismo judicial, o que se está a dizer é que existe uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento das funções legislativas e administrativas.

Necessário ressaltar, que a judicialização é um fato, e o ativismo uma atitude, não há impedimento para que o Judiciário se utilize de formas criativas para solucionar problemas, o

problema é usar a criatividade para criar direitos sem base legal para isso, e essa atitude não pode ser admitida por desrespeitar a ordem estabelecida pelo legislador constituinte.

4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL

Com o neoconstitucionalismo os princípios ganharam força normativa, houve maior proteção aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, e uma característica importante: os direitos sociais passaram a ter aplicabilidade imediata, não sendo mais preciso a boa vontade dos agentes políticos para serem efetivados, somando-se a isso um Poder Judiciário independente, o que também contribuiu para o ativismo.

A Constituição de 1988 é fruto desse período, e foi criada após um regime militar onde os direitos fundamentais foram severamente suprimidos, desta forma, o intuito do legislador constituinte era justamente assegurar essas garantias para que referido evento não tornasse a ocorrer, isso resultou em uma Constituição recheada de princípios que deram ampla margem de atuação para o Poder Judiciário, e que assegura a ele o dever de zelar por tais premissas.

Insta destacar que a quantidade de princípios e direitos positivados na Carta Magna de 1988, permite aos magistrados tratarem sob um vasto leque de matérias, e princípios vagos, sobre essa questão Luís Roberto Barroso afirma que: “Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.” (BARROSO, 2012, p. 6).

Embora a afirmação do eminente ministro tenha como pressuposto a separação do Poderes, como se sabe ela deve ser aceita com reservas pois os juízes são pessoas suscetíveis ao erro, tendo também suas preferências e paixões, e como ninguém é absolutamente isento ao julgar, os magistrados:

Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. (BARROSO, 2012, p. 6).

O princípio da dignidade da pessoa humana trazido como exemplo é um princípio amplo e que permite uma margem grande de interpretação e atuação, e com esse novo cenário trazido pelo neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário ao buscar proteger essas prerrogativas

sociais acaba por interferir em questões que deveriam ser resolvidas no âmbito político, tal como a questão da união homoafetiva.

Um dos fatores para a omissão do Legislativo foi o medo de como a parcela conservadora e evangélica dos eleitores, parte expressiva do eleitorado, reagiriam a essa questão, os casais homossexuais que queriam ter o direito de se casar, buscaram então no judiciário o reconhecimento do seu direito, pois não poderiam aguardar a boa vontade dos políticos para ter o seu direito assegurado.

Definir neoconstitucionalismo não é tarefa fácil, existem diversos modelos de neoconstitucionalismo, e cada um desses possuem suas semelhanças e peculiaridades, para Daniel Sarmiento o neoconstitucionalismo envolve os seguintes fatores:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou 'estilos' mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2011, p.73/74).

Observe-se que no constitucionalismo atual o Poder Judiciário não só aplica as leis, mas também cria direitos por via judicial, a criação judicial supera a rigidez do princípio da separação dos Poderes por uma cooperação que busca efetivar os direitos fundamentais, o que trouxe grande valorização ao princípio da dignidade da pessoa humana, e conforme se observa na citação supra mencionada, a mudança nos princípios é fruto dessa maior aproximação entre o direito e a moral.

Cumprido ressaltar que quanto mais amplo for o princípio utilizado pelo magistrado, maior deverá ser sua fundamentação para validar seu entendimento, sem com isso perder de vista a vontade constitucional.

Souza afirma que em áreas não relacionadas ao direito, como política, religião, economia, não há que se falar em ativismo porque o magistrado não possui conhecimentos específicos nessas áreas, devendo prevalecer nesses casos a contenção judicial. (SOUZA, Jaqueline, 2014)

Portanto, no modelo neoconstitucionalista é possível que os magistrados atuem de forma ativa quando for preciso, principalmente nos casos que envolvem os direitos mais básicos garantidos a todas as pessoas, devendo o magistrado nesses casos zelar pelo bom senso na sua fundamentação para que sua decisão tenha legítimo amparo legal, e corresponda a vontade do texto constitucional, mesmo porque o Poder Judiciário não foi eleito, e não é seu papel validar anseios sociais.

5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS LIGADOS AO ATIVISMO JUDICIAL

Com o advento do neoconstitucionalismo os princípios foram positivados graças ao caráter normativo que a Constituição passou a ter, essa positivação ampliou a margem de atuação dos magistrados, sendo este também um dos fatores que contribuíram para uma atitude mais ativista por parte dos magistrados.

Entre os princípios que mais se relacionam com a temática proposta por intermédio do presente trabalho, destacamos os seguintes:

5.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 inaugura esse princípio ao dizer que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988, s.p.).

Essa harmonia se efetiva através do sistema de freios e contrapesos, o famoso: Checks and Balances retratado por Montesquieu no livro: O Espírito das Leis, de 1748, neste sistema a regra básica é a de que deve haver harmonia entre os Poderes, não sendo admitida a interferência de um Poder nos demais, ou que um cumpra funções alheias as que lhe são pertinentes.

Todavia, o sistema de freio e contrapesos prevê interferências, que tem por objetivo o “equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (SILVA, 2009, p. 110).

Pedro Lenza lembra que a Constituição Federal de 1988 eleva o princípio da separação de Poderes a classe de clausula pétreia, o que pode se ver no art. 60, §4º, III do referido texto. (LENZA, 2016).

Ao analisar esse princípio, o referido autor ainda faz a seguinte observação, vejamos:

[...] os ‘Poderes’ (órgãos) são independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do poder constituinte originário, daí ser mais adequado falarmos em órgãos que exercem funções, típicas (inerentes à essência) e atípicas (do órgão, mas sem ser a sua essência). Dessa forma, diante do princípio da indelegabilidade de atribuições, nenhum Poder (órgão) poderá transferir função que lhe é típica ou expressamente prevista como atípica a outro. (LENZA, 2016, p. 1535).

Entretanto, parte da doutrina atual prefere falar em colaboração de Poderes pois de acordo com essa parcela, o termo separação de Poderes transmite a ideia de um engessamento na relação entre eles, e que seria preferível falarmos em cooperação tendo em vista que a cooperação é fundamental para o correto funcionamento do Estado, ou seja, um sistema harmônico assim como foi previsto pelo legislador constituinte.

Ao analisar como esse princípio se relaciona com o tema do ativismo judicial, José Alves de Souza entende que o Poder Judiciário ao efetivar direitos fundamentais, não viola o princípio da separação dos poderes, pois ao atuar dessa forma na verdade estaria reparando uma omissão do próprio Estado. (SOUZA, José, 2014).

O Supremo Tribunal Federal ao analisar o tema da separação do Poderes, tendo como relator do caso o ministro Celso de Mello, se posicionou de igual modo, *in verbis*:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010.

Assim sendo, conforme exposto pelo ministro trata-se de apenas uma aparente interferência, o que de certo modo reforça as afirmações anteriormente citadas, de que é preferível falarmos em uma colaboração dos Poderes, do que em separação, tendo em vista que o ponto de partida de todos os Poderes deve ser sempre a Constituição.

5.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Referido princípio é considerado pelos doutrinadores como sendo o principal valor do ordenamento jurídico brasileiro, e um dos pilares centrais da nossa Constituição, tem sua previsão legal no artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988.

Donizete (2012) classifica esse princípio como um dos fundamentos da nossa República, e por ser um dos fundamentos do nosso ordenamento jurídico condiciona a todos a sua observância, ficando para o Estado o dever de garantir a população direitos como: saúde, educação, moradia, segurança, propriedade, entre outros, ou seja, são esses os valores que permitem às pessoas viverem com dignidade.

E por ser um dos princípios centrais da nossa Constituição, Souza entende que o Poder Judiciário deve buscar ao máximo efetivar esse princípio em suas decisões, bem como os demais Poderes devem buscar sua efetivação na vida das pessoas; segundo a autora, em uma ponderação de valores o princípio da dignidade da pessoa humana tende a prevalecer por ser um princípio basilar do nosso ordenamento jurídico; e conclui dizendo que o Poder Judiciário ao se ater a esse princípio pode atingir o grau máximo de ativismo judicial. (SOUZA, Jaqueline, 2014).

Portanto, de acordo com a autora supracitada, o Poder Judiciário poderia interferir nos campos de atuação dos demais Poderes, desde que amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e mesmo assim não estaria desrespeitando o nosso ordenamento jurídico, pois essa é uma vontade do texto constitucional, garantir as pessoas que elas tenham vida, e vida com dignidade!

5.3 PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A República Federativa do Brasil consiste em Estado Democrático de Direito, onde o Poder do Estado é limitado por uma constituição, e embora esse Poder Estatal se divida em três.

O real detentor do Poder é o povo, conforme prevê o artigo 1º parágrafo único da Constituição que diz que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988, s.p.).

O modelo democrático propicia a todos de forma indistinta uma maior proteção contra abusos provenientes do Poder Estatal, visto que se estiver todo contido na mão de uma só pessoa, ou de um só grupo, há grandes chances de que isso resulte em abusos de poder.

Para evitar esses excessos, tal princípio encontra-se previsto no artigo 1º da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político. (BRASIL, 1988, s.p.).

Por seu turno, Coelho (2009) define tal princípio da seguinte maneira, vejamos:

[...] entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (COELHO, 2009, p. 171).

Vemos agora nesse princípio o fechamento dos princípios anteriormente citados, e como já vimos cabe aos três Poderes buscar a efetivação das garantias e direitos previstos na Constituição.

Assim sendo, o Poder Judiciário bem como os demais, devem atuar pelo cumprimento dos fundamentos expostos no artigo 1º da Constituição, dentre eles ressalto o princípio da dignidade da pessoa humana, pois assim estaríamos zelando para que as pessoas tenham seus direitos mais básicos resguardados, garantindo se assim o mínimo para uma vida digna.

Por ser esses os direitos mais básicos para que as pessoas tenham ao menos o essencial, algumas vezes tais direitos só são garantidos por meio da tutela jurisdicional, o que é lamentável pois sabemos como isso além de demorado é burocrático, o que por vezes acaba evitando essa efetivação.

Importante ressaltar que o princípio abordado no presente tópico contém a palavra “direito”, houve então essa intenção de ressaltar que não é de um Estado qualquer que

falamos, mas de um Estado que assegura direitos ao seu povo; veja como seria contraditório utilizarmos esse termo se não houvesse a garantia de direitos à população, falaríamos de um Estado democrático de direito, sem que direitos houvesse.

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Compreender os limites do ativismo judicial no atual Estado democrático de direito.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar a viabilidade de evitar interferências do Poder Judiciário nos demais Poderes, somente com a aplicação da lei ao caso concreto por parte dos magistrados, evitando-se assim uma quebra do princípio constitucional da harmonia entre os Poderes;
- Analisar se o Poder Judiciário pode atuar de forma ativa para defender os direitos das minorias;
- Verificar se o ativismo judicial é sempre forma de afronta ao princípio constitucional da harmonia entre os Poderes.

7 METODOLOGIA

A metodologia adotada no presente trabalho é de revisão bibliográfica, sendo esta uma pesquisa seletiva e analítica; onde a coleta de dados foi feita por meio de fontes diversas tais como: leis, doutrinas, e artigos disponíveis em revistas e meios eletrônicos.

Segundo Fachin (2003), a pesquisa bibliográfica é o primeiro passo para um trabalho científico, seja ele isolado ou que irá se desenvolver em uma pesquisa de campo futuramente.

Por sua vez, Gil (2008) ensina que a pesquisa bibliográfica se desenvolve principalmente por meio de livros e artigos científicos, ou seja, de um material já elaborado.

Portanto são essas as características do presente trabalho, que também pode ser classificado como qualitativo, tendo sido adotado o método indutivo.

8 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os limites do ativismo e também da atuação dos magistrados são aqueles estabelecidos na Constituição e nas leis, o que também inclui os princípios jurídicos, uma interpretação constitucional da legislação, à analogia, entre outros.

Porem a margem deste limite é tênue, e quanto mais incerto for o terreno legal, melhor deverá ser a fundamentação do juiz em sua decisão, para não afundarmos no terreno da insegurança jurídica, o que levaria a várias decisões diferentes a respeito de um mesmo tema, tornando assim difícil a criação de jurisprudência, e a pacificação dos entendimentos em um mesmo sentido.

Insta salientar que, nem todas as situações estão previstas em lei, e as vezes é preciso que o magistrado se utilize de outras fontes do direito tais como: analogia, costumes, e princípios do direito para poder garantir direitos ao seu legítimo possuidor, portanto não basta só a aplicação nua e crua da lei para evitar o ativismo.

Luís Roberto Barroso chega a afirmar que o ativismo pode se manifestar inclusive pela “aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”. (BARROSO, 2012, p. 6).

Além do mais, cabe destacar que direito e política caminham juntos, porque como se sabe a política através do Poder Legislativo é uma fonte criadora do direito. E como já vimos anteriormente neste trabalho, no neoconstitucionalismo em que vivemos, o poder Judiciário também cria direitos por meio das decisões judiciais.

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (BARROSO, 2012, p. 2).

Daniel Sarmiento ao tratar desse assunto, afirma que no neoconstitucionalismo existe: “um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. (SARMENTO, 2011, p.73/74).

E se esses direitos criados estão de acordo com a vontade do texto constitucional não há que se falar em conflito entre os Poderes, principalmente quando se envolve direitos fundamentais, tendo em vista que a própria Constituição busca efetivar tais direitos. Barroso, levanta três objeções a respeito da questão do ativismo judicial, são elas:

Riscos para a legitimidade democrática: os membros do Poder Judiciário, ministros, desembargadores e juízes não foram eleitos, e: “Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2012, p. 5-6).

Segundo este autor, há risco de politização da justiça:

[...] o juiz: a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. (BARROSO, 2012, p. 7-8).

Mas como sabemos os magistrados tem o dever de motivar suas decisões, utilizando-se de uma argumentação lógica e convincente legalmente embasadas o que de fato legitima sua decisão, tornando válida.

A capacidade institucional do Judiciário e de seus limites: o Judiciário tem a primazia de dar a palavra final, e pode tratar praticamente de quase todos os assuntos tendo em vista as características de nossa Constituição, porém:

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. (BARROSO, 2012, p. 8)

Ou seja, embora quase sempre possa, o Judiciário nem sempre deve tratar sobre todos os temas, acrescente a lista acima também as questões políticas, que seriam sem dúvidas melhor pelas outras esferas do Poder.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o ativismo judicial um tema subjetivo, existindo até mesmo divergência na suprema corte brasileira a respeito de sua existência, e seus limites sendo tênues, seria muita pretensão do presente autor querer esgotar neste trabalho, toda a dimensão do tema e de seus desdobramentos.

Porém, podemos dizer de forma resoluta que os limites para o ativismo judicial são os limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis, e o que legitima a decisão de um magistrado é a correta fundamentação de suas decisões, e para isso ele poderá se valer de princípios analogias, costumes, entre outros.

Todavia o magistrado não poderá se valer disso para ampliar as fronteiras do direito, criando direitos onde não há, portanto como já vimos, não é papel do Poder Judiciário validar anseios populares, mas sim, fazer cumprir os direitos previstos em nosso ordenamento jurídico.

Se durante sua atuação o magistrado precisar proteger algum direito, principalmente os mais básicos, e para isso precisar exigir que algum dos Poderes faça alguma coisa, não há que se falar em separação de Poderes, mesmo que para isso o Judiciário tenha-se utilizado de algum direito garantido de forma vaga pela Constituição como exemplo a saúde ou educação, pois esses direitos são um dos valores que a Magna Carta busca efetivar.

De fato a questão da harmonia entre os Poderes, é algo que só existe plenamente no mundo das ideias, mas essa é uma utopia que deve ter sua busca realizada por todos os Poderes, porém ao analisarmos o ativismo sob um ponto de vista político, percebe-se que o Poder Judiciário possui mais poder e prestígio que os demais.

O ativismo judicial ainda estará presente no nosso cotidiano e definirá os rumos da nossa sociedade, como já ditou outras vezes, a exemplo do caso da união homo afetiva, da prisão em segunda instância ou outro caso que venha ser discutido pelo Judiciário, como o caso do colarinho do chope.

Enfim, em maior ou menor grau o ativismo afeta a nossa vida, vida essa em que quase tudo vai parar no judiciário; até mesmo as questões políticas que deveriam ser resolvidas pelos demais Poderes.

*OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO*

ABSTRACT

Through this work, we seek to highlight facts that were later experienced, and that is invariably part of our daily lives. Judicial activism is an action from the Judiciary that can be beneficial or harmful to society, but that, in essence, is to a greater or lesser extent an interference in other Powers, and in harmony established by the Constitution. In this way, it raises questions about the limits for this activism, although much is discussed about the referred theme, it is necessary to give this term definition in order to pass the analysis of the fact, as well as discover its origins so that it contemplates it in its true essence, which may have its origins in politics as a matter of interest to the whole community, but which may also have much of the personal interest of the one who judges based not on the current legislation but on the basis of his opinion based on broad principles, some even foreseen in the Constitution.

Keywords: Limits. Judicial Activism. Democratic state.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol.5, n° 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 21 out. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 583.578*. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=11&tipo=CJ&termo=educa%E7%E3o>>. Acesso em: 02 de nov. 2019.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, Editora Jus Podivm, 2011. p. 475-498.
- DINIZ, Denner Vargas. *(In)fideliidade partidária, ativismo e constituição*: análise do ativismo judicial no caso da perda de mandato por infidelidade partidária. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6164, 17 maio 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62895>>. Acesso em: 31 maio 2020.
- DONIZETE, Elpidio. Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 6º do projeto do novo cpc). *Jusbrasil*, 09 outubro de 2012. Não paginado. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- EXTRA O GLOBO. *Justiça decide que espuma do colarinho faz parte do chope*. 14 dezembro 2010. Não paginado. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/brasil/justica-decide-que-espuma-do-colarinho-faz-parte-do-chope-593580.html>>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- FACHIN, Odília. *Fundamentos de metodologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- JUSTI, Jadson; VIEIRA, Telma Pereira. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- KEILA, Matos. *A arte e técnica da produção científica*. Goiânia: Deescubra, 2002.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* -20 ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARTINS JUNIOR, Joaquim. *Como escrever trabalhos de conclusão de curso: introduções para planejar e montar, desenvolver, concluir, redigir e apresentar trabalhos monográficos e artigos*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

PENNA, Bernardo. “Papel criador do intérprete” x ‘papel criativo do intérprete’. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 01, p. 57-74, 1 ago. 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, Editora Jus Podivm, 2011. p. 73-114.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Jaqueline Ferreira. *Os limites do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito*. 2014. 35 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014, Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/4874>>. Acesso em: 20 set. 2019.

SOUZA, José Alves de. O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39002/o-principio-da-separacao-de-poderes-funcoes-na-constituicao-de-1-988>>. Acesso em: 09 out. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUNSTEIN, Cass Robert. A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country?. *Legal Affairs*, vol. 26, 2003. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp>. Acesso em: 23 out. 2019.