

ATIVISMO JUDICIAL: OMISSÃO LEGISLATIVA, GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PERIGOS DO EXCESSO

Rennatyel Higor Gomes de Freitas¹
Anne Adelle Gonçalves de Aguiar²
Felipe Rodolfo de Carvalho³

RESUMO

O presente artigo abordará o tema ativismo judicial, sob os aspectos, em primeiro momento, da omissão legislativa e da prática ativista na busca pela efetivação das garantias e direitos fundamentais. Em sequência, buscará analisar os perigos do excesso de tal conduta, como possível afronta a tripartição de Poderes e ao Estado Democrático de Direito. Para tal abordagem, serão expostas as divergências doutrinárias entre juristas que são favoráveis a este modelo institucional de hermenêutica judicial e os que vêm este ativismo como uma prática perigosa e nociva ao Estado, configurando uma possível afronta ao regime democrático de Direito. Para realizar este estudo, adotou-se o método de abordagem dialético; como técnicas específicas, foram empregados estudos e pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Omissão legislativa. Garantia dos direitos fundamentais. Perigos do excesso.

INTRODUÇÃO

Na busca de efetivar a garantia dos direitos fundamentais e sanar as omissões dos demais poderes, percebe-se que o Judiciário tem tomado importante postura para o desenvolvimento e efetivação destes direitos, desmembrando-se dos conceitos de um Poder que teria função de mero aplicador da lei ou de protetor da Constituição Federal – como é o caso do Supremo Tribunal Federal – e colocando-se como um Poder atuante e reflexivo quanto aos anseios, em tese, da sociedade.

O sistema político brasileiro, que anteriormente primava pela tripartição dos Poderes, passou a observar uma crescente intervenção do Judiciário em temas que outrora seriam de competência do Executivo e Legislativo, exercendo uma espécie de “freio e contrapeso” além do esperado, através de sua jurisdição constitucional e dos mecanismos de fiscalização e/ou controle da constitucionalidade, tanto dos atos e omissões do Legislativo, quanto do Executivo.

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Discente da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito. Turma DIR141en. E-mail – rennatyel.higor@outlook.com

² UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre em Política Social pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Docente e Orientadora. E-mail – aneadelle@gmail.com

³ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Docente e Coorientador. E-mail – feliperodolfodecarvalho@hotmail.com

Serão abordados no presente artigo, em primeiro momento, a conceituação de Estado Democrático de Direito e a sua relação com a teoria da separação dos Poderes. Após, será demonstrado a origem e os conceitos do ativismo judicial, e a relação dessa hermenêutica com a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Ao fim, será aventado sobre as implicações que o excesso deste ativismo pode gerar perante um Estado Democrático de Direito, fundado na tripartição de seus poderes.

Para realizar este estudo, foi adotado o método de abordagem dialético, como forma de apresentar os diferentes pensamentos acerca do mesmo tema; sobre as técnicas específicas, foram empregados estudos e pesquisas bibliográficas.

Pretende-se, assim, apresentar as posições controversas existentes em âmbito doutrinário, ao observar a crescente corrente deste fenômeno hermenêutico, quando atuante na busca da efetivação dos direitos fundamentais previstos em sede constitucional, mesmo que estes não estejam previstos no âmbito legal.

A discussão, no entanto, permeia em quais os limites que esta interpretação judicial ativista teria, uma vez que esta mesma atuação, ao tentar sanar as omissões dos demais poderes, pode incorrer em eventual afronta à estrutura de um Estado Democrático de Direito e ferir, de forma direta ou indireta, a tripartição dos Poderes e a legitimidade de suas instituições.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de adentrar no tema do ativismo judicial, importante rememorar os conceitos de Estado Democrático de Direito e a de sua tripartição de Poderes, a fim de melhor compreender como tal postura ativista, com viés interpretativista, pode interferir nas bases do referido Estado.

Por Estado Democrático de Direito compreende-se aquele que garante o respeito e a efetividade das liberdades civis dos seus cidadãos, tutelando os direitos humanos e as garantias fundamentais inerentes à sociedade, através do estabelecimento e da manutenção de uma proteção jurídica, materializada em uma estrutura denominada ordenamento jurídico.

Em específico, nesta forma de Estado, as leis e normas constitucionais passam a representar/refletir a vontade dos cidadãos, devendo ser por todos respeitadas, na busca de alcançar o objetivo principal do denominado “Estado Democrático de Direito”, que é estabelecer uma organização democrática do Poder, atrelada à segurança jurídica das normas, com base na soberania popular.

Neste modelo de Estado, busca-se então a conexão entre a Democracia e o Estado de Direito, sobressaindo-se a soberania popular como forma de catalisar o exercício democrático do Poder, primando pela concretização dos direitos fundamentais e pela efetivação da liberdade e a igualdade entre os povos.

Nesta senda, segundo Canotilho:

Se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. [...] Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o Estado de direito

e o Estado democrático, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático (CANOTILHO, 2003, p.100).

Assim, a fim de aprimorar o referido Estado de Direito, compreendeu-se também que haveria a necessidade de separar as funções do Estado, para evitar o surgimento de um regime absolutista e a concentração de muito “poder” nas mãos de um só governante. Surgindo, assim, a teoria da separação dos poderes.

Nesta teoria, assentada de forma clássica pelo filósofo Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 2005, p. 119).

Acerca desta teoria, que por alguns doutrinadores é vista até mesmo como um princípio, Paulo Bonavides assim disciplina sobre sua importância:

Todo prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas. O princípio se inaugura no moderno Estado de Direito como técnica dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado (BONAVIDES, 2012, p. 571).

Nesta seara, nas palavras do jurista Carlos Ayres Britto (2014, p. 40), “as atribuições do Estado seriam repartidas entre os seus três Poderes Orgânicos, de maneira que nenhum deles pudesse usurpar as funções dos outros e cada qual tivesse força suficiente para conter os demais nos rigorosos limites da própria esfera de ação”.

Importante ainda destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a tripartição de poderes ficou arrolada como princípio fundamental da República, estampada no artigo 2º do texto constitucional, traduzindo de forma cristalina que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Neste mesmo entendimento, José Afonso da Silva disciplina que “o princípio da divisão de poderes é conatural a qualquer Estado de Direito. Ele é reconhecido formalmente no artigo 2º da Constituição Federal brasileira” (SILVA, 2014, p. 285).

Assim, observa-se desses ensinamentos que, para que haja um Estado de Direito firme e sólido, sem tiranias ou abusos de poder, faz-se necessário à existência de três Poderes que atuem de maneira independente, mas harmônicos entre si, no intuito de melhor estabelecer as relações democráticas entre a sociedade, primando pela soberania popular e pela busca da efetivação dos direitos fundamentais inerentes a todo cidadão.

1.2 – O ATIVISMO JUDICIAL

Por ativismo judicial, compreende-se um fenômeno jurídico consistente em uma atuação proativa e ativista do Poder Judiciário em questões ainda não pacificadas pelos outros Poderes, ou em questões controversas e que necessitam de uma intervenção judicial.

No ativismo judicial, as decisões se materializariam, em tese, pela vontade do juiz, ao interpretar as leis e aplicá-las conforme o seu entendimento, nos casos concretos que chegassem a sua jurisdição, com base em princípios e conceitos que melhor fundamentam a sua decisão na busca de tutelar determinado direito.

Nesta seara, haveria a presença de um Juiz que interpretaria o direito e o aplicaria não somente com base na letra fria da lei, mas respaldado por princípios constitucionais e

costumes atuais da sociedade, buscando, de todo o modo, o mais próximo do conceito de justiça possível.

Quanto à sua conceituação, Elival da Silva Ramos (2015, p.131) descreve que, por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, o que incumbe, por via institucional, ao Poder Judiciário resolver litígios e feições subjetivas – como conflitos de interesse – e controvérsias jurídicas de natureza objetiva – os ditos conflitos normativos.

Sobre o ativismo judicial e a interpretação extensiva do direito positivado, Daniel Sarmiento (2013, p. 132) afirma que “cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição”.

Na mesma seara, ao disciplinar acerca do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso assenta que:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 58).

Dando continuidade, com relação as origens históricas, surgimento e casos em que o ativismo judicial foi importante para sociedade, Barroso expõe que:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. 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. 60).

Acerca do surgimento do ativismo judicial no Brasil, observa-se que este possui raízes no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal em 1988, que, em sua estrutura, atribuiu ao Poder Judiciário – em especial ao Supremo Tribunal Federal – o papel de interpretar e aplicar a Constituição aos casos concretos, bem como fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos postos no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta seara, Luís Roberto Barroso nos ensina que:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel. E, no início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição (BARROSO, 2018, p. 91).

Demonstrou-se, assim, que haveria um importante e necessário papel deste Poder em intervir em questões extremamente relevantes para alcançar a efetividade dos dispositivos contidos na Carta Constitucional, cujo texto é recheado de garantias e compromissos sociais do Estado para com a sociedade.

Corroborando com este entendimento, Carlos Alexandre de Azevedo Campos nos ensina que a fase de intenso ativismo na Supremo Corte brasileira ganhou notoriedade e espaço relevante com as sucessivas decisões que este proferiu no século XXI, em torno de dois campos distintos e igualmente impactantes: o da dinâmica dos processos políticos e eleitorais e os das grandes questões morais e sociais contemporâneas. “A partir de então, a Corte passou a ocupar o espaço nobre do ativismo judicial” (CAMPOS, 2014, p. 248).

Assim, observa-se que foi por meio do advento da Constituição Federal e da busca pela efetivação direitos sociais e fundamentais que surgiu uma nova forma de realizar a democracia, surgindo um modo distinto de atuação dos integrantes do Poder Judiciário em interpretar as normas constitucionais e aplicar o Direito, não se prendendo tanto às normas de direito já positivadas, mas sim ao espírito contido por trás de tais normas, utilizando-se da principiologia como forma de preencher as lacunas normativas deixadas pelos outros Poderes.

O Judiciário assume, deste modo, um papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno este a que se dá o nome de Revolução de Direitos Humanos (BRANDÃO, 2012, p. 54).

Lado outro, traduzindo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento (2015, p. 31) expõe que a atuação do Judiciário pôde ser considerada, por vezes, como “contramajoritária”. Não no sentido de ser necessariamente contrária à vontade da maioria ou da sociedade como um todo, mas sim no sentido de que esta atuação não se basearia apenas na vontade da dita maioria, pressupondo, assim, estar baseada em um arcabouço mais complexo, envolvendo valores democráticos e preceitos/princípios constitucionais.

Como exemplos de atuação do Judiciário em sentido majoritário, que em tese representou os anseios da sociedade, pode-se citar a vedação ao nepotismo nos três Poderes (Súmula vinculante nº 13) e o direito ao passe livre no transporte coletivo interestadual aos portadores de deficiência comprovadamente carentes (ADIn 2.649/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

Já os exemplos de atuação contramajoritária, destacam-se a declaração de constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.510/DF, Relator Ministro Ayres Brito), a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis (ADIn 4.277/DF e ADPF 132, Relator Ministro Ayres Brito) e a permissão para interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio).

Percebe-se, então, que há benefícios decorrentes desta interpretação ativista que é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade, com a busca pela maior efetivação dos direitos e garantias fundamentais inerentes à sociedade, ao considerar que, por determinados motivos diversos, tanto o Poder Executivo, quanto o Legislativo podem ser omissos ou morosos em diversos assuntos, e a sociedade não poderia ficar refém e sofrer o impacto de tais morosidades/omissões.

A problemática, no entanto, reside em quais os limites que tal atuação teria. Como fica o Estado Democrático de Direito e a separação de Poderes se esse ativismo passa a ser excessivo? Essa atuação ativista dos julgadores adentra na competência legislativa do Estado?

Nesta emblemática, Alexandre de Moraes assim preleciona:

O bom-senso entre a ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre o ‘respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes’ e ‘a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade’ deve guiar o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal

Federal na aplicação do ativismo judicial, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da decisão tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais (MORAES, 2014, p. 789).

O que recai em discussão, ao que se percebe, não é a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, mas sim o limite desta nova corrente de interpretação judicial ativista. A divergência, como visto, paira na hipótese de que tal ativismo seria uma afronta à separação dos Poderes e, logo, ao Estado Democrático de Direito.

1.3 – O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos fundamentais são compreendidos como os direitos “básicos” para uma vida digna, abrangendo tanto os direitos e liberdades individuais, como os direitos sociais, políticos e jurídicos, bem como os direitos de caráter transindividuais, todos amparados e previstos em sede constitucional.

Segundo o professor e doutrinador Paulo Bonavides (2012, p. 578), “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”.

De igual forma, Luís Roberto Barroso leciona que:

Os direitos individuais configuram uma espécie de direitos constitucionais. Tais direitos, trabalhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade. (...) Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade para assegurar uma vida digna. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material (BARROSO, 2011, p.199 e 202).

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 288-299), por sua vez, expõe que a principal manifestação do Estado de Direito como Estado material de Direito se materializa com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, pois são eles que concretizam o Estado de Direito nas suas diversas dimensões.

Neste ínterim, é notório que a sociedade evolui constantemente, as demandas sociais são maiores e diversas entre si e, em tal contexto, aplicar apenas o direito positivado implicaria evidentemente na renúncia, ou recusa, de efetivação dos direitos fundamentais daqueles que, por algum motivo, não estão inseridos, nem tutelados, pela legislação atual.

Nestes casos, então, pressupõe-se que o ativismo judicial seria “necessário” para a busca de uma justiça social, como forma de tutelar os direitos fundamentais e evitar que determinada classe tenha sua dignidade humana afetada pela própria omissão do Estado.

Alexandre de Moraes, exemplificando casos concretos em que o ativismo judicial foi importante para a garantia dos direitos fundamentais e o desenvolvimento humanístico da sociedade, expõe:

Outros Direitos Fundamentais foram consagrados e efetivados com a possibilidade de maior amplitude interpretativa por parte do Judiciário, como se vê em clássicas decisões ativistas da Suprema Corte Americana, tais como o reconhecimento do

direito constitucional à privacidade (Griswold c. Connecticut, de 1965), a necessidade de que toda pessoa presa em flagrante ser alertada sobre seus direitos constitucionais (Miranda v. Arizona, 1966), e o mais controvertido de todos, o reconhecimento do direito constitucional ao aborto, como projeção do direito à privacidade (caso Roe v. Wade, 1973). (MORAES, 2014, p. 789).

Percebe-se, que nestes mencionados casos, pela inércia dos outros Poderes, fez-se necessário que o Poder Judiciário efetivasse a proteção dos direitos fundamentais que estariam sendo violados, em especial o direito à vida e à igualdade de tais cidadãos.

Se determinada omissão ou morosidade do Legislador fere – ou não protege – um direito fundamental, violando por via omissiva a própria Constituição Federal, caberia ao Judiciário, em tese, a proteção e tutela de tais direitos violados, como forma de efetivar a teoria de freios e contrapesos que abrange a própria separação dos Poderes do Estado.

Para Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016, p. 224), mesmo diante da aposta constitucional na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, poder composto por representantes do povo, eleitos pela sociedade, a inércia ou morosidade da atuação deste, em certas ocasiões, acaba por deixar espaços de poder “vazios” que são preenchidos pelo Judiciário, criando justificativas para o ativismo judicial, tecidas em torno das ditas omissões dos demais Poderes.

Ademais, estes autores ainda ressaltam que o ativismo judicial, presente em decisões expansivas e extensivas, fez-se necessário em situações de deficit de atuação dos demais Poderes, especialmente para proteção de grupos minoritários ou vulneráveis nos aspectos sociais e humanitários (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 68).

Assim, acerca da necessidade de tutelar os direitos fundamentais, Karine da Silva Cordeiro disserta que não há uma separação absoluta dos poderes, ressaltando que não há uma fórmula única para o sistema de freios e contrapesos, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

Em suas palavras, disciplina que:

No lugar de separação, as palavras de ordem são harmonia, colaboração e interação. Convencionalmente, as funções são divididas entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Não existe fórmula única para o sistema de freios e contrapesos, nem mesmo em matéria de direitos fundamentais. A quase totalidade das democracias adotou o constitucionalismo na linha do modelo estadunidense, que pode ser sintetizado nas seguintes características: supremacia da Constituição; controle judicial de constitucionalidade; e proteção ativa dos direitos fundamentais (CORDEIRO, 2012, p. 146).

Nesta seara, observa-se que o ativismo judicial se posiciona como forma catalisadora de garantir e tutelar a efetividade dos direitos fundamentais, considerando a omissão dos demais Poderes, compreendendo-se que a aplicação de um Direito baseado em princípios e marcado pela dialética, como é o caso dos direitos fundamentais, exige mais do que a subsunção ou adequação dos fatos à norma, seria necessário então um juízo de ponderação, que inevitavelmente envolve alguma subjetividade do ente que julga.

Ademais, José Luis Bolzan de Moraes (2009, p. 43) ainda disserta que os direitos e garantias fundamentais, previstos em sede constitucional, estão distante de serem efetivados, uma vez que o Brasil ainda se depara com situações de desigualdades sociais extremas, de direitos sociais não concretizados, com omissões legislativas latentes que ferem diretamente os direitos de determinadas classes sociais.

Em suas palavras, este autor descreve que o projeto constitucional brasileiro “se apresenta como de bem-estar, mas se executa como de mal-estar”, traduzindo, assim, a ideia de que os poderes da República originalmente constituídos têm se mostrado inaptos para dar efetividade aos direitos e aos anseios da sociedade (BOLZAN DE MORAIS, 2009, p. 44).

Na mesma toada, a professora Flávia Piovesan (2006, p. 07) disciplina que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais estaria assegurada pela cláusula da máxima efetividade das normas constitucionais, assumindo maior e especial relevância quanto aos direitos fundamentais – ou sociais.

Além disso, descreve que a interferência do Poder Judiciário nesta área não poderia deixar de acontecer por causa do disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que positiva a regra da inafastabilidade da jurisdição (PIOVESAN, 2006, p. 7).

Nesta senda, acerca das práticas do ativismo judicial, o Ministro da Suprema Corte brasileira Celso de Mello, em seu discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF, em 23.04.2008, recordou e disciplinou que:

As práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhada por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitam ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Compreende-se, desta forma, que o núcleo central do ativismo judicial consiste em uma atuação discricionária e ativa do Poder Judiciário, sob a ótica de dar concretude aos direitos previstos em sede constitucional, ante a omissão dos demais poderes em estabelecer esta concretude.

Percebe-se, assim, claro o entendimento de que em eventuais hipóteses em que os poderes Executivos e Legislativos forem omissos ou morosos, o ativismo judicial seria cabível e necessário, com base na supremacia dos direitos fundamentais e no cuidado para com a proteção destes direitos, que por vezes foram lesionados pela omissão do próprio Estado.

1.4 – OS PERIGOS DO EXCESSO – POSSÍVEL VIOLAÇÃO A ESTRUTURA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No entanto, muito embora o ativismo judicial, em certos casos, seja necessário para garantia da proteção de determinados direitos fundamentais, essa mesma atuação ativista, quando excessiva e extensiva aos demais casos, mudando entendimentos e “legislando” pela mera discricionariedade do julgador, se mostra como prática nociva à democracia e como uma possível violação ao Estado Democrático de Direito.

Não se pode esquecer que o princípio da separação dos Poderes é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Logo, as competências e atribuições dos poderes são claros e cristalinos, fazendo-se necessário aclarar que a competência de legislar é primariamente do Poder Legislativo, que é composto pelos representantes do povo, eleitos democraticamente para representá-los.

Assim, o excesso de atuação judicial, de forma ativista, criando tipos penais ou modificando o entendimento constitucional de determinados direitos de forma unilateral e impositiva, demonstra-se como uma prática sensível, perigosa e de possível afronta ao Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, como disciplina Paulo Bonavides (2012, p. 525) de maneira brilhante em sua obra, “onde houver, pois, lesões à liberdade e ao Estado de Direito, aí sempre haverá lugar para invocar-se a tutela do princípio da separação dos poderes e conjurar que prosperem ofensas aos valores que ele representa na ordem jurídica”.

Logo, havendo violação a competência legislativa do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, há clara violação a separação dos poderes e ao Estado de Direito.

Nesta seara, sobre o ativismo judicial e a atuação do Poder Judiciário em posições semelhantes ao do Parlamento, Clève e Lorenzetto descrevem que:

Não é mais possível deixar de observar, contudo, que o Judiciário, nos últimos anos, particularmente em nosso país, passou para uma posição de certo protagonismo em função dos diferentes episódios de ativismo judicial, compreendidos, muitas vezes, como decorrência da judicialização da política³⁸⁶ e da ascensão de uma possível “juristocracia” ou da emergência do que certo autor tem chamado de “supremocracia”. Logo, emergiram questionamentos tanto no sentido da legitimação do Judiciário para fornecer respostas para questões políticas substantivas, bem como acerca dos possíveis desdobramentos das decisões tomadas por um Poder “renovado” que, se não assumiu o posto de “mais perigoso”, passou a eclipsar, em certos momentos, a posição ocupada pelo Parlamento (CLÈVE, 2016, p. 154-155).

Luís Roberto Barroso (2011, p. 444), ao alertar sobre os excessos do ativismo judicial em sua obra, disciplina ser indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido, alertando, ainda, que o uso abusivo da discricionariedade judicial pode ser extremamente problemático para a segurança jurídica e para a legitimidade democrática da função judicial.

Em suas palavras, leciona que:

O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade. (BARROSO, 2011, p. 444).

De igual forma, Daniel Souza Sarmiento (2007, p. 33) entende que ante a euforia na fundamentação principiológica ao prolar as decisões, surge o “decisionismo judicial”, onde os juízes passam a negligenciar os seus deveres de fundamentar seus julgamentos, apoiando-se tão somente em convicções pessoais e eventuais posicionamentos ideológicos.

Assevera que:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “obaoba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2007, p. 33).

E, ainda, para Sarmento (2013, p. 63), a crítica a este modelo judicialista assenta-se no fato de conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, permitindo-lhes moldar a Constituição consoante as suas preferências políticas e morais, em detrimento daquelas do legislador eleito democraticamente

De igual forma, Ronald Dworkin (2005, p. 451), em sua doutrina clássica, considera o ativismo judicial algo prejudicial para um Estado de Direito, por representar a “primazia das concepções subjetivas” de justiça do próprio julgador, conforme assim disciplina:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 2005, p. 451).

Neste viés interpretativista e ativista, as decisões dos Tribunais seriam exaradas atentando-se para visão individual de cada membro julgador, seja em pautas do órgão fracionário ou do colegiado, o que causa insegurança jurídica, tensão e instabilidade nas decisões judiciais.

O jurisdicionado – qual seja a sociedade – não ficaria apenas refém da manutenção ou da alternância da composição do órgão julgador, mas também da mudança de pensamento dos seus integrantes, o que hermeneuticamente não seria sustentável.

Nesse viés de pensamento, referindo-se à postura solipsista, individualista e ativista, Eros Grau (2013, p. 16) aduz que “o Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança”.

Isso se daria em razão do descomprometimento com a hermenêutica, tornando-se presente em situações em que os julgadores, por uma visão “paternalista”, interpretam a lei e as normas constitucionais, decidindo subjetivamente de acordo com seu senso de justiça. Por vias simples, tais ativistas não extraem o sentido do texto legal, mas sim atribuem significado a ele, seja por interpretações análogas ou por interpretações extensivas do que realmente fora escrito.

Para Lênio Streck, a interpretação judicial não pode encontrar respostas na vontade e na completa subjetividade de quem julga, mas sim deve se ater primordialmente ao direito já positivado:

O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, recentemente, respostas na lei, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (STRECK, 2012, p. 52).

E, ainda, acerca dos perigos do uso deliberado de princípios para embasar o ativismo judicial, criando-se uma espécie de “bolha no direito”, Streck também disserta que:

Este é um fenômeno que tomou conta da “era dos princípios”. Sem qualquer criteriologia, passamos a colocar princípios no “mercado jurídico”, fragilizando com isso até mesmo a Constituição”. Do mesmo modo que a “bolha especulativa da economia”, essa “bolha no Direito” ainda vai causar muito estrago. Princípio não pode ser “qualquer enunciado” para além de uma “regra”. Princípio não é um simples “adereço” que se “pendura” na regra (STRECK, 2012, p. 113).

Ademais, Rafael Alem Mello Ferreira (2015, p. 215), acerca desta celeuma, leciona que é necessário refletir sobre os riscos de o Poder Judiciário – em especial o Supremo

Tribunal Federal – tornar-se o superego da sociedade ou uma espécie de governo de juízes, substituindo a soberania popular por uma soberania da elite judiciária.

Importante destacar que os Juízes e Ministros das supremas cortes, diferente dos membros do Executivo e Legislativo, não foram eleitos pelo povo e suas decisões não representam necessariamente a vontade popular. Ou seja, se não foram eleitos para exercer o poder emanado pelo povo, mas sim tão somente para aplicar o Direito e guardar a Constituição, não deveriam decidir questões alegando ser o senso de justiça da sociedade.

Sobre o enfraquecimento da democracia representativa, em virtude da posição ativista exarada por um Poder cujos membros não foram escolhidos pela sociedade, Lênio Streck (2014, p. 137) ainda faz a ressalva de que “o Tribunal não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução”.

Necessário se faz, assim, após todos as posições mencionadas, que a sociedade e em especial os operadores do direito compreendam a celeuma aqui discutida, como forma de preservar a democracia, através da demonstração clara de quais os papéis que cada Poder deve ter sob um sistema de tripartição de poderes, a fim de preservar a própria estrutura de um Estado Democrático de Direito e resguardar a legitimidade democrática de suas instituições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho e dos entendimentos doutrinários expostos, foi possível compreender a consistência e as bases do ativismo judicial, bem como as causas de sua utilização pelo poder julgador. Foi possível, também, analisar as consequências deste fenômeno frente a sociedade e ao Estado, tanto as positivas quanto as negativas.

Constatou-se que a prática ativista exsurge da necessidade de efetivar os direitos e garantias fundamentais, trazendo-os do plano constitucionalmente escrito para o plano real, em razão da morosidade e omissão dos demais poderes em agir neste sentido.

Percebe-se, ainda, que pela crise de representatividade em que o Brasil se encontra, por diversos aspectos que dificultam a sociedade em ter os seus direitos trazidos ao plano efetivo, calhou ao Poder Judiciário assegurar o pleno exercício dos direitos básicos dos cidadãos, considerando e levando em primazia os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, como o da dignidade da pessoa humana, da inafastabilidade jurisdicional, dentre outros.

Lado outro, observa-se também que esta prática, quando excessiva e constante, acarreta em riscos sérios à legitimidade democrática e ao Estado de Direito. Como aventado, os Juízes de Direito, Tribunais Judiciários e as Cortes Supremas não possuem como atribuição primária a criação de direitos – visto que não foram eleitos democraticamente e não representam o povo – mas sim devem aplicar o que já é posto no referido ordenamento, com base firme na segurança jurídica e nos princípios da legalidade, que devem necessariamente nortear as relações sociais, jurídicas e democráticas de um Estado.

Em outros tempos, o princípio da tripartição de poderes foi pensado justamente para evitar que muito poder estivesse na mão de um só, ou de apenas uma parte da sociedade, sob risco de resultar em um regime absolutista/ditatorial.

É preciso que os direitos e garantias fundamentais sejam efetivados, assim como é necessário que os poderes sejam harmônicos e não se sobressaiam uns sobre os outros, sobre sério risco de levar ao colapso a democracia representativa e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, assim, que a prática do ativismo judicial se apresenta como positiva e necessária em determinadas situações, quando tutela a efetivação dos direitos e garantias

fundamentais, em decorrência da omissão dos demais poderes. No entanto, tal prática deve ser realizada com cautela, sem excessos, sob pena de causar insegurança jurídica, afrontar a separação dos Poderes e, conseqüentemente, ser nociva ao Estado Democrático de Direito,

Tais reflexões se fazem necessárias, uma vez que, segundo a lição do brilhante jurista Rui Barbosa, “a pior ditadura é a do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

Posto isto, é dever dos juristas continuar discutindo e estudando tal celeuma, a fim de buscar alternativas e soluções para esta complexa questão. Observa-se, assim, ser este um dos principais desafios do direito constitucional contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade Democrática**. V. 05, nº 01. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 17 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional: organização dos poderes da República**. – Coleção Doutrinas Essenciais; v. 07. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II**. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Vol. 5 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** – 7ª ed., 14ª reimp. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

DWORKIN, Ronald. **O direito da Liberdade — a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e a Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6º. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. 3º.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Año 8, Nº 15: Primer semestre de 2006. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1117>. Acesso em 21 set. de 2019.

QUARESMA, Regina. **Direito Constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas** / coordenadoras Regina Quaresma e Maria Lúcia de Paula Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Daniel Samento Advogados, 2013. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3->

publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf. Acesso em: 18 set. de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 36^o ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11^a. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 15 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>. Acesso em: 18 set. 2019.