

OS EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE EFFECTS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Giovanna Luiza Scuzziatto de Andrade¹

RESUMO: Com o presente trabalho objetiva-se demonstrar o que é o ativismo judicial e quais as suas consequências para o estado democrático de direito. Foi usada a metodologia bibliográfica para compreender o tema. O estudo apresenta as origens da separação de poderes a partir da tese do francês Montesquieu e seus objetivos a fim de conceber como o ativismo judicial se apresenta no estado brasileiro. Analisa-se a diferença entre os sistemas common law (origem anglo-saxão) e civil law (origem romano-germânica), com a intenção de compreender as origens norte americanas do ativismo e como este pode ser incorporado no sistema adotado pelo Brasil. Apresentam-se autores que defendem o ativismo judicial e outros que o criticam, buscando assim entender o cenário político-jurídico brasileiro em que a atividade jurisdicional criativa se apresenta, com isso pretende-se, com o presente estudo entender os efeitos deste ativismo na democracia, partindo de um estudo bibliográfico sobre os conceitos de separação dos poderes, ativismo judicial, estado democrático de direito e democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Democracia. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate what judicial activism is and what its consequences are for the democratic state of law. The bibliographic methodology was used to understand the theme. The study presents the origins of the separation of powers from the thesis of the Frenchman Montesquieu and its objectives in order to conceive how judicial activism presents itself in the Brazilian state. The difference between the common law system (Anglo-Saxon origin) and civil law (Roman-Germanic origin) is analyzed, with the intention of understanding the North American origins of activism and how it can be incorporated into the system adopted by Brazil. Authors who defend judicial activism and others who criticize it are presented, thus seeking to understand the Brazilian political-legal scenario in which creative jurisdictional activity presents itself, with this it is intended, with the present study, to understand the effects of this activism on democracy. , starting from a bibliographic study on the concepts of separation of powers, judicial activism, democratic rule of law and democracy.

KEYWORDS: Judicial activism. Democracy. Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno cada dia mais presente no judiciário brasileiro, mas ainda trata-se de um tema recente para a doutrina brasileira. Muitos dos juristas que o estudam divergem sobre seus efeitos na sociedade democrática. Para fugir do senso comum e dos preconceitos ideológicos relacionados a este assunto, faz-se necessário compreender melhor o conceito, a origem e os impactos do ativismo judicial no Brasil.

Compreende-se por ativismo judicial uma ação proativa e criativa do Poder Judiciário. Com isso é necessário buscar entender a teoria da separação de poderes, em especial a tese proposta por Montesquieu, que foi incorporada ao texto constitucional brasileiro.

A partir de uma breve observação à história e às teses de Locke e de Montesquieu sobre a separação de poderes, serão expostos razões que levaram ambos os filósofos a criarem um sistema de descentralização do poder, retirando-o das mãos de um soberano absoluto, e colocando-o nas mãos do povo. O francês Montesquieu sugere a divisão dos poderes governamentais em três poderes, independentes e harmônicos entre si: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Cada um destes poderes deve desempenhar uma atividade própria do Estado, cabendo à Constituição Federal

¹ Acadêmica do 9º período do curso de Direito, turma B, do Centro Universitário Curitiba –Unicuritiba. RA: 2018100580

Brasileira descrever as atribuições/funções de cada poder.

É neste cenário que inicia-se a discussão sobre o ativismo judicial. A função jurisdicional compreende ao julgamento de ações movidas pelos indivíduos que pretendem pleitear direitos. No entanto, a dúvida que surge é quanto ao limite que os magistrados devem se atentar ao tomar suas decisões, se devem se ater ao texto da lei ou podem recorrer à outras fontes.

Deste modo, chega-se à dois sistemas: common law e civil law. O primeiro sistema – pertencente à família anglo-saxã – tem como fonte principal do direito os costumes, enquanto que o segundo, da família romano-germânica, tem como principal fonte do direito as leis. Por isso, partindo do entendimento de que o Brasil segue o sistema civil law, as decisões jurisdicionais devem se pautar nas normas positivadas pelo poder Legislativo. Todavia, inúmeras razões levam o judiciário a ter decisões ativistas.

Primeiramente, com base no princípio da inércia do juiz, devem os cidadãos pedir ao judiciário que intervenha em questões além de sua competência, para que assim ocorra o ativismo judicial. Estas ações versam sobre matérias políticas, e são direcionadas ao Supremo Tribunal Federal que recebe o título de Guardião da Constituição, preservando o texto constitucional - que representa a norma máxima do Estado brasileiro. Assim, chama-se o Judiciário a se manifestar e criar precedente com caráter vinculativo, a título de preservar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Porém, o ativismo judicial encontra tanto apoiadores quanto críticos. Isso deve-se ao impacto que este fenômeno causa na democracia. O que leva o presente estudo a não só analisar os diferentes argumentos que sustentam as duas opiniões doutrinárias, quanto à uma análise das doutrinas do procedimentalismo e do substancialismo. O procedimentalismo, defendido – principalmente - pelo filósofo Jürgen Habermas, entende o ativismo judicial como uma ameaça à democracia, pois permite que os magistrados legislem sem o amparo da vontade do povo, uma vez que sua função é baseada na técnica, e não nos princípios democráticos de representante eleito. Já o substancialismo de Ronald Dworkin vê essa tarefa criativa dos magistrados como necessária e benéfica à democracia, visto que permite a efetivação de direitos garantidos constitucionalmente.

1 AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL NO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES.

Antes de adentrar ao tema do ativismo judicial, é imprescindível compreender o sistema de tripartição de poderes brasileiro. A Constituição Federal estabelece no artigo 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988) Nesse sentido, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt doutrina:

Como se verifica por meio do princípio da separação de funções, o poder político é uno, contudo suas funções são divididas por órgãos distintos para desempenharem predominantemente funções típicas. Enquanto princípio veda-se a possibilidade de desempenho de funções atípicas pelos poderes, ressalvadas as hipóteses previstas na

própria Constituição. (BITTENCOURT, 2007, p. 35)

Desta análise, pode-se compreender que os três poderes desempenham o poder do estado em funções distintas e devidamente especificadas na Carta Magna, de maneira independente. Assim, previamente ao estudo da tripartição de poderes na legislação brasileira, é preciso buscar as origens dessa teoria.

Sugerida por John Locke em *Segundo Tratado do Governo Civil*, publicado em 1690, traz a criação de um Poder Executivo, um Legislativo e um Federativo, em que este terceiro seria uma parte do Executivo para questões internacionais do governo. Na tese de Locke não havia um Poder Judiciário, a função de julgar caberia ao Legislativo. Já a obra de Montesquieu *O Espírito das Leis*, foi antecedida por uma divisão dos poderes na Inglaterra. (FERREIRA, 2014, p. 19).

Montesquieu traz uma teoria de separação dos poderes mais próxima à que temos hoje no constitucionalismo brasileiro moderno, isso fica evidente principalmente no Livro XI da obra *O Espírito das Leis*, na qual o francês se dedica a conceituar três poderes independentes e harmônicos entre si - o que, como já mencionado anteriormente, é a teoria consagrada no artigo 2º da Constituição Federal brasileira. O autor nomeia os Poderes como: Legislativo, Executivo e Judiciário. (MONTESQUIEU, 2007, p. 25).

Na contramão do pensamento de John Locke que coloca a função de decidir sobre os direitos dos cidadãos por meio de juízes como competência do Legislativo, Montesquieu descreve um terceiro poder independente para julgar as demandas dos cidadãos, o Judiciário. Na teoria montesquiana, este poder não seria permanente, em sua tese, o autor explica que as decisões seriam tomadas por pessoas comuns tiradas do povo em alguns períodos do ano. Assim, para o autor: “Não há de algum modo constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura, e não os magistrados.” (MONTESQUIEU, 2007, p.191).

Com isso, nota-se a preocupação de Montesquieu em criar um modelo de governo que afaste ao máximo a concentração do Poder nas mãos de um único indivíduo. Isso se deve ao forte absolutismo vivido na França neste período. Ainda, esta mesma preocupação é percebida nos demais poderes, conforme explica o mestre Eber de Meira Ferreira:

No que toca aos demais poderes, estes poderiam ser concebidos de forma permanente, pois segundo o ilustre pensador “não são exercidos sobre nenhum indivíduo particular, sendo apenas a vontade geral do Estado e o outro apenas a execução dessa vontade geral. (FERREIRA, 2014, p.28)

Nesse sentido, destaca Rubens Beçak, na obra *A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política*, que é fundamental na obra de Montesquieu a recomendação de que não fossem atribuídas uma função a mais de um poder, e ainda, que esses poderes não interferissem nas esferas alheias. Isso deve-se à proposta de Montesquieu de evitar abusos de poder. (BEÇAK, 2008, p. 329).

É para evitar o acúmulo de poder, que o autor de *O Espírito das Leis* se preocupa em

estabelecer um sistema de freios e contrapesos, propondo funções atípicas às funções de cada Poder para frear eventuais abusos. Assim, encontra-se o presente texto: “Se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes.” (BEÇAK, 2008, p. 329).

Seguindo este raciocínio, o pensamento original de Montesquieu, explica a necessidade da divisão em poderes independentes:

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2007, p. 170).

Ainda, Elival Ramos doutrina que a teoria do Poder Constituinte institucionaliza o poder que é exercido pelos órgãos indicados na Carta Magna e na forma prescrita por ela. Ou seja, o sucesso do constitucionalismo tornou o “Estado submetido ao direito sinônimo de Estado constitucional”, fixando o princípio da separação dos Poderes como “peça-chave inquestionável”. (RAMOS, 2015, p. 113).

Assim, o constitucionalismo moderno consagrou os ideais de Montesquieu, não só a partir de sua obra, mas com base nas experiências britânicas, francesas e americanas, assim como consagrou as ideias de seu antecessor John Locke.

Após a consagração da divisão de poderes por Montesquieu, este princípio da organização política se transforma em dogma com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. E chega, como já referenciado anteriormente, à Constituição Federal brasileira de 1988 como princípio fundamental.

No Estado Democrático brasileiro, o poder soberano do povo elege representantes para exercer funções do Poder Legislativo e Executivo, o que torna a competência destes poderes democrática.

Como já citado anteriormente, o artigo 2º da Constituição Federal reconhece o princípio da Separação dos Poderes na organização do Estado brasileiro. Mas é importante ressaltar também o artigo 1º do mesmo documento: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Aqui é necessário frisar a palavra “poder”. Este poder deriva do povo, mas para organizar a forma que será exercido, o legislador constitucional estabelece a tripartição dos poderes no artigo seguinte. Assim explicam Dalton José Borba e Luiz Gustavo de Andrade: “Os poderes, deveres, tarefas e incumbências dos representantes do povo são distribuídos em funções estatais.” (ANDRADE; BORBA; 2013, p. 5).

Ou seja, os três poderes nada mais são do que a divisão das funções do poder soberano - que no Brasil é exercido pelo povo. Do mesmo modo, para Elival da Silva Ramos é importante

frisar que a separação dos poderes trata-se da separação de estruturas orgânicas que exercem o poder estatal. (RAMOS, 2015, p. 117).

Seguindo esta linha de raciocínio, Ramos entende que o princípio da separação dos poderes, institucionalizado pela Constituição da República, identifica as funções principais a serem desempenhadas pelo Estado - sendo elas: legislar, administrar e julgar - além disso entende:

Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam. (RAMOS, 2015, p. 155).

Entretanto, há que se entender que mesmo possuindo suas funções específicas, os Poderes possuem atribuições diferentes e que originalmente seriam de responsabilidade de um outro Poder. Isso, deve-se ao sistema de freios e contrapesos - é nesse sistema que o Estado evita o exercício desmedido das funções, mantendo a harmonia que foi instituída pela Constituição Federal.

Ainda, conforme proposto por Montesquieu, o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta que os três poderes exerçam sua autonomia por meio de um sistema de freios e contrapesos, onde os Poderes são controlados uns pelos outros, a fim de evitar que os limites estabelecidos em lei sejam ultrapassados. Posto isso, Borba e Andrade explicam: “Ou seja, cada função-poder estatal, além de exercer suas atribuições, também interfere nas demais. [...] Ao mesmo tempo que um poder controla o outro, acaba, também, limitando-o. E esta é, também, a intenção do modelo do “freios e contrapesos”. (ANDRADE; BORBA; 2013, p.7).

A pertinência da separação dos poderes para o presente trabalho deve-se à sua conexão com o princípio da democracia, Alexandre de Moraes defende:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura. (MORAES, 2008, p, 295)

Em outras palavras, há uma importante ligação entre a separação de poderes e a democracia. Entretanto, além disso, o princípio de tripartição de poderes está intimamente ligado ao ativismo judicial, isso porque, um judiciário ativista estaria agindo para além de suas funções, usurpando a competência de outros poderes e conseqüentemente possibilitando que o Poder uno concentre-se em suas mãos.

2 AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL E OS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Após compreender os conceitos da Separação de Poderes, e a sua relação com o ativismo, faz-se necessário, por óbvio, abordar o conceito e as origens do ativismo judicial.

De pronto, o que se pode dizer é que as origens do ativismo judicial são de influência de países cujo sistema é o *common law*. O fenômeno do ativismo judicial tem sido cada vez mais discutido pela comunidade acadêmica de direito, sendo este, um tema recente para a doutrina brasileira, muitos dos juristas que o estudam divergem sobre seus efeitos na sociedade democrática brasileira. Ainda, as fortes influências norte-americanas muitas vezes refletem no judiciário brasileiro, já que o sistema dos Estados Unidos (*common law*) é diferente do sistema brasileiro (*civil law*). René David assim aponta: “o lugar atribuído às decisões judiciais entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*”. (DAVID, 1993, p. 117.).

Ou seja, entender a diferença nos sistemas *common law* e *civil law*, é muito importante para compreender as influências norte americanas no nosso judiciário.

De um lado temos o sistema romano-germânico, *civil law*, no qual a principal fonte do direito é a lei – portanto, tudo deve estar positivado em lei previamente ao caso concreto, de forma genérica e abstrata. (NETO, 2016, p. 90). Do outro lado, o sistema *common law* – com origem anglo-saxã – tem como fonte principal o costume, assim, a partir do caso concreto cria-se um precedente que serve de referência para os demais julgamentos. Elival Silva Ramos explica o sistema *common law* como “concretização do direito em situações fáticas determinadas”, que possuem caráter vinculante de normas jurídicas. (RAMOS, 2015. p. 111).

Para Ramos, é fundamental a visão comparatística, pois o exercício da função jurisdicional faz a percepção do fenômeno ser diferente de acordo com o papel do Poder Judiciário atribuído por cada sistema. (RAMOS, 2015. p. 103). Citando René David, “Os grandes sistemas”, Ramos explica que é necessário reconhecer nos sistemas de *civil law* (como é o caso do Brasil) que a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador. Já nos sistemas de *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) o autor explica que: “a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal. (RAMOS, 2015. p. 107).

Assim, os diferentes sistemas reagem a um precedente/jurisprudência de formas diferentes. Ou seja, no sistema *civil law* a jurisprudência tem caráter vinculativo, enquanto que no sistema britânico e norte americano o tribunal produz a norma de decisão com base nos princípios do sistema *common law*. (RAMOS, 2015. p.108).

René David explica que no sistema de *civil law* “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. (DAVID, 1993, p. 120). Em contrapartida no sistema de *common law* a jurisprudência é a principal fonte.

Por esta razão, o ativismo judicial é principalmente caracterizado e consagrado no sistema de *common law*. Ramos cita Cappelletti para explicar sobre os juízes legisladores do sistema norte-americano:

Em relação ao tema do ativismo, Cappelletti chega mesmo a sublinhar que as conclusões por ele alcançadas no estudo *Juízes legisladores?* “sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época”, “aplicam-se a ambas as famílias jurídicas”, traçando um paralelo entre a atuação criativa das Cortes Constitucionais europeias e os órgãos de cúpula do Poder Judiciário nos Países de *common law*. Não deixou, contudo, de reconhecer que continua a subsistir uma diferença de grau entre os sistemas jurídicos de uma e outra família no que concerne ao “fenômeno da criação judiciária do direito”. (RAMOS, 2015. p. 110)

Ou seja, para os países onde o sistema *common law* foi consagrado, a regulamentação das relações jurídicas e as demais normas se dão por magistrados, e são integradas ao direito após as decisões dos juízes. Tornando o Legislativo um órgão secundário para elaboração de normas. Aqui se torna evidente as origens do ativismo judicial no sistema *common law* dos países saxões, pois as demandas trazidas aos juízes são decididas com base em julgados anteriores, da mesma forma, uma demanda pode se tornar jurisprudência para os demais casos. Lênio Luiz Streck ensina que a lei inglesa é “produto do trabalho dos juízes”, conforme explica:

Ou seja, a maior parte do *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos novos, à medida que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*). (STRECK, 2019, p. 9)

No entanto, ao contrário do sistema norte-americano, a discussão ativista é relativamente recente no Brasil. O modelo brasileiro, assim como o francês funciona de maneira diferente, não abrindo muito espaço para que os juízes cumpram papéis legislativos. Essa diferença parte principalmente de questões históricas envolvendo a França e a Inglaterra (e Estados Unidos da América). Os filósofos originadores da teoria de Separação dos Poderes, não são britânico e francês por coincidência. Para explicar essa diferença histórica, Streck ensina em sua obra “Jurisdição Constitucional” que a Revolução Francesa, ao contrário da Revolução Americana, confiou em um “legislador virtuoso”, enquanto a Americana não possuía a mesma confiança – depositando esta credibilidade para instituir direitos e liberdades na Constituição, limitando seu legislador com uma norma “rigidamente superior”. Streck conclui que: “Observa-se, aí, a visível influência de Locke na revolução americana, enquanto a influência de Rousseau se estabelece mais claramente no processo revolucionário francês.” (STRECK, 2019, p. 37).

O que fica claro, é que a história da França com monarcas absolutistas torna indispensável aos revolucionários franceses a estipulação de um governo onde se possa não apenas ter participação popular nas decisões tomadas sobre o país, mas evitar a concentração de poder nas

mãos de um tirano. Em sequência o autor supracitado explica que tanto o contratualista Rosseau, quanto a teoria de separação dos poderes de Montesquieu influenciaram o constitucionalismo francês, o que consagrou a vontade popular e a importância do Legislativo. Ainda, aliado ao fato de que os juízes franceses eram aristocratas e por sua falta de caráter democrático (vontade do povo), o judiciário perdeu credibilidade quanto a questão de “modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo”. (STRECK, 2019, p.43).

Essa desconfiança nos juízes torna-se uma tradição francesa que perdura até os dias de hoje, Lênio Streck explica esta “falta de fé nos juízes” da seguinte forma:

(...) bem apanhada por Tremps, a partir de Alexis de Tocqueville: “Não se pode esquecer jamais que se, por um lado, o Poder Judiciário no Antigo Regime se estendia sem cessar além da esfera natural de sua autoridade, por outro, nunca a completava por inteiro”. (STRECK, 2019, p. 53)

Com isto em mente, os tribunais franceses foram excluídos da “tarefa de garantir a Constituição”. Importante se destacar aqui é que no modelo francês o juiz não possui margem para criação legislativa, devendo se apegar ao texto positivado em lei. Este modelo usado tanto na França como no Brasil, permite que as jurisprudências tenham caráter vinculativo, mesmo assim, esse modelo não permite que os magistrados sejam legisladores.

3 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A afirmação de que o sistema anglo-saxão tem influenciado o judiciário brasileiro se prova no ativismo judicial crescente. Diante disto, Elival Silva Ramos conceitua o ativismo judicial como:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2015, p. 132)

Em outras palavras, ativismo judicial é a ação do Poder Judiciário que vai além das funções estipuladas pela Constituição, com o fim de resolver litígios de forma criativa. Em sequência, Ramos explica que as práticas ativistas são ações não típicas do Judiciário, e assim, acabam por prejudicar os demais Poderes, em especial o Legislativo, por ter as leis por este redigidas, invalidadas pelas decisões ativistas e “o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.” (RAMOS, 2015, p. 132).

A partir disto, entende-se por ativismo judicial como uma prática do Poder Judiciário de exercer funções que vão além de suas competências legalmente instituídas. Obtendo um protagonismo dos magistrados - principalmente dos que ocupam a função de guardião da Carta Magna - no papel que compete aos demais poderes, em especial ao Legislativo, já que o juiz

poderá declarar inconstitucional determinada norma, ou ainda decidir de forma criativa, fora dos parâmetros legais.

Para melhor compreender o ativismo judicial é preciso lembrar a competência do Poder Judiciário. Nesse sentido, como intitulado por Alexandre de Moraes ao citar Sanches Viamonte:

(...) sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. (MORAES, 2015, p. 525)

Há então, uma compreensão de que a função do Judiciário não é apenas julgar, mas julgar com base na Constituição Federal, com o intuito de defendê-la e manter seus princípios e fundamentos vivos entre as demandas dos particulares, frisando e promovendo a igualdade e a legalidade.

É nesse conceito de defensor da Constituição que moram as principais críticas ao Judiciário e onde nasce o Ativismo Judicial na jurisdição brasileira.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Antes de prosseguir no tema do ativismo judicial, se faz necessário fazer uma breve diferenciação deste para a judicialização da política. Define-se a judicialização como um mecanismo usado pelos cidadãos para levar suas demandas políticas a apreciação do estado, pela via jurisdicional e não para apreciação do Congresso Nacional. A judicialização encontra respaldo no artigo 5º, XXXV que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. (BRASIL, 1988). Em tese de dissertação de mestrado, Eber Ferreira explica que tanto o termo judicialização quanto o termo ativismo judicial são normalmente usados para referenciar “a interferência do Poder Judiciário sobre os campos da legislação”. Todavia, Ferreira explica que a judicialização busca transformar a política em matéria de processo judicial. (FERREIRA, 2014, p.70).

Para explicar como a judicialização se comunica e, muitas vezes, se confunde com ativismo judicial, Carlos Alexandre de Campos explica que a judicialização “cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial.” Outrossim, é com a judicialização que o ativismo judicial encontra espaço para se desenvolver. Em outros termos, enquanto a judicialização é um ato que parte dos cidadãos frente ao Judiciário, o ativismo judicial é uma resposta dos magistrados para essa demanda política. (CAMPOS, 2014, p. 154).

Neste sentido, o ativismo judicial pode ser compreendido como uma reação do magistrados à demandas que fogem das funções do Judiciário, interferindo nas demais esferas de poder. Assim explica a seguinte dissertação *O Ativismo Judicial em Investida ao Estado Democrático*:

Parece-nos que a delimitação conceitual do ativismo, do ponto de vista acadêmico, não

pode se confundir com o estudo de suas causas, reflexos e consequências; muito menos se apoiar em sua reprovação ou aprovação. O ativismo judicial deve ser identificado, por assim dizer, como a postura ordinariamente não esperada dos magistrados no exercício de suas funções, tendo como escopo impulsionar os efeitos de suas decisões dentro e fora do processo. (FILHO, 2013, p. 19-20)

É, portanto, necessário compreender que o ativismo judicial é uma resposta à judicialização da política, que funciona como uma tentativa da sociedade de solucionar as falhas do Legislativo e do Executivo, pedindo uma resposta do judiciário para esses problemas que muitas vezes fogem às suas funções.

Nesse sentido, Ramos critica o ativismo judicial explicando que existem três questões a serem consideradas quanto ao fenômeno e quanto à judicialização da política, sendo estes: a falta de credibilidade das esferas políticas do país, a instabilidade da atividade legislativa nacional e a morosidade do executivo e legislativo em desempenhar suas atividades. (RAMOS, 2015, p. 284). De acordo com o autor, essas questões acabam por gerar uma maior procura do judiciário para resolver os problemas por elas causados. No mesmo sentido, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes percebe que a judicialização da política é uma resposta a três questões: a falta de credibilidade dos políticos; os problemas quanto a representação política, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo; e a demora e incapacidade do Legislativo e do Executivo de efetivar direitos e garantias constitucionais. (FERNANDES, 2012, p.54).

O que se pode compreender disso, é que as falhas dos poderes executivo e legislativo, fazem com que a sociedade busque suas correções no judiciário, promovendo-se a judicialização da política, que leva ao ativismo judicial, já que o judiciário é provocado a se manifestar sobre questões que não fazem parte de sua competência ordinária. Isso pode ser depreendido a partir do seguinte trecho da obra “Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos”:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos. (RAMOS, 2015, p. 281)

4 CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Sabendo que a discussão ativista é relativamente recente no Brasil, principalmente com a Constituição de 1988, é necessário analisar quais são as razões que levam à judicialização da política e ao ativismo judicial.

A primeira que se apresenta são as lacunas na legislação. Diniz explica da seguinte forma: “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. (DINIZ, 2002, p.70). Por muitos motivos o legislador pode deixar a lei em aberto, Norberto Bobbio explica que

existem dois tipos de lacunas: as próprias e as impróprias. A primeira refere-se à falta de norma sobre determinado fato, enquanto que a segunda é a necessidade de complemento legislativo - que pode se dar por interpretação do magistrado ou por lei complementar. (BOBBIO, 1995, p. 144). Nesse aspecto, a problemática das cláusulas abertas no assunto do ativismo judicial é explicada por Eber Ferreira:

A Assembleia Constituinte de 1988 deu ao Poder Judiciário matéria-prima que lhe permite adentrar em questões morais que no mais das vezes residem no campo das opções políticas e legislativas da sociedade, ou que deveriam ser desenvolvidas em um processo de amadurecimento com ampla participação dos atores sociais. (FERREIRA, 2014, p. 67)

Mais adiante no tema, o controle de constitucionalidade também é uma das razões de existir o ativismo judicial, embora regulamentado pela legislação, a questão aqui é sobre as áreas políticas e sociais que têm sido levadas à apreciação do Judiciário que anteriormente não faziam parte de sua alçada.

Nesse sentido, há de se fazer uma análise da competência legislativa. Pois, em se tratando de lacuna na lei, abre-se a possibilidade do Judiciário exercer ampla interpretação. Destarte, Ferreira explica que há grande capacidade de expansão do ativismo judicial, pois de um lado o sistema de controle de constitucionalidade “permite ampla margem de atuação”, enquanto do outro lado, os magistrados devem pautar suas decisões apenas no que está positivado na lei, e aliado a tudo isso, encontram-se à disposição cláusulas abertas e princípios constitucionais que ampliam ainda mais as possibilidades de interpretação. (FERREIRA, 2014, p. 69)

Outros motivos levam o Judiciário a tomar decisões ativista, Elival da Silva Ramos explica que no cenário de estado legislativo (*welfare state*), além de sustentar a atividade jurisdicional, existem pressões sobre o judiciário quanto a positivação de direitos constitucionalmente estabelecidos de maneira mais breve possível: “incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras.” (RAMOS, 2015, p. 286).

Em outros termos, o próprio modelo de Estado-providência impulsiona o ativismo judicial. Ramos, também especifica sobre outros aspectos brasileiros que impulsionam o ativismo judicial, citando como exemplo a incompatibilidade dos direitos e “condições socioeconômicas” garantidas e objetivadas pela Carta Magna frente a realidade da população brasileira. Ou seja, a pratica ativista busca trazer para a realidade as condições que a Constituição Cidadã brasileira estipulou para seu povo. A doutrina do autor argumenta com Konrad Hesse: “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (RAMOS, 2015, p. 288).

O que se pode aduzir é que não só o modelo brasileiro, mas as condições socioeconômicas contribuem para uma crise institucional entre os poderes, e principalmente na demora do Legislativo e do Executivo na efetivação de normas constitucionais, seja quanto a exercer seus papéis promovendo políticas públicas ou regulamentando normas anteriormente positivadas pela

Carta Magna.

É preciso compreender que o Poder Judiciário (cada vez mais) assume um papel protagonista de maior importância e maior atuação no cenário político e jurídico brasileiro. Assumindo isso é preciso analisar: “se este rumo que tem tomado nossa balança dos Poderes mostra-se deletério aos cânones da democracia, pilar fundamental de nossa sociedade, e mesmo ao próprio desenvolvimento da função Judicante.”. (FERREIRA, 2014, p. 66).

Alexandre de Moraes explica:

Teríamos com o ativismo judicial, clara afronta à Separação de Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa, como por diversas vezes apontou o Juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, para desqualificar essa prática (cf, voto vencido no caso *Romer v Evans*, 1996); ou, verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais? (MORAES, 2015, p. 801)

Para esta dúvida, Dworkin esclarece:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. 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 o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 1999, p. 451)

Em outras palavras, o ativismo judicial pode ser visto tanto como um problema de imposição da vontade do juiz, quanto uma solução para os problemas da democracia representativa. Com isso, surgem duas correntes quanto aos efeitos do ativismo judicial.

5 AS DIFERENTES CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE ATIVISMO JUDICIAL

Muitos doutrinadores do direito encontram dificuldade em definir posições ativistas, além disso, a comunidade acadêmica encontra-se dividida entre os críticos ao ativismo e os que o defendem. (FILHO, 2013, p. 16-17). Nesse sentido, dispõe o seguinte artigo:

Assim, a comunidade acadêmica encontra-se bipartida. De um lado, uma posição conservadora, por meio da qual o ativismo seria espécie execrável de autorização para que as decisões fossem orientadas por opiniões pessoais ou voluntaristas sobre temas de competência dos demais poderes. E, de outro, uma visão pretensamente progressista, que advogaria um método alegado legítimo de exercício da função jurisdicional para o fim de suprir lacunas decorrentes da omissão geral ou parcial dos demais Poderes. (FILHO, 2013, p. 16)

A partir disso, o que se pode afirmar é que de um lado, a doutrina defende que o ativismo judicial é um meio legítimo de concertar problemas provenientes do sistema democrático (no

qual a vontade da maioria prevalece) e das falhas dos demais Poderes. Nesta hipótese, a grande problemática encontrada que leva as decisões ativistas é a omissão do Executivo e do Legislativo em suprir as demandas do Texto Magno, apresentando não apenas motivo para as decisões ativistas, mas uma justificativa muito bem fundamentada.

Frente à ineficiência do Legislativo Oscar Vilhena Vieira aponta que para esta corrente, isso seria um ato reparador do sistema de representantes eleitos que falham em “cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerente ao ideal democrático” – fazendo os cidadãos recorrerem ao judiciário com a justificativa de que este deve guardar a Constituição e, conseqüentemente, os princípios e ideias democráticos nela explícitos. (VIEIRA, 2008, p. 443).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui três fatores como causa do fenômeno que denomina de ‘atividade expansiva dos magistrados: o primeiro (técnico-jurídico) “é a expansão do controle judicial das políticas e atos administrativos, particularmente por meio da aferição de constitucionalidade”, o segundo (sócio-político) aponta para a falta de credibilidade da classe política, enquanto que os magistrados conquistam esta confiança baseada na “aristocracia togada’, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral.”. Por fim, o último fator (sócio-político), reflete o que já foi descrito no anterior, mas deve-se à percepção dos juizes como responsáveis em garantir o bem comum. (FERREIRA, 2012, p. 222-223).

Ainda, os que defendem o fenômeno, o fazem em favor da positivação de direitos, como explica Denise dos Santos Vasconcelos Silva, na obra “Direito à Saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível.”, sendo o poder uno e indivisível, estes três poderes nada mais são do a distribuição das funções do estado que precisam de ser “independentes, coordenados e harmônicos, em que um poder limita o outro.” Denise Silva ressalta que o objetivo dessa divisão é descentralizar o poder e “enfraquecer a autoridade” - conceito já trabalhado anteriormente nesse estudo. Além disso, a autora destaca a elaboração de direitos e garantias inalienáveis, que justificariam – a fim de defende-los – a postura ativista dos magistrados, pois para ela, não seria certo: “admitir a preponderância da separação de poderes e das prerrogativas do Legislativo e Executivo em detrimento da possibilidade de o Judiciário determinar, de forma positiva, direitos ligados à dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2015, p. 76).

Nesse aspecto, a presente dissertação de Mestrado “Judicialização da Política e Ativismo Judicial: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial” de José Geraldo Alencar Filho, dispõe e justifica ao citar Mauro Capelletti, que a própria judicialização da política têm sido vista como uma forma mais acessível para a população adentrar o meio político. Isto quer dizer que o processo político-legislativo é burocrático e inacessível aos cidadãos, o que os leva a recorrer ao judiciário, que possui uma melhor organização por causa do seu livre acesso, haja visto que a Constituição garante a apreciação judiciária no artigo 5º, XXXV. Em sequência, Capelletti cita o exemplo das minorias que não são representadas haja vista o sistema de democracia (vontade da maioria) que é adotado no país: “São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham

impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir [...]” (FILHO, 2011, p.41).

Em contrapartida, a segunda corrente apresenta severas críticas ao ativismo judicial. Jorge Octávio Lavocat Galvão explica que os magistrados comumente discordam sobre questões de “moralidade coletiva”. É o que expõe o presente trecho:

Os termos vagos em que as Cartas Constitucionais não fornecem nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis, como aborto, eutanásia, pesquisa com células-tronco e ações afirmativas. A única certeza é que a população vai ser diretamente afetada por alguma concepção particular de direito acolhida pela maioria dos membros da Suprema Corte. Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade. (GALVÃO, 2011, p. 382-383)

Eber Ferreira em dissertação de mestrado explica que, para esta parte da doutrina, a principal preocupação quanto ao ativismo judicial não está na mera decisão dos juízes sobre grandes discussões, mas se o ativismo judicial está por ultrapassar os limites estabelecidos a este órgão. (FERREIRA, 2014, p. 119).

Também é necessário observar que sendo a democracia brasileira de caráter representativo Daniel Sarmiento questiona a legitimidade do ativismo judicial da seguinte forma: “amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação de normas constitucionais, sobretudo diante da constatação que o grande ‘agente’ desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo”. (SARMENTO, 2006, p. 25). Após essa percepção, Sarmiento constata que o ativismo judicial é prejudicial aos valores do Estado Democrático de Direito. Assim dispõe:

Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as 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. Ela substitui, em suma o governo da lei pelo governo dos juízes. (SARMENTO, 2006, p.33)

Em outras palavras, os críticos ao ativismo judicial percebem este como um grande problema para a democracia, para o princípio de separação de poderes e para a segurança-jurídica. Todos estes seriam muito afetados pelas decisões criativas do judiciário, pois, para estes estudiosos, o ativismo estaria violando princípios e valores que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

Nota-se, então, uma grande divisão por parte da doutrina em se estabelecer um único posicionamento quanto ao ativismo judicial. Como visto, muitos doutrinadores entendem que o ativismo judicial é a resposta para os problemas do Poder Executivo e Legislativo, principalmente na efetivação de direitos constitucionalmente pré-estabelecidos. Esta parte da doutrina analisa o

ativismo do judiciário como uma ação positiva e que beneficia a sociedade brasileira.

Em contrapartida, outros doutrinadores entendem que o ativismo judicial é uma anomalia no judiciário brasileiro, pois não há abertura para juízes criativos no sistema *civil law*, assim como o próprio ordenamento jurídico brasileiro não permitiria essa atuação. Posto isso, abrimos espaço para discutir as seguintes correntes: o substancialismo e o procedimentalismo.

5.1 O SUBSTANCIALISMO

Os principais defensores dessa teoria são Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti, Paulo Bonavides, Lênio Streck e Jorge Miranda (HOMMERDING, 2006, p. 19), que acreditam que o ativismo judicial, ao objetivar os direitos fundamentais, se torna essencial para a democracia, de forma a proteger as minorias da vontade das maiorias. Dworkin propõe o Império do Direito, para ele, os magistrados poderiam chegar a respostas para casos difíceis, assim, poderiam anular as decisões legislativas. (CZELUSNIAK; RIBEIRO; 2012, p. 196).

A visão substancialista interpreta o ativismo judicial como colaborador da democracia. Para cumprir esta função, Dworkin entende que é necessário revisar o papel do Judiciário para que este possa positivizar direitos fundamentais, constituídos pela Carta Magna. (ANDRADE; BORBA; 2013, p. 15). Nesse sentido, a visão substancialista compreende a Constituição como um documento no qual estão lavrados os conceitos e princípios fundamentais a serem seguidos por aquele Estado. A partir disso cabe ao juiz assegurar os direitos fundamentais. (ANDRADE; BORBA; 2013, p. 15). Em outras palavras, o Judiciário, por meio da judicialização da política, possibilita a participação dos cidadãos de forma acessível, até mesmo para pedir a revisão de norma estabelecida pelo Poder Legislativo.

Dworkin coloca essa função do Judiciário como necessária para o bom exercício da democracia. Ao contrário do pensamento kelseniano, os procedimentalistas colocam a moral e o direito como complementares uma da outra. Nesse sentido, Dworkin explica:

É a isso que chamarei de ponto de vista da intenção do locutor pois supõe que a legislação é uma ocasião ou um exemplo de comunicação, e que os juízes se voltam para a história legislativa quando uma lei não é clara, para descobrir qual era o espírito que os legisladores tentaram comunicar através de seus votos. (DWORKIN, 1999, p. 379)

Ou seja, a decisão “perfeita” pode vir de diversas fontes, não apenas a lei. Em sequência, Ronald Dworkin entende que os julgamentos precisam interpretar a moral política, pondo em prática a justiça, a equidade e outras virtudes políticas. Dworkin compreende que este ativismo do Judiciário não é apenas o “senso de justiça de um juiz”, mas um julgamento mais “apurado e discriminatório”, o que interpreta ser diferente do mero ativismo ou de seu antônimo, o passivismo: “não cede espaço algum à tirania.” (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

5.2 O PROCEDIMENTALISMO

A visão procedimentalista surge, principalmente, a partir das ideias de Habermas e Garapon, mas também é defendida por Luhmann e Ely. De acordo com esta corrente de pensamento, o protagonismo do Judiciário pode afetar negativamente o Estado-democrático de duas formas: a primeira é o prejuízo da democracia e a segunda é a afronta direta à separação de Poderes.

O prejuízo à democracia é fundamentado na explicação de que cabe à jurisdição promover a manutenção da democracia, por meio da aplicação das leis. Assim, os procedimentalistas entendem que as falhas do Estado-providência fazem com que as demandas que versam sobre direitos fundamentais sejam levadas ao Poder Judiciário, o que seria um problema já que reduziria as discussões entre os cidadãos que passariam a depositar sua confiança neste Poder. (RIBAS, 2017, p. 220-221).

Nesse sentido, o que se pode compreender é que para os procedimentalistas, permitir a apreciação e intervenção do Judiciário sobre demandas de competência de outros Poderes tornaria, segundo o filósofo citado, o cidadão apático quanto às discussões democráticas, uma vez que estas discussões seriam resolvidas pela técnica e moral dos magistrados, e não pela opinião pública (mesmo que representada de forma indireta, como no Brasil). (RIBAS, 2017, p. 220-221). Ou seja, para os procedimentalistas o ativismo judicial não deve ser tolerado.

A fim de melhor contextualizar, Ely defende que a atitude ativista dos magistrados é antidemocrática. Barbosa explica da seguinte forma: “Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo.” (CZELUSNIAK; RIBEIRO; 2012, p. 197).

Em outras palavras, o procedimentalismo afirma que cabe ao Executivo e ao Legislativo decidir quanto às questões da sociedade que representam, pois representam o povo. A democracia, para os defensores desta teoria, trata-se da auto identificação de um povo como resultado de discussões políticas, muito além dos argumentos morais. (HOMMERDING, 2006, p. 13-14). Isso significa que as leis devem refletir a vontade daquele povo, pelo princípio da democracia, mesmo que não se trate do moralmente correto.

Por isso, é evidente para esta corrente a importância de se defender os mecanismos democráticos, para proteger as participações populares na política, incentivando o diálogo e os debates entre os cidadãos. (HOMMERDING, 2006, p. 14). Basicamente, o incentivo da cidadania e da participação ativa do povo nos debates políticos não pode ser tolhido, pois apenas o povo possui legitimidade para determinar sobre questões legislativas, pois o que está guiando o ato legislativo não são questões morais de certo ou errado, mas sim a democracia e vontade do povo.

Para esclarecer esta questão, entende-se que irá prevalecer - no processo legislativo - a vontade majoritária do povo, não necessariamente o moralmente correto. Embora compreenda-se que o debate político gerado possa fazer com que o dito moralmente correto esteja em consonância

com a vontade democrática do povo, não há a necessidade da escolha dos cidadãos ser compatível com a escolha mais moral. Portanto, o que permanece no modelo democrático é a vontade do povo sobre a moral.

Por esta razão, os procedimentalistas defendem primordialmente que a interferência do judiciário na esfera legislativa e suas ações ativistas são uma afronta ao princípio democrático. Além disso, na perspectiva da Constituição de 1988, o protagonismo do Judiciário também seria inconstitucional afrontando o artigo 1º, parágrafo único da Carta Magna, que dispõe sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Dito isso, tendo já debatido melhor este conceito de poder anteriormente nesta mesma monografia, compreende-se que o detentor do Poder uno é o povo, e esse Poder é exercido exclusivamente por representantes eleitos, o que confere competência para exercer o poder (cujo titular é o povo) aos cargos políticos eleitos.

Não é conferido ao Judiciário nenhuma competência para exercer este poder, já que os magistrados ocupam cargos exclusivamente técnicos, sem caráter democrático de representação. Lênio Luiz Streck, em sua obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectiva e Possibilidades de Concretização de Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*, explica o pensamento de Habermas:

(...)Habermas sustenta que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. Para ele, o Tribunal Constitucional 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 dos seus problemas e a forma de sua solução. (STRECK, 2003, p. 264)

Como dito anteriormente, para os procedimentalistas, o ativismo judicial e a apreciação do Judiciário sobre estas demandas políticas, no geral, prejudicam não só a democracia, mas são também uma afronta ao princípio de separação dos poderes. Habermas defende: “Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo”. (HABERMAS, 1997, p. 173).

Assim, para Garapon lacunas na lei tornam os magistrados “co-legisladores permanentes” e assim o espaço destinado ao debate político democrático passa a ser o Judiciário, perdendo o caráter democrático do processo legislativo, pois os magistrados não representam o povo, e ainda reduzem o debate político à uma discussão moral. (HOMMERDING, 2006, p. 18). Portanto, a descentralização da democracia, os diversos debates políticos em diversas esferas da sociedade, passa a se tornar mais acessível e viável ao cidadão que os magistrados apreciem essas demandas.

O que se defende nesta corrente é que o Direito e o protagonismo do Judiciário desestimulam a cidadania e o debate político, e por consequência os indivíduos depositam sua última esperança em um Poder Judiciário salvador. (HOMMERDING, 2006, p. 16-17). Há que se

falar, então, em uma crise das ideias republicanas, para este problema os juízes são provocados a emitir decisão sobre questões políticas da vida humana, de acordo com Hommerding: “Estando o homem democrático derrotado e o Estado-providência incapacitado de gerir a igualdade prometida, resta depositar as esperanças no Poder Judiciário.” (HOMMERDING, 2006, p. 17). Por estas razões, os procedimentalistas são críticos ao ativismo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o exposto pelo presente artigo, o que se pode concluir é que o ativismo judicial é a prática dos magistrados de proferir decisões para além dos moldes da lei, o que acabaria por invadir a competência do Poder Legislativo. Nesse sentido, o ativismo judicial está conectado ao estudo da tripartição de poderes, pois o ativismo judicial estaria por ultrapassar os limites da competência do Poder Judiciário.

Para ocorrer este ativismo, é necessário que o povo ajuíze uma ação de caráter político – ou seja, a discussão da matéria não encontra respaldo na lei e ainda precisa passar pelo legislativo, como sugere o sistema *civil law*. Assim, a população encontra apreciação de suas demandas no Judiciário, por razões de acessibilidade, organização e garantida apreciação da demanda, adjetivos estes que não se encaixam ao processo legislativo brasileiro.

Com a decisão ativista, cria-se uma jurisprudência de caráter vinculativo, passando a ter força de lei. Neste momento, a doutrina se divide quanto aos benefícios e malefícios que esta postura dos juízes pode acarretar para a democracia brasileira.

Os que defendem o ativismo judicial o veem como um método de corrigir as falhas do sistema democrático. Ou seja, a democracia nem sempre é o sistema mais justo, pois sempre prevalecerá a vontade da maioria – o que torna toda a população refém da vontade majoritária da nação que pode não ser a opção mais justa para todos. Nesse sentido encontra-se a tese de Dworkin que explica que o juiz perfeito deve observar a moral, os costumes, a lei, e os conceitos de justiça para proferir sua decisão. Assim, para este filósofo, o lugar de discutir justiça é o judiciário.

Os adeptos desta vertente compreendem que as falhas dos demais Poderes podem ser corrigidas pelo ativismo judicial, pois a efetivação de direitos constitucionalmente garantidos deve se sobrepor ao princípio de separação de poderes. Assim, os grupos minoritários encontrariam acesso à justiça com estas decisões.

Em contrapartida, os críticos ao ativismo judicial compreendem que esta atitude dos magistrados fere o princípio da democracia. Para melhor defender este pensamento, Habermas explica que o local ideal para se discutir moral e justiça é o Legislativo, promovendo cidadania para que o próprio povo institua seus valores em forma de lei. Isso porque a vontade do povo deve sempre prevalecer, garantido assim, que nenhum soberano absolutista tome o poder que provem do povo.

Esta vertente reforça o princípio da Separação de Poderes proposta por Montesquieu, pois, historicamente, traumatizado por uma França absolutista, o francês propõe um sistema que retira o

poder uno das mãos de um único indivíduo soberano e o coloca nas mãos do povo. Nesse sentido, o princípio da tripartição dos poderes está intimamente ligado ao princípio da democracia, e ambos foram consagrados nos primeiros artigos da Constituição Federal de 1988.

Assim, aqueles que defendem que o ativismo judicial é um problema no sistema jurídico brasileiro, explicam que os juízes proferem decisões meramente técnicas, mas não representam a vontade do povo, pois não foram eleitos democraticamente.

Por fim, entendo o conceito de ativismo judicial, as questões histórico-filosóficas sobre Separação dos Poderes, os sistemas *common law* e *civil law*, os princípios constitucionalmente estabelecidos e as correntes doutrinárias sobre o ativismo, conclui-se que esta ação é resposta à um problema no funcionamento do estado brasileiro, e que o ativismo tem se apresentado como resposta. Mesmo assim, há duas possíveis interpretações quanto a legitimidade e eficácia deste ativismo.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo; BORBA, Dalton José. O conflito entre o Legislativo e o Judiciário nos 25 anos da Constituição de 1988. In: Luiz Eduardo Gunther; Silvana Souza Netto Mandalozzo; Juliana Cristina Busnardo; Marco Antonio Cesar Villatore. (Org.). **Os 25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013, v. 1, p. 399-424.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 103. 2008.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. Centro Gráfico, 1988.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. **Revista Sequência**. Florianópolis, v. 33. n. 65, p. 189 – 207. 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo Judicial: Por Uma Delimitação Conceitual à Brasileira. Confluências, **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**. v. 12, n.2, 2012, UFF: Rio de Janeiro.

FERREIRA, Eber M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Orientador: Rubens Beçak. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FILHO, Renato Soares de Melo. **O Ativismo Judicial em Investida ao Estado Democrático**. Orientador: José Duarte Neto. 2013, 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2013.

FILHO, José G.A. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**: Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial. Orientador: Walber de Moura Agra. 2011. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNICAP, Recife, 2011.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v1.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito**: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. Revista DireitoSP.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. ed. 13. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Constitucional**. ed. 31. São Paulo: Atlas, 2015.

NETO, João Bosco de Barros Wanderley. **Ativismo Judicial – entre a efetividade e a autocontentação**. Orientador: Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016.

RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos**, ed. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RIBAS, Rodrigo Cunha. **A atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais**. In: Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do direito

/ Organizadores Luiz Gustavo de Andrade, Roosevelt Arraes, Curitiba (PR): Hum Publicações, 2017.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro. v. 2, 2006.

SILVA, Denise S. V. **Direito à Saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. ed. 22. Curitiba: Juruá. 2015.

STRECK, Lênio L. **Jurisdição Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectiva e Possibilidades de Concretização de Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Porto Alegre. v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista direito GV**. v. 4. n. 2. p. 441 – 463. 2008.