



FACULDADE DE ILHÉUS



CESUPI

COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

COORDENAÇÃO DO TCC II

ARTIGO CIENTÍFICO

**ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS NO ÂMBITO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Ilhéus, Bahia

2022



FACULDADE DE ILHÉUS



CESUPI

COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

COORDENAÇÃO DO TCC II

ARTIGO CIENTÍFICO

MÁRCIA CRISTINA DA SILVA SANTANA MUNIZ

**ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS NO ÂMBITO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Artigo Científico entregue para
acompanhamento como parte integrante
das atividades de TCC II do Curso de
Direito da Faculdade de Ilhéus.

Ilhéus, Bahia

2022

**ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS NO
ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MÁRCIA CRISTINA DA SILVA SANTANA MUNIZ

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Me. Marco Antônio Correia Bomfim
Faculdade de Ilhéus – CESUPI
(Orientador)**

**Prof. (nome do avaliador)
Faculdade de Ilhéus – CESUPI
(Examinador I)**

**Prof. (nome do avaliador)
Faculdade de Ilhéus – CESUPI
(Examinador II)**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus filhos, minhas inspirações para continuar acreditando na vida, os grandes motivadores dos meus sonhos e das minhas vontades.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por essa oportunidade e por me permitir extrapolar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização deste trabalho. Ao professor, orientador Marco Antônio, por me mostrar a direção e as múltiplas sugestões que concorreram para o desenvolvimento e aperfeiçoamento desse trabalho, sem a sua generosidade, nada disso seria possível.

“Moderação na defesa da verdade é serviço prestado à mentira”.
(*Olavo de Carvalho*)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. PONDERAÇÕES ACERCA DA IDEIA DE DEMOCRACIA	9
3. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	11
4. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	13
5. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	15
6. O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS, NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	19
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
REFERÊNCIAS.....	23

ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JUDICIAL ACTIVITY: REFLECTIONS AND PERSPECTIVES IN THE FRAMEWORK OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Márcia Cristina da Silva Santana Muniz¹, Marco Antônio Correia Bomfim².

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. e-mail: mcmuniz21@gmail.com

² Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail:

RESUMO

O presente artigo tem como meta suscitar reflexão ao abordar as implicações oriundas dos fenômenos provocados pela pujante expansão do ativismo judicial, no atual contexto brasileiro ante a uma possível prognose de colisão com o princípio da separação dos poderes independentes e harmônicos. Em que pese ser este um princípio constitucional vital para a estrutura do Estado democrático. Dispôs, assim, analisar até que ponto o ativismo judicial poderia ocasionar danos ao princípio da separação de poderes, portanto à democracia.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Expansão do Poder Judiciário. Separação dos Poderes. Constituição Federal. Democracia.

ABSTRACT

This article aims to address the implications arising from the phenomena caused by the thriving expansion of judicial activism, in the current Brazilian context, in the face of a possible prognosis of collision with the principle of the separation of independent and harmonious powers. In spite of being this a vital constitutional principle for the structure of the democratic State. It thus arranged to analyze the extent to which judicial activism could damage the principle of separation of powers, hence democracy.

Keywords: Judicial activism. Expansion of the Judiciary. Separation of Powers. Federal Constitution. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Sem grande rigor, pode-se compreender o ativismo judicial como uma postura proativa do poder judiciário que não se enquadra como um simples aplicador passivo da lei. Esse é um tema que vem provocando, além de críticas, preocupações tanto no âmbito jurídico quanto acadêmico, visto que alguns limites normativos constitucionais passaram a ser muito passíveis de flexibilização pelos operadores do direito, ao manejá-los, indo além das balizas hermenêuticas, contrariando, com o que estima o constitucionalismo cooperativo entre os Poderes.

Em que pese o exercício do controle recíproco das atividades inerentes aos Poderes, ser o responsável por afastar a preponderância da vontade de um Poder sobre o outro, o ativismo judicial desponta como um descomedimento na interpretação jurídica, visto que aquele que julga, excede de sua capacidade institucional, maculando o texto da Carta Constitucional que condiciona sua interpretação a mútua cooperação entre os Poderes Constitucionais, aludindo para que não ocorra primazia ou imposição de decisões de um Poder sobre os demais.

Assim sendo, o presente trabalho de conclusão de curso almeja suscitar reflexões ao abordar as possíveis implicações provenientes dos fenômenos provocados pela pujante expansão do ativismo judicial. Tendo como intenção elucidar se esse fenômeno em algum momento poderia ferir princípios constitucionais, indo de encontro com a teoria da separação de poderes e a ideia de democracia.

A pesquisa foi desmembrada em cinco tópicos. O primeiro abordará a ideia de democracia, relacionando sobre o seu conceito e seus elementos ideológicos. O segundo discorre sobre o Princípio da Supremacia da Constituição e suas premissas. O terceiro será destinado a exposições acerca do Princípio da Separação dos Poderes, dando ênfase ao sistema de freios e contrapesos. O quarto abordará em linhas gerais, os pressupostos para que haja uma decisão fundamentada, de acordo com a legislação atual. Por fim, o quinto será destinado a explicitar em breve análise acerca dos efeitos e riscos do instituto ativismo judicial, tendo como um norte principal a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito.

A metodologia empregada no trabalho foi o da pesquisa bibliográfica e documental. As fontes de pesquisa bibliográficas utilizadas foram: livros, revistas, artigos científicos, monografias, inclusive em meios eletrônicos. Já as fontes de pesquisa documental utilizadas foram legislação e jurisprudência, deste modo, para a

realização do estudo e solucionar o problema de pesquisa foi utilizado o método científico dedutivo.

2. PONDERAÇÕES ACERCA DA IDEIA DE DEMOCRACIA

A palavra democracia impera com tamanha força nos dias atuais que raro os governantes que se não considerem democráticos. Todavia, por ser perceptível sob vários pontos de vista: jurídico, político, filosófico, entre outros. Torna-se no atual cenário, para muitos, difícil se conceituar, compreender a democracia posto que envolve questões históricas, de ordem econômica e sociais, elementos ideológicos muitas vezes estranhos ao próprio caráter democrático, etc. cuja origem remonta para muitos séculos atrás na Grécia.

Sendo assim, há um vasto caminho de práxis e teorias que indicam diferentes horizontes, contudo, há alguns conceitos clássicos que dão alguma ideia de que a democracia representa um tipo de regime compreendido por oposição aos regimes autocráticos. Tidos como regimes de poder fechado, cerceadores de liberdades individuais e coletivas, perseguidores de tradições, culturas, grupos, religiões, etc. enfim, antiliberais que tentam diminuir a diversidade de pensamento, o pluralismo político, a livre competitividade, a censura às ideias, pensamentos críticos tão caras ao regime democrático, enfim, a participação ativa e crítica dos governados perante seus “representantes” e governo.

Numa autocracia radical o líder autocrático é tido como o soberano, ao qual o poder de comando não se subordina a nenhum outro e monocraticamente é quem determina o quê, quando e como os demais sujeitos devem portar-se. Como bem apresentara Max Weber em seus estudos sociológicos¹

A democracia surge como um regime diametralmente oposto ao autocrático. Há pluralidade de ideologias em oposição a uma doutrina política oficial; há o reconhecimento do direito político onde de alguma maneira os governados participam do governo, em maior ou em menor grau; não há cerceamento das liberdades individuais; há liberdade de expressão, de imprensa, de elegibilidade política, cuja essência é a tolerância com divergências e críticas.

¹ Cf. obras Economia e Sociedade; Ciência e Política de Max Weber.

Para Dahl, a democracia é instrumento da liberdade uma vez que certos tipos de direitos, liberdades e oportunidades são essenciais para o processo democrático em si e devem existir enquanto existir o processo. Isso inclui o direito à livre expressão, à organização política, à oposição, a eleições justas e livres.

Já José Afonso da Silva conceitua democracia como “é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.

O Estado Democrático de Direito é um estado jurídico, cujo poder se fundamenta no povo. Em seu artigo 1º, a Lei Magna de 1988 proclama que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e no bojo do seu Parágrafo único, institui a democracia semidireta, posto que elege seus representantes, sem contudo, impossibilitar em algumas decisões a participação direta da população.

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

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
(CRFB/88)

Diante da atual conjuntura global muitos afirmam que o Brasil vive uma democracia combalida, pois o sistema político de fato inviabiliza: acesso à informação que apresente a realidade dos fatos em suas riquezas de detalhes e vieses político, econômico, etc., meios de comunicação que representem fielmente a diversidade dos valores e pensamentos dos cidadãos, representação real dos interesses e valores da população em coerência com as ideologias partidárias e seus respectivos membros-atores políticos, a alternância democrática dos partidos no poder.

Enfim, um conjunto de elementos que devem constituir uma democracia e de fatores que devem estar presentes no exercício político democrático, vêm sendo limitados ou corrompidos na perspectiva da percepção de parcela da população e do olhar crítico de analistas, cientistas sociais, intelectuais. Que apresentam tais fatores como que limitando e até cerceando o acesso ao exercício da democracia efetiva por parte da população desprovida de recursos financeiros, de instrução, de informações livres de manipulações ideológicas veladas, de representantes.

Somado a estes elementos, há ainda o fator não menos preocupante do processo eleitoral ser demasiadamente caro, inúmeras legendas e partidos não representarem a diversidade do povo brasileiro, etc. o povo só tem participação efetiva, voz, nas urnas e para votar sempre nas mesmas “pessoas”, o que lhes resta nesse processo impossibilitados de chegarem a ocupar relevantes cargos no poder público, pois os governantes, elites monopolizam o Estado e sua máquina administrativa. Sem falar no mais sério dentro do processo de politização atual, o aparelhamento ideológico da máquina pública (realidade política que contrasta com os princípios e regras da democracia).

Compreende-se que estamos diante de um problema de grande magnitude intelectual e moral. Posto isso, a muitos resta enxergar a democracia não como a descrição de uma situação verdadeiramente existente, mas sim como um ideal a ser perseguido.

Em suma, o resguardo da democracia se faz com a população protegida em paz, com saúde, em prosperidade, em pleno gozo da sua cidadania². Com um sistema jurídico onde as leis são cumpridas, indivíduos que agiram ou estão em não conformidade com as Leis do país são devidamente julgados e condenados e, onde quem julga não está acima da lei nem tampouco pode decidir a partir de princípios ideológicos subjetivos e/ou ideológicos partidários, sob pena de destoar do real sentido da essência democrática.

4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Por ser engendrada como ordem fundamental a Constituição Federal Brasileira representa os pilares essenciais do Estado, dotada de um núcleo axiológico e com força normativa. A sua proeminência não está expressa no seu texto, é um preceito, um princípio que a estabelece como Lei hierarquicamente superior às demais legislações infraconstitucionais. É a base que norteia todo o ordenamento jurídico dando sentido de existência a própria ideia de Constituição.

² Em todas as esferas que esta implica: Informações, conhecimentos, educação, cultura, liberdade de pensamento, de ação, para empreender e cultivar-cultuar o espírito.

O princípio da supremacia da constituição, segundo o professor José Afonso da Silva, citando Pinto Ferreira seria a “pedra angular em que assenta o edifício do moderno direito político”.

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a Lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais de Estado e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2011, p.45).

Em síntese, desse princípio afirma o estudioso “resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.

Do mesmo modo aponta Luís Roberto Barroso:

[...] a supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as outras normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se não for com ela compatível. (BARROSO, 2013, p. 92)

Consoante a teoria constitucionalista, há dois fundamentos que amparam a supremacia da Constituição, especificamente, a distinção entre poder constituinte e poder constituído e os modelos de constituições tidas como rígidas e flexíveis.

A Constituição brasileira, sob o aspecto formal é do modelo rígido, dado que só é permitido suceder com alterações em seu texto respeitando os requisitos elencados no art. 60. O processo de rigidez engloba a iniciativa, o método e o atendimento ao quórum mínimo necessário, diferentemente do procedimento normalmente seguido para a edição das leis infraconstitucionais. Como esclarece José Afonso da Silva:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição (SILVA, 1998, p.47).

As Constituições Rígidas anelam uma estabilidade jurídica, o que não se confunde com imutabilidade, uma vez que não há constituição imutável diante dos progressos sociais. Nesse prisma, assegura-se certa estabilidade constitucional, garantindo a permanência e durabilidade das instituições, ao mesmo tempo em que permite-se emendas, reformas e revisões para adaptar as normas constitucionais a essas novas realidades, sem prejuízo da vinculação a um processo especial e mais trabalhoso para essas modificações formais que o admitido para a alteração da legislação ordinária.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A harmonia e independência entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário preconizados na Constituição Federal brasileira explicita a ideia de insubordinação e hierarquia entre os Poderes, de acordo com os limites constitucionais autorregulados pelo sistema de freios e contrapesos, por ser princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. O propósito atribuído ao princípio da separação dos Poderes objetivava assim impor determinados limites ao poder, para que o mesmo não estivesse totalmente subordinado a uma pessoa ou a um determinado grupo de pessoas.

A respeito dessa divisão aponta José Afonso da Silva:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes. (SILVA, 2009, p. 108).

É manifesto que a separação dos poderes abranja certa flexibilização cingida pelo sistema de freios e contrapesos, que prevê a interferência legítima de um Poder sobre o outro, dentro das suas funções específicas típicas e atípicas. Dessa maneira, garantindo não apenas o exercício das suas atribuições, como também o mútuo controle de supervisão entre eles.

Sobre esse tema Lenza se posicionou afirmando:

A teoria da 'tripartição de Poderes', exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles (LENZA, 2016, p. 586 - 587).

Em vista disso, ao Poder Executivo coube administrar o país, dispor dos recursos, administrando a máquina pública, em todas as suas esferas.

Por conseguinte, ao Poder Legislativo delegou-se a elaboração de leis para orientar tanto a população quanto o governo, exercendo também uma função secundária de fiscalizador dos atos do Poder Executivo.

No tocante ao Poder Judiciário, compete a esse a função originária de julgar e salvaguardar o respeito às leis, anelando dissolver conflitos e coadunando para o equilíbrio social. Nesse sentido, exige-se um Poder Judiciário essencialmente imparcial na hora de admitir ações judiciais, de tocar os respectivos processos e ao fim, de decidir os conflitos com fundamentos jurídicos predominantemente objetivos.

E mesmo decidindo de acordo com o direito objetivo o Estado Constitucional exige que as partes conheçam as razões pelas quais o órgão judiciário deu razão a uma delas. Fala-se, portanto, na motivação das decisões judiciais que compreende a reconstrução, história do episódio da vida que integra o objeto litigioso e a constituição da norma genérica a esse material de fato aplicável, objeto da interpretação jurídica.

Precisamente, colimando no sentido de conceder de maneira essencial que, qualquer pessoa comum do povo alfabetizada esteja apta a compreender os fundamentos jurídicos objetivos aplicados e, a se autoconvencer da adequação da solução judicial produzida, ainda que, discorde do resultado final apresentado, baseando-se como fonte do direito, nas leis positivadas.

Para tanto, faz necessário que esses fundamentos objetivos encontrem-se alicerçados impreterivelmente nas diretrizes do Direito stricto sensu, dentro de uma lógica de fatos notórios considerando as exposições das alegações incontroversas presente nos autos, juntadas pelas partes interessadas do pleito; dando vazão a possibilidade jurídica de cumprimento do dever de fundamentação, em respeito à constituição e a legitimidade democrática das decisões.

Visto que aquele que julga não pode exceder de sua capacidade institucional, no que tange ao contexto da separação colaborativa dos Poderes, em consonância

com o que versa a Constituição em vigor, que segundo o nosso Estado Democrático de Direito é a lei Suprema e premissa para qualquer decisão judicial.

5. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

É mister que a atividade do magistrado exige bastante interpretação uma vez que o Direito é interpretativo por natureza. Sob um ponto de vista de concepções jusfilosóficas, temos dentro da ideia do formalismo jurídico, derivado fundamentalmente da estruturação sistemática, Hans Kelsen designando precipuamente a ciência do direito como um conjunto de normas emitidas por autoridade competente (puros juízos lógicos).

Ou seja, o laborador do direito, segundo ele, deveria agir como se faz um cientista (paradigma positivista/ciência moderna), tendo como diferença apenas o objeto de estudo. As normas para o jurista e os fenômenos físicos para o cientista. Afastando do julgador ou daquele que se dedica à ciência do direito todo juízo de valor. A análise seria tão objetiva quanto a do cientista separando a ideia do direito de moral.

A rigor a premissa de quem exerce a magistratura deveria se decidir com base naquilo que dispõe a Constituição, os Tratados, as Leis, os Decretos, as Medidas provisórias, e assim por diante. Julgar segundo o que a sociedade construiu como direito através de um devido processo de formação, em prestígio à segurança jurídica e estabilidade da jurisprudência³.

Para Hans Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico, do século XX, a segurança jurídica

[...] consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar nas suas condutas pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser entendido, por modo consequente, à função dos órgãos administrativos. Ele

³ Torna-se importante compreender as circunstâncias históricas, sociais, políticas por que passava a Europa. E em específico as discussões acadêmicas acerca do estatuto ontológico da realidade, objeto de estudo e métodos particulares das ciências. Ou seja, Hans Kelsen está buscando apresentar a estrutura ontognoseológica do direito, que dará à mesma o reconhecimento de ciência e os respectivos desdobramentos que tal estatuto, categorização trará aos laboradores do direito.

traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica. (KELSEN, 2009, p. 31)

A partir da década de 20 em confronto com essa visão, o formalismo jurídico foi atacado pelas intituladas Escola Realista ou Escola do Direito Livre, que propunham introduzir o que denominavam de “o elemento humano” na evolução do direito.

Ou seja, ao invés de enfatizar a ciência doutrinária e concentrar-se nas regras como material de análise, os realistas afirmavam que a verdade das decisões jurídicas estava nas filosofias sociais, nas motivações e na atitude mental dos juízes.

Os juízes, estava implícito em tal premissa, não poderiam se revelar cegos à realidade social do direito e mesmo se, em suas convicções, não se referissem especificamente a considerações dos efeitos sociais nas suas decisões, essas questões sempre deveriam estar presentes como pano de fundo justificadores dessas decisões, essencialmente vinculados a valores sociais.

Por conseguinte, seria dada ampla liberdade de se criar e aplicar o direito, fundado não em um organograma dogmático, estruturado nos códigos ou mesmo na doutrina, mas voltado nessa perspectiva, para a realidade social, daquela atualidade.

Os realistas vão dizer que o direito não é o que está no Código e sim o que resulta das decisões dos tribunais, dando um lugar fundamental ao juízo de valor. Sendo possível o uso do poder discricionário do julgador atribuindo dinâmica ao direito, na solução e na sua aplicação e não propriamente ao corpo doutrinal de descoberta científica do formalismo jurídico.

Esse modo de agir que possibilita ao juiz tomar decisão segundo a sua consciência é asperamente atacado por Lênio Luiz Streck. Para o autor, não há que se falar em impedimento de interpretar, desde que a integridade do Direito, seja aplicada de forma lógica e racional.

Por certo que dentre esses dois polos contraditórios, no que tange aos debates doutrinários, surgiram muitas outras soluções intermediárias acerca da filosofia jurídica da interpretação do que seria o Direito. E em meio a essa evolução do pensamento jurídico, o jusfilósofo Miguel Reale apresenta o Direito como uma dialética de complementaridade fundamentalmente atrelada ao Fato, ao Valor e à Norma, superando a visão de que o Direito é exclusivamente e primordialmente norma ou fato ou valor (reducionismos ontológicos). O que o jusfilósofo procura explicitar é que, se o direito é uma realidade, ele possui um ser (dever ser) e, implícita à sua

estrutura ontognoseológica está uma hermenêutica que não pode prescindir de sua tridimensionalidade (F-V-N). Sendo inviável a interpretação do Direito sem a análise do valor e do fato jurídico que deu origem a norma, não sendo permitido o isolamento de nenhum dos fatores, nem tampouco a sua dialeticidade implícita⁴.

No Brasil a partir da sua redemocratização e promulgação da Carta Constitucional de 1988. A mesma abarcou temáticas dos mais variados assuntos com um certo caráter de abstração, dando margem a interpretações. Trazendo como princípios basilares o direito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e ao pluralismo político.

Desse modo, o ativismo judicial seria apenas uma característica da sociedade moderna, que, por sofrer com a omissão administrativa ou legislativa, outorga as demandas ao judiciário, cuja complexidade torna-se cada vez mais abrangente, obrigando o mesmo a se adequar e elaborar novas formas de resolver os conflitos.

Posto isso, não haveria mais espaço para o uso do clássico positivismo jurídico, gerando assim uma nova ideia de racionalidade jurídica devido a elementos característicos dos direitos que foram alterados ou que surgiram de alguma forma e consolidaram-se.

Como resultado da complexidade das relações que vigoram e seus reflexos na contemporaneidade. Foi exigido, por assim dizer, no campo jurídico adaptações como delineia Luís Roberto Barroso.

A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embasadas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido (BARROSO, 2012, p.103).

A esse protagonismo judicial Barroso também menciona que o mesmo pode ser manifesto de diferentes formas, a saber:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. P. 57.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2018, p. 172).

Ainda nessa perspectiva, dada as interpretações subjetivas das tomadas de decisões carregadas de valorações e complexidades práticas e teóricas, que fogem do discurso jurídico para os avanços sociais. Pode-se inferir por esse ângulo uma familiaridade com a corrente do realismo jurídico.

O princípio da motivação das decisões judiciais encontra guarida na Constituição Federal em seu art. 93, IX, que assim estabelece:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (Redação da EC nº [45](#)/04 C.F./88).

Nesse sentido o julgador deve prezar por responder no bojo de sua argumentação qual o âmago das decisões e sua motivação jurídica, sob pena de nulidade das decisões sem fundamentação, por se tratar de atipicidade constitucional pela não observância do preceito.

Nessa toada é imprescindível ao jurista a adoção de padrões hermenêuticos que viabilizem preservar a autonomia do direito estabelecendo assim, as condições necessárias para a realização de um controle constitucional de limites a decisões judiciais. Pautado menos na discricionariedade e mais em pareceres fundamentados constitucionalmente adequados.

O dogma da necessidade da fundamentação das decisões judiciais torna-se imprescindível, devendo ser elevado no momento em que o magistrado, detentor de autonomia interpretativa da Lei, deva fazê-lo em consonância com os princípios estabelecidos na Constituição que são as premissas metodológicas, que estão à disposição do intérprete na busca da adequada solução para uma questão jurídica.

Doutro modo, fica inviável ter como resultado uma decisão equânime, basta-se cogitar que aquele que julga é suscetível a sofrer influência tanto de cunho interno, quanto externo, possuindo arbítrio para macular o legítimo processo democrático, fazendo uso do abuso de mando, em contrário do que preza a Constituição.

Diante desta seara aberta a partir das revoluções no final da modernidade e que ganharam vigor e dinâmica em século XX, que denota uma complexidade inerente

à sociedade contemporânea. O laborador, cientista do direito vê-se inserido numa politização exacerbada de suas funções. Eis um problema que exige uma reflexão aprofundada e um diálogo multidisciplinar.

6. O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS, NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O papel ativo e decisivo do judiciário concerning a questões de cunho relevantes para o país tem gerado não apenas aplausos, mas também, severas críticas, haja vista as implicações do ativismo judicial irem de encontro aos princípios democráticos.

Alguns doutrinadores apontam, a depender do caso concreto, descomedimento na interpretação jurídica evidenciando o subjetivismo característico e excessivo, procedente do ativismo judicial desvirtuando, nesse ponto, o sentido da Constituição. Uma vez que em determinados julgados ao tomarem suas decisões, suprimem ou avançam sobre a competência de outros Poderes.

O ativismo judicial acontece quando o Judiciário interpreta a lei ou a Constituição do país de uma maneira muito elástica, partindo de princípios ideológicos subjetivos e/ou político partidários, ensejando atos que dão margem até mesmo a confundir o ativismo judicial com o ato de governar.

Tomando como exemplo, no momento em que a Corte Suprema é submetida a temas de ordem política e social, que em princípio, poderiam ser solucionados na seara de atuação política dos demais Poderes. Todavia, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, esses pedidos ao serem apreciados, dão margem a debates e indagações em relação à atuação jurisdicional, por entenderem que interferem na esfera de atuação típica de outros Poderes, podendo macular a separação dos Poderes e os ideais democráticos.

É cediço que quando um presidente ou um grupo de ministros baixam normativas dentro dos limites constitucionais, e partidos políticos opositores ao governo impugnam esses atos através de medidas judiciais e, reiteradamente, ministros do STF em decisões monocráticas que atropelam os limites do texto constitucional, tornam sem efeito tanto as ações de ministros do governo quanto as do próprio presidente da república. Contribuem, indubitavelmente, para esse tipo de

interpretação onde atrela-se ao ativismo judicial o ato de governar, colocando em xeque o Estado Democrático de Direito.

Logo, o ativismo judicial desponta como um favorecedor de interpretações que vão além da possibilidade principiológica constitucionalmente prevista. Estando atrelado à construção de decisões fundamentadas não necessariamente, nos princípios do direito e sim em arcabouços políticos. Dworkin, por exemplo, vincula o ativismo ao pragmatismo jurídico, uma maneira consequencialista de ver as ações judiciais.

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 seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 1999, p. 451/452)

Para Anderson Vichinkeski Teixeira o ativismo:

[...] é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado Moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. [...] Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política. (TEIXEIRA, 2012, p. 42).

Sob outra perspectiva, tem-se como principal aspecto favorável ao ativismo judicial, que esse fenômeno deu azo à instrumentalização efetiva para o julgador concretizar direitos previstos na Magna Carta, mas que ainda, por algum motivo encontram-se inertes, pendentes de regulamentação. Posto isso, o intuito é o de satisfazer o pleito social tendo como principal aspecto favorável concretizar direitos previstos constitucionalmente.

Ainda, segundo Fernando de Brito Alves e Guilherme Fonseca de Oliveira, o ativismo judicial “se sustenta à medida que – e somente se – o processo político falho na tutela de direitos fundamentais – notadamente no caso das minorias em razão de sua baixa participação nesse processo”. Os eminentes juristas afirmam que “o ativismo não deve medir esforços na defesa de direitos de primeira dimensão” (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 40).

Entretanto, alertam os autores para uma ressalva que deve ser levada em conta:

Abordagem distinta, no entanto, merecem os direitos sociais e econômicos. A relação dialética entre mínimo existencial e reserva do possível constrói as bases da exigibilidade dos direitos de segunda dimensão. Assim, adotando a teoria das normas de Alexy, e reconhecendo a natureza principiológica dos direitos fundamentais, a ponderação no caso concreto oferece legitimidade para tutela pela via jurisdicional dos direitos fundamentais de segunda dimensão. O paradigma da igualdade fática, porém, a se reconhecer no caso concreto para esses direitos, necessariamente deve atender a critérios de racionalidade para que possa, ao fim e ao cabo, legitimar-se (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 40).

Seguindo essa lógica de posicionamento tem-se que as decisões judiciais devem ser sopesadas com coerência, com coesão e elaboradas detidamente à luz do mínimo existencial e considerando a reserva do possível. Assim, a atuação judicial ativista no tocante às questões mais políticas é justificável se sua ocorrência se der de maneira restrita e responsável (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 41).

Entretanto, ao que concerne o Princípio da Separação dos Poderes e a ideia de democracia, o ativismo judicial centra-se exatamente ao meio dessas duas perspectivas, porque quando o Poder Judiciário se utiliza do ativismo judicial, necessariamente ultrapassa o campo do direito e ingressa na seara política. Deste modo, almeja resolver problemas políticos por critérios jurídicos.

Em que pese ao Judiciário ter sido dado uma gama de competências dentro do seu rol de atuação, o mesmo deverá ter a cautela de não romper para além dos seus limites, fazendo uso de autocontenção das decisões judiciais, sob pena de ferir a essência da democracia constitucional, atingindo, assim, a estrutura triparticionada, em contrário do que prevê a Carta Magna em seu artigo 60, § 4º, III, nos seus termos, em que trata a separação dos Poderes como cláusula pétrea.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do tema abordado, este artigo teve como objetivo motivar reflexões relativas a matéria, ao expor quais as possíveis implicações oriundas dos fenômenos provocados pela pujante expansão do ativismo judicial, apontando como perspectiva, se essa expansão atingiria o princípio democrático.

Como foi averiguado, em que pese a Constituição Federal adotar o sistema de separação de funções básicas para cada Poder, regulada pelo sistema de freios e contrapesos, onde cada poder desenvolve suas atribuições típicas e atípicas é essa sistemática quem confere um leque de possibilidades aos Poderes, dando, respaldo ao Judiciário para resguardar os interesses constitucionais, dentro dos parâmetros normativos claros, resultantes do processo político democrático.

Não se pode perder de vista a questão epistemológica ou, em sentido de investigação acerca da realidade (ontologia, ontologias regionais) o que estavam conscientes da problemática inerente ao ser e fazer da prática jurídica, cientistas do Direito como Hans Kelsen e Miguel Reale. Os mesmos tinham a exata compreensão do problema da demarcação ontológica do Direito, seu objeto, sua lógica implícita e, portanto, sua hermenêutica.

Pois objetivamente (ciência) falando na ordem do ser os fenômenos trazem implícitos uma racionalidade do compreender (metodologia-hermenêutica). Daí então a compreensão que a dialeticidade de fato-valor-norma é sempre de complementaridade e implicação. Fora disso, toda interpretação e prática podem desvirtua-se em uma espécie de reducionismo ou rebaixamento do direito à prática ideológica, política.

Assim, dado o alargamento da faixa de atuação do Judiciário, justificado pelo propósito de interpretação dos artigos abstratos constitucionais, de modo a extrair deles o máximo de significado literal, potencializa-se a instrumentalidade do fenômeno, acabando por propiciar um desequilíbrio entre os poderes.

Os resultados alcançados mostram que se não muito bem delimitado e empregado de maneira adequada, o ativismo judicial pode suscitar verdadeiras anomalias jurídicas e destoar do sentido da Constituição. Por que, ao tomarem suas decisões, em determinados julgados, pode estar havendo uma afronta ao princípio da separação dos poderes, pelo fato do ativismo judicial, nos moldes estabelecidos, está se sobrepondo aos outros poderes, criando um grande risco de instabilidade a democracia. O que implica numa contradição de princípios, meios e fins da ciência e prática do Direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. **Democracia e Ativismo Judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias**. Jacarezinho/PR: Rev. Argumenta, nº 20, p. 33-45, 2014.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral - fundamentos e distribuição de conflitos**. [E-book]. Vol. 1, 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 103.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 92.

BARROSO, Luís Roberto. **Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 137-164.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mar. 2022.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, PP. 137 e 138

LENZA, Pedro apud. **Direito constitucional esquematizado** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília, DF: UNB: São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

_____, **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329334675_O_Judiciario_Brasileiro_como_Superego_da_Sociedade_Uma_Critica_Sobre_a_Usurpacao_da_Compreensao_dos_Valores_de_uma_Sociedade. Acesso em 11 mai. 2022

O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <http://www.Luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2012/21/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual – 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: vol 5. Número Especial 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094>. Acesso em: 06 jun 2022

¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246#.V_Gh58kpW48> Acesso em: Setembro/2022.

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/70792/R%20-%20E%20-%20JULIA%20STEFANIA%20BEZERRIL%20MIRANDA.pdf?sequence=1&isAlloved=y>. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/3890/3650>. Acesso em 10 set 2022.

SILVA, José Afonso da apud. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/3890/3650>

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK. Luis Lênio. **Os modelos de juiz diante da democracia e da divisão de poderes no Estado Democrático de Direito**. In: André Ramos Tavares; Ingo Wolfgang Sarlet; George Salomão Leite. (Org.). Estado Constitucional e Organização do Poder. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 441-457

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 116. 228

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, v. 8, n. 1, 2012. p. 37-

57, São Paulo. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>.
Acesso em: 11 mai. 2022.