



PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES E IMPLICAÇÕES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Joici Antonia Ziegler¹
Miriane Maria Willers²

RESUMO: O presente artigo versa acerca do protagonismo do Poder Judiciário nas últimas décadas, bem como decisões que podem ser consideradas ativistas. Com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a enfrentar questões que, até então, não eram de sua alçada e suas decisões implicaram em um protagonismo, ou seja, um agigantamento por parte deste poder, decidindo questões, que, por vezes, ultrapassam os limites de sua esfera. A partir destas considerações será construído o trabalho, tendo como pano de fundo, decisões que repercutiram na sociedade em geral e que podem ser consideradas ativistas pela comunidade jurídica e as implicações na democracia. O tema é relevante no cenário brasileiro onde o Supremo Tribunal Federal age fazendo às vezes de Poder Legislativo. O método utilizado é o dedutivo.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Democracia. Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

A dicotomia entre o espaço da Política e o espaço do Direito faz parte de uma construção histórica que, longe de se apresentar como um fenômeno linear traduz as dinâmicas transformações pelas quais passaram as sociedades de cada época. Com o advento do Estado Democrático de Direito, foi enfatizada a essencialidade dessa divisão, assim, enquanto na Política prepondera a soberania do povo e o princípio majoritário, no Direito, as atenções se voltam à proteção e à promoção dos direitos fundamentais.

Inobstante a constatação dessa linha divisória, do ponto de vista da teoria jurídica se reconhece, atualmente, que as normas não revelam sempre um único sentido que se conecta

¹ Advogada; Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina; Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq, Graduada em Filosofia pela UNINTER; Pós Graduada em Filosofia na Contemporaneidade (URI e IMT); Pós Graduada em Filosofia pela UFPEL.

² Mestre em Direito e Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada (URI) – Campus de Santo Ângelo. Graduada em Direito e Pós-Graduada em Docência para o Ensino Superior pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Advogada Pública do Município de Santo Ângelo. Integrante do Grupo de Pesquisa Tutela dos Direitos e sua Efetividade. E-mail: mirianew@yahoo.com.br.



perfeitamente a uma determinada situação, fazendo com que a interpretação e aplicação do Direito envolvam elementos cognitivos e volitivos. Tais questões são resultados de uma maior complexidade das relações sociais contemporâneas e, consequência, essas fronteiras se tornaram mais difusas (BARROSO, 2015, p. 448).

Dessa forma, o Estado compreende, invariavelmente, um entrelaçamento de questões, de relações, de comportamentos, de situações e de objetivos que, conjuntamente, acabam englobando aspectos jurídicos e políticos. Não há como estabelecer uma total separação entre um e outro (DALLARI, 2013, p. 128). Essa imbricação já ocorre no próprio nascimento do Direito, o qual se forma como produto da Política, sendo derivado de um processo legislativo proveniente da vontade da maioria. A Política, por sua vez, também não consegue escapar das amarras do Direito, já que, em defesa do próprio povo que exerce a soberania, o Direito limita, fiscaliza e legitima o poder político (BARROSO, 2015, p. 448).

Nesse norte, com a transformação da Sociedade, do Direito e da Política, a ocorrência desse entrelaçamento está sendo cada vez mais comum. Isso porque, com a consequente redemocratização, no decorrer do século XX, houve a incorporação da dignidade humana como valor supremo a ser protegido pelo Estado e pela sociedade, e, com vistas a alcançar esse fim, institucionalizou-se um amplo e extenso catálogo de direitos individuais, sociais e coletivos nas Constituições. Em tal cenário, a preocupação desse novo constitucionalismo democrático no século XXI paira sobre o reconhecimento material desses direitos positivados formalmente e como, de fato, dar efetividade para esses direitos.

Nesse processo, as Constituições passaram a prever expressamente uma série de instrumentos que permitem aos interessados provocar a tutela jurisdicional, objetivando alcançar esses direitos assegurados constitucionalmente. Todos esses aspectos refletiram na ressignificação do papel desenvolvido pelos órgãos judiciais na contemporaneidade, os quais passaram a atuar como protagonistas em questões que são de alçadas de outros poderes. Com isso, ao passo que se presenciou a expansão Política do Judiciário, ocorre também uma mitigação da divisão tripartite dos poderes, levando a novos questionamentos acerca das tensões que poderiam se refletir na soberania e no poder dessa nova relação entre Direito e Política.

Com o surgimento de uma série de direitos fundamentais em prol dos cidadãos, a busca pelo Poder Judiciário é cada vez mais frequente. Fato este, que gerou a ascensão deste Poder. No entanto, essa ascensão e agigantamento do Judiciário, gerou também certas preocupações na comunidade jurídica, em virtude de algumas decisões que extrapolam os limites da esfera



do Judiciário e que podem ser consideradas ativistas. A partir dessa abordagem será construído o presente estudo.

2. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado não foi sempre o mesmo e, na medida das transformações sofridas, modificou-se fundamentalmente o papel exercido pelo Poder Judiciário, trazendo impactos no desempenho dos demais poderes. Em sua trajetória, o Estado, absolutista passou a percorrer os ideais do liberalismo, buscando consagrar direitos individuais e políticos, intervindo o mínimo que fosse possível nas relações sociais e econômicas. Posteriormente, no esforço de suplantar as grandes desigualdades ocasionadas pelo Estado Liberal, se assiste o advento do Estado Social. A partir disso, surge o Estado Democrático de Direito, com o lema de transformar a realidade social e aspirar e realizar toda plêiade de direitos que até então foram relegados pelo Estado (BARROSO, 2015, p. 97).

Dessa forma, salienta-se que, se no Estado Liberal o poder que detinha maior relevância na organização e no funcionamento de todo o sistema estatal era o Legislativo; no Social, diante do expressivo aumento de elaboração de leis, que passaram a prever um amplo rol de direitos que reclamam uma intervenção dos órgãos da administração para a sua real implantação, ele perde seu posto, e assume preponderância o Executivo.

Salienta-se que uma das metas traçadas no Estado Social foi a busca da implementação de Políticas Públicas que garantissem a inclusão e proteção dos cidadãos. O Estado Democrático de Direito surge, assim, como aprimoramento do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, com a expectativa de ser o poder transformador do *status quo*, aquele que irá assegurar os instrumentos essenciais para que os direitos fundamentais e sociais não materializados pelo Estado Social sejam alcançados, e, para que isso ocorra se torna necessário a implantação de um sistema de organização política, no qual os atores políticos e sociais devam atuar sob a ordem de um conjunto de postulados que o direcionem a vencer as desigualdades sociais e a realizar a justiça social.

Em resumo, o Estado Democrático de Direito é o que se engaja na proteção dos princípios da democracia, sendo que, dentre os princípios essenciais, está a dignidade humana. Häberle enfatiza que o Estado Constitucional se fundamenta em duas premissas, na soberania popular e na dignidade humana (HÄBERLE, 2015, p. 131). É em respeito e valorização a tais fundamentos que os demais direitos, à vida, a liberdade, à saúde, a igualdade, devem ser



garantidos: “[...] Sem o reconhecimento da dignidade presente em todo ser humano, os demais valores ficam em uma referência que lhes possibilite produzir sentido coerente com a ideia de democracia, conforme caracterizada na presente reflexão” (GOMES, 2008, 284).

Para que tais objetivos possam ser atingidos, torna-se importante a relação do Estado Democrático de Direito com a lei, pois, como explica Silva, a democracia que o Estado de Direito idealizará de ser “[...] um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo [...]; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão” (SILVA, 2000, p. 119-120). A qual não se coaduna apenas com a codificação normal de direitos, mas principalmente com a criação de meios que sejam eficazes em retirar esses direitos do papel atingindo assim a sua finalidade.

É por meio das leis que essa realização social se faz possível, e é por isso que estas têm papel de destaque no Estado Democrático de Direito, uma vez que é proveniente da “[...] atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses” (SILVA, 2001, p. 121). Com esta noção, o Estado não pode mais ficar preso a conceitos limitados ou desconexos da realidade, uma vez que tem como dever gerar transformações diretas na vida da sociedade.

Na esteira de Azambuja (2008), a democracia consiste em promover o bem público, por meio de uma Constituição que contenha a previsão de direitos fundamentais; que assegure a eleição periódica dos governantes pelo sufrágio universal; que traga a divisão e a limitação dos poderes e a pluralidade de partidos.

Já Maluf traz a ideia de democracia amparada em dois sentidos, o formal e o substancial. Formal é aquela vinculada à vontade da maioria, o que pressupõe um sistema de organização política, e substancial é a democracia que se fundamenta na garantia dos direitos fundamentais. O referido autor enfatiza, ainda, que o conceito substancial é o que possui maior relevância, já que “[...] a democracia serve ao Estado como um meio para atingir o seu fim, e o fim do Estado só pode ser o mesmo da sociedade civil que o organizou e em função da qual ele existe” (MALUF, 2013, p.313-314).

Portanto, o Estado Democrático de Direito é regido pelos princípios constitucionais da igualdade, da legalidade, da justiça social, da segurança jurídica, da separação de poderes, da independência dos juízes e entre outros, todos calcados no conjunto de direitos fundamentais



garantidores da liberdade individual. Sendo assim, a CF/88, em seu artigo 1º, define o Brasil como Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que tal característica – ser democrático – ultrapassa a forma de organização de Estado e não se resume a apenas um objetivo.

É no contexto, então, da dogmática do Estado Democrático de Direito, que o Poder Judiciário adquire a importante função de salvaguardar materialmente os direitos contemplados constitucionalmente. Nesse novo cenário, a supremacia da lei cede lugar à centralidade da Constituição, isso significa que o Legislativo e a Administração Pública ficam agora condicionados à observância das suas diretrizes, o Judiciário deixa de ser“ [...] neutro e distante da problemática social e passa de Instituição de resolução de conflitos somente interindividuais, para assumir também o compromisso constitucional e fundamental de Instituição de resolução de conflitos massificados” (Almeida, 2001).

Assim, na medida em que as Constituições estabeleceram um extenso catálogo de direitos fundamentais que ficariam protegidos contra eventual conduta ofensiva ou omissa do processo político majoritário, foram claras ao estabelecer o Judiciário como guardião, aquele que irá garantir a interpretação, observância, estabilidade e conservação da lei fundamental. Proteção que só foi possível pela expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2015, p. 124).

A jurisdição constitucional é responsável pela aplicação imediata da Constituição. Para Kelsen, a Constituição apresenta princípios, diretrizes e limites, que orientarão as produções das leis, “[...] proclamando igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade na forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc”. (KELSEN, 2003, p. 132). Nessa linha de pensamento, Kelsen defende a expansão das competências da jurisdição constitucional e promove o Poder Judiciário à condição de guardião da Constituição.

Observa-se que a jurisdição deve ser interpretada e exercida como instrumento de pacificação social e de exercício da cidadania, estando sempre a serviço da sociedade, do bem comum sendo sua atuação justa e célere. Com isso, o Judiciário não pode se limitar a um papel apenas técnico, principalmente nas condições atuais da realidade. Logo, deve atuar positivamente, servindo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e sendo parceiro da sociedade ao trabalhar em prol de Políticas públicas essenciais, pois o Poder Judiciário, conforme declarado pelo artigo 2º da CF/88, faz parte da tripartição do poder do



Estado e tem por função primordial guardar e proteger o texto constitucional, sem perder de vista a consolidação da pacificação social.

E, ainda, de acordo com os artigos 1º e 3º, está conectado aos fundamentos e aos objetivos do Estado Democrático de Direito, por isso goza de garantias no exercício de suas funções, a fim de que possa resguardar com eficácia a democracia, a liberdade e o conjunto de direitos fundamentais, o que lhe confere, também, responsabilidade política. Portanto, com a CF/88, o Poder Judiciário ganhou mais espaço no processo democrático, tendo uma participação mais ativa e uma maior aproximação dos cidadãos, correspondendo ao desejo da sociedade de ter uma justiça mais acessível, rápida e equitativa.

Quanto ao papel da expansão da jurisdição constitucional, existem duas posições importantes: os que o defendem e os que o criticam. No lado defensor, a jurisdição constitucional é o lugar onde a Constituição se afirma e se sustenta, no qual o Direito é a base da resolução de conflitos, sem espaço para a influência de ideologias ou preferências políticas. Este argumento baseia-se na ideia de que: “[...] A Constituição é um limite externo para a política e não um norte para a sua direção” (SOUZA NETO, 2012, p. 191). O guardião desse limite é, justamente, o Poder Judiciário, o que o transformaria na tríade da separação de poderes.

Já para os críticos, a expansão da jurisdição constitucional dá abertura para que os juízes, de certo modo, sobreponham os seus valores pessoais à sociedade nas suas decisões. Assim, o Poder Legislativo seria mais confiável para proteger e executar os valores constitucionais do que os tribunais. Ou seja, “a Constituição é vista menos como um limite externo para a deliberação democrática dos fóruns representativos, a ser imposto a partir de fora, e mais como uma inspiração que deve guiar permanentemente a atividade política” (SOUZA NETO, 2012, p. 191-192).

À luz dessas considerações, para que seja alcançado um equilíbrio, mesmo que talvez sejam considerados caminhos diametralmente opostos, há que se fazer um esforço sempre na direção de se efetivar os direitos fundamentais na sociedade contemporânea sem desprezar as opções Políticas do legislador. O que se pretende evitar é que a jurisdição constitucional se torne um espaço excessivamente dominado por questões políticas (DUQUE, 2005, p. 37-38).

O Juiz de um Estado Democrático de Direito tem por dever realizar uma jurisdição mais justa possível, sempre em consonância com a CF/88 e com os princípios que regem a sociedade da qual faz parte, pois há uma demanda muito grande por parte da sociedade que reivindica um Judiciário preocupado em exercer uma justiça efetiva e eficaz, sobretudo, quando



verificado a omissão e a negligência do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Daí se depreende que o órgão jurisdicional está legitimado a agir “[...] na hipótese daquele restar omissivo, ineficaz, agir em desacordo com a constituição ou frente à colisão de bens protegidos jurídico-constitucionalmente, vale dizer, em situações excepcionais [...]” (DUQUE, 2013, p. 369).

Segundo Barroso (2015, p. 339-340), a função do Poder Judiciário e, particularmente, dos tribunais superiores, é proteger o Estado Democrático de Direito, assegurar a estabilidade institucional e promover os princípios constitucionais, buscando reforçar a legitimidade democrática quando os demais poderes forem incapazes de assegurar os direitos fundamentais. Ou seja, o que faz um verdadeiro Estado Democrático de Direito é um Poder Judiciário independente, forte e ativo na proteção das garantias, dos direitos fundamentais e dos valores sociais e políticos, sem prejuízo à autonomia e ao espaço dos outros dois poderes, mas preparado para solucionar problemas entre estes e a sociedade, de forma sensível e imparcial, numa real colaboração entre eles.

Este novo quadro institucional desenhado pelo Estado Democrático foi essencial para a expansão institucional do Poder Judiciário, situação e circunstância que o provocou a saída do papel de mero coadjuvante da história jurídica e Política para protagonista das questões contemporâneas. A ocorrência dessa transformação paradigmática foi responsável, também, por um novo desdobramento do papel do Poder Judiciário na atual sociedade, o qual será abordado no tópico a seguir.

3. CONTEXTUALIZANDO O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, a questão da atuação do Poder Judiciário tem sido objeto de um recente, mas profundo debate. Vale destacar que o Judiciário passou a poder controlar a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, impondo a estes o dever de atuar de acordo com os fins constitucionais. A partir disso, foram desenvolvidas técnicas de controle, como a questão do desvio do poder que intenta coibir abusos; o controle de concentrado e difuso de constitucionalidade, que visa questionar a validade de uma norma. Situação que permitiu a expansão do órgão jurisdicional, que não se resume mais a tão somente executar decisões Políticas. Ao se atribuir a órgãos jurisdicionais a função de ser intérprete último da Constituição, modifica-se substancialmente a coordenação entre os poderes.



Assim, devido a fatores como uma maior conscientização da população acerca dos seus direitos, o elevado grau de pluralismo político e social que ela permite o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e as mudanças que ocorreram na cultura jurídica, a qual passou a considerar os princípios constitucionais como normas vinculantes, tem-se que tais fatores refletiram na jurisdição constitucional, fazendo com que essa “[...] ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito. Tal fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social tem sido denominado de judicialização da política” (SOUZA NETO, p. 125)³.

Cabe aqui, de forma sucinta, explicar o que vem a ser esse fenômeno da Judicialização da Política. Judicializar politicamente uma demanda significa levar questões de grande densidade e de impacto para a Política ou para a sociedade, para serem discutidas e decididas pelo Judiciário, ocasionando, assim, uma transferência de poder das instâncias Políticas, ou seja, do Executivo e do Legislativo, para o Judiciário e para os tribunais, os quais atuam substituindo a função que caberia àqueles desenvolver.

Nesse passo, pode-se afirmar que a judicialização está conectada ao contexto social, com isso ela não resulta diretamente da vontade do Poder Judiciário, mas de maneira oposta ela deriva “[...] de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implantá-los e deságuam no aumento da litigiosidade [...]” (TASSINARI, 2013, p. 32-33).

Fica claro, então, nesse novo desenho institucional democrático, que os tribunais são espaços compostos por questões interdisciplinares que se enlaçam em ideologias, culturas, crenças, valores pessoais e sociais, e, portanto, sempre haverá uma porta aberta que permita a passagem para a política. Por tais razões, não se pode mais esperar de um Judiciário, que conquistou um lugar de destaque na sociedade contemporânea, que volte ele a ser apenas a boca que pronuncia a lei, no entanto, também não pode agir de forma que extrapole o seu exercício, usurpando funções primárias e típicas de outros órgãos.

Com isso, é importante destacar que as atividades específicas do Judiciário se encontram no campo do Direito e não da Política. É no interior dessas atividades que ele se

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de auto contenção judicial. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 2, p. 125.



estabelece como órgão de transformação da realidade social. Para isso, se atribui a ele o cumprimento de duas precípuas missões. A primeira é praticada por meio do controle de constitucionalidade, buscando proteger os ideais do Estado Democrático. A segunda atuação compreende prestar a atividade jurisdicional quando provocado, nesse viés pressupõe efetivar materialmente os direitos, individuais ou coletivos, lesionados ou ameaçados de lesão. Dessa forma, convêm frisar que

[...] não há controvérsia no sentido de que a concretização dos deveres de proteção jurídico-fundamentais é uma tarefa que se dirige, em primeira linha, ao legislador, que tem o dever de legislar com foco na proteção dos bens protegidos constitucionalmente. Contudo, isso não significa que aos demais órgãos estatais e, em particular, aos tribunais, não se reserve uma parcela relacionada a essa tarefa. Nesse sentido, pode-se afirmar que, em “segunda linha”, os deveres de proteção dirigem-se tanto à administração pública, que tem a competência de executar as leis de caráter protetivo, quanto aos tribunais, no momento em que interpretam e aplicam as leis [...]. (DUQUE, 2013, p. 269).

É notório que a CF/88 fortaleceu a autonomia do Poder Judiciário e aumentou sua importância Política ao permitir um maior acesso à justiça e ao reforçar o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública. Justamente por ser parte da divisão funcional do Estado, o juiz está tão vinculado à ordem jurídica constitucional quanto o administrador público, de modo a ter sempre como objetivo a realização do que está previsto na Constituição e a efetivação de direitos e garantias fundamentais, para que não se tornem meros enunciados. Para isso, é preciso que o princípio da separação de poderes esteja assegurado, a fim de garantir a autonomia de cada poder.

Assim, constata-se que um Poder Judiciário independente “[...] é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 248). Como parte da tríade dos poderes do Estado, é preciso que o Judiciário seja ativo diante da sociedade e dos problemas sociais e econômicos que ela apresenta, zelando e trabalhando para um país melhor.

O contexto desenhado pela CF/88 tornou o terreno fértil para a atuação da jurisdição constitucional, em tese, isso se debita a fatores como o recrudescimento dos direitos fundamentais, a previsão expressa do direito de acesso à justiça, a previsão de instrumentos



como, por exemplo, o mandado de injunção e o controle de constitucionalidade, o surgimento dessa nova face.

Em resumo, vincularam-se os direitos fundamentais ao instrumento de controle de constitucionalidade, premissa que pode ser explicada na elaboração do seguinte quadro: o constituinte não poderia colocar em risco os direitos fundamentais, a rigidez constitucional, se legítima, como medida de segurança em face dos ânimos do legislador, garantindo, dessa forma, a estabilidade e a justiça da própria democracia, assim, tais direitos ficam blindados ao capricho da maioria. Por fim, o controle jurisdicional de constitucionalidade seria o instrumento que colocaria em prática essa aspiração.

Sendo assim, essa plêiade de transformações ocorridas no constitucionalismo contemporâneo impactou duplamente o sistema jurídico, já que ao mesmo tempo em que foi lançado a uma posição de protagonista na Política nacional, também acabou soterrado sobre uma avalanche de processos. Essa intensificação Política das atividades do Judiciário, proveniente da judicialização da Política, corresponde também a um dos fatores fomentadores do ativismo judicial, situação que se confirma por números, eis que: em 1987, estatisticamente falando, computavam-se no STF 20.122 casos resolvidos em 12 meses. Após 20 anos da promulgação da Constituição, ou seja, em 2007, já se registrava 159.522 casos para o mesmo período de tempo (VERÍSSIMO, 2013).

Aliado a todos esses elementos, tem-se, também, o advento de uma Constituição impregnada de cláusulas abertas e principiológicas, o que tornou viável uma interpretação mais criativa das normas constitucionais, como bem destaca Cappelletti (1999, p. 31): “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século”.

É importante tratar da distinção existente entre o conceito de judicialização da Política e do ativismo judicial, uma vez que a doutrina brasileira por vezes utiliza os referidos fenômenos como se fossem sinônimos, quando na verdade são caminhos que passam lado a lado, quase se confundem por cultivar uma relação tão próxima, mas que se explorados intimamente revelam os arranjos, as formas e as peculiaridades que lhe são próprias e que, semanticamente, lhe dão conotações diferentes. A judicialização é uma circunstância que decorre do novo modelo de Constituição que se incorporou no direito brasileiro, ao passo que



o ativismo judicial é um fato, ou seja, uma atitude tendenciosa que consiste em empregar uma interpretação ora expansiva, ora criativa por parte dos juízes ao texto constitucional.

Streck (2009, p. 15) também reconhece essa diferença ao definir que a judicialização é um fenômeno próprio do Estado brasileiro, não sendo possível observar outra realidade diante da ausência de Políticas públicas, da garantia de amplo acesso à Justiça e das características assumidas pela Constituição. Já o ativismo se insere no âmbito dos juízes legisladores, ou seja, ocorre quando os juízes decidem substituir o que o legislador determina e o que impõe o texto constitucional “[...] por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, solipsistas. No Brasil, esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de "princípios", em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo [...]”.

No esforço da elaboração teórica doutrinária acerca da compreensão do que realmente significa a expressão ativismo judicial, surgiram diversas perspectivas de cunho jurídico, político ou filosófico, as quais procuraram desvendar o novo desenho institucional que estava se formando no contexto contemporâneo brasileiro. Se por um lado esse problema polissêmico produziu linhas contraditórias⁴ e desconexas, por outro há um consenso que conduz na projeção da atuação político-institucional do Judiciário sobre temas que extrapolam a sua área de jurisdição.

Assim, na difícil tarefa de buscar uma delimitação conceitual, dentre tantas dicotomias existentes, Ramos traz um importante contributo para a compreensão do que seja ativismo judicial. Para o respectivo autor, esse fenômeno se dá por meio da atividade exercida pela jurisdição, que não observa os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico que encarrega, “[...] institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)” (RAMOS, 2010, p 129). Assim, o Judiciário, ao se afastar da essencialidade do sentido emanado pelo texto constitucional, atravessa os limites hermenêuticos impostos pela própria Constituição para o exercício da sua competência jurisdicional.

⁴ Sobre esta questão Valle afirma que, as contradições atinentes ao termo ativismo vêm desde o Direito norte-americano. Ela ilustra sua afirmação usando como exemplo os dicionários *Merrian- Webster's Dictionary of Law* (que explora a expressão a partir de um conceito finalístico: compromisso com a expansão dos direitos individuais) e *Black's Law Dictionary* (aqui se sobressai o comportamento, interessando, a compreensão pessoal assumida pelo magistrado a respeito do texto constitucional). VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p.19.



Em um sentido geral, de acordo com Keenan Kmiec⁵ (2004), a partir da exploração de pesquisas e estudos acerca dessa temática, podem ser enumeradas em cinco as principais acepções que giram em torno da definição do termo: a) invalidação judicial de promulgação legislativa de outros poderes⁶; b) processo de ignorar ou desrespeitar o precedente⁷; c) leis sendo criadas por juizes nos tribunais⁸; d) incapacidade de utilizar adequadamente os canônes metodológicos de interpretação⁹; e) intenção do julgador em alcançar um resultado pré-determinado por ele mesmo¹⁰.

⁵KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em 27 jul. 2016. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

⁶ Na opinião de Kmiec, esta definição condiz com a observação da separação dos poderes. Nesse sentido tal ato ocorre quando o tribunal intervém e declara inconstitucional, ou restringe a aplicação de um ato normativo devidamente promulgado. Ocorre que o simples fato de o tribunal decidir pela invalidação ou pela restrição de uma lei, não quer dizer que ele é ativista, o autor cita como exemplo, o caso de uma lei vir a estabelecer uma religião, se o tribunal invalidar essa lei claramente inconstitucional, ninguém iria sugerir que ele havia se envolvido em ativismo judicial, em outros casos quando a constituição não proíbe claramente/expressamente a intervenção judicial em matérias políticas, dependerá muito da interpretação do órgão julgador do texto constitucional. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

⁷ Em resumo, esse conceito traz a violação a precedente, vertical ou horizontal. Vertical é quando o tribunal inferior deve seguir as diretrizes alinhadas pelos precedentes formulados pelo tribunal superior, ao passo que, horizontal é a observação pelo próprio tribunal dos precedentes emanados das suas próprias decisões em casos semelhantes. Esta definição é debatida na medida em que *stare decisis* em si pode ser inconstitucional, se o tribunal fizer uma leitura errada da Constituição. Se um precedente vai na direção oposta da Constituição, os tribunais não tem a obrigação de segui-lo, devem antes de tudo respeitar os mandamentos constitucionais. Enfim, os precedentes não são tidos como um elemento de comando inexorável, como intuitivo, podem ser ignorados em alguns casos. O ativismo judicial nessa situação deve ser considerado à luz do fato concreto. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

⁸ Os órgãos judiciais ao interpretar a Constituição de forma criativa atribuem outro viés, o que se supõe que estariam criando uma nova lei que se adéque ao caso em concreto. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

⁹ Ativismo para essa corrente significa: a aplicação de forma equivocada dos instrumentos interpretativos postos à disposição para extrair o exato sentido do texto constitucional, os instrumentos seriam o juiz levar em conta a finalidade, o desenvolvimento histórico da lei, a doutrina e etc. “[...] Embora haja alguma linha de base do consenso, estudiosos e juristas não estão de acordo sobre o que constitui a maneira “apropriada” para interpretar a Constituição”. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

¹⁰ Nessa espécie de ativismo há intencionalidade, os valores, a vontade do julgador é considerada para prolarar determinada sentença. Aqui se sobressai à dificuldade em visualizar e apontar que determinada decisão foi ativista nesse sentido, pois há uma complexidade em detectar os elementos subjetivos utilizados pelo magistrado em determinado caso concreto. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.



Cotejando tudo que foi dito até aqui, pode-se afirmar, teoricamente, que o ativismo consiste em uma atuação do órgão judicial que extrapola os limites pré-definidos- seja no momento de uma interpretação mais extensiva do texto constitucional, para adequá-lo ao caso concreto, seja em face do controle de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, seja quando julga questões sobre Políticas sociais- de forma tal que suas decisões passam a ter repercussões na esfera dos demais poderes. Nesse sentido, Ramos afirma que “[...] em uma noção preliminar ativismo judicial, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente da função legislativa [...]” (RAMOS, 2010, p. 107).

O ativismo judicial se relaciona com o modo pelo qual será exercida a atuação judicial, consistindo em atribuir ao texto constitucional uma interpretação criativa e discricionária que vai muito além do que ele realmente quer dizer. Por isso, segundo Duque (2012, é essencial compreender o âmbito de proteção de uma norma constitucional:

Todas essas questões apontam para a necessidade de compreensão adequada de um conceito altamente problemático na dogmática constitucional, que é o conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandlung* ou *Verfassungswandel*) que, em última análise, sucede-se pela via da interpretação: a mutação constitucional ocorre quando se modifica o conteúdo de uma norma constitucional, mantendo-se intacto o seu texto literal. Resulta inadmissível, assim, uma interpretação diferente de um preceito constitucional, em inequívoca contradição com o seu texto. Daí se depreende que os limites de uma interpretação constitucional se identificam com aqueles impostos à mutação constitucional, visto que esta só é admitida na via da interpretação, de modo que o problema da modificação constitucional começa exatamente lá, onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam (2012, p.271).

Nesse ínterim, com base nas diversas formas de postura ativista manifestada, alicerçadas nos diferentes elementos de fundamentação utilizados de forma discricionária, citam-se as seguintes diretrizes: aplicação direta da Constituição a situações que não estão previstas legalmente, declaração de inconstitucionalidade utilizando critérios menos rígidos e a determinação de condutas ou omissões ao Poder Público. Desses três tipos de condutas, é possível constatar que todas elas derivam de “[...] um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido seu sentido e seu alcance” (Barroso, 2015, p. 442).

Dessa forma, o Judiciário acaba, por vezes, atuando ora como Legislativo, quando potencializa o alcance de uma norma, designando acepções que não se encaixam com a literalidade da lei, com o intuito de adequá-la a uma situação ainda não prevista, ora como



Executivo, quando impõe ao Estado a implantação de Políticas públicas estabelecidas pela Constituição ou quando determina a criação de uma nova Política pública.

Nesse contexto, a partir da análise de termos numéricos envolvendo as ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIs), verifica-se, no período entre 1988-2002, uma realidade de mais de 200 leis federais invalidadas, ao passo que no México, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte, usando instrumentos semelhantes com a Adin, invalidou apenas 21 leis federais. Por sua vez, a Corte americana, ao longo de sua história, julgou inconstitucional aproximadamente 135 leis federais (TAYLOR, 2007, p. 230-236). Essa diferença expressiva mostra-se como um fator incisivo à adoção de uma dimensão interpretativa, revelando uma atuação cada vez mais ativista.

Nessa mesma linha de pensamento, salienta-se que o Plenário do STF julgou, em 2014, 181 ações de controle concentrado. De uma comparação com a quantidade julgada em 2013, 51 ações, o número triplicou. Já no que concerne as ADIs, o Supremo decidiu 166 ações, as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) foram 14 e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) foi, tão somente, uma. “Consideradas todas as decisões, inclusive as individuais dos ministros, o STF analisou 376 ações de controle concentrado no ano passado, 335 apenas da categoria das ADIs. Nas 177 ações de inconstitucionalidade com decisão final, 84 foram consideradas procedentes ou procedentes em parte.”¹¹

De acordo com Ramos, a utilização desse tipo de instrumento induz ao ativismo judicial, porque há uma proximidade muito sensível entre o controle de constitucionalidade e o exercício da função legislativa, na medida em que o órgão de controle, em virtude da forma como maneja esse instrumento e do resultado proveniente dessa atividade, percebe tornar menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição. Isso ocorre pelo fato de que a decisão judicial, proferida em sede de controle concentrado, produz efeitos *erga omnes*, e se registra, também, a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; em decorrência dessa atuação a jurisdição constitucional acaba interferindo diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados (RAMOS, 2010, p. 277).

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 out. 2016.



Para exemplificar, citam-se as seguintes decisões julgadas pelo STF: o reconhecimento da aplicabilidade do regime de união estável entre pessoas do mesmo sexo¹²; possibilidade da interrupção da gravidez em caso de anencefalia¹³; validade das pesquisas com células-tronco embrionárias¹⁴; proibição do nepotismo nos três poderes¹⁵; direito de greve dos servidores públicos¹⁶; declaração da constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e pensionistas¹⁷; declaração da constitucionalidade da Lei n. 8.899/94, que concede passe livre as pessoas com deficiência; o entendimento constitucional à política de cotas étnico-raciais e sociais para acesso ao ensino superior¹⁸; e, sem mais delongas, por fim, reconheceu a constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantido o direito de inclusão em estabelecimentos de ensino privado, devendo o mesmo realizar as adaptações necessárias sem que o ônus seja repassado nas mensalidades, matrículas e anuidades.¹⁹

O STF, nos exemplos dados acima, manifestou-se invalidando atos legislativos, definindo Políticas públicas, aplicando de forma inovadora a Constituição, reconhecendo medidas que ainda não estavam abarcadas pelo ordenamento jurídico, proibindo atos sem qualquer previsão expressa em leis. Neste quadro, embora em alguns casos o Judiciário e os tribunais venham atuando com uma maior intensidade, atravessando os limites da sua própria competência, no entendimento de alguns doutrinadores eles desenvolvem um papel importante na concretização dos fins constitucionais.

Dworkin sustenta que o ativismo judicial é “[...] uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Relator ministro Luiz Fux, julgada em 05/05/2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF54/DF. Relator ministro Marco Aurélio Mello, julgada em 12/04/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 Jul. 2016.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Relator ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708/DF. Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016. Salienta-se que essa foi mais uma mudança paradigmática do tribunal, pois em casos anteriores se limitava a comunicar o Congresso para que este tomasse as devidas providências que regulamentasse tal direito.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.105/DF. Relatora ministra Ellen Gracie, julgada em 18/08/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Relator ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 26/04/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357/DF. Relator ministro Edson Fachin, julgada em 18/11/2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.



decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política” (1999, p.451-452). Segundo o autor, a nocividade do Judiciário ativista ocorre quando o mesmo ignora todos esses fatores para impor aos outros poderes do Estado a sua própria vontade.

4. CONCLUSÃO

É notório que o Poder Judiciário há muito vem se destacando e aumentando sua atuação jurisdicional permitindo uma grande variedade de interpretações. O trabalho abordou a ascensão do Poder Judiciário e seu Protagonismo, bem como trouxe decisões do STF que podem ser consideradas ativistas. Decisões essas que repercutiram sobremaneira na sociedade como um todo.

A partir da abordagem do texto, podemos perceber a preocupação comum dos juristas às críticas atinentes ao espaço de voluntarismos e decisões desprovidas de carga hermenêutica e normativa, o que desnatura a função do direito como um sistema normativo e coloca o poder judiciário em uma posição ativista, desenhando os rumos da sociedade, para além das decisões tomadas pelo poder legislativo, o que deve ser observado com o objetivo de evitar excessos e fragilizar a democracia, pois nos parece cristalina a conclusão de que, o terreno é fértil para o ativismo judicial.

Portanto, faz-se mister que causas justificadoras de eventuais práticas de ativismo judicial sejam cuidadosamente analisadas, para que não sejam utilizadas pelo Poder Judiciário como um instrumento nocivo às necessidades dos cidadãos. Ocorre quando os juízes ou os tribunais, com a sua livre e arbitrária convicção, ultrapassam as racionalidades Políticas e jurídicas, atuando ao seu bel-prazer, gerando insegurança jurídica e deslegitimando a política e, com isso, há sérios prejuízos à democracia.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, São Paulo, n. 15, 2001. Disponível em:<<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125404/Rev15Art8.pdf/7e74bc-e35d2-4a68-b5967ec34f8f5a74>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 360.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 448.



- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 31.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.128.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **A interpretação constitucional: uma reflexão a partir do direito constitucional alemão**. In: Hella Isis Gottschefsky (org). Democracia e Constituição: estudos em homenagem ao ministro José Neri da Silveira. Porto Alegre: Dom Quixote, 2012, p. 271.
- GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 284.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2 ed. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313-314.
- KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial review**. California Law Review, vol. 92, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo; Saraiva 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de auto contenção judicial**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 2, p. 125.
- STRECK, Lênio Luiz. **OAB in foco**. Uberlândia, ano 4, n. 20, p.15, ago/set 2009. Disponível em [HTTP://WWW.oabuberlandia.org](http://WWW.oabuberlandia.org). Acesso em 23 jan. 2017.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.
- TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 230-236, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, São Paulo, p. 407-440, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 28 de jul. de 2016.
- WUCHER, Gabi. **Proteção Internacional. Minorias: em Prol da Democracia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2000, p.3.