

O PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE JUDICIARY AND THE REALISATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN A DEMOCRATIC RULE OF LAW

Leonardo Aquino Moreira Guimarães¹

Fabiana Zacarias²

RESUMO

O Poder Judiciário tem desenvolvido uma postura institucional proativa na criação do Direito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, através de decisões que garantem a efetivação de direitos fundamentais. A relevância institucional do judiciário tem suscitado divergência quanto à sua aceitação no ordenamento jurídico, principalmente no que se refere à legitimidade do Poder Judiciário para desempenhar a função do Poder Legislativo e sobrepor-se ao Poder Executivo – que são eleitos pelo voto popular. Apesar das críticas à conduta institucional dos juízes e tribunais, busca-se, além de diferenciar conceitualmente a judicialização do ativismo judicial, analisar a necessidade de fundamentação judicial como alternativa para conter as arbitrariedades do Poder Judiciário em matérias de cunho político.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo judicial. Judicialização. Direitos fundamentais. Fundamentação das decisões.

ABSTRACT

The Judiciary has developed a posture of institutional proactive in the creation of Law, through decisions that ensure the enforcement of fundamental rights, since the promulgation of the Federal Constitution 1988. The relevance to the institution of the judiciary, there has been divergence as to its acceptance in the legal system, especially with regard to the legitimacy of the Judiciary to play the role of the Legislature and override the Executive Power - which are elected by popular vote. In spite of the criticisms of the conduct of the institutional of the judges and courts, in search of, in addition to to differentiate conceptually the judicialization of judicial activism, consider the need for judicial reasoning as an alternative to contain the arbitrariness of the Judiciary in matters of political.

Keywords: The Judiciary. Judicial activism. Judicialization. Fundamental rights. The merits of the decision.

¹ Tabelião e registrador. Mestrando em Direito Coletivo e Cidadania na “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera UNIDERP de Campo Grande/MS; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP de Campo Grande/MS. E-mail: aquinoleo@hotmail.com

² Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania na “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela “Fundação Armando Álvares Penteado” FAAP - Ribeirão Preto/SP, Pós Graduada Direito Penal e Processual Penal pela “Fundação Eurípedes Soares da Rocha” – Marília/SP, Graduada pela “Instituição Toledo de Ensino” - ITE de Presidente Prudente/SP. Advogada. Bolsista CAPES. E-mail: fazacarias@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, assegura uma série de direitos fundamentais que, em razão da realidade jurídica, social e política e outros limites fáticos, não são concretizados. Neste artigo, pretende-se discutir a judicialização de questões sociais, econômicas e políticas, e o ativismo do Poder Judiciário, em face da inércia ou omissão da competência originária dos poderes Legislativo e Executivo, no que tange às suas funções políticas típicas.

Primeiramente, faz-se uma análise da ascensão institucional do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito para, em seguida, diferenciar judicialização de ativismo judicial. Em obediência aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito, analisa-se a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como alternativa para conter as arbitrariedades e subjetivismos do Poder Judiciário em matérias de cunho político, isto é, aquelas constitucionalmente pertencentes aos poderes Executivo e Legislativo.

Utilizou-se o método dedutivo como forma de abordagem da pesquisa e o procedimento empregado como técnica foi a revisão de literatura pertinente a temática proposta – doutrina, jurisprudência, artigos científicos e legislação – de modo a se ter uma percepção real e conclusão geral sobre o tema.

2 A RELEVÂNCIA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Poder Judiciário tem desempenhado papel ativo na vida institucional brasileira, assumindo a função do legislador e sobrepondo-se ao Poder Executivo. A afirmação do Poder Judiciário ocorreu “a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 que consagra o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado instituído para promover a concretização dos direitos fundamentais sociais.”³

Até 1988, o Poder Judiciário não desempenhava papel político importante, nem tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar com a promulgação da Constituição Federal. O legislador constituinte ao consagrar o Estado Democrático de Direito

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 276.

assegurou uma cartela de direitos e garantias fundamentais determinando, como meio de torná-los efetivos, a sua aplicação imediata. (artigo 5.º, § 1.º da CF/88).⁴

Passa-se para um sistema em que a constituição dirigente assume força de norma jurídica⁵, com vistas à concretização dos direitos fundamentais e promoção da Dignidade Humana. A maior consequência disso é o aumento ou acúmulo das funções institucionais do Poder Judiciário:

[...] a Constituição brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente, porque traz consigo uma preocupação que vai muito além da manutenção do *status quo* ou da mera organização estatal. Muito acima disso, a nossa constituição vigente visa a ter, em si e por si mesma, uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam – direta ou indiretamente – para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo. A principal consequência percebida nesse diapasão foi o aumento (ou acúmulo) das funções institucionais do Poder Judiciário.⁶

A atitude proativa do Poder Judiciário pode ser atribuída a vários fatores. Segundo Giselle Cittadino:

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como "criminalização da responsabilidade política"; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.⁷

⁴ Art. 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵ Segundo a normatividade dos princípios, a própria Constituição será fonte de direito. A Constituição contém uma força normativa que estimula e coordena as relações entre os cidadãos e o Estado, e dentre eles e reforça sua aplicabilidade. Nesse sentido: “A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de convivência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.” HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; TASSINARI, Clarissa. Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação. In: Antônio Pereira Gaio Júnior; Márcio Gil Tostes dos Santos. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25.º Aniversário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 81.

⁷ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105-113, Jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf> Acesso em: 10/07/2017. p. 106.

Nesta perspectiva, questões que anteriormente eram demandas políticas transformam-se em contendas judiciais, resultando na judicialização das relações sociais e no ativismo judicial, nos quais o Poder Judiciário exerce função política, em detrimento das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Exatamente em sentido contrário à definição de Montesquieu de que “os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”⁸, a separação de poderes adquire uma assimetria no Estado Democrático de Direito. “Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo, passam a ser supridas pelo judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito.”⁹

A singular importância dada aos direitos fundamentais delineados constitucionalmente contribuiu decisivamente na afirmação institucional do Poder Judiciário em assuntos políticos. A preeminência, que na visão clássica da separação dos poderes de *Montesquieu* pertencia ao Poder Legislativo, encontra-se atualmente nas mãos do Poder Judiciário, que ganhou expressão à medida que passou a ser acionado para a correção das distorções políticas. O Poder Judiciário passa a desempenhar outra função: a de concretizar direitos fundamentais.

Dessa maneira, quando da inércia ou omissão dos Poderes Políticos a atuação dos juízes e tribunais faz-se necessária para dar cumprimento às normas constitucionais, até que a discrepância entre as garantias constitucionais e a realidade fática seja superada.

Neste contexto conflitivo, a supremacia jurisdicional passa estar diretamente relacionadas à judicialização e ao ativismo judicial. O Poder Judiciário passa por uma transformação filosófica, política e estrutural, renunciando ao *status* de aplicador da lei, para assumir a função de concretizar direitos fundamentais.

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 179.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 52.

A judicialização e o ativismo judicial não são gerados pelas mesmas causas imediatas: “o ativismo traduz a posição do Poder Judiciário de ir além dos limites constitucionais. Portanto, embora correlacionados, tratam-se de fenômenos diversos.”¹⁰

A judicialização “é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passou os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático.”¹¹ Na definição de Luís Roberto Barroso¹², trata-se de uma transferência para o Poder Judiciário, das funções políticas e sociais que tipicamente são dos poderes Legislativo e Executivo. Dessa maneira, a judicialização pode ser compreendida como um fenômeno “contingencial, no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado, apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social.”¹³

“Em decorrência da judicialização, está o ativismo.”¹⁴ O ativismo judicial é um problema propriamente jurídico. A função jurisdicional é exercida além dos limites legais exigindo a “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.”¹⁵

Tanto o ativismo quanto a judicialização decorrem do modelo constitucional que se adotou no Brasil, mas diferenciam-se:

[...] enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no

¹⁰ SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. p. 201.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba: Abdconst, 2010/2011. p. 266-306. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisidicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 282.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366.

¹³ TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. p. 40.

¹⁴ FALCÃO, Maria Júlia Galvão. Judicialização da política e ativismo judicial: Análise jurídica do caso de cassação de Mandato do Deputado Natan Donadon. **Ciências humanas e sociais**, Recife, v. 1, n.3, p. 43-54, Julho 2014. p. 45.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** p. 371.

judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional.¹⁶

Dessa maneira, a judicialização decorre do contexto sociopolítico decorrente do Estado Democrático de Direito, da constituição dirigente, falta de políticas públicas e amplo acesso à justiça – “quando mantida em níveis aceitáveis pode até ser benéfica para a sobrevivência democrática das instituições e para a garantia efetiva do pacto constitucional.”¹⁷

O ativismo judicial, por sua vez, materializa-se quando o Poder Judiciário extrapola suas funções institucionais – “indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito.”¹⁸ No entanto, “o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais.”¹⁹

Essa autonomia, conforme observar-se-á a seguir, não pode ser absoluta. A atuação do Poder Judiciário está sujeita à limites para a manutenção do equilíbrio da relação complexa entre os poderes.

4 LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A atuação institucional do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, não pode ser reduzida à subjetividade do Poder Judiciário, através dos juízes e desembargadores. Destarte, não se pode substituir a discricionariedade do legislador pela discricionariedade dos juízes.

O acesso à justiça (artigo 5.º, inc. XXXV, CF/88)²⁰ e o processo “são direitos fundamentais que garantem que o juiz julgará com respeito à coerência e à integridade do Direito, atendo-se ao que foi produzido conforme a tradição constitucional.”²¹ “No Estado

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et al.* *Op. Cit.*; p. 271.

¹⁷ *Ibidem*, p. 304.

¹⁸ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos: CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p.69-85, jul. 2013. Disponível em:

<http://novo.more.ufsc.br/artigo_revista/inserir_artigo_revista>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 72.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v.2, n. 21, Jan./jun. 2012, p. 1-50. p. 43.

²⁰ Art. 5.º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹ SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. *Op. Cit.*, p. 203-204.

Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las.”²²

Por isso, as manifestações institucionais devem ser pautadas por argumentos de princípio. Neste sentido, Lenio Streck:

Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão se constitui em um direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.²³

A concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário perpassa pela atividade intelectual de interpretação, com respeito à Supremacia Constitucional. Assim, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: “a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo, evitar decisionismos, arbitrariedades e discricionariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas.”²⁴

A justificação discursiva das decisões políticas e jurídicas, no Estado Democrático de Direito, torna imprescindível a argumentação. Segundo Lenio Streck:

A própria Constituição será, agora, fonte de direito, prescindindo, por vezes, da interposição legislativa. O direito público – instrumentalizado a partir de uma Constituição principiológica – passa a atuar como capilarizador das relações jurídico-políticas da sociedade. Já não se pode mais contrapor o direito privado ao direito público, uma vez que as relações privadas ficam submetidas à horizontalidade dos direitos fundamentais-sociais e tudo o que isto representa no campo das diversas dimensões de direitos que atravessam os dois séculos de Estado de Direito. Essa sensível alteração do papel do direito caminha lado a lado à mudança da função do Estado.²⁵

A preponderância de valores e princípios constitucionais centrados na Dignidade Humana, as omissões dos Poderes Executivo e Legislador no que tange ao dever de dar efetividade à Constituição, não pode ser corroborada pela omissão do Poder Judiciário. Para que o juiz não ultrapasse os limites da racionalidade jurídica deve, através de uma construção hermenêutica, fundamentar sua decisão tendo como parâmetro a Constituição Federal.

²² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et al.* Op. Cit., p. 297.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** p. 931.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

Busca-se estabelecer limites à atuação judicial em respeito à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito, vez que postura ativista do Poder Judiciário substitui o debate político e institucional, em evidente predomínio sobre as instituições democráticas e políticas.

A necessidade de fundamentação das decisões e o devido processo legal são garantias constitucionais de que o Poder Judiciário presta a tutela jurisdicional sem distanciar-se “dos próprios limites apresentados pela Constituição, tendo em vista que ela denota muito bem a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV), além da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões (art. 92, IX, da CF/88²⁶).”²⁷

O processo deve ser tido como um direito fundamental das partes atendo-se ao que foi estabelecido constitucionalmente, de forma a evitar decisionismos desprovidos de fundamentação, pois as “soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais.”²⁸

Portanto, o exercício da função típica do Poder Judiciário deve ser compatível aos limites da sua capacidade decisória, para não violar o equilíbrio decorrente da separação de poderes e da soberania popular. Como instrumento hábil de efetivação de direitos, a decisão proferida deve estar em estrita obediência à Supremacia Constitucional, que exclua a aplicação arbitrária da lei - qualquer decisão em contrário, é excessivamente política e ilegítima.

Além da fundamentação como meio legal para conter o exercício de escolhas arbitrárias e subjetivas “inúmeros outros fatores influenciam a atuação de juízes e tribunais, como a interação com outros atores políticos e institucionais, preocupações com o cumprimento das decisões judiciais, circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública, dentre outros.”²⁹

²⁵ STRECK, Lenio. **Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor**: o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12965-12966-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25. jun. 2017.

²⁶ Art. 92. IX - 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;

²⁷ SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. *Op. Cit.*, p. 206.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. p. 43.

²⁹ *Ibidem, idem*.

Luis Roberto Barroso ressalta que nunca é demais lembrar que o poder, no Estado Democrático de Direito, emana do povo e não dos juízes:

Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade.³⁰

Em conclusão, Luis Roberto Barroso³¹ ensina que o ativismo judicial, até então, tem sido parte da solução e não o problema propriamente dito – mas assim como um antibiótico poderoso, seu uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, a expansão do Judiciário pode desviar a atenção da verdadeira disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos poderes políticos.

5 POSIÇÕES CONTRÁRIAS E FAVORÁVEIS À POSTURA INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

O atuação institucional ativa do Poder Judiciário é uma tendência atual diante da crise institucional na ordem democrática brasileira. No Brasil instala-se em casos de “retração do Poder Legislativo, de certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”³²

Relativamente às posições desfavoráveis ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos considera a conduta proativa do Poder Judiciário uma ofensa ao núcleo de funções constitucionalmente estabelecidas:

[...] 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). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais

³⁰ *Ibidem*, p. 42-43.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, Brasil, p.0-0, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 10 jul. 2017.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 372.

Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.³³

Dentre às posições desfavoráveis, importante transcrever as considerações de Lênio Streck, Rafael Thomaz de Oliveira e Vicente de Paulo Barretto. Ao analisarem a regulamentação da união estável homoafetiva, fazem uma análise do risco que o ativismo judicial pode causar à democracia, especialmente no que tange relativização da separação dos Poderes:

Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito — produzido democraticamente — possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais? [...] O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.³⁴

Os referidos autores concluem: “propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis.”³⁵ A principal crítica é de que “o ativismo deslegitima a ação do Judiciário, colocando em risco a sobrevivência democrática das instituições.”³⁶

Fazendo um contraponto, os que possuem uma posição favorável, defendem que a inação dos poderes políticos é reprovável e que o Poder Judiciário não pode fugir da sua função institucional de encontrar soluções para efetivar Direitos Fundamentais – portanto, defendem a relativização da separação dos poderes, em dissonância com os entendimentos em contrário. De acordo com André Ramos Tavares:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.³⁷

³³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>>. Acesso em: 22. jun. 2017.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. Cit.*

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, p. 76.

³⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1027.

Ainda, de forma favorável ao Ativismo Judicial, pode-se citar os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, o ministro Celso de Melo afirma que o Tribunal está autorizado a reformular a Constituição Federal:

[...] a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí precisa observação de Francisco Campos (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.³⁸

De acordo com o que ensina Daniel Sarmento³⁹, a postura ativista do Poder Judiciário decorre da necessidade da instituição em corrigir distorções políticas decorrentes da inércia ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo.

O ativismo judicial reafirma a legitimidade do Poder Judiciário de promoção da paz social, ao intervir na tutela dos direitos fundamentais, desde que adotar uma postura equilibrada da Teoria do Direito, em obediência à Supremacia da Constituição que, além de garantir direitos fundamentais, estabelece a sua autoexecutoriedade, conectando o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica.

Certamente, tais características podem contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil. Sob o prisma da democracia, José de Ribamar Barreiros Soares explica a importância dos juízes e tribunais para o exercício da democracia:

A participação do Poder Judiciário no processo político teria, como fim maior, de garantir o exercício da democracia. Sem obediência à lei e aos princípios de direito, não há como exercê-la, pois esta não pode estar subordinada às conveniências políticas dos governantes. Para que a democracia se torne estável e consolidada, necessário se faz o controle da lei, a fim de adequá-la, verdadeiramente, à vontade popular, impedindo-se que a atividade do legislador desborde para o campo da demagogia e da arbitrariedade, em nome do bem-estar social. Se houver o desbordamento desse quadro normativo, competirá ao Poder Judiciário interferir

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC n.º 87.585-8/TO. Relator Ministro Marcos Aurélio. Julgamento em 12-03-08. DJ de 7-12-06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

³⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 22. jun. 2017.

dentro de sua missão constitucional, no intuito de garantir o respeito à Constituição e às leis.⁴⁰

Dessa maneira, tendo em vista o contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, a interferência institucional do Poder Judiciário torna-se essencial para a superação da discrepância entre as garantias de direitos e a realidade fática (social, econômica e política), diante da necessidade de reestruturação das funções democráticas e políticas dos Poderes Executivo e Legislativo. Necessário, portanto, encontrar o equilíbrio necessário à tarefa de concretização da Constituição social e democrática.

6 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem assumido um importante papel na efetivação de Direitos Fundamentais. Essa forma de atuação ativista dos juízes e tribunais tem gerado uma série de críticas, principalmente no que se refere a falta de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário, que não são representantes eleitos.

Embora existam vários apontamentos contrários à postura institucional ativa do Poder Judiciário, não se pode olvidar que há, no Brasil, uma enorme dificuldade de concretização dos direitos fundamentais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo com isso, à intervenção do Poder Judiciário com o intuito de garantir a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, passa-se a um Estado Constitucional de Direito em que a constituição assume força de norma jurídica, com vistas à efetivação de Direitos Fundamentais e à promoção da Dignidade da Pessoa Humana. A judicialização de questões sociais, morais e políticas, e o ativismo judicial decorrem da expansão institucional do Poder Judiciário diante da inércia e da crise de representatividade e funcionalidade dos poderes políticos - poder Executivo e Legislativo, tendo em vista que quando provocado, o Poder Judiciário deve garantir a concretização de direitos fundamentais.

Essa ascensão da ação judicial pode ser analisada sob diferentes perspectivas. Além da inércia ou omissão institucional dos poderes políticos e ampliação do acesso à Justiça, pode-se citar como fatores de ampliação da função institucional dos juízes e tribunais

⁴⁰ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**. As

a normatização de direitos, em face da natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas; o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, a ampliação da garantia do acesso à justiça, a relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.

Conforme analisado, conclui-se que a judicialização decorre do contexto sociopolítico do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o ativismo judicial é um problema propriamente jurídico da teoria do direito, vez que decorre de um ato de vontade muitas vezes revestido de um critério político, ao invés de jurídico.

A atuação do Judiciário, quando acionado em decorrência da inércia do poderes políticos, não pode ser reduzida a discricionariedade e subjetivismos de quem exerce a atividade jurisdicional.

A fundamentação da prestação jurisdicional é um meio de coibir decisões judiciais discricionárias e subjetivismos e conter possíveis arbitrariedades do poder Judiciário em matérias de cunho político até que a discrepância entre as garantias constitucionais e a realidade fática seja superada. Vários outros fatores influenciam a atuação de juízes e tribunais, como por exemplo, a interação com outros atores políticos e institucionais, audiências públicas, preocupação com a efetividade das decisões, opinião pública e outros.

O Poder Judiciário deve, portanto, pautar-se em manifestações institucionais segundo parâmetros constitucionalmente impostos. A decisão judicial deve ser hermenêuticamente interpretada, segundo valores e princípios explícitos e implícitos na Constituição visando garantir o equilíbrio entre os três poderes e a essência do conceito de democracia.

Deste cenário, constata-se que o poder Judiciário tornou foro deliberativo de importantes questões do debate social. Assim, por mais críticas que se façam à conduta proativa, tal postura institucional - diretamente relacionadas ao conceito de democracia, de Estado democrático de direito e separação de poderes - pode ser menos prejudicial que a inatividade política dos poderes Executivo e Legislativo na concretização de direitos fundamentais e garantias sociais, econômicas e políticas insculpidas no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília: Edições Câmaras, 2015. p. 20.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v.2, n. 21, Jan./jun. 2012, p. 1-50.

_____. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, Brasil, p.0-0, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC n.º 87.585-8/TO. Relator Ministro Marcos Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: 22. Jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30.jan.2017.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105-113, Jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf> Acesso em: 10/07/2017.

FALCÃO, Maria Júlia Galvão. Judicialização da política e ativismo judicial: Análise jurídica do caso de cassação de Mandato do Deputado Natan Donadon. **Ciências humanas e sociais**, Recife, v. 1, n.3, p. 43-54, Julho 2014.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos: CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p.69-85, jul. 2013. Disponível em: <http://novo.more.ufsc.br/artigo_revista/inserir_artigo_revista>. Acesso em: 10 jul. 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba: Abdconst, 2010/2011. p. 266-306. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdiccaoRafael.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____; TASSINARI, Clarissa. Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação. In: Antônio Pereira Gaio Júnior; Márcio Gil Tostes dos Santos. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25.º Aniversário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015.

SARMENTO, Daniel Souza. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 22. jun. 2017.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**. As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília: Edições Câmaras, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>>. Acesso em: 22. jun. 2017.

_____. **Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor: o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12965-12966-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25. jun. 2017.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZACARIAS, Fabiana. Ativismo judicial: o papel do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais do Estado Democrático de Direito. In: COSTA, Ilton; SANTIN, Valter Foletto; PROSDOCIMI, Adolfo. **Inclusão social: Direitos Humanos e Constituição**. Bandeirantes: Redige Produção Editorial. Capítulo: XIII. Disponível em: <http://www.gpcertos.com.br/resources/INCLUS%C3%83O%20SOCIAL_DIREITOS%20HUMANOS%20E%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Submetido em 31.07.2017

Aprovado em 04.09.2017