

Recebido em: 03/10/2019

Aprovado em: 13/07/2020

# **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL: A TRANSFERÊNCIA DO PODER EXECUTIVO AO PODER JUDICIÁRIO**

***THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND JUDICIAL  
ACTIVISM: THE TRANSFER OF EXECUTIVE POWER TO  
JUDICIAL POWER***

*Regiane Nistler*

*Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialização em Direito de Família pela Faculdade Única, FUNIP. Especialização em Registros Públicos pela Faculdade Única, FUNIP. Especialização em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, UNIDAVI. Conciliadora junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos/SC. Oficiala Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC. Advogada.*

*Thaise Nara Graziottin Costa*

*Doutora em Direito, área Direito Público e Evolução social, pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná- UFPR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Atua como advogada e mediadora judicial*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1Evolução do Estado; 2Jurisdição na Democracia; 3Ativismo Judicial e vitalidade da democracia; 4Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A pesquisa em tela tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial enquanto fenômeno que pode afrontar as competências de alguns entes políticos em um Estado Democrático de Direito, especialmente no cenário brasileiro. O problema de pesquisa estabelecido é o seguinte: A atuação judicial considerada ativista é compatível com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito? Isso porque supõe-se enquanto hipótese que o ativismo judicial contraria a proposta do Estado Democrático de Direito e gera enfraquecimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da própria Democracia. Os objetivos específicos ficam demonstrados nas seções do trabalho com o estudo da evolução do Estado, a Jurisdição na Democracia e finalmente o ativismo judicial e a preocupação com a vitalidade da Democracia. O método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial. Democracia. Equilíbrio entre os poderes. Poder Executivo. Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** The research on screen has the general objective of analyzing judicial activism as a phenomenon that can confront the competences of some political entities in a Democratic State of Law, especially in the Brazilian scenario. The research problem established is the following: Is the judicial action considered activist compatible with the principles that guide the Democratic Rule of Law? This is because it is assumed as a hypothesis that judicial activism contradicts the Democratic Rule of Law proposal and weakens the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and Democracy itself. The specific objectives are demonstrated in the sections of the work with the study of the evolution of the State, the Jurisdiction in Democracy and finally the judicial activism and the concern with the vitality of Democracy. The method used is inductive and the research technique is bibliographic.

**KEYWORDS:** Judicial Activism. Democracy. Balance between powers. Executive power. Judicial power.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial enquanto fenômeno que pode afrontar as competências dos entes políticos em um Estado Democrático de Direito, especialmente no cenário brasileiro.

Os objetivos específicos compreendem: (a) estudar a figura do Estado, especialmente a sua concepção na Modernidade, com a análise do formato absolutista até social e a proposta do Estado Democrático de Direito; (b) diferenciar judicialização de políticas públicas de ativismo judicial, buscando especialmente definir este último; (c) investigar as causas do ativismo judicial no Brasil; e (c) abordar os limites de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: A atuação judicial ativista é compatível como os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito?

No intuito de responder a esta pergunta fica estabelecida a seguinte hipótese: supõe-se que o ativismo judicial contraria a proposta do Estado Democrático de Direito e gera enfraquecimento da Constituição Federal de 1988 e da própria Democracia.

Diante disso, o estudo dividido em duas seções, sendo a primeira composta por análises de determinadas conjecturas teóricas básicas sobre o Estado, como características, concepções, principalmente a jurisdição, e os modelos estatais.

A segunda seção, por sua vez, estuda o ativismo judicial partindo de seus aspectos históricos, conceito e situações nas quais é verificado o seu exercício, sem prejuízo da abordagem da judicialização da política, intimamente ligada ao tema.

Aliás, verifica-se que o Estado assistencialista, fortalecido na Constituição Federal de 1988, certamente uma das mais democráticas do mundo, apresenta falhas na implementação de grande parte dos direitos que prometeu. O indivíduo, diante disso, avoca o Poder Judiciário e faz com que todas as demandas não efetivadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente este último, com a inexistência ou ineficiência de políticas públicas, desaguem em pleitos de tutelas jurisdicionais, aumentando consideravelmente sua atuação e protagonismo.

## 1. EVOLUÇÃO DO ESTADO

Segundo Santi, entende por Estado em sua forma mais vasta e concisa, é toda determinação jurídica territorial a qual é soberana, logo, originária. O termo “ordenação jurídica”, pode ser utilizado quando for necessário destacar de forma mais clara determinados aspectos do conceito, podendo ser alterado por outros, de caráter equivalente, como “comunidade”, “ente” ou também “instituição”. (SANTI, 1977, p. 59-60)

Sendo assim, o Estado se refere a um ente organizado de forma social, política e juridicamente, que se localiza em um território delimitado, onde na maioria das situações, sua maior lei é a Constituição escrita. É dirigido por um governo supremo reconhecido no plano nacional e internacional, onde é o responsável pela estruturação e pelo comando social, visto que carrega o monopólio legítimo do uso da repressão e da força.

A situação instrumental do Estado deve ser decorrente de causa dupla: (1) ele se origina do povo; e (2) deve contemplar as solicitações que, conjuntural e permanentemente, a Sociedade carece que sejam supridas. A ausência do conhecimento ou a falta de efetividade demonstrada à execução dessa dupla causa é o motivo para um “*leviatã*”, por vezes, se dedicar a assolar os indivíduos socioeconomicamente mais vulneráveis em favor de indivíduos privilegiados. Se a situação instrumental do Estado nasce do fato dele ser originado da Sociedade, ela se efetivará somente ao servir as necessidades sociais e será justificada através de uma composição jurídica, conveniente e dinâmica em sua origem, e que contém lógica em sua utilidade para a nação. (PASOLD, 1984, p. 46)

Um referencial histórico que faz jus a atenção quando a pesquisa é o Estado é a Paz de *Westphalia*, ou seja, os Tratados da Paz de *Westphalia*, que grifam a definição de estado-nação, principalmente pelo caráter do elemento humano, da soberania, da territorialidade e da própria jurisdição. (DALLARI, 2015, p. 59)

Os Tratados de *Westphalia* possuíram a índole de registro da existência de uma nova forma de Estado, com o aspecto básico de unidade territorial beneficiada de um supremo poder. Já diante do Estado moderno, onde traços essenciais, ocorridos de maneira desprezível, tornaram-se mais evidentes com o progresso dos anos, vivenciaram sua descrição e proteção transformadas em propósitos do próprio Estado, evidentemente citada pelos teóricos. (DALLARI, 2015, p. 59-60)

Sobre o caráter do Estado, principalmente do espaço do território, Heller relata que não há mais dúvidas de que o Estado tem sua própria lei e não se forma de maneira única da comunidade do espaço geográfico; porém, a comunidade de espaço é peça-chave para a unidade estatal. Uma região geográfica fechada concede e impulsiona em alto grau a formação de uma entidade sócio-política de igual forma fechada; a vizinhança intervirá unindo para dentro e diferenciado para fora. (HELLER, 1968, p. 178)

No que se refere ao homem como base de identificação do Estado, é necessário informar as lições de Miranda, para quem o Estado é, principalmente, num agrupamento de pessoas, de homens, que usufruem do direito da liberdade. Instituem-no o grupo de homens e mulheres que o seu Direito reveste da qualidade de cidadãos os quais seguem em união à obediência às mesmas regras, isto é, às leis estatais. (MIRANDA, 2011, p. 71)

Sendo assim, com as considerações realizadas acerca dos elementos do Estado, importante avaliar, levando em consideração o objeto da referida pesquisa, ainda que de forma breve, as formas estatais, que clarificam os outros elementos essenciais do Estado: a jurisdição e a soberania.

Em virtude da soberania que cada indivíduo permite, diante do modelo de Estado Absolutista, por exemplo, que se utiliza de todo o poder de força, pelo termo que infunde é capaz de conciliar todos os anseios, com o objetivo de consolidar a paz em seu próprio país, e proporcionar a ajuda recíproca diante de inimigos estrangeiros. (HOBBS, 2000, p. 16)

Assim, o designado Estado liberal, o qual carrega como marca distintiva a separação de poderes e prefere o direito privado em prejuízo do direito público, e especialmente por se tratar de um regime popular, onde a vontade do povo ordenava a lei, absorveu o indivíduo e o próprio povo. Pois ambos, diante dos novos problemas e os novos anseios que surgiam, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, assim como entender uns e outras, clamavam e cobravam do Estado a resolução e a cura para todas as dificuldades e males. (AZAMBUJA, 2008, p. 71)

Diante disso, o Estado procurou se engrandecer precisamente para considerar as solicitações dos que mais bruscamente tencionavam defender os direitos do indivíduo contra a autoridade do Estado. (AZAMBUJA, 2008, p. 71)

Para cada embate, um novo código ou uma nova lei; para uma nova necessidade, um novo serviço público; cada ato inovador e progressista define

uma normatização. Assim como os embates, as necessidades, as inovações e a progressão aumentam de forma ininterrupta, as normatizações, os serviços e as leis se intensificam. (AZAMBUJA, 2008, p. 71)

Diante do exposto, pode-se discorrer sobre o advento do Estado social que nas considerações de Bonavides, no momento em que o Estado, forçado pela articulação das massas, pelas reivindicações que a inquietação da população traz ao poder político, confere no Estado constitucional, os direitos à educação, ao trabalho, à previdência, e influência na economia como distribuidor, determina salário, maneja a moeda, estipula os preços, abate o desemprego, resguarda os enfermos, permite ao trabalhador e ao burocrata a sua própria casa, regula as profissões, compra a produção, sustenta as exportações, permite crédito, instaura comissões de abastecimento, compreende os anseios de caráter individual, combate crises econômicas, estabelece em sociedade todas as classes na dependência de seu poder econômico, social e político, em resumo, explana sua influência aos domínios em sua quase totalidade, os quais antes pertenciam, na maioria, à iniciativa individual. Nesse dado momento, o Estado pode, de forma justa, receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2013, p. 60)

Por esse modelo de Estado o entendimento tradicional dos direitos-liberdades, aclamados contra o poder, vem se sobressair à convicção de direitos-créditos formalizados aos indivíduos, e que se representam por um poder de exigibilidade em relação ao Estado, enquanto as liberdades tradicionais impõem ações limitadas para o Estado, os novos direitos presumem, para a sua efetivação, a intervenção estatal; e seu cunho indefinidamente ilimitável motiva o aumento extensível do Estado na vida da sociedade. (ARNAUD, 1999, p. 332)

Sendo assim, o Estado de bem-estar social originou-se com o fim de garantir “[...] tipos mínimos de renda, saúde, alimentação, educação, habitação, estabelecidos a todo indivíduo como sendo direito político, e não como caridade.” (BOBBIO, 1996, p. 416)

Como observado, o direito frente as alterações estatais, não fica ileso, ao inverso, ele altera e procura se adaptar diante das novas demandas. Previamente ao monopólio Estatal, o direito se caracterizava como uma eclosão das leis de Deus, prestigiada e divulgada apenas através dos sacerdotes. O Estado não o fornecia ante a forma de normas abstratas governadora do comportamento humano. Diante desse ciclo de organização político e social, as tarefas realizadas pelos prelados, não se pode comparar com o encargo claramente jurisdicional. A real e

própria jurisdição se instaurou quando o Estado se posicionou de forma independente, desassociando-se de concepções rigorosamente religiosas e passou a desempenhar um poder mais proeminente de comando social. (SILVA, 1997, p. 60)

Entretanto, hodiernamente, a atividade de “dizer o direito” encontra barreiras na insuficiência da jurisdição moderna, não capaz de responder às demandas atuais decorrentes de uma sociedade que se desenvolve tecnologicamente de forma desenfreada, permitindo maior exploração econômica, distinguida pela capacidade de produzir riscos sociais e pela falta de capacidade de permitir respostas a partir dos parâmetros tradicionais. (SPENGLER, 2012, p. 14)

## 2. JURISDIÇÃO NA DEMOCRACIA

Mediante ao exposto, pode-se dizer ser bastante claro que o Estado Social Democrático de Direito, assim como a nova maneira de pensar o constitucionalismo nas décadas anteriores, principalmente a contar do século XX mudou de forma significativa a atuação do Poder Judiciário. No decorrer de um grande lapso temporal, havia, no quadro das funções jurisdicionais, imensa resistência à aplicação da Constituição, o que fez da atuação do ato de decidir uma atividade mecanizada, de pretenciosa reprodução legislativa. (TASSINARI, 2012)

Diante disso, o Brasil foi transformado a partir da Constituição Federal de 1988, que evidenciou o papel do Poder Judiciário, ao destacar o compromisso do Direito com a efetivação do que estava previsto na Carta Magna. Assim, é evidente que um dos sinais de mudança da concepção do Estado Social para o Estado Democrático de Direito é observado pela transferência da tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário, o que será clarificado na seção seguinte. (TASSINARI, 2012)

Contudo, observa-se que atualmente parece haver uma preocupação com a aplicação da Constituição Federal, assim como ocorre com a entrega de uma prestação jurisdicional resolutiva para a sociedade, a contar de decisões rápidas e bem embasadas, já que o Código de Processo Civil, colocado em vigor em 2015, regras em um ambiente claramente constitucional, não somente por sua obrigação em cumprir a Carta Magna, mas também por ter incorporado normas da Constituição Federal de 1988, com evidência ao contraditório, a razoável duração do processo, o embasamento das decisões, a publicação dos atos e a essencialidade do contentamento do julgamento. (OLIVEIRA, 2016)

O Código de Processo Civil de 2015 embasa o formalismo democrático em direção a uma cidadania participativa focando na obtenção de uma resposta apropriada em termos de conformismo com os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. A caracterização de dizer o direito no campo do Estado Constitucional requer a diminuição de subjetivismos, a correção de falhas, a diminuição de arbítrios e finalmente, ordena direcionar comportamentos de acordo com os princípios e valores constitucionais. O seu art. 1º indica direção, quando declara: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com os valores e as normas fundamentais estipulados na Constituição [...], valendo-se as disposições deste Código.” (ESTEVEZ; KRELL, 2016, p. 01-22)

O maior orientador do Código de Processo Civil é a formação de um sistema processual categoricamente democrático fundamentado na coparticipação e cooperação dos indivíduos através da consolidação onde estes são proprietários de direitos sociais e fundamentais, que reconhecem responsabilidades e possibilidades de diálogo ativo. Segundo Costa, “ao analisar os meios de resolução de conflitos, acredita-se que o centro do poder determina quem é auto ou heterocompositivo”, assim compartilhando a jurisdição com outros agentes da justiça tais como mediadores e conciliadores, na denominada Jurisdição compartilhada, depende o caso. (COSTA, 2018, p. 27)

Diversos são os artefatos que solidificam o formalismo democrático, cita-se os art. do CPC a seguir: (a) art. 10 – ampliação do debate contraditório; (b) arts. 926-927 – decisões servem de substrato para um sistema que tira proveito dos precedentes como técnica decisória; (d) art. 357, § 2º e 3º – saneador negociado e compartilhado – trata-se de realizar uma instrução melhor elaborada. (THEODORO, 2015, p. 20)

Outrossim é a norma prevista em seu artigo 489, §1º, que determina serem as decisões devidamente fundamentadas pelos magistrados, sob pena de serem consideradas sem fundamentação, o que não se pode admitir, tanto pelos requisitos constitucionais e legais do próprio ato de decidir e redigir essa decisão, como pela afronta ao Estado Democrático de Direito.

O respectivo artigo, em seu primeiro parágrafo e incisos, considerado um dos melhores dispositivos do CPC/2015, tem uma redação objetiva e imperativa, à medida que aduz não se considerar fundamentadas as decisões judiciais que não relatarem detalhada e claramente seus fundamentos.

É inegável que os respectivos dispositivos, entre outros, inauguram uma grande possível mudança. Não se está aqui a sustentar a defesa de um Poder Judiciário submisso ou “boca da lei”, como se a interpretação tivesse de cessar, pelo contrário. O que se destaca é que nenhum poder, seja ele Legislativo, Executivo ou Judiciário deve passar ileso aos ditames constitucionais.

### 3.ATIVISMOJUDICIALEVITALIDADEDADEMOCRACIA

A grande atuação do Poder Judiciário na sociedade, especialmente em conjunto com o advento do Estado Democrático de Direito, como mencionado, expôs uma atividade sem limites e duas expressões destaques tornaram-se fortemente relacionadas à atividade jurisdicional, sendo estas: o ativismo judicial e a judicialização da política, sendo assim, um dos obstáculos primários que se faz necessário é a superação e a discriminação entre os mesmos. (TASSINARI, 2012)

Extrai-se das lições de Barroso (2012, p. 24):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Nos Estados Unidos, a judicialização da política tem se mostrado desde o icônico caso *Marbury versus Madison*, onde a atividade do Poder Judiciário, ao praticar o comando da constitucionalidade das leis, começou a demonstrar uma atuação evidenciada na vida social e política do referido país. (NUNES JUNIOR, 2008, p. 755)

Entretanto, ao datar do século XX que a Corte Suprema apresentou atividade com maior destaque em favor da efetivação dos direitos de caráter individual e acolhimento de temas nesse rumo, principalmente na fase de revisão judicial (foi o século XX, na história da Corte dos Estados Unidos, apontado como a Era *Lochner* e a lendária Corte Warren). Na realidade, a faculdade dos juízes e tribunais de intervirem no andamento das suas instituições é imensa e, ao que tudo indica, se eleva com o passar do tempo. (NUNES JUNIOR, 2008, p. 755)

Por judicialização da política pode-se entender como este sendo um fenômeno circunstancial, logo que transcorre de um panorama de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, conjuntamente, contingencial, de modo que o Judiciário é solicitado a intervir na displicência observada nos Poderes do Estado, Executivo e Legislativo, principalmente no Executivo, demonstrando-se, como um resultado de uma conjuntura de caráter político-social. (TASSINARI, 2012)

O constitucionalismo europeu, em especial no segundo pós-guerra, também ostentava a característica abrangente da atuação dos Tribunais Constitucionais, advindo de institutos como efetividade horizontal e vertical dos direitos fundamentais, constitucionalização do direito, extensão como também “apoio” desses direitos, pois os Tribunais Constitucionais, mesmo existindo antes desse cenário, recebem uma nova versão em seguida dos regimes de caráter totalitário, com a grande “aposta” para a execução dos direitos fundamentais dentro dos textos constitucionais dos dispositivos de comando de constitucionalidade, acrescentado dos temas de caráter constitucional e ampliação dos direitos fundamentais, entre outros. (GERVASONI, 2013, p. 75)

Permite-se, desta forma, distinguir o efeito da judicialização da política provinda das seguintes fontes: a) do dirigismo constitucional; b) do advento dos Tribunais Constitucionais na Europa; c) do crescimento da ocorrência do contestável; d) do aumento da obtenção da justiça; e) das incertezas da democracia. Diante do exposto, é possível observar que a demasiada judicialização que derroca as democracias modernas pode ser examinada por duas tendências: a política e a social. Isto é, ela surge de igual maneira de um panorama social de requisição de direitos, como também, um acerto político de desleixo na execução desses direitos fora da jurisdição, demandas que se sobrepõe respectivamente. (TASSINARI, 2012)

A título de adendo importante trazer a importância da atualização frequente das convicções e do exercício da democracia, principalmente através dos debates de natureza pública e da participação e revisão das leis. O liberalismo político de Rawls nesse aspecto tem muito a contribuir, uma vez que aborda convicções importantes à educação dos jovens brasileiros em vista da “apreensão da democracia como um valor moral e seu exercício cotidiano.” (ZAMBAM; ALMEIDA, 2017, p. 1500)

Adiante, a judicialização da política transporta algumas questões de grande reprodução política ou de caráter social que são determinadas por instituições do Poder Judiciário, e não mais por instituições políticas

convencionais: o Poder Executivo e o Congresso Nacional. Por assim, a judicialização abrange um deslocamento de poder para tribunais e juízes, com alterações importantes na argumentação, na linguagem, e no modelo de envolvimento ativo da própria sociedade. (BARROSO, 2012)

Sobre as diversidades entre judicialização da política e ativismo, principiando o estudo sobre este último e a título de conceito para este ensaio, importa evidenciar que o tribunal ou juiz pratica ativismo quando opta por decidir com base em argumentos morais, de política, ou seja, no momento em que o direito se encerra logo substituído pelos princípios pessoais de cada magistrado, ou então, de um grupo de magistrados. Por conseguinte, na política, a judicialização é acontecimento que nasce por intermédio da relação entre os poderes de Estado, na tensão dos Poderes Legislativo e Executivo rumo a justiça constitucional. (STRECK, 2011, p. 123)

Enquanto isso o ativismo judicial, no qual se encontra o cerne do presente estudo e da seção em apreço, se apresenta a partir de outra roupagem, qual seja: como ato de vontade do Poder Judiciário. (TASSINARI, 2012)

Acerca da expressão ativismo judicial destacam Arguelhes, Oliveira e Ribeiro (2012, p. 36):

“Ativismo judicial” e suas variações surgem no Brasil inicialmente como importação do debate público norte-americano, onde a expressão é ubíqua entre jornalistas, juízes e professores de direito. Como registra Kmiec, de 1990 a 2004, “ativismo judicial” ou “ativista judicial” apareceram em mais de 5.500 artigos em periódicos acadêmicos da área de Direito. Magistrados nos EUA se sentem cada vez mais à vontade para chamar outros juízes e suas decisões de ativistas: de pouco mais de uma dúzia de ocorrências nos anos 50 e 60, na última década do século XX os termos “ativista” e “ativismo” foram usados 262 vezes em decisões judiciais. No mesmo sentido, entre 1994 e 2004, essas expressões foram utilizadas em 163 reportagens do Washington Post e 135 do New York Times.

A expressão ativismo judicial tem sido usada no Brasil de uma forma “tabula rasa”, afirma Streck. Pois nos Estados Unidos o debate sobre o governo dos juízes no que se refere ao ativismo judicial perfaz mais de dois séculos. Sendo assim, não se pode omitir, que o ativismo norte americano foi realizado às inversas, em seu momento inicial. Essa

minuciosidade – que mostra o ativismo nem sempre positivo–, é observado em um comportamento da Corte estadunidense, ao que se refere ao new deal que, obstinado às atividades do liberalismo econômico, não permitia, de forma inconstitucional, as medidas intervencionistas acordadas pelo governo Roosevelt. As posturas de ordem intervencionista em favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um quadro o qual sujeita-se muito mais da atividade individual de uma maioria do que de consequências de uma convicção propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi o resultado do parecer pessoal de alguns juízes e não de um envolvimento constitucional sobre esse problema. (STRECK, 2014, p. 61).

Em anexo, de acordo com Dworkin (2002, p. 220-234), a Corte Warren, através de sua evidente posição ativista, traz como base a preservação de garantias e direitos fundamentais, o que clarifica que a jurisdição constitucional “não traz perigo ao regime democrático, ao contrário, o encoraja, o que não se verifica na Corte Hughes, enquanto na era da transição”, afirmam Morais e Trindade. (TRINDADE, 2011, p. 29-64)

Entretanto, no Brasil, o termo ganha “ares dramáticos”, afirma Streck. Pois, segundo o autor, o ativismo judicial surge como um princípio no esboço do Código Brasileiro de Processo (art. 2º, i). Apesar do referido projeto de lei não ter sido averiguado pelo Congresso Nacional, o uso do termo ativismo judicial como um “princípio norteador” do processo coletivo brasileiro aponta o “estado de profundo impasse teórico que predomina na doutrina.” (STRECK, 2014, p. 61)

Pode-se dizer que o ativismo judicial se constitui de um proficiente mecanismo de solidificação do que é a cidadania, da democracia, da dignidade da pessoa humana e da justiça. De outra maneira, ocorrem receios que a intervenção judicial em situações politicamente contestáveis demonstram o “risco de juristocracia” ou então, um “governo de toga”, que vem a ser um privilegiado poder de juristas executado através de uma ação provavelmente técnica de compreensão de dispositivos jurídicos por intermédio de definições da dogmática inerente da Constituição. (TAFFAREL; DABULL, 2012, p. 37)

O ativismo judicial se eleva no momento no qual o juiz opta por não decidir em conformidade dos limites elencados na Constituição Federal, agindo de forma discricionária; essa questão dessa forma encontra com o problema hermenêutico de interpretação da Carta Magna de 1988. São evidentes as condutas divergentes às decisões pelo Poder Judiciário

onde ocorre a zona de meia-luz na lei, mas pode-se observar a partir do alto número de ações diretas que são trazidas perante o Supremo Tribunal Federal, e, especialmente, pelas diversas decisões afirmativas de inconstitucionalidades de leis editadas pela União Federal e Estados, afirmando assim que existe a deficiência na qualidade legislativa e, conjuntamente, parte da fundamental harmonia entre os Poderes e envolve os direitos e especialmente as garantias bases dos cidadãos. (LIMA, 2016)

Em suma o ativismo judicial, se faz possível o entendimento constitucional o qual se desprende de qualquer narrativa peculiar ao formalismo jurídico, ao entendimento automático das normas jurídicas moderadas em função do normativista positivismo jurídico. Diante do exposto, se modifica a função do judiciário, a qual era estabelecida em demonstrar um resultado que já era esperado por sua evidente e contínua ocorrência da norma em relação ao caso concreto onde por sua vez, agora, à frente de situações complexas e na falta de uma norma própria ao caso, necessita envolver-se de forma ativa na operação da formação do direito, logo que, a solução para o atrito não se apresenta de maneira evidente na norma, o juiz terá por obrigatoriedade, desenvolver, de forma argumentativa, o desenlace para o determinado caso sujeitado à resolução judiciária. (PIRES, 2014, p. 12)

Previamente a continuidade da discussão do tema, se faz necessário informar, mesmo que por complemento, que a sentença positivismo é citada nesse trabalho como a convicção do direito que ocorre quando o “direito positivo” e o “direito natural” não se conceituam mais como direito na mesma definição, mas o direito positivo começa a ser tratado como direito em seu próprio sentido. Em decorrência da execução do positivismo jurídico o direito natural torna-se praticamente extinto da categoria do direito: o direito positivo é direito e o direito natural não é direito. A contar desse termo incluir o adjetivo “positivo” à expressão “direito” torna-se redundância. (BOBBIO, 1996, p. 26)

Na mesma seara, o ativismo judicial é sustentado unicamente pelo sistema jurídico, instituindo referência a um problema especificamente do Direito, por conta que se constitui de uma conduta de cunho judicial criado por uma ação de vontade, que em diversas oportunidades, está trajado por um critério político como base. Essa inspeção pode ser encontrada na obra de Antoine Garapon, que alude ser o ativismo um certame de obediência a vontades, e de Christopher Wolfe, para quem a verdade ativista do judiciário dos Estados Unidos, na citação dele, é averiguado por decisões judiciais as quais não se baseiam em julgamentos, mas vontades. (TASSINARI, 2012)

Em resumo, pode-se confirmar com segurança que o ativismo judicial é um problema que fora concebido pelo Direito, mas que certamente tem consequência reflexa em todas as outras esferas, onde a comunidade jurídica necessita, aprofundar-se no intuito de questionar por seu sentido, para expor uma resposta, levando em consideração o constitucionalismo democrático. Diante desse questionamento, que precisa procurar o caminho de como pode ser registrada e entendida a manifestação judiciária, pode-se perceber comportamentos que demonstram a indexação da escolha judicial a uma atitude de vontade do julgador.

Por síntese, é possível sustentar a ideia do ativismo judicial ser uma contrariedade da teoria do direito. De forma mais clara, da teoria de interpretação, dado que sua inspeção e descrição derivam da maneira de se observar o problema que vem a ser a interpretação no Direito. Importante salientar: a interpretação trata-se de um exercício advindo do explanador ou ela provém de um propósito de compreensão com o intuito onde agem incessantes cessações de pré-juízos que institui a enalço do melhor (ou certo) significado à interpretação? (TASSINARI, 2012, p. 36).

Na intenção de responder ao questionamento, e mencionando Tassinari, que faz uso da doutrina de Roberto Gagarella (2010, p. 55), jurista argentino, a derradeira opção, qual seja, “*de que [o ativismo judicial] é o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação?*”, aparenta ter resposta favorável a ser aceita pelos autores, conforme o problema sobre a atuação do Poder Judiciário está ao redor do episódio de que as Cortes portam a derradeira palavra, e não da definição de uma sujeição política de julgadores, apesar de ser necessário acatar esse debate também relevante. (TASSINARI, 2012)

A concepção de que o Poder Público pode ostentar qualquer legitimidade necessita pressupor uma segregação das suas atribuições elementares como espécies de freios e contrapesos. A razão é, ou deveria ser, com facilidade de compreensão: “em um Estado Democrático, aquele ente estatal que tem a função de julgar casos sob a lei, não deve criá-las.” (STRECK, BARBA, 2016)

Contudo, é inegável a sua função de interpretar e estabelecer os limites dessa atividade é o grande desafio. O autor Cappelletti (1993, p. 33) define com clareza a função do juiz contemporâneo:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas

conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

Ocorre que no Brasil, especialmente no ano de 2016, enfatiza Streck, o exercício do ativismo judicial consegue superar suas próprias “façanhas” diariamente. Nessa oportunidade, o ativismo perpassou qualquer limite que ainda existia daquilo que Montesquieu havia deixado como legado. No voto-vista do Habeas Corpus 124.306/RS, de autoria do ministro Roberto Barroso, é possível notar a dimensão do ativismo no Brasil. E o detalhe é que não se trata de adentrar no mérito do julgado. Não é isso que se quer debater. O que é preciso, adverte Streck, é discutir a propensão de o direito “sobreviver à moral e à política.” (STRECK; BARBA, 2016)

É evidente que aos magistrados foi reconhecido o dever e o direito de interpretar a legislação, mas é uma atividade que não pode descuidar da lógica jurídica delimitada pelo Parlamento. Ao longo dos anos e com o nascimento do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário, em vários países, recebeu autorização constitucional para atuar como “legislador negativo”, com a possibilidade de invalidar leis e atos dos outros Poderes que apresentassem contradição a Carta Magna. (FERNANDES; NELSON, 2014)

Nessa linha, são os ensinamentos de Streck (2009, p. 52):

[...] É possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão, passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Na realidade, a discussão continua no sentido que o Poder Judiciário é a instituição que estampa o poder interpretativo de dizer o que a Constituição do país quer dizer. Isto é, existe uma vulnerabilidade da democracia quando se nota esse fato, que de forma evidente debilita a própria atuação dos indivíduos e das demais instituições. Por fim, resta evidenciar que “se há problemas nas relações entre os Poderes, estes não podem ser resolvidos à margem do pressuposto democrático.” (TASSINARI, 2012)

Portanto, não se pode admitir que o intérprete crie ou altere o texto da norma jurídica por ocasião da interpretação. O fato deste complementar a atuação do Legislativo com a interpretação natural e esperada do julgador, não dá ao mesmo o livre arbítrio de editar regra, enquanto sua função é exclusivamente de julgar.

A atuação do intérprete, frise-se, sempre estará limitada ao texto da norma e o deslinde do feito, que corresponde a um problema a ser solucionado, sob pena de severa afronta ao que se espera das instituições e atores do Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

O conjunto da pesquisa, especialmente a segunda seção, evidenciou cabalmente que o ativismo judicial representa afronta às competências dos Poderes e conseqüentemente à Democracia.

Isso porque o Poder Judiciário não tem a função de legislar e não cabe a ele negligenciar dispositivos legais ou exercer tamanha autoridade representada em decisões fundamentadas no entendimento pessoal.

A regra ainda tem sido decidir conforme a consciência, o que não se pode admitir sob pena de perda da própria integridade do Direito, defendida e mencionada nesta pesquisa a partir dos estudos de Ronald Dworkin, inclusive.

Além disso, uma lição que se extrai é que os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 aqui mencionados podem sim significar uma ruptura entre uma fase marcada por posturas ativistas e uma nova era, com roupagem constitucional que ratifica e fortalece o Estado Democrático de Direito.

O que se quer deixar claro aqui é a relevância da interpretação, aliás, dela não pode o magistrado se furtar. Mas é preciso alinhar os limites desta discricionariedade, que não pode servir para afirmar convicções pessoais, à medida que são ignoradas fontes clássicas do Direito, como a própria lei. É uma afronta ao Estado Democrático de Direito e à própria concepção do Direito na sua integridade, como posto.

## REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira*. Revista Eletrônica Direito, Estado e Sociedade n.40 p. 34 a 64 jan/jun 2012.
- ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 07 de setembro de 2019.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- COSTA, Thaise Nara Graziottin. *Mediação de conflitos e jurisdição compartilhada: caminho para uma justiça democrática, participativa e emancipatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e ciência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: SARAIVA, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTEVES, Alan da Silva; KRELL, Andreas. *A função de julgar no novo código de processo civil: as interações entre o formalismo jurídico e o formalismo democrático*. In: XXV Encontro Nacional do Conpedi – Brasília – DF.
- FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analisando o dogma do “legislador negativo”*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 19807791.
- GARGARELLA, Roberto. *In search of a democratic justice: what courts should not do*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). *Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. London/ Portland: Frank Cass, 2004.
- GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HELLER. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

LIMA, Wedner Costodio; LIMA, Wilian Costodio. *Judicialização da política e ativismo judicial: o limite da interpretação da constituição e a relação entre direito e política na jurisdição constitucional*. Anais do XII Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea da Unisc, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Judicialização da Política no contexto da Constituição de 1988. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). *Ensaaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira: consultoria legislativa*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *A celeridade do Novo CPC*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-celeridade-no-novo-cpc/>> Acesso em: 01 ago 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Santa Catarina: Ladesc, 1984.

PIRES, Nara S.S. *O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes*. Conpedi 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

SANTI, Romano. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1977.

SPENGLER, Fabiana Marion; BITENCOURT, Caroline M.; TURATTI, Luciana. *Políticas públicas no tratamento dos conflitos*. Espanha: EAE, 2012.

SILVA, Jaqueline Mielke. A Democracia como Possibilidade de Produção de Sentido: o Papel do Poder Judiciário na Tutela de Direitos Fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito. In: TRINDADE, Karam André; ESPÍNDOLA; Angela de Araújo da Silveira; BOFF, Saete Oro.

(Org.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade*: Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: Imed, 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Aborto*: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alex yana-stf>> Acesso em: 17 out. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

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

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) *Direito & Políticas Públicas VII*. Curitiba: Multideia, 2012.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro, 2015.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial*: a experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2011.

ZAMBAM, Neuro José; ALMEIDA, Ricardo de Oliveira de. *O Liberalismo Político de John Rawls*: a missão de educar a juventude para a democracia no século XXI. Revista Quaestio Iuris, vol. 10, nº 03, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1500-1516.