



A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE PARA O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO

Édson Luiz Facchi Junior¹
Doacir Gonçalves de Quadros²

Resumo:

O presente estudo tem por objetivo refletir sobre o ativismo judicial, considerando o constitucionalismo como técnica jurídica para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. O método adotado nesta pesquisa é o analítico-dedutivo a partir da reflexão teórica sobre a literatura que trata do Constitucionalismo, da revisão judicial e do ativismo judicial. Conclui-se que a Constituição deve ser o instrumento balizador para o ativismo jurídico, de modo que o Tribunal passa a atuar como mantenedor de um equilíbrio social e político ponderando os interesses e maximizando a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Direitos fundamentais, Protagonismo do Judiciário, Ativismo judicial, Garantias.

CONSTITUTION AS A LIMIT FOR JUDICIAL ACTIVISM

Abstract:

This study aims to reflect on judicial activism regarding constitutionalism as a legal technique for the realization of fundamental rights and guarantees. The method adopted in this research is analytical-deductive, based on theoretical reflection on the literature that deals with Constitutionalism, judicial review and judicial activism. It is concluded that the Constitution must be the guiding instrument for legal activism so that the Court starts to act as a maintainer of a social and political balance, weighing interests and maximizing the realization of fundamental rights.

Keywords: Constitutionalism, Fundamental Rights, Protagonism of the Judiciary, Judicial Activism, Garanties.

INTRODUÇÃO

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado Acadêmico) em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do Direito como recurso de luta política” (PPGD-Uninter). Curitiba, Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: elfacchi.adv@gmail.com

² Doutor em Sociologia (Universidade Federal do Paraná – UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (Uninter). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política” (Uninter), Curitiba, Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: dgquadros2001@yahoo.com.br.



O presente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial como uma ilação do constitucionalismo enquanto uma forma de Estado e uma técnica jurídica, a qual assegura que o Estado não pode violar os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.

O constitucionalismo como forma de Estado enfatiza a divisão dos poderes como um arranjo institucional que serve para assegurar a garantia dos direitos aos cidadãos (MATTEUCCI, 1998, p. 248). Enquanto técnica jurídica o constitucionalismo aduz, por um lado à supremacia do cidadão e, por outro a limitação do poder do Estado (DALLARI, 1998). Por meio da pesquisa bibliográfica e da reflexão teórica crítica acerca da literatura sobre Estado Constitucional e Neoconstitucionalismo argumenta-se neste artigo que o protagonismo do judiciário é um evento recorrente em países em que respeitam e aplicam as respectivas constituições nacionais e que por consequência se eleva o ativismo judicial como um fenômeno recorrente nos tribunais e nas cortes. No entanto, procura-se mostrar aqui que o ativismo do judiciário quando benéfico é aquele que tem a Constituição como limite.

Para atingir esse propósito, iniciamos esse artigo chamando a atenção de que muitos direitos fundamentais não estão, dentro da competência dos Poderes Executivo e Legislativo, perfectibilizados, cabendo, então, ao judiciário efetivá-los. Na segunda seção, portanto, se demonstrará a importância de se estudar o tema cômico de que a Constituição serve como limite da atividade jurisdicional. Dentro desse limite, pode e, mais que isso, deve o Poder Judiciário se manifestar sempre com o desiderato de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por fim, abordar-se-á o conflito de direitos fundamentais que, por vezes, os tribunais superiores se deparam, invocando, para tanto, o princípio da proporcionalidade para a resolução da questão, evitando-se a insegurança jurídica.

1 CONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

Quando se fala em protagonismo do judiciário, fala-se, também, inexoravelmente, em ativismo judicial em judicialização de várias questões, como a política, saúde, educação etc. (LE MOS JÚNIOR, 2017). Em específico a judicialização da política, tem-se que ter mente a transformação que países que adotam o Constitucionalismo vêm sofrendo nas últimas décadas (SACCHELLI; PIOTTO, 2016).

Sabe-se que o Constitucionalismo pode ser entendido tanto como a forma de Estado, baseado na separação de poderes, como uma técnica jurídica pela qual é assegurado aos





cidadãos o exercício dos seus direitos individuais. Na primeira, o conceito é justamente da divisão dos poderes, com precedente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trazia em seu artigo 16: “Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição” (MATTEUCCI, 1998, p. 248).

Já o Constitucionalismo como técnica jurídica no sentido de afirmação da supremacia do cidadão e, por consequência, a limitação do poder do Estado, convergindo seus objetivos sempre a favor dos direitos e da liberdade do indivíduo (DALLARI, 1998).

No presente artigo, compreendidas as duas frentes de estudo acerca do Constitucionalismo, utilizar-se-á mais especificamente dele como técnica jurídica. Porém, inicialmente, é necessário que se passe sucintamente, pela ideia do constitucionalismo como forma de Estado.

Isto porque não se pode negar que algumas decisões de repercussão nos âmbitos políticos e sociais inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo são transferidas ao Poder Judiciário. Daí porque remontar à teoria da separação de poderes, que surge como teoria política na obra de John Locke e Montesquieu, que pregavam a separação dos poderes para assegurar a vivacidade de um governo moderado, com distribuição de atividades muito claras e, como corolário, um controle mútuo (BARBOZA; ANDREASSA JÚNIOR, 2012, p. 73).

Nesta linha, Madison (2009, *apud* HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 31) faz a crítica da acumulação dos poderes em uma única mão:

Nenhuma verdade política é certamente de maior valor intrínseco ou revestida da autoridade de mais esclarecidos defensores da liberdade do que aquela na qual a crítica se fundamenta. A acumulação de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – nas mesmas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, quer por hereditariedade, autonegação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania.

Para Montesquieu, nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, argumentando que as leis são necessárias para a vida em sociedade (MONTESQUIEU, 2008, p. 83-86). Portanto, se diz, com razão, que a separação de poderes é fundamental para o governo moderado e controle recíproco entre eles.

Porém, o próprio Madison alerta para a inevitabilidade de uma representação parcial, afirmando que a verdadeira interpretação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu não pode ser outra senão que “onde *todo* o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas



mãos que enfeixam *todo* o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estarão subvertidos” (Madison, 2009, *apud* HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 302).

A ideia, portanto, é a própria contenção de poder, servindo, a separação entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, como forma de garantir aos cidadãos os seus direitos fundamentais. Contribuíram, pois, Locke e Montesquieu, para a feitura das Constituições liberais (BARBOZA; ANDREASSA JÚNIOR, 2012, p. 73). Importante ressalta que Montesquieu via, na separação de poderes, um meio de se evitar um despotismo real, restringindo, pois, a atuação do juiz de forma a neutralizar o Judiciário. Essa neutralização garantiria, então, a imparcialidade do magistrado, que deveria ser apartidário em suas funções (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 14-15).

Em meados do século XX, com o enfraquecimento do Estado Liberal, surge o Estado Social. Nessa transição, altera-se substancialmente a concepção de Estado e, por via de consequência, de sua finalidade (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 67-68). No Estado Social, sobrevém novo sistema com supedâneo na proteção dos direitos fundamentais, inclusive com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (BARBOZA; ANDREASSA JÚNIOR, 2012, p. 74).

Sobre essa transição entre Estado Social e Estado Liberal, Canela Júnior (2011, p. 72) pontifica:

No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta pró-ativa.

Ainda, para além do fortalecimento na garantia dos direitos fundamentais, segundo os ensinamentos de Taylor (2003, p. 234), no Estado Social, o Poder Judiciário, junto com o poder político – importante na criação de políticas públicas³ – desempenha um papel crucial, e

³ Políticas públicas constituem, nas palavras de Bucci (2002, p. 241), “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” de acordo com os direitos fundamentais conforme Moreira Neto (2008,



que os “tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas”.

À vista disso, exsurge, portanto, o denominado Estado Social Democrático de Direito, que, segundo Novais (2014, p. 53), implica em uma justiça constitucional que adota a Constituição (Estado Constitucional) mesmo indo contra a vontade da maioria do povo, prosseguindo com a afirmação de que essa justiça funciona como mecanismo de equilíbrio.

Trabalha-se, portanto, com a independência entre os poderes, de um lado; mas a harmonia entre eles, de outro. Nas lições de Bonavides (2004, p. 146):

Consideremos a seguir na prática constitucional do Estado moderno as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência, resultantes da teoria de pesos e contrapesos. Dessa técnica resulta a presença do executivo na órbita legislativa por via do veto e da mensagem, e excepcionalmente, segundo alguns, na delegação de poderes, que o princípio a rigor interdita, por decorrência da própria lógica da separação [...]. Já a participação do executivo na esfera do poder judiciário se exprime mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. Igual participação se dá através da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do poder judiciário. Do legislativo, por sua vez, partem laços vinculando o executivo e o judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentar sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovação de tratado [...].

Nas lições de Barboza e Kozicki (2012, p. 75), os Tribunais Constitucionais têm sido instados pelos atores políticos e sociais, cada vez mais, “a resolver litígios que envolvem desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas ao Biodireito, aborto, políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva etc.”. Eis a “judicialização” de questões políticas.

Mesmo porque houve, no Brasil, conforme salientam Estefânia Barboza e Andreassa Júnior (2012, p. 78), um acréscimo enorme na criação de normas inconstitucionais, aumentando, por consequência, demandas ao Supremo Tribunal Federal. Diversos fatores colaboram para isso, como o próprio novo formato do Estado Social Constitucional Democrático de Direito, que aumenta a pressão social para a efetivação de garantias do indivíduo (NOVAIS, 2006).

p. 124) vai asseverar que as políticas públicas traduzem “um complexo de processos jus políticos, destinado à efetivação dos direitos fundamentais”.



Com o objetivo de garantir identidade e estabilidade social, bem como o aumento da pressão de grupos sociais que utilizam o Poder Judiciário como terreno de luta social, verifica-se a expansão da demanda do direito (CHEVALLIER, 2009, p. 131). O Poder Judiciário, pois, transmuta-se em espaço neutro, através do qual é possível que todo indivíduo faça valer seus direitos e anseios, assumindo, pois, o juiz, uma função de manutenção de equilíbrios sociais e de ponderação e definição de soluções que são socialmente aceitáveis (CHEVALLIER, 2009, p. 131).

Em sentido favorável, Estefânia Barboza e Kátya Kozicki (2012, p. 76) lecionam:

Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vêm sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar tais questões.

É Hirschl (2004, p. 1) quem vai identificar a judicialização da política como “*juristocracy*”, e, segundo ele, ocorreu em mais de oitenta países, onde reformas da Constituição transferiram parte dos Poderes Executivo e Legislativo ao Poder Judiciário, sempre acreditando que este poderia alcançar a almejada afirmação dos direitos fundamentais.

No Brasil, pode-se dizer que o fenômeno ocorre desde a Constituição de 1988, com a aproximação da sociedade ao judiciário. Via de exemplo, Barboza e Kozicki (2012, p. 81) citam a criação de juizados especiais, nos quais o acesso é facilitado ao cidadão, não necessita de advogado para acionar o judiciário. Ainda, a criação de leis especiais que efetivam a proteção das partes hipossuficientes, como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, levaram a um processo de judicialização da política, transferindo a competência do Estado para o judiciário, eis que o magistrado se torna protagonista nestas questões.

Ainda referente ao caso do Brasil, isso é de fácil percepção em decisões do próprio STF na primeira década do século XXI sobre questões políticas: mensalão, políticas públicas de saúde, pesquisas em células-tronco, desarmamento, união homoafetiva, aborto etc. As decisões sobrevieram, parte delas, por meio de ações ajuizadas por partidos políticos ou associações que representam o direito das minorias (BARBOZA, 2011).

Portanto, conclui-se que o judiciário assume um protagonismo no Constitucionalismo, em vários países, principalmente como técnica jurídica de fortalecimento das garantias



fundamentais. Ocorre que, é de se raciocinar, os juízes “ativistas” o devem ser para a garantia de direitos fundamentais insculpidos na Constituição de seu país, de modo a implementar a justiça social, o que, nas palavras de Gargarella (1997, p. 68-83), seria um “dever de civilidade”, e não um ativismo “extra constituição”, de interpretação do seu próprio ponto de vista.

2 O ATIVISMO COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Corolário lógico de tudo aquilo que se vem sendo dito no presente artigo temos que o protagonismo do Poder Judiciário é uma realidade. Agora, nesta seção, iremos tentar desmistificar os preconceitos sobre o ativismo e o protagonismo do judiciário.

Podemos classificar as críticas quanto ao ativismo – ativismo negativo – em duas, segundo Estefânia Barboza e Kátya Kozicki (2012, p. 82-83):

A primeira diz respeito ao caráter contramajoritário dos juízes, que não teriam competência para elaborar novo direito pois não foram eleitos pelo povo. A segunda questão é em se aceitando que os juízes podem desenvolver a lei, quais seriam os critérios para definir que o desenvolvimento seria adequado.

Porém, conforme Pereira (2011, p. 19), neste novo cenário, “as constituições não se limitariam a apenas organizar, estruturalmente, o Estado, fixando os seus limites políticos; são assegurados direitos de liberdade e de igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado”, prevendo-se a proteção desses direitos através de instrumentos que possibilitem garanti-los.

Fato é que as garantias fundamentais têm uma proximidade com as políticas públicas motivo pelo qual o Poder Judiciário assume, então, tamanho protagonismo nessas questões (BARBOZA; ANDREASSA JÚNIOR, 2012, p. 75). É que, com o Estado Constitucional de Direito, conforme Ferrajoli, “cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos com los principios constitucionales” (FERRAJOLI, 2001, p. 34).

Eis o centro da questão: só se pode admitir o dito ativismo judicial para a maximização da proteção das garantias e direitos fundamentais do cidadão, insculpidos na Constituição da República. Ela é balizadora da atividade jurisdicional. Se direitos



fundamentais foram gravados em lei, pouco importa se o Poder Judiciário é quem vai dar eficácia a eles: o primordial é, sempre e sempre, que sejam respeitados.

É que, conforme Herknhoff (2004, p. 116), não se pretende nenhum desenvolvimento se este não for com vistas à pessoa humana. Ou seja, se esse desenvolvimento não for centrado na construção de uma sociedade cujos cidadãos possam exercer seus direitos e realizar as suas faculdades existenciais.

Neste mesmo sentido, Clève (2012, p. 12) afirma:

Há momentos, como aqueles que envolvem a defesa das minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do Judiciário.

Não se pode esquecer que podem surgir eventuais conflitos entre os direitos fundamentais. Dimoulis e Martins (2011, p. 161) asseveram que há atrito de direitos fundamentais quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental malfez o desempenho de outro.

Exemplo dessa colisão é o direito à greve ou manifestação em vias públicas, colidindo o direito da manifestação e o da liberdade de ir e vir (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 161-162):

A polícia proíbe o acesso de automóveis ao centro do Rio de Janeiro porque acontece uma manifestação de desempregados. Aqui não temos uma proibição geral de entrada e de circulação na cidade, nem uma lei que restrinja o acesso. Mesmo se a tivéssemos, a regra de harmonização deveria ser entendida como uma solução prévia do legislador (programa normativo de compreensão de uma colisão entre direitos fundamentais) passível de amplo controle abstrato quando de sua aplicação e suscitando a necessidade da justificação de ambas as intervenções implícitas no referido programa normativo de compreensão da colisão. Em vista da situação do momento, o exercício da liberdade de reunião impossibilita o pleno exercício da liberdade de ir e vir. Mas essa medida deve ser avaliada, aplicando o critério da proporcionalidade para identificar os meios necessários para preservar o direito de reunião sem limitar demasiadamente a liberdade de ir e vir, a liberdade econômica e outros direitos.

Estefânia Barboza e Andreassa Júnior, inspirados Dimoulis e Martins (2012, p. 77), asseveram que a principal maneira para decidir tais conflitos, além do critério da proporcionalidade, é a chamada interpretação sistemática da Constituição. Referida interpretação se dá enquanto conjunto, permitindo que se leve em conta as mais diversas



disposições relacionadas com o tema abordado no caso concreto. Deste modo, seria possível compreender os parâmetros que o constituinte estabeleceu.

A proporcionalidade se mostra fundamental, então, para a resolução do problema, verificando a própria legitimidade da decisão judicial, visto que o juiz, ao concretizar o direito fundamental que escolher ser o prevalente, deve fundamentar sua decisão de maneira adequada, necessária e proporcional (MARMELSTEIN, 2008, p. 385).

Portanto, exige-se, do juiz, uma ponderação entre os preceitos fundamentais baseado nestes três critérios, visto que essa ponderação de interesses não configura um decisionismo dissimulado. Isso porque o método da ponderação se pauta pela proporcionalidade, princípio cujos parâmetros podem ser aferidos com subjetividade (SARMENTO, 2002, p. 96).

De todo modo, o princípio da proporcionalidade baseia-se, ainda, no consenso sobre qual o direito fundamental deve prevalecer no caso concreto.

Sempre é campo de tensão quando há conflitos dessa natureza, chamado de “casos difíceis” por Padilha (2006, p. 90), que afirma sobre o assunto:

Para ser racional, o discurso decisório tem que estar aberto à possibilidade de questionamento, pelo qual cabe, nos limites da presente pesquisa, perquirir quanto à hipótese de, em uma decisão racionalmente fundamentada, identificar-se sempre uma única resposta correta. [...] Existe uma única resposta certa em casos difíceis? Mesmo que, aparentemente, não exista nenhuma resposta certa para uma questão de direito, premido pelo princípio da obrigação da prestação da tutela jurisdicional, o juiz deverá buscar a resposta correta (justa), mesmo que esteja cercado de dúvidas sobre qual seja esta resposta.

Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade, balizado pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve nortear a decisão dos tribunais superiores quando houver o conflito entre direitos fundamentais.

Compete ao STF, portanto, efetivar os direitos fundamentais para concretizar a igualdade entre os indivíduos, ainda que, para tanto, seja taxado de tribunal “ativista”, mas no sentido positivo. Exemplo dado por Estefânia Barboza e Andreassa Júnior (2011, p. 76) é a união homoafetiva, pois os políticos se abstiveram de debater o assunto durante anos, pelo receio de redução no número de votos. Diante disso, coube ao Poder Judiciário, portanto, preencher essa lacuna para efetivação das garantias dos homossexuais.

Neste caso, o Poder Legislativo se manteve inerte. Se omitiu. Coube ao Poder Judiciário, então, agir em seu lugar. Impende obtemperar que a ação do Poder Judiciário, dessa forma, é apenas benéfica quando evita danos para uma minoria que se encontre com



seus direitos fundamentais vilipendiados. Em qualquer outra ocasião, como por exemplo a possibilidade de prisão em segunda instância, no Habeas Corpus nº 126.192, pelo STF, o ativismo passa a ser maléfico. Isso porque, no exemplo em comento, a decisão acabou por mitigar o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que dá conta que ninguém deverá ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para evitar o ativismo negativo, podemos nos fundamentar nas contribuições de Dworkin (1999, p. 272) ao destacar que o princípio judiciário que deve reger esse ativismo positivo ou benéfico é a integridade, o que, para ele, faz com que o direito derive de três princípios: equidade, justiça e devido processo legal. A partir disso é que tais princípios vão oferecer a melhor interpretação que leve em consideração a prática jurídica da comunidade.

Para Estefânia Barboza (2011), quando se tem o princípio da integridade como base para fundamentar as decisões, o Tribunal, para julgar casos propostos, deve se valer de princípios aplicados em decisões anteriores, dando coerência às decisões do ponto de vista da interpretação lógica das decisões. Partindo do exemplo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, pelo STF, relacionado a pesquisas em células-tronco, Estefânia Barboza (2011) leciona que a decisão que discorre sobre a vida não deve ser alterada de acordo com pressões, sejam elas políticas ou religiosas. Ao contrário, o STF deve buscar fundamentar suas decisões com base no conjunto de princípios que alicerçam o Estado Constitucional brasileiro, sejam eles explícitos ou não.

Conforme Maliska (2012, p. 30), o que legitima democraticamente o juiz é justamente auferir se a escolha que fez o legislador está em conformidade com a Constituição, e não substituí-lo. É por isso que Alexy (2008, p. 396) afirma que “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”.

O direito, valores e princípios formam o conteúdo da justiça no Estado Social Democrático de Direito e tem como desiderato último a igualdade, onde todas as pessoas alcancem um nível máximo de humanização (WACHELESKI, 2007, p. 30).

Nesse sentido, Rodríguez-Gavarito (2011) observa:

Até agora, o argumento do ativismo dialógico se baseou na teoria democrática e direito constitucional. Em resposta à objeção clássica contra processos judiciais ativismo – que supostamente carece de legitimidade democrática e viola o princípio da separação de poderes – estudiosos constitucionais e teóricos da democracia deliberativa demonstrou convincentemente a credibilidade democrática intervenções



judiciais que suscitam a colaboração entre os diferentes poderes e promover deliberações sobre questões públicas.

Ainda, Ferraz Júnior (1994, p. 18) preceitua:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

É por isso que se diz que os juízes validam a lei à luz da melhor interpretação das normas e valores constitucionais, não subordinando suas convicções à vontade de outras pessoas. A chamada responsabilidade judicial requer a estrita relação entre decisão e valores constitucionais, mormente os direitos fundamentais.

Tem-se, pois, o chamado constitucionalismo democrático, que é quando o Poder Judiciário tem o poder e o dever de um papel mais ativo no exercício de controle de constitucionalidade das leis, buscando avaliar como a aplicabilidade da constituição tem que levar em conta a sensibilidade democrática, de sua significação e confiança por parte do povo (GODOY, 2017, p. 124-125).

O referido constitucionalismo democrático, pois, “analisa os discursos e as práticas empregadas pelo poder público, especialmente pelos representantes do povo, e pelos cidadãos na interpretação e aplicação da constituição” (GODOY, 2017, p. 125). Para melhor reflexão acerca do assunto, Godoy (2017, p. 125-126) aborda a questão nestes termos:

Nesse sentido, para Post e Siegel, o Poder Judiciário, apesar das críticas do constitucionalismo popular ou da proposta passiva do minimalismo, segue tendo um papel fundamental na interpretação da constituição e deve, portanto, exercer de forma ativa esse papel. Para tanto, porém, não basta que ele dê a sua palavra sobre a constituição, uma palavra que, destaque-se, não deve ser nem a primeira nem a última. É preciso que as manifestações judiciais de juízes e cortes sejam compreendidas como mais uma palavra em um diálogo com os outros Poderes, órgãos, instituições e o povo, na definição do significado da constituição.

O Poder Judiciário é, pois, crucial para a efetivação de garantias individuais gravados na Constituição da República, mormente em tempos em que o vilipêndio às garantias



fundamentais é visto todos os dias. À exemplo disso, necessário, no âmbito do processo penal, repisar a doutrina de Casara (2018, p. 168):

Nesse contexto de dessimbolização, assegurar direitos fundamentais (que, desconsiderados os valores em jogo, passam a ser visto como meros óbices à eficiente punitiva do Estado) acaba por se tornar uma tarefa que beira a ordem do impossível. As garantias processuais (basta pensar na “presunção de inocência” de uma pessoa presa em flagrante), não raro, adquirem ares de institutos *contra natura*, daí a importância de ressimbolizar as garantias, de expor e compreender a razão de ser (tanto a historicidade quanto a funcionalidade adequada ao projeto civilizatório) de todas as garantias que podem ser extraídas da Constituição da República, dos tratados/convenções internacionais e da legislação ordinária.

Neste sentido, válido obtemperar as linhas de Taylor (2003, p. 248) quando afirma que o judiciário julga quais são as regras legítimas, ou seja, que estão em conformidade com leis locais e com a Constituição. Via de consequência, os tribunais acabam por influenciar o curso das políticas públicas, decidindo sobre a legalidade dessas políticas.

Por outro lado, como já dito, as decisões dos juízes não podem, à pretexto desse ativismo judicial, definir um único sentido para a constituição, de forma que a mesma signifique aquilo que os tribunais superiores dizem que ela é. Sempre é válido trazer à baila a única alternativa de ativismo do judiciário: para efetivação dos direitos fundamentais. É a Constituição quem deve balizar o judiciário, e não o contrário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, o que se tentou, no presente artigo, foi desmistificar o preconceito existente em face do dito ativismo, que advém do protagonismo do Judiciário, afirmando que o ativismo judicial, realizado pelos juízes, com fulcro na Constituição, não afronta a separação dos poderes. Ou seja, nesse casos o Poder Judiciário é instado, muitas vezes, a dar efetividade aos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo.

Inicialmente, trouxemos a questão do constitucionalismo e o protagonismo do Judiciário, enfrentando, também o que se chama “judicialização” de questões variadas, como por exemplo, a judicialização da política, em que o judiciário se transmuta em espaço do público neutro e o povo tem a possibilidade de fazer valer seus direitos fundamentais, agindo, o Tribunal, como mantenedor de um equilíbrio social, ponderando os interesses e maximizando a efetivação das garantias individuais.



Abordamos a separação dos três poderes e a visão, a partir de Montesquieu, a partir da qual, com o objetivo de se evitar um despotismo real neutralizar-se-ia o Judiciário para garantir a imparcialidade do juiz. Depois, importante questão para compreender referido protagonismo do Judiciário é a transição, por volta do século XX, do Estado Liberal para o Estado Social, com a maximização da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, principalmente com a criação de políticas para resolução de problemas públicos.

Daí porque não se pode argumentar contra o ativismo judicial sem fundamentos concretos. Do contrário, tem-se que encará-la como um protagonismo inexorável e necessário do judiciário, assegurando direitos de liberdade e de igualdade, servindo como a força motriz de um Estado Constitucional de direito.

O trabalho constatou que não se pode negar que as garantias fundamentais possuem uma ligação umbilical com as políticas públicas, motivo pelo qual o judiciário detém tal responsabilidade. É claro que não se olvida que o ativismo no viés negativo é usado de amuleto por alguns juízes decidirem qualquer coisa sobre qualquer coisa, trazendo insegurança jurídica. Não é o que se defende. O ativismo, sempre e sempre, deve ser admitido apenas para efetivação de direitos fundamentais.

Quando existir conflitos entre dois ou mais direitos fundamentais, vimos que o princípio da proporcionalidade, balizado pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve nortear a decisão dos tribunais superiores. Por fim, conclui-se que a intervenção do Poder Judiciário, regulado pelo princípio da integridade, não deve ser apenas uma opção, mas um dever contra os abusos dos Poderes Executivo e Legislativo frente aos direitos fundamentais dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: https://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.



BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. A legitimidade do “ativismo judicial” aos olhos da teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 71-82, 2012. Disponível em:

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/806>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, 2012. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. 13. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**, Madrid, v. 17, p. 31-45, 2001. Disponível em:
<http://62.204.194.45/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 20 ago. 2021.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control de las leyes. **Isonomia**, Ciudad de México, n. 6, p. 55-70, 1997. Disponível em:





<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2009.

HERKNHOFF, João Baptista. **Movimentos sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Boston: Harvard University, 2004.

LEMOIS JÚNIOR, Erildo Simeão Camargo. O neoconstitucionalismo e o protagonismo do poder Judiciário no controle das políticas públicas. *In*: TOMAZ, Carlos Alberto Simões; FREITAS, Lorena de Melo; VALLE, Maurício Dal Ri Timm. (coords.). **Teorias do Direito, da decisão e realismo jurídico**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/931ryu93/aHP8amd363L8EJG2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian. (coords.). **Entre Brasil e Polônia**. Um debate sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (orgs.). **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão. **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos**. São Paulo: Almedina, 2014.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.



PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (coord.). **Constituição, democracia e justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, Austin, v. 89, n. 7, 2011.

SACCHELLI Roseana Cílliao; PIOTTO Maria Clarice Sacchelli Moraes. Perspectivas sobre democracia, constitucionalismo e judicialização da política. *In*: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; CARDOSO, Henrique Ribeiro. (coords.). **Constituição e democracia**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/F3eATVKKRhg1Ydd4.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2003.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas**: uma análise a partir do pensamento de Hannah Arendt. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp063596.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.