



ATIVISMO JUDICIAL: SEGURANÇA OU DESCONFIANÇA?

Janiele Vitorasse Delboni¹
Dilson Cavalcanti Batista Neto²

Resumo: O presente artigo investiga o ativismo judicial em contraposição com a ideia de representação democrática. Destaca-se que o ativismo judicial é um tema recorrente entre os doutrinadores constitucionalistas, uma vez que de uma forma geral é a intervenção do Poder Judiciário, de maneira mais intensa, nos outros dois poderes ao determinar, através de suas decisões, o que deverá fazer o Executivo e o Legislativo. Entretanto, faz-se necessário – antes de adentrar no conceito de ativismo judicial – falar de como se deu o seu surgimento no âmbito das decisões judiciais. Também, discorrer sobre judicialização, uma vez que este é comparado com o ativismo judicial. Posteriormente, trata-se sobre a democracia representativa, pois foi este o regime estabelecido na Constituição de 1988 com o viés da separação dos poderes, uma vez que é um princípio estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. Por fim, abordar-se o papel dos juízes, visto que tem-se observado que as decisões tem sido fundamentadas unicamente seguindo a consciência do juiz, sem fazer uso da Lei.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização da política; Democracia; Decisão judicial.

.....

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e monitora das disciplinas de Direito Constitucional na mesma instituição. E-mail: janieledelboni@yahoo.com.br

2 Doutorando em Direito pela PUC-SP. Professor do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp). E-mail: dilson.neto@unasp.edu.br

JUDICIAL ACTIVISM: SECURITY OR DISTRUST?

Abstract: This article investigates judicial activism in opposition to the idea of democratic representation. It should be noted that judicial activism is a recurrent theme among constitutionalist doctrinators, since in general it is the intervention of the Judiciary, more intensely, in the other two powers in determining, through their decisions, what should make the Executive and Legislative. However, it is necessary - before going into the concept of judicial activism - to talk about how its emergence occurred within the scope of judicial decisions. Also, discuss about judicialization, since this is compared with judicial activism. Subsequently, it is about representative democracy, since this was the regime established in the 1988 Constitution with the bias of the separation of powers, since it is a principle established by the Original Constituent Power. Finally, the role of judges should be addressed, since it has been observed that decisions have been based solely on the conscience of the judge, without making use of the Law.

Keywords: Judicial activism; Judicialization of the policy; Democracy; Judicial decision.

8

Introdução

Quando se busca o Poder Judiciário, espera-se que ele garanta a segurança jurídica, sendo que somente será alçada essa segurança através de um ordenamento jurídico a garanta. Nesse contexto, ultimamente, tem-se observado um fenômeno conhecido como ativismo judicial, definido como mecanismo singular para garantir os direitos do homem. No entanto, será que tal mecanismo oferece a segurança jurídica ou é um meio dos juízes decidirem conforme sua consciência? Será ele uma segurança ou desconfiança?

Quando algumas decisões do Poder Judiciário são analisadas, é possível perceber que existe uma tensão entre o que está na lei e o senso de justiça do magistrado (BECATTINI, 2013, p. 78), podendo ocasionar o ativismo judicial, deixando a lei de lado.

Para compreender o conceito de ativismo judicial, é importante que se investigue, como se faz no primeiro tópico, o seu surgimento no âmbito das decisões judiciais. Junto disso, é preciso que se discorra sobre judicialização da política, uma vez que esta é comparada com o ativismo judicial.

No segundo tópico, conceito de democracia representativa será tema principal de discussão, pois foi este o regime estabelecido na Constituição de 1988 com o viés da separação dos poderes, uma vez que é um princípio estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. No último tópico, o papel dos juízes passará por debate, visto que tem-se observado que as decisões tem sido fundamentadas unicamente seguindo a consciência do juiz, sem fazer uso da Lei.

Raízes do Ativismo Judicial

Na Alemanha, o ativismo judicial surgiu logo após a Segunda Guerra Mundial, quando se teve a crise do positivismo jurídico, resultando na transformação do modo de compreender, interpretar e aplicar o Direito. Seu início se deu através de um polêmico artigo escrito por Gustav Radbruch, intitulado *Arbitrariedade legal y derecho supralegal*. Esse artigo buscava a superação do positivismo com o argumento de que a matriz teórica é incapaz de tratar da questão da validade por causa da separação que estabelece entre direito e moral (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 144).

Nessa época, ganhou força a Jurisprudência dos Valores, quando o tribunal constitucional retomou o protagonismo judicial com o objetivo de romper com o modelo jurídico vigente na época do nazismo e tomar decisões de acordo com a Constituição outorgada de 1949. Como nem todas as leis do nazismo foram revogadas, viu-se a necessidade de escapar delas e assim passaram a tomar decisões *extra legem* e, em algumas situações contra *legem*, com o objetivo de não aplicar leis nazistas (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 145).

A Jurisprudência dos Valores nasceu de uma peculiaridade histórica, pois o final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para a composição de uma nova ordem social, política e jurídica. No âmbito social, os anos que se seguiram a 1945 vivenciaram as agruras do período da reconstrução da Europa. Mas já na década de 1950 desenvolveram-se condições de vida e igualdade sem paralelo na história. Politicamente, houve a queda do nazismo e do fascismo e, posteriormente, a polarização do mundo em duas ideologias, o capitalismo e socialismo. Juridicamente, surge o novo papel desempenhado pelas constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 375).

A Jurisprudência dos Valores teve inspiração na Jurisprudência dos Interesses que se afastaram da ciência jurídica e do primado da lógica, consagrando os valores inerentes à vida e tendo sua base construída a partir de critérios supralegais de valoração que devem orientar a atividade jurisdicional (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 146).

Tal jurisprudência também auxilia o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado à sua apreciação. Tendo como

discussão da atividade jurisdicional, e o principal problema a ser enfrentado – a fundamentação da decisão final –, existe uma preocupação em orientar a decisão dos juízes segundo valores que constituem os fundamentos do convívio social (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 374-375).

A Jurisprudência dos Valores permitiu a construção de outras formas de decisão, como a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a interpretação conforme a Constituição e o apelo ao legislador, sendo então uma corrente contemporânea que vê o ordenamento jurídico e a Constituição como ordens concretas de valores (GOMES, 2010, p. 166).

Mediante o que aconteceu na Segunda Guerra Mundial, tendo uma inerte legalidade alegada pelos atos praticados pelo Reich (que se demonstrou um absurdo, mas restaurada a ordem pós-guerra), os alemães entenderam que era necessário eleger um parâmetro superior à própria legalidade concebendo, assim, a Constituição como ordem concreta dos seus valores superiores, os quais convergiriam todos para um núcleo regido, que era a dignidade da pessoa humana (GOMES, 2010, p. 166-167).

O tribunal constitucional alemão, para fundamentar suas decisões, passou a construir argumentos fundados em princípios axiológicos (valores materiais), onde estabelecia um direito que ultrapassava os limites da lei. Foi, então, necessária a criação de cláusulas gerais e os enunciados abertos, além de inúmeros princípios que permitiam fundamentar suas decisões (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 146).

A Jurisprudência de Valores teve sua crítica em Habermas que Trindade e Moraes (2011, p. 149) ressaltam:

Em defesa da democracia constitucional ao questionar a legitimidade das decisões do tribunal alemão, sustentando que, para a corte não se tornar uma espécie de poder constituinte autônomo e permanente, seus discursos de aplicação devem obedecer a uma argumentação deontológica, entendida como única maneira de se obter, procedimentalmente, a única solução correta para cada caso concreto. Isto implica, entretanto, conceber os direitos como autênticos princípios, e não como valores que podem ser ponderados através de um raciocínio axiológico ou teleológico, como propõe a Jurisprudência de Valores. Trata-se, em suma, de “encontrar, entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.

Pode-se observar que, através desta crítica à Jurisprudência de Valores, se enfraquece a normatividade da Constituição, pois estase utiliza de princípios axiológicos, não tendo segurança jurídica.

Bambirra (2015)³ explica que a Jurisprudência dos Valores traz muitas dúvidas e embates, pois guarda em grande parte correspondência com os problemas da filosofia dos valores. Indaga-se: o critério axiológico pode ser supralegal? A própria valoração em si não é uma opção pessoal? Esta não é impassível de fundamentação racional? É possível falar em ciência do direito, se realmente é um método que auxilia o juiz a julgar objetivamente? A interpretação dos comandos normativos não é discricionária, mas arbitrária? O juiz que caso a caso interpreta a aplica da norma, não seria então a ideia de supremacia da lei uma ilusão?

O autor também demonstra o lado dos defensores da Jurisprudência dos Valores que seguiu os mesmos trilhos da Filosofia dos Valores ao buscar superar o mero subjetivismo e a caminhar a um objetivismo, ainda que diferente do pretendido pelas ciências exatas. Com relação aos valores jurídicos há uma vantagem em relação aos demais valores, como os éticos e estéticos, já que o direito é uma ordem de conduta objetiva, e os valores encontram-se, ou podem ser positivados através de normas, sobretudo os princípios. Há ainda mais um grau de densidade para esses valores enquanto são referidos pela doutrina e jurisprudência⁴.

A Jurisprudência de Valores vem sendo transportada para o resto do mundo, ocorrendo a discricionariedade do judiciário, que utiliza a técnica da ponderação como álibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 150), prevalecendo quem tem o melhor discurso, deixando assim o compromisso com os comandos da lei.

A tendência contemporânea é de apostar no protagonismo judicial como forma de concretizar os direitos, tendo o incentivo na Jurisprudência dos Valores que serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorgada da *Grundgesetz* pelos aliados em 1949 (STRECK, 2013, p. 21).

Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do Bundesverfassungsgericht para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um jus distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada que possibilita, em alguma medida, o totalitarismo nazista.

.....

3 Disponível em: <<https://bit.ly/2kes03o>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

4 Disponível em: <<https://bit.ly/2kes03o>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

Como se pode perceber, a Jurisprudência dos Valores foi um marco para o constitucionalismo, pois o que prevalece são os valores e não o que está na lei. No entanto, existem riscos que poderão ser vistos e analisados ao longo deste trabalho.

Como já falando anteriormente, o termo “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, pois foi nesse período que houve uma revolução profunda e silenciosa em relação às inúmeras práticas políticas (BARROSO, 2013, p. 245).

Os EUA já são conhecidos por uma intensa atividade judicial que é marcada pela notória participação da Suprema Corte nos mais polêmicos temas. Isto se dá devido à construção do direito estar muito mais assentada na primazia das decisões “caso a caso” do que no resultado da simples previsão abstrata de regramentos, oriundos do processo legislativo – tal característica se dá devido ao sistema jurídico *common law* (TASSINARI, 2013, p. 2-3).

Quanto ao surgimento do controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*), há muitas discussões teóricas, mas há um ponto em comum que é a sentença proferida por Chief Justice no famoso caso *Marbury versus Madison*, sendo essa uma manifestação do poder da Corte em revisar uma decisão política (TASSINARI, 2013, p. 71).

12 Trindade e Moraes (2011, p. 155) fazem uma ressalva interessante quanto a essa face ativista do Poder Judiciário. Uma vez que os Tribunais deixaram de exercer uma função de mero aplicador de leis e passaram a ser o protagonistas na concretização de direitos, na ideia de que a Constituição é um remédio para todos os males aliados aos princípios e às cláusulas abertas, dentre outros, é possível chegar a qualquer resultado através da argumentação jurídica.

Quando se fala em ativismo judicial aqui no Brasil refere-se sempre à decisão fundamentada na Constituição Federal e é daí que vem a comparação com os Estados Unidos, uma vez que a Suprema Corte também utiliza como argumento a Constituição, mas o que não se atenta é que são constituições diferentes, onde uma é abstrata e a outra é mais extensiva.

Quanto a isso, Tassinari (2013, p. 84) faz uma ressalva interessante:

Em princípio, devido ao detalhamento do texto constitucional brasileiro no estabelecimento de direitos e garantias, a afirmação da necessidade de uma leitura moral da Constituição para ampliar o conteúdo de certos direitos e, ao mesmo tempo, para balizar a atuação dos juízes (em face do que, nos Estados Unidos, chamaria de direitos não enumerados) dispensaria esta estratégia teórica do constitucionalismo estadunidense, uma vez que isso decorre diretamente da própria textualidade da Constituição do Brasil, especialmente porque estabelece objetivos (de bem-estar) ao Estado por esta peculiaridade,

a polêmica sobre os limites da atividade jurisdicional (e, assim, a discussão sobre ativismo judicial) também deveria apresentar-se, em comparação à experiência norte-americana, no mínimo, amenizada (porque este Poder estaria constrangido pela própria Constituição). Apesar disso, pela demora não decorrente do que é informado pela Constituição, qual seja, o da moral particular/individual do juiz (que, nesta linha, surge na condição de “predador externo” do texto constitucional).

Ainda nesse contexto, urge observar que o ativismo judicial na Alemanha aconteceu, pois eles não queriam mais a volta do nazismo, então se fez necessária a Jurisprudência de Valores, para se ter uma base de argumentação, uma vez que ainda continuavam muitas leis nazistas, enquanto que nos Estados Unidos se deu através *Marbury versus Madison*. Em ambos os países não há consenso de que seja uma escolha se utilizar do Judiciário para solucionar os problemas que não são de sua competência.

Uma coisa que não tem sido dita é que o equívoco das teorias constitucionais e interpretativas que estabelecem uma repriminção das teses da *Jurisprudência dos Valores* – mormente em *terrae brasilis* – está na busca de incorporar o *modus* tensionamento do tribunal alemão em realidades (tão) distintas, que não possuíam (e não possuem) os mesmos contornos históricos [...]. No caso do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional (STRECK, 2013, p. 21).

Ao ver o ativismo judicial no direito comparado, pode-se observar que sua caracterização importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional. O fenômeno será percebido diferentemente de acordo com papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário (RAMOS, 2010, p. 104).

O termo que se atribui ao ativismo judicial tem sua origem na análise dogmática processual alemã e nos estudos da ciência política norte-americana (SILVA, 2013, p. 166). Ao ver o ativismo judicial nos Estados Unidos e na Alemanha se faz necessário descrever como se deu o ativismo judicial no Brasil, ressaltando o sistema jurídico adotado aqui no Brasil e o dos Estados Unidos.

O sistema jurídico no Brasil é o civil Law e tem sua origem no sistema românico, em que a atividade do jurista concentra-se na lei, pois a principal fonte é a lei. Este só poderá sair do que está na lei quando todas as tentativas de assentar uma solução tiverem falhado. Só assim ele recorrerá às fontes subsidiárias, como o costume ou os princípios gerais do Direito (MARIANI, 1995, p. 29).

Há quem observa que o Brasil é originalmente Civil Law, mas devido à Emenda Constitucional nº 45, não se pode dizer que o Brasil é puramente Civil Law. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no art. 4º diz: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Quanto aos dois sistemas, *civil law* e *common law*, há uma observação interessante feita por Clarissa Tassinari (2013, p. 70) que vale descrever:

Evidenciar os diferentes contextos que separam Brasil e Estados Unidos, deve-se evitar “uma configuração caricatural das duas famílias de direitos, como se a *common law* fosse sempre e só aplicação de normas jurisprudenciais e os direitos romanos-germânicos se reduzissem à aplicação subsuntiva da lei”. É preciso reconhecer que “o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro”, ou seja, “como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas”, basta que se observe, por exemplo, que o controle de constitucionalidade, hoje, se faz parte de ambas as tradições.

Mesmo os dois sistemas sendo diferentes, eles não estão isolados um do outro, mas não são iguais, tendo, cada um, suas peculiaridades, não podendo ser implantado um dentro do outro, pois a estrutura não é a mesma.

14

A Filosofia dos Valores adveio primeiro que a Jurisprudência dos Valores, sendo que no Brasil a influência da Filosofia dos Valores veio através de Miguel Reale com a notável Teoria Tridimensional do Direito, que diz que fatos e valores se inter-relacionam e, a partir de uma dialética de implicações-polaridade, dão origem à norma⁵.

O ativismo judicial no Brasil teve início com a Constituição Federal de 1988, mas foi com a renovação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2003 e com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que se verificou o crescente estímulo à adoção de práticas ativistas (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 155).

O termo “ativismo judicial” teve seu ápice aqui no Brasil através da Constituição de 1988, porém Rogério Gesta Leal (2011, p. 10) relembra, citando a já antiga cátedra de Rui Barbosa, a interferência do Judiciário na política, que é demasiadamente artificial a distinção que se faz de questões políticas e jurídicas, pelo fato de que a interferência da Justiça, muitas vezes, consiste em transformar questões políticas em jurídicas devido ao caso apresentado, o que acarreta problemas quando não se sabe o limite dessa interferência.

.....

5 Disponível em: <<https://bit.ly/2kes03o>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

A Constituição Federal de 1988 deu amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal, mas também fez com que tivesse uma avalanche de processos, como ressalta Marcos Paulo Verissimo (2008, p. 410):

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais.

Vale ressaltar o que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal através da Constituição de 1988, em que o tribunal obteve mais poder, porém aumentou e muito sua carga de processos. Sendo ele, o guardião da Constituição, sendo a última instância, fez com que este agisse em alguns casos de forma ativista. Isso se deu devido a uma “persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo, em nome da Constituição suprem omissões e por vezes inovam na ordem jurídica, com caráter normativo” (BARROSO, 2012, p. 9).

Conforme já mencionado, foi através da Emenda Constitucional nº 45 que o Supremo Tribunal Federal obteve mais poder. A exemplo desse poder, foi criada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e da Súmula Vinculante.

O Ativismo Judicial pode ser encarado, propriamente, como um movimento de magistrados que optaram por uma ideologia da constitucionalização de matérias jurídicas. Radicam seu ponto de vista em princípios e direitos fundamentais, como se sua força normativa se estendesse diretamente à generalidade dos problemas jurídicos, embora nem todos descendam de uma norma jurídico-constitucional (GUIMARÃES, 2014, p. 93 e 94).

Urge destacar que formular um conceito do que seja ativismo judicial é complicado, uma vez que não será aceito por todos, pois alguns veem o ativismo de forma positiva tendo então seu conceito de que se faz necessário. Outros o veem de forma negativa, justificando que ele não respeita o princípio da separação dos poderes. Clarissa Tassinari (2013, p. 33) faz uma abordagem interessante quanto ao ativismo judicial:

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de definir o que seja ativismo.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 6), o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

16 Para Leal (2011, p. 1-2), ao falar de ativismo judicial em termos mais genéricos, pode-se associar a ideia de mutação normativa e social pela via de solução de casos concretos pelo Judiciário.

Ciarlini (2013, p. 103-104) discorre sobre ativismo judicial:

No sentido de afirmar uma ação para impor a execução de políticas públicas já determinadas pela Constituição e pelas leis aptas à realização dos direitos fundamentais, pode se realizar por meio de uma atividade estritamente judicial, efetivada, portanto, com a utilização do processo. Esse processo é desencadeado por um remédio jurídico constitucional próprio, devidamente previsto no ordenamento jurídico pressuposto.

Já Becattini (2013, p. 58) fala do ativismo de uma forma mais ácida, pois consiste:

Em fazer valer a Constituição que não haja manifestação do Legislativo, mesmo contrariando o Executivo. Em suma, o Poder Judiciário faria prevalecer a sua versão da Carta Constitucional, invadindo a competência reservada aos poderes Legislativos e Executivo, criando obrigações legais em caso de omissão do primeiro e determinando políticas públicas ao contrário das determinações do segundo.

Quanto às decisões ativistas, Luís Roberto Barroso (2012, p. 9 e 10) fala que devem ser eventuais, em momentos históricos determinados, porém ressalta que não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

Observa-se que o ativismo judicial, para alguns autores mencionados, é positivo devido a não atuação do Legislativo e Executivo, fazendo-se necessária essa atuação do Judiciário, entretanto para os autores que verem o ativismo judicial de uma forma negativa é o desequilíbrio que causa a separação dos poderes. Nota-se que não há uma concessão geral quanto ao ativismo judicial se o mesmo é positivo ou negativo.

Como afirmado, a autocontenção é apresentada como um conceito contrário ao de ativismo. Outro conceito que se pode confundir com o ativismo judicial é o da Judicialização.

É importante salientar que existe certa confusão entre o conceito de ativismo judicial e o conceito de judicialização. Nas palavras de Barroso (2007)⁶, o ativismo judicial e a judicialização são primos – o primeiro age de uma forma mais intensa e o outro age dentro do que a Constituição estabelece, ou seja, dentro do limite. Portanto, a judicialização no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância do modelo constitucional que se adotou, não sendo uma deliberação da vontade política, enquanto que o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance.

O fenômeno da judicialização está relacionado com o direito à saúde, pois o reconhece como um benefício oponível ao Estado por meio de ação judicial movimentando a tutela jurisdicional, posto que a Constituição de 1988 deveria alcançar tal efetividade (ALENCAR, 2010, p. 133).

A judicialização da saúde no Brasil se intensificou nas últimas décadas com a jurisprudência e intervenção do Poder Judiciário na gestão da saúde, inclusive à assistência farmacêutica através de processos judiciais, individual e coletivo, contra poderes públicos (RIOS *apud* VENTURA *et al.*, 2010).

Essa tendência teve início na década de 1990, com as reivindicações das pessoas vivendo com HIV/Aids para medicamentos e procedimentos médicos, sendo as reivindicações respaldadas no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como foco a responsabilidade conjunta da União, Estados e Municípios. Ao seu lado estava a ampla estratégia da advocacia empreendida pelas organizações dos entes federativos no cumprimento imediato dessa prestação estatal (RIOS *apud* VENTURA *et al.*, 2010).

.....

6 Disponível em: <<https://bit.ly/2wYGRbv>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

Conforme demonstrado, a judicialização da saúde é ir ao judiciário requerer um direito que está garantido na Constituição. Entretanto, podemos observar que o ativismo judicial e a judicialização são bastante parecidos, pois ambos querem garantir o direito à saúde. Mas será que antes de ajuizar um pedido de medicamento houve o pedido na via administrativa? Pois como se verá ao longo deste trabalho, o Estado e a judicialização pressupõe essa preocupação de pedido da esfera administrativa.

Observa-se que não há um conceito de ativismo judicial que é aceito por todos, mas há um ponto em comum que é a interferência do Judiciário nos outros dois poderes. Portanto surgem outros questionamentos: qual seria esse limite e será que tem limite? Não estaria ferindo o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição de 1988? É o que se verá a seguir.

Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito: Princípio da Separação dos Poderes

No tópico anterior foi discutido sobre a origem do termo ativismo judicial. Este ganhou força no Brasil através da Constituição de 1988, mais especificamente com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, podendo considerar o ativismo judicial a interferência do Poder Judiciário nos outros dois poderes. No entanto, não estaria essa interferência violando o Estado democrático de direito estabelecido pelo Poder Constituinte, uma vez que estaria violando o princípio da separação dos poderes?

Para um bom andamento da sociedade é necessário que haja a separação dos poderes, pois assim não haverá a centralização do poder e, com a separação cada um dos poderes, todos sabem suas atribuições. Mas, a partir do momento que há uma interferência direta de um poder no outro, poderá haver novamente o abuso de poder que tanto se quer evitar.

A Constituição Federal em seu art. 1º determina que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos pelo povo, pois democracia (*demos* = povo, *kratein*= governo) significa governo do povo⁷. Esse poder é exercido através do voto, que é secreto. A partir do momento que o Poder Judiciário toma decisões que caberiam ao Poder Executivo ou Legislativo, este poderá estar interferido no princípio democrático da representação.

O Brasil é um país democrático em que a representação do poder para legislar e executar de acordo com a vontade da população que é realizada através do voto. Entretanto, como bem coloca Luís Roberto Barroso (2013, p. 247-248), os juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua

.....

7 Disponível em: <<https://bit.ly/2x0QExU>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

investidura não tem o batismo da vontade popular quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação. Em alguns casos, porém, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político.

O Estado é uno, porém sua estrutura é composta pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, e todos são essenciais para a efetivação do Estado Democrático, contudo, cada um tem suas atribuições designadas pela Constituição Federal. Logo, quando há interferência de um dos poderes no outro, isso culmina na desobediência do princípio da separação dos poderes, que é uma das bases da democracia⁸.

Antes de adentrar no princípio da separação dos poderes, é necessário falar sobre democracia representativa, uma vez que esta foi estabelecida pelo Poder Constituinte.

O que se observa, na realidade, e que o funcionamento da democracia moderna é fruto de um longo debate através dos séculos, em que grandes pensadores preocupados em elaborar teorias ideais, construíram concepções de democracia baseados em diferentes visões de mundo e diferentes visões do ser humano (FRANÇA, 2007, p. 1).

Examinado a fundo o desenvolvimento da democracia, partindo-se do conceito de que ela deve ser o governo do povo, para o povo, verificar-se-á que as formas históricas referentes à prática do sistema democrático tropeçam por vezes em dificuldades. E essas dificuldades procedem exatamente – assim pensam os seus panegiristas – de não lograrmos alcançar a perfeição, na observância deste regime, o que, de outra parte, não invalida, em absoluto, segundo dizem, a diligência que nos incumbiria fazer por praticá-lo, visto tratar-se da melhor e mais sábia forma de organização do poder, conhecida na história política e social de todas as civilizações (BONAVIDES, 2013, p. 286).

Nas palavras de Negrelly (2010)⁹, onde há democracia existe a necessidade do povo encabeçar as decisões políticas, determinando o direcionamento a ser adotado pelo Poder Público.

O princípio da democracia remete à noção de governo do povo e pelo povo, em que as pessoas são livres e podem exercer sua cidadania, sendo esta opção dos brasileiros desde o início na República através da Constituição de 1891. Entretanto, o regime militar usurpou a liberdade do povo, passando a ter um autoritarismo, o

.....

8 Disponível em: <<https://bit.ly/2x0QExU>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

9 Disponível em: <<https://bit.ly/2x0QExU>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

arbítrio e a intolerância no solo pátrio. Mas, em 1988, foi recuperada a democracia, pois estabeleceu-se no Brasil uma República Democrática¹⁰.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturais e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesse diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2013, p. 121-122).

20 Nas palavras de Silva (2013, p. 128), democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo e há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Sendo um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, posteriormente para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que se tem um relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

Bonavides (2013, p. 296) fala que o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo. Eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa.

O poder emana do povo que escolhe representantes para governar o país. Este foi o regime adotado na Constituição, mas entre esse meio termo, há os partidos políticos, onde, não raramente, os “considerados instrumentos fundamentais da democracia, se corrompem. Com a corrupção partidária, o corpo eleitoral, que é o povo politicamente organizado, sai bastante ferido” (BONAVIDES, 2013, p. 299).

Bonavides (2013, p. 299) continua sua crítica aos partidos políticos:

No seio dos partidos forma-se logo mais uma vontade infiel e contraditória do sentimento da massa sufragante. Atraiçoada por uma liderança portadora dessa vontade nova, estranha ao povo, alheia de seus interesses, testemu-

.....

10 Disponível em: <<https://bit.ly/2wYEHc3>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

nam as massas então a maior das tragédias políticas: o colossal logro de que caíram vítimas. Indefesas ficam e a democracia que eles cuidavam estar seguros e incontrastavelmente em suas mãos, escapa-lhes como uma miragem.

Ribeiro e Silveira (2011, p. 82) falam que, para alguns, está se vivendo a crise da democracia representativa, alimentada pela descrença dos parlamentares, face à corrupção, impunidade e uma longa e reiterada série de abusos que dificultam a mobilização para uma convivência comum.

A Constituição de 1988 estabeleceu a democracia representativa, em que o poder emana do povo, porém quem governa são seus representantes. No entanto, existem críticas a serem feitas aos partidos políticos, pois algumas vezes eles fazem suas próprias vontades, esquecendo a vontade do povo. No entanto, mesmo com suas falhas, esse é o melhor regime, pois hoje brasileiros e brasileiras têm condições de votar e decidir quem irá governar.

A Constituição Federal estabeleceu um Estado Democrático de Direito. Não querendo mais voltar ao absolutismo, se fez necessária a separação dos poderes, onde ocorreu uma supervalorização do Poder Legislativo, tendo então um Estado Legalista, onde a preocupação era proteger o indivíduo da ingerência do Estado. Depois adveio o Estado Social (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 38-39).

Neste Estado, o principal poder era o Executivo destinado a tornar efetivas as promessas do Legislador. Posteriormente, o Judiciário se tornou mais ativo, pois os direitos sociais representavam a dimensão da igualdade. Mas foi através da crise mundial gerada pelo holocausto que foram tomadas mudanças na postura dos juízes, já que o modelo reativo de justiça não conseguiu evitar as injustiças do Estado Legalista e do Executivo que não cumpriam suas promessas (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 38 e 39).

Vale ressaltar que, de acordo com Zaneti Júnior (2013, p. 41 a 43), o Brasil nunca chegou a implantar o modelo liberal ou social, onde temos um legislador idealista e o administrador é ineficaz. Porém, hoje estamos em um Estado Democrático Constitucional, que consolida as conquistas liberais e se engloba das três dimensões de direito.

Barroso (2013, p 41) fala sobre a evolução do Estado no Brasil:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e

errado, justo ou injusto –, mansa com os riscos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

O Estado Democrático de Direito tem a confluência de duas concepções políticas. A *Rousoniana*, que consiste na máxima que o poder emana do povo, e Montesquieu, que consiste na tripartição do exercício do poder. Nesse sentido, as atividades estatais são o cumprimento dessa vontade geral fixada na Constituição e na lei (DANIEL, 2013, p. 100).

O Estado Democrático de Direito só pode ser um Estado livre e não autoritário, mas, ao mesmo tempo, um Estado humanista, que deve manter, assim, seu desiderato social, de forma a ser capaz de garantir, em um ambiente de liberdade, uma existência digna ao ser humano. Trata-se de um Estado de finalidades sociais que, por outro, giro, não pode se esboçar como um Estado paternalista (BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 279).

A separação dos poderes nasceu da obra *Espírito das leis* de Montesquieu, que distinguia as funções do Estado em três ramos distintos e independentes entre si, com o objetivo de limitar os poderes do monarca absoluto (BECATTINI, 2013, p. 17).

22

Ao Legislativo cabe editar normas jurídicas de caráter geral e abstrato, enquanto que o Executivo tem por objetivo a persecução dos interesses públicos ou o desenvolvimento de atividades e serviços. Já o Judiciário se define de forma imperativa e imparcial¹¹, onde os direitos perante casos concretos de litígios ou em abstrato, na apreciação da legalidade e da inconstitucionalidade de atos jurídicos (BECATTINI, 2013, p. 17-18).

Já o Poder Executivo existe para administrar o Estado, no entanto, ele é regido pelo princípio da legalidade e só pode fazer o que está na lei. Logo, ele não tem a mesma liberdade que os particulares, que podem fazer tudo o que

.....

11 Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho (2001), a imparcialidade do juiz é uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal e ela é garantida através da segurança do princípio do contraditório, que é uma das garantias processuais básicas do Estado de Direito, enquanto que a neutralidade pressupõe, do ponto de vista científico, o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é, em nosso entender, algo de uma impossibilidade palpante. Percebe-se que, em qualquer atividade do conhecimento humano, haverá sempre, no mínimo, uma escolha, nem que seja no que diz respeito ao próprio objeto de pesquisa. Mas o mencionado autor esclarece que mesmo a neutralidade sendo uma ilusão, é importante elemento no papel social do juiz, eis que satisfaz as exigências da sociedade, bem como viabiliza a crença na atividade de julgar. Disponível em: <<https://bit.ly/2s3cPOd>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

não lhes é proibido. Observa-se que a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais são obrigatórias ao agente estatal, que tem um caráter de dever e não de poder (MELLO, 2010, p. 13).

Ou seja, este é um Estado uno, dividido em funções, voltado a atender as necessidades e os desejos de um povo politicamente organizado, mas com atuação limitada pelas leis e principalmente pela a Constituição (BECATTINI, 2013, p. 20).

Como visto anteriormente, se faz necessária a separação dos poderes para que não haja a volta do absolutismo. Porém, para alguns doutrinadores, essa separação é ineficaz, como aponta Zaneti Júnior (2013, p. 47-48):

Atualmente, não se discute mais a separação dos poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora ela seja utilizada em um outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucionais.

Bonavides (2013, p. 158) apregoa que o princípio da separação dos poderes vale unicamente como técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados. Nunca, porém, valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque a separação absoluta ou intransponível.

Leal (2011, p. 4-5) fala da separação dos poderes citando Habermas que a crítica:

[...] que a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo, isto porque, se o sistema normativo deve ser fonte de legitimação e não simples fático da organização do poder, então o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente. O problema é que a divisão clássica e liberal dos poderes funda-se, não raro, em compreensão estreita do conceito daquele sistema normativo, restringindo-o ao princípio da legalidade em acepção gramatical, cumprido quando a execução administrativa dos interesses comunitários se limitar rigorosamente à concretização do conteúdo jurídico disposto de forma geral. Na linha dessa interpretação, a lei deve a sua legitimidade ao processo democrático, mas a sua forma gramatical.

A observância da separação dos poderes importa na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada, e para cujo exercício foram estruturados (RAMOS, 2010, p. 117), pois assim terá equilíbrio entre os três poderes, já que é o Judiciário responsável pela solução de litígio.

O termo ativismo judicial apresenta uma ambiguidade que serve para caracterizar qualquer modalidade de não interpretativismo, mesmo que não destoante dos postulados positivistas. Havendo na expressão ativismo judicial uma carga valorativa positiva ou negativa, pois depende do enfoque teórico de quem está analisando a decisão judicial (RAMOS, 2010, p. 132-133).

Para adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática do judiciário que não se filie ao interpretativo é ativista, ocorrendo uma conotação negativa do termo, que se contrapõe à democracia no Estado de Direito, à objetividade e a segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Por outro lado, aparecem os defensores da *construction* (não interpretativo), pois na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e do controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade das jurisprudências (RAMOS, 2010, p. 132-133).

Mesmo a democracia tendo suas falhas, parece ser o melhor regime. Como bem coloca Ribeiro e Silveira (2011, p. 83), pode-se dizer que o maior legado da democracia é a conscientização de que esta é um projeto em constante construção ou reconstrução, sendo também um legado de desafios e possibilidades, podendo citar a diversidade de posições e possibilidades de escolhas reais como requisitos para a existência da própria democracia.

A tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença dá vida à democracia pluralista e demonstra que se trata da forma de governo mais adequada ao projeto sabidamente imperfeito e inacabado de política contemporânea. Portanto, os debates públicos travados no Parlamento, e outros tantos fóruns, buscam a realização de um consenso, sempre provisório, uma vez que decorre da necessidade de se atualizar constantemente o compromisso de construir uma sociedade de homens livres e iguais na práxis constitucional (RIBEIRO; SILVEIRA, 2011, p. 83).

Pode-se ver que através do voto a população coloca no poder o seu candidato para governar ou legislar o país, estando assim repassando o seu poder a outro para governar para todos, tendo então uma segurança de que a vontade de todos prevalecerá. Porém, a partir do momento que o Poder Judiciário toma decisões de grande intensidade que interferem diretamente nos Poderes Executivo e Legislativo, este está fazendo com que desestruture o que o povo havia planejando, o que acaba ocasionando um distanciamento da representação Democrática, pois agora é a vontade de um juiz e não mais a vontade do povo que

está sendo realizada. Os demais poderes deverão agir conforme o decidido na sentença, o que indubitavelmente fere a legitimidade democrática, corroborando um desequilíbrio no sistema representativo.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício da legiferação (ou de outra não jurisdicional), que, aliás, em circunstancia bem delimitada, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas aos outros Poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117).

Sendo que o Brasil escolheu a democracia como regime de governo e não pode admitir tornar-se refém de quem quer que seja: nem do Presidente da República, nem de parlamentares; e também não existe razão para ter de se sujeitar ao arbítrio de eventual ativismo judicial excessivo, devendo as decisões judiciais observar os ditames da Constituição Federal.¹²

Ocorrendo essa interferência com mais intensidade do Poder Judiciário nos outros dois poderes, ocorre uma desconfiança que o Poder Executivo e Legislativo não tem autonomia, uma vez que apresentada a decisão Judiciária o Poder Executivo têm que acatá-la, enquanto que o Legislativo fica com visão de que não legisla em favor da população. Havendo um desequilíbrio de todo o sistema democrático, o qual tanto se lutou para ter.

Pode o Poder Judiciário decidir conforme sua consciência?

Já foi explanado que o regime adotado aqui no Brasil é a democracia representativa, o poder emana do povo, como estabelecido no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal. No entanto, quando o Judiciário interfere nos outros dois poderes de forma não estabelecida na Constituição ocorre então o ativismo judicial, no qual através da consciência do juiz sai uma decisão que não está respaldada na lei, pois não tendo uma teoria de decisão, o juiz fica muito livre para decidir da forma que ele achar melhor.

Quando recorre ao Judiciário, o que mais se busca é uma decisão eficaz como consequência que tenha segurança. Porém, ao analisar a história do direito através de algumas escolas podemos observar que o que se procura é uma

.....

12 Disponível em: <<https://bit.ly/2wYEHc3>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

teoria da decisão para não ocorrer absurdos, porém enquanto não se chega a essa decisão, há juízes que utilizam da sua consciência para decidir o caso concreto, fazendo com que não haja segurança jurídica, pois se ele decide com base na consciência a quem irá recorrer já que não terá segurança jurídica?

No ativismo judicial, como mencionado anteriormente, há posicionamentos que são a favor e que são contra. Para alguns, o Poder Judiciário deverá tomar as rédeas da situação, já há outros dizem que tudo deve ficar dentro do que está na lei.

Alguns fundamentam que essa interferência do Judiciário é necessária em relação aos direitos fundamentais, pois “não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais” (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 34), sendo os direitos fundamentais uma justificativa do protagonismo do Poder Judiciário.

Incidir com o argumento do protagonismo do Judiciário estaria expresso na própria Constituição Federal:

Percebe-se esse equilíbrio em uma série de passagens de nosso texto fundamental, tais como: a afirmação de que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV, da CF/88); o conteúdo de seu preâmbulo, quando institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista de pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88); os seus objetivos fundamentais e as cláusulas pétreas – asseguradoras dos limites de reforma constitucional (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 36).

Todos realmente têm direito, porém, como se viu, há uma diferença entre ativismo judicial e judicialização, que são parecidos, porém não a mesma coisa. Garantir o direito é uma coisa, mas passar por cima da organização dos poderes também não está garantindo nenhum direito, pois simplesmente está tentando acabar com um problema, conseqüentemente gerando outro.

Para alguns, a separação dos poderes e a supremacia da lei implicam na ascensão do magistrado, porém, este é um personagem sem brilho, que na versão clássica é a “boca na lei”, mas na visão de Montesquieu é um ser nulo com neutralidade implícita nas faculdades de julgar e de punir e requer seres inanimados e sem paixões sendo distantes das mazelas do dia a dia (SADEK, 2013, p. 11).

Mas com a nova visão do Judiciário, a este cabe não apenas proferir decisões sobre conflitos e ameaças a direitos individuais, mas funcionar como uma força contra majoritária, salvaguardando a Constituição (SADEK, 2013, p. 12).

O Poder Judiciário não é um poder do Estado, mas sim uma instituição pública com atribuições voltadas a garantia de direitos e a resolução de conflitos, as quais são funções essenciais. Portanto, o Judiciário não é um estatuto de poder estatal (SADEK, 2013, p. 6).

Nesse ínterim, o juiz é considerado um agente de transformação que é mais do que prometer uma solução abstrata, devendo acompanhar o desenvolvimento da decisão judicial e sua eficácia prática (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 59).

Devido a universalização do protagonismo judicial é que se pode afirmar que a concepção estrita sobre juiz “boca da lei” perdeu força, pois nos últimos tempos ampliou sua participação e converteu-se em ator político, variando assim sua expressão (SADEK, 2013, p. 15).

O juiz, ao contrário do que acontece com o legislativo e administrativo em relação à discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política, mas sim por sua própria perspectiva, ou seja, sua subjetividade e, através disso, resolve qual seria a solução mais justa para cada caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral” (RAMOS, 2010, p. 125).

Reale (1999, p. 439) fala como o juiz deve agir:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando ao sentido objetivamente válido de um preceito, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outro”, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido do ordenamento todo a que pertence.

O magistrado deverá ser ativo, porém não ativista, ter discricionariedade para interpretar hermenêutico-integrativamente o direito, mas sem ser arbitrário ou decisionista, ser um juiz que (re) cria o direito, porém não cria a partir de um grau zero de significado; deverá ser combativo e participativo sem extrapolar as suas funções. Como consequência, haverá um juiz responsável e que cumpre com a Constituição, e que trabalhe dentro da persecução de um verdadeiro Estado Democrático de Direito (HOFFMAM; CAVALHEIRO; NASCIMENTO, 2011, p. 90).

Não importa para qual direção vai a intervenção judicial extremada em campos de deliberação compartilhada ou por vezes de competência originária de outros atores institucionais e sociais, pelo simples fato de que tal compor-

tamento além de intervir espaços públicos democráticos, pode causar deslegitimação do resultado obtido e da própria democracia representativa, devendo-se, por isto, problematizar sempre os cenários e interesses envolvidos (LEAL, 2011, p. 15).

O juiz brasileiro, através da Constituição de 1988, vem ultrapassando os limites do controle de constitucionalidade, onde exala a atividade jurisdicional para o plano da jurisdição constitucional, em que todas as questões problemáticas seriam essencialmente jurídico-constitucional. Havendo exagerada recorrência à constitucionalização de matérias não necessariamente constitucionais (GUIMARÃES, 2014, p. 93).

Silva (2009, p. 33) fala que o Supremo pode declarar o que é constitucional o que está de acordo com as leis e costumes, entretanto, não pode dizer, ao surgirem novas circunstâncias, o que é aconselhável para o caso ou que lhe é mais conveniente, pois tal postura seria um exagero, nascendo uma ditadura judiciária.

No entanto, percebe-se que há concepções a favor de um juiz legislador com o argumento de que as leis estão ultrapassadas e que o Judiciário só age quando for provocado. Não estaria ocorrendo com isso um juiz solipsista?

Atuar como um juiz solipsista é deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência. É apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Portanto, pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência anteriores, próprias e pessoais, não conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles (STRECK, 2013, p. 20).

É preciso entender que o sujeito solipsista está na base de afirmações do tipo “decido conforme minha consciência” é uma construção filosófica [...]. Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar o seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de mundo como *vontade e representação*. Com efeito, como afirma Blackburn, o solipsismo “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo além deles”. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que existe apenas um Eu que comanda o Mundo, ou seja, o *mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instancia psíquica que controla a vontade. *O mundo ao re-*

dor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer decide o que é (STRECK, 2013, p. 60-61).

Streck (2013, p. 47) ressalta que, sobre as cláusulas gerais e o poder interpretativo dos juízes, utiliza-se com amplo subjetivismo e ideologias, e essas cláusulas são como uma espécie de Código do juiz.

As cláusulas gerais se mostram um perigo, pois o juiz muitas vezes se utiliza unicamente de sua subjetividade para decidir. Streck (2013, p. 48-49), ao falar dessas cláusulas gerais, reforça que, se a Constituição permitisse essas cláusulas abertas, seria o mesmo que permitir que fosse complementada por qualquer aplicador, à revelia do princípio legislativo regulamentar, sendo uma autorização para ativismos que ao fim deságuam em decisionismo, concluindo que qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam construir princípios que substituíssem ou derrogassem até mesmo dispositivos constitucionais, sendo um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o direito deve ter no Estado Democrático de Direito.

Grau (2014, p. 19) faz uma observação interessante sobre os juízes. Para ele, magistrados devem aplicar o direito, uma vez que não fazem justiça, já que vamos à faculdade de direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia e a história. Portanto, juízes decidem (ou devem decidir) não subjetivamente, de acordo com o seu senso de justiça, mas aplicando o direito que é a Constituição e as leis.

Entretanto, Grau (2014) fala que essa postura do juiz não significa que cada decisão seja matematicamente previsível, pois além do direito ser uma prudência, a lei é abstrata e geral, devendo ser interpretada e aplicada a cada caso. Grau (2014, p. 19-20) compartilha o pensamento de Marx, que diz que “a lei é universal; o caso que deve ser decidido através da lei é individual; para submeter o individual ao universal é necessário um julgamento; o julgamento é problemático; o juiz também faz parte da lei; se as leis fossem aplicadas por si mesmas, os tribunais seriam supérfluos”.

Grau (2014, p. 20) conclui que um juiz é necessário, já que cada caso é um caso, devendo este sempre interpretá-lo. O direito é um caminhar de um ponto ao outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial singular.

Complementado a fala de Grau (2014), Streck (2013, p. 25) diz que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é o Tribunal no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes.

O juiz deverá interpretar o direito cumprindo assim o papel que a Constituição lhe atribui. Transformando em coisa-juiz e passa a ser uma representação

para os outros, não sendo ele mesmo, mas somente o juiz (GRAU, 2014, p. 21). Streck (2013, p. 60) ressalta:

Depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ría)mos continuar a *delegar ao juiz a apreciação discricionária* nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidade e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado (Grifos no original).

Os juízes têm liberdade, mas essa liberdade deverá estar nos limites da lei, pois a partir do momento em que se utiliza de sua subjetividade, poderá ter decisões injustas e sem segurança jurídica. Deve haver um meio termo entre a Administração Pública e o Poder Judiciário.

Considerações finais

30

Insta salientar que o presente artigo teve como objetivo discutir quanto ao ativismo judicial. Ainda indagou-se a respeito da segurança jurídica oferecida pelo assunto, ou se este é um meio de os juízes decidirem conforme sua consciência. Buscou-se responder a seguinte questão: o ativismo judicial é uma segurança ou uma desconfiança?

Nesse ínterim, fez-se necessário aludir quanto ao Estado Democrático de Direito, bem como a separação dos poderes, chegando-se à conclusão de que é necessário para um bom andamento da sociedade que haja a separação dos poderes, pois assim não haverá a centralização do poder e, com a separação cada um dos poderes, todos sabem suas atribuições.

Através do ativismo judicial acontece uma interferência de mais intensidade do Poder Judiciário nos outros dois poderes, ocorrendo, assim, uma desconfiança que o Poder Executivo e Legislativo não têm autonomia, uma vez que apresentada a decisão Judiciária, o Poder Executivo têm que acatá-la, enquanto que o Legislativo fica com visão de que não legisla em favor da população. Havendo um desequilíbrio de todo o sistema democrático, o qual tanto se lutou para ter.

Por fim, o presente artigo discorreu sobre a consciência do juiz que reflete em sua decisão, uma vez que não está respaldada na lei, pois não tendo uma teoria de decisão, o juiz fica muito livre para decidir da forma que ele achar melhor.

Acrescenta-se que o presente trabalho não tem a pretensão de apresentar uma teoria da decisão ou aludir qual é a melhor, mas apenas de trazer o debate quanto à necessidade de discutir sobre a teoria da decisão, uma vez que poderemos estar diante de um juiz solipsista.

Por fim, ao discorrer quanto ao ativismo judicial em um Estado Democrático de Direito, chega-se à conclusão de que o mesmo é uma desconfiança, uma vez que não traz segurança jurídica e, ainda, desestrutura a separação dos poderes estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Assevera-se que há necessidade de continuar estudando quanto ao ativismo judicial, tendo em vista que presente trabalho não esgotou todo o assunto.

Referências

- ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALENCAR, V. F. **Judicialização da saúde e direitos humanos fundamentais**. Maestria, Sete Alagoas, v. 1, n. 8, p. 129-141, 2010.
- BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2KJm5ie>>. Acesso em: 05 mar. 2015.
- BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BECATTINI, S. R. B. **Dilemas da atuação do Poder Judiciário sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2013.
- BONAVIDES, P. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CIARLINI, A. L. A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DANIEL, J. M. Discricionariedade em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). **O controle de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANÇA, P. S. **Os fundamentos da democracia: análise das teorias de Aristóteles, Kelsen e Bobbio.** Porto Alegre, 2007. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2ISUjm7>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

GOMES, F. B. **O modelo alemão de controle de constitucionalidade.** Revista Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 153-180, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2IXEoTi>>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GUIMARÃES, I. S. **Prisão preventiva o STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade.** Curitiba: Juruá, 2014.

HOFFMAM, F.; CAVALHEIRO, L. N.; NASCIMENTO V. R. Dworkin versus Cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao estado democrático de direito? **Revista do Direito**, Santa Cruz Do Sul, n. 36, p. 80-94, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2GE8lml>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

32

LEAL, R. G. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: Aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, R. G.; LEAL, M. C. H. (Org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARIANI, C. R. **Os sistemas jurídicos.** Akropolis, Umuarama, v. 3, n. 12, p. 26-34, 1995.

MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Melheiros, 2010.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, M. **Filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, F. A.; SILVEIRA, J. P. Pluralismo, identidade e representação democrática. In: MACHADO, F.; CATTONI, M. (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SADEK, M. T. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política.** In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, R. J. **A expressão do legítimo ativismo judicial:** decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos. Brasília, 2009. 77f. Monografia (Pós-graduação em Ativismo Judicial) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2wYEHc3>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, A. K.; MORAIS, F. S. **Ativismo Judicial:** As experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 53, p. 137-164, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2IAg1fe>>. Acesso em: 05 de março de 2015.

VENTURA, M.; SIMAS, L.; PEPE, V. L. E.; SCHRAMM, F. R. Judicialização da saúde, acesso à saúde e a efetividade do direito à saúde. **Physis:** Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2L7PZ01>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ZANETI JÚNIOR, H. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e garantia. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). **O controle de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.