



EQUIDADE:

**REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima
Governador

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. Cleinaldo de Almeida Costa
Reitor

Prof. Me. Cleto Cavalcante de Souza Leal
Vice-Reitor

Profa. Ma. Kelly Christiane Silsa e Souza
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Profa. Ma. Samara Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Profa. Dra. Maria Paula Gomes Mourão
Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Profa. Dra. Maria Olivia de A. Ribeiro Simão
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. André Luiz Tannus Dutra
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Me. Orlem Pinheiro de Lima
Pró-Reitoria de Administração

Profa. Dra. Maristela Barbosa Silveira e Silva
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga
Coordenadora do curso de Direito

**EQUIDADE:
REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga, UEA
Coordenação do curso de Direito

Profa. Dra. Patrícia Fortes Attademo Ferreira,
UEA

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar, UEA
Editores Chefe

Profa. Ma. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, PUC-
SP

Profa. Dr. Danielle de Ouro Mamed, UFMS
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Conselho Editorial

Profa. Dr. Lidiane Nascimento Leão, UFOPA
Prof. Me. Assis da Costa Oliveira, UFPA
Prof. Dr. Nirson da Silva Medieros Neto, UFOPA
Comitê Científico

Prof. Dr. Daniel Gaio - UFMG/MG
Prof. Dr. Paulo Victor Vieira da Rocha, UEA
Prof. Me. Alcian Pereira de Souza, UEA
Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA
Profa. Ma. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima
Prof. Dr. Ygor Felipe Távora da Silva
Prof. Me. Neuton Alves de Lima
Avaliadores

Profa. Ma. Monique de Souza Arruda
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 2. Nº 2, Julho – Dezembro 2020.

ISSN: 2675-5394

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da Universidade do Estado do Amazonas/ Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol. 2. Nº 2. (2020). Manaus: Curso de Direito, 2020.

Semestral

1. Direito – Periódicos. I. Título

CDU 349.6

**O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE
DEMOCRÁTICA E SEUS RISCOS**
*THE PHENOMENON OF JUDICIAL ACTIVISM ON THE BUILDING OF A
DEMOCRATIC SOCIETY AND ITS RISKS*

Carlos Rodrigues Melo¹
Dimis da Costa Braga²

Resumo: Este artigo propõe exame sobre as consequências que o ativismo judicial pode gerar para as instituições democráticas no Brasil. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário promove uma interpretação proativa e expansiva das normas constitucionais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, cenário em que há cada vez mais intervenção na competência dos demais poderes no tocante a apreciação e execução de determinadas matérias e pautas políticas. Por isso, o estudo dessa problemática é fundamental para observar até que ponto a postura ativista de juízes e tribunais é positiva na tutela de direitos fundamentais ou se dessa prática podem surgir desarranjos institucionais. Para tanto, inicialmente foram estabelecidas linhas gerais referentes ao conceito do fenômeno do ativismo judicial a partir de variadas perspectivas, e analisada a forma como ele se intensificou no ordenamento jurídico pátrio. A metodologia utilizada foi o da pesquisa bibliográfica, com análise da literatura já publicada, apoiada em livros, publicações e periódicos sobre o tema, bem como estudo da legislação brasileira e julgamento de alguns casos, além disso foi empregado o método hipotético-dedutivo na elaboração deste trabalho.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Riscos. Instituições democráticas.

Abstract: *This article proposes an examination about the consequences that judicial activism can generate to Brazilian's democratical institutions. Since the promulgation of the Constitution of Brazil, 1988, the Judiciary promotes a proactive and expansive interpretation of the constitutional rules, especially the Supreme Federal Court, a scenario in which there's more and more intervention on other Power's efficiency regarding the appreciation and execution of certain political matters and issues. For this reason, the study of this issue is fundamental to observe to what extent the activist stance from judges and courts is positive on protecting fundamental rights or whether institutional disruption may arise from this practice. For this purpose, initially, general lines were established regarding the concept of phenomenon judicial activism from a variety of perspectives and analyzed how it intensified in the national legal order. The methodology used was based on bibliographical research with literature analysis already published, based on books, publications, and journals about the subject, as well as the study of some brazilian laws and trials. Also, it was used the hypothetico-deductive method on the elaboration of this project.*

Keywords: *Judicial activism. Risks. Democratic institutions.*

¹Discente do curso de bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Contato: carlos.melo.16@outlook.com

²Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1991) mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2014) e doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2019). Atualmente é Professor da Universidade do Estado do Amazonas e magistrado do TRF da 1ª Região, titular da 5ª Vara Especializada em Matéria Ambiental e Agrária da Seção Judiciária de Rondônia. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8515849108906264>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9204-1365>. Contato: dbraga@uea.edu.br

INTRODUÇÃO

O presente estudo é direcionado a análise da repercussão do ativismo judicial para instituições democráticas. A princípio foram traçadas linhas conceituais a partir da visão de alguns estudiosos sobre o fenômeno, além de ser examinado o contexto histórico e político no qual proporcionou a sua aparição cada vez mais recorrente no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo as diretrizes do movimento neoconstitucionalista, o Brasil incorporou os ideais teóricos e normativos desse modelo constitucional na carta de 1988, que trouxe grandes modificações no nosso sistema jurídico, como a consagração de uma gama de direitos sociais e diretivas políticas, o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos dispositivos nela integrados como os princípios e valores constitucionais, e a própria função da Constituição para resolução de conflitos no ordenamento jurídico (NOVELINO, 2016, p. 60).

No entanto, as transformações derivadas dessa nova sistemática adotada trouxeram importantes problemas acerca da exigibilidade dos direitos sociais, a eficácia das normas programáticas e os limites do controle de constitucionalidade, que desde então são frequentemente discutidos na alçada do Supremo Tribunal Federal (VERÍSSIMO, 2008, p. 408).

Além disso, importante notar que a grave crise de representatividade que vivenciamos é outro fator que acentua a deliberação nas altas cortes de tais direitos, na medida em que, no âmbito dos outros poderes se veem frustradas demandas que reclamam sua devida efetividade. Nesse sentido, novas técnicas de interpretação permitiram a expansão do exercício da atividade jurisdicional no exame de matérias que antes eram discutidas na arena política, tendo em vista a estagnação dos poderes políticos no cumprimento das normas constitucionais (MORAES, 2016, p. 1143).

Dessa forma, observa-se que o protagonismo judicial é reflexo da atuação do Judiciário vinculado à garantia dos direitos assegurados constitucionalmente. Ainda assim, é fundamental buscar compreender os efeitos da atuação ativista de juízes e tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que tenta sanar as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

O magistrado ao fazer a aplicação do direito exerce uma competência legal (DINIZ, 2009, p. 422), entretanto, em algumas questões carentes de regulamentação legislativa surgem decisões judiciais com fundamento, marcadamente, em normas que possibilitam uma interpretação aberta e ampla e que se atrelam a normatividade dos princípios. Em alguns casos isso acaba por interferir na competência de outras esferas, sendo este o ponto que merece

atenção neste estudo, uma vez que isso pode representar riscos no progresso democrático da sociedade.

Segundo Barroso (2010, p. 107), sobre a incompletude do sistema jurídico “[...] a Constituição não tem a pretensão de disciplinar todos os temas e, mesmo em relação aos que disciplina, somente o faz instituindo os grandes princípios - e certa indeterminação de sentido, que permite a integração de suas normas pela atuação do legislador e do intérprete”.

Nesse passo, o Decreto-Lei 4.657/42, também conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece métodos de integração do direito como a analogia, costume e princípios gerais do direito (BRASIL, 1942), que possibilitam ao juiz um meio importante para definir soluções adequadas na colmatação de lacunas (DINIZ, 2009, p. 426).

Assim sendo, este trabalho tem o escopo de identificar como o ativismo judicial pode causar desdobramentos arriscados aos segmentos democráticos, na medida em que, como se demonstrará ao longo do estudo, pode proporcionar decisões traduzidas em puro ato da vontade do julgador, crises entre os poderes e no processo democrático e ainda limitar o debate sobre questões de interesse público.

Neste ponto, a reflexão sobre as complicações da prática judicial que não observa os limites da competência de outros Poderes é indispensável para o próprio desenvolvimento da sociedade democrática. Isso porque o ativismo judicial não deve ser visto como instrumento determinante para superação de problemas encontrados tanto no âmbito das instituições como no do quadro social, haja vista ser este um fato que pode não proporcionar a solução mais adequada. Afinal, o estudo dessa problemática é importante para compreender as profundas transformações na forma de defesa dos direitos fundamentais e efetivação de matérias de política públicas.

Neste trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com uso da metodologia de pesquisa bibliográfica, com levantamento e análise da literatura já publicada sobre o assunto, impressa ou eletronicamente, a partir de livros, artigos científicos e periódicos, bem como estudo da legislação brasileira e julgamento de alguns casos.

2 CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

Dada a sua relevância e complexidade o fenômeno do ativismo judicial vem sendo objeto de estudo há bastante tempo, uma vez que impacta consideravelmente o movimento constitucionalista em diversos ordenamentos jurídicos, bem como impacta as relações

institucionais nas democracias contemporâneas, do qual não foge a experiência brasileira, tendo assim sua definição conceitual de ser analisada sob variados aspectos.

Antes de tudo, para compreender de forma clara esse fenômeno é necessário traçar linhas que delimitem seu conceito, sem com isso pretender estabelecer uma resposta definitiva, haja vista que deve ser entendido a partir de circunstâncias concretas extraídas de práticas decisórias de juízes e tribunais, sendo sua manifestação identificada dentro desse contexto, conforme estabelece CAMPOS (2014, p. 98) “o caráter dinâmico e contextual deve fazer parte do próprio conceito de ativismo judicial e é sob esta perspectiva que devem ser identificados os complexos fatores e formas de manifestação do ativismo judicial”.

Neste trabalho, o conceito de ativismo judicial é abordado a partir da revisão da literatura brasileira sobre o tema, da qual se pode extrair que são parâmetros para identificação desse fenômeno o papel que o Judiciário exerce na realização dos fins constitucionais e a relação institucional entre os Poderes.

Com a advento do denominado neoconstitucionalismo houve a afirmação da normatividade dos princípios e da Constituição, tendo como resultado a imposição de deveres no direcionamento da atividade dos poderes políticos (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 38).

Para Barroso (2006, p. 57) esse novo pensamento constitucional compreende significativas transformações e concebe novos contornos ao Estado e direito constitucional, dentre eles “como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

Como consequência dessas profundas mudanças ocorreu um alargamento no exercício de aplicação do direito, em que o Poder Judiciário adquiriu importante papel em razão das novas práticas decisórias que tem como fundamento o conteúdo normativos dos princípios (NOVELINO, 2016, p. 39), sendo essa a justificativa encontrada para atuação ativista promovida em alguns casos.

Nesse sentido, o ativismo judicial pode ser definido como uma expressão da postura do intérprete, um modo proativo e ampliativo de interpretar a Constituição, com a potencialização do sentido e alcance de suas normas, visando promover a efetiva tutela na realidade social em que opera, servindo como mecanismo para contornar o processo político majoritário que manifesta incapacidade em produzir consensos (BARROSO, 2009, p. 17).

Sob essa perspectiva se leva em consideração a função jurisdicional na efetivação de direitos fundamentais para identificar adoção de postura de caráter ativista no processo

decisório, tendo como efeito a expansão da legitimidade jurisdicional nesse aspecto. O judiciário ao decidir sobre interesses mais diversos passa a ditar formas de comportamentos e, através de decisões com esse caráter estabelece um concreto instrumento de proteção jurídica, ocupando espaço tradicional de outros poderes.

No decorrer do tempo alguns fatores contribuíram para que o Judiciário brasileiro assumisse esse protagonismo no cenário político nacional, especialmente o Supremo Tribunal Federal, o que implicou no abandono em parte de sua função típica, ou seja, a harmonização da matéria constitucional, e permitiu o surgimento dessa atuação proativa na resolução de conflito de interesses envolvendo questões fundamentais na sociedade, o que vai ao encontro dessa abordagem de ativismo judicial.

Pode-se apontar como um deles a inércia principalmente do Legislativo em atender anseios de grupos mais vulneráveis, circunstância em que o Judiciário começou a exercer essa tarefa diante das recorrentes demandas que lhe são postas, o que possibilita que haja maior interferência na competência dos demais poderes, sendo isso efeito da preocupação encontrada na Constituição de 1988 que desde aquela época procurou estabelecer medidas para amenizar esse problema (TAVARES, 2012, p. 338).

Outro fator foi a abrangência do controle de constitucionalidade estabelecido pela carta constitucional supracitada, que atribuiu essa tarefa tanto ao Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, quanto a juízes e tribunais, em controle difuso, para analisar a legalidade de leis e atos do Poder Público.

Nesse diapasão, Clève (2016, p. 16) assim também destaca, “ora, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e vazios de poder, mas não apenas neles”. Portanto, sob esse ângulo, pode-se fazer um corte conceitual para identificar ativismo judicial como a ampliação da função jurisdicional com escopo de promover a efetividade das normas constitucionais, elevando o papel do Poder Judiciário na realização desses fins em detrimento do espaço institucional de outras instituições.

Isso pode ser observado no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, em que a Suprema Corte julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo se enquadra nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal (STF, 2012). Na oportunidade, ficou estabelecido que tal prática é entendida como antecipação

terapêutica do parto com prevalência do respeito a liberdade e autonomia de vontade da mulher, uma vez que pelo fato do anencéfalo não poder desenvolver atividade cerebral não seria possível a tipificação de crime contra a vida nesse caso.

Sob outra perspectiva, o ativismo judicial consistiria na prática expansiva de poderes políticos-normativos do Judiciário, que deve ser observado a partir dos desenhos constitucionais encontrados nas constituições, sendo fruto de um conjunto de fatores institucionais, políticos e sociais, cuja manifestação ocorre por meio de variadas e complexas dimensões em decisões multifacetadas (CAMPOS, 2014, p. 46).

Nessa linha de raciocínio, tal fenômeno é verificado a partir de variadas dimensões de sua manifestação em decisões de juízes e cortes, como a dimensão do direito, metodológica, processual, estrutural/horizontal, antidialógica, hipóteses essas que encontram ressonância no ordenamento jurídico pátrio. Para Campos (2014, p. 93) “o núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida”. Desse modo, por essa concepção o ativismo judicial implicaria o predomínio jurisdicional no exercício de poder e uma acentuada capacidade de tomada de decisão em face dos demais poderes constituídos e na organização estatal.

A exemplo disso, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, que trata da criminalização da homofobia, o Supremo Tribunal Federal convencionou à aplicação dos tipos penais da Lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989) às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional (STF, 2019). Na ocasião houve o reconhecimento do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional e realizada interpretação conforme a Constituição para enquadrar atos discriminatórios por orientação sexual e identidade de gênero como crimes de racismo.

Por outro lado, segundo Veríssimo (2008, p. 410/411) “[...] a justiça brasileira, de um modo geral, acabou assumindo, por um lado, um papel marcadamente protagônico no espaço político, mas perdeu credibilidade, por outro lado, como prestadora do ‘serviço público’ de solução rotineira de controvérsias”. Nesse diapasão, para o autor o fenômeno do ativismo judicial é identificado na ocasião em que matérias de grande interesse público são definidas em pautas de políticas públicas pela via judicial, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, por ser guardião da Constituição e tais discussões em última análise chegarem a sua alçada.

Ademais, ao mesmo tempo em que à atividade jurisdicional se debruça sobre importantes matérias de interesse público e canaliza os anseios de grupos minoritários e

vulneráveis que não encontram possibilidade de consecução pelo processo legislativo, também é sobrecarregada por um grande número de processos, sendo decorrente disso o protagonismo no âmbito da Suprema Corte (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Nessa linha de pensamento “será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou iminentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático” (MACHADO e CATTONI, 2011, p. 182).

Dessa forma, as cortes e juízes, ao definirem questões importantes da sociedade civil estariam reduzindo ação reguladora e de tutela estatal, desenvolvendo por meio dessas decisões pautas próprias de política pública, sendo indicativo de prática ativista nesse sentido.

Por fim, cabe estabelecer uma diferenciação do fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política, sendo que o segundo “[...] descreve a atuação do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas, em detrimento dos demais ramos do governo, aos quais incumbiria, primordialmente, a tomada de decisões políticas” (GROSTEIN, 2019, p. 39).

Assim, a judicialização da política consistiria na transferência da discussão de temas políticos para as barras de órgãos judiciais, como resultado do arranjo constitucional adotado na Carta de 1988 (VERÍSSIMO, 2008, p. 408).

Nesse caso, levando em conta que juízes são obrigados a prover a aplicação do direito no momento em que são provocados a exercer tal competência, o que irá definir a existência do ativismo é a forma como é realizada essa aplicação no caso concreto (BARROSO, 2012, p. 8).

De acordo com o já exposto, portanto, é importante observar que este é um fenômeno complexo que abarca variados aspectos para sua definição, de modo que se buscou analisá-lo a partir da perspectiva de juristas que propuseram estudos mais aprofundados sobre o assunto, além da própria prática forense experimentada no Brasil.

3 A INTENSIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Há um contexto histórico e político em que o ativismo judicial se tornou cada vez mais recorrente na realidade brasileira que é a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo esta, inclusive, considerada um marco no constitucionalismo moderno, conforme assevera SILVA (2005, p. 89) “é um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988,

constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”. É a partir do momento em que esse complexo normativo foi implementado que gradativamente a função jurisdicional, sobretudo a exercida no Supremo Tribunal Federal, ganhou maior relevância na definição de questões sensíveis e controversas na sociedade.

Nesse sentido, alguns fatores que contribuíram para isso merecem ser destacados, como o processo de judicialização decorrente do novo desenho de acesso a jurisdição constitucional que ampliou o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, a introdução de uma gama de direitos fundamentais com conteúdo de alto teor valorativo no corpo normativo desta carta constitucional, somando a isso a transferência do poder decisório para definir questões principais da sociedade.

No ordenamento jurídico brasileiro coexistem dois modelos de controle de constitucionalidade, no qual essa tarefa é atribuída tanto ao órgão de cúpula do judiciário, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, que exerce essa atividade tanto em controle difuso como concentrado, quanto a diversos órgãos judiciais, que exercem em controle difuso (TAVARES, 2012, p. 253).

Não obstante a abrangência por si só deste modelo que abarca essas duas vias de controle judicial de leis, ainda foi conferida ampla legitimidade a múltiplos agentes para acionar esses mecanismos, como forma de reforçar o controle abstrato de normas, o que provocou grandes transformações, embora de forma não intencional, no controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico pátrio, o que acabou constituindo um paradigma altamente complexo e abrangente (MENDES, 2009, p. 1206).

Com a adoção desse extenso sistema de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 ampliou consideravelmente os mecanismos de proteção judicial, movimento esse que se seguiu com a Emenda Constitucional n. 3 de 1997 ao introduzir um novo instrumento de controle para agregar esse sistema, a ação declaratória de constitucionalidade (BONAVIDES, 2017, p. 693).

Cabe ressaltar ainda que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (BRASIL, 2004) incorporou o instituto da súmula vinculante ao texto constitucional, dando seguimento a expansão desses mecanismos, como assevera Tavares (2012, p. 309), “essa inclinação vai se intensificar com a EC n. 3/93, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, e a EC n. 45/2004, que ampliou a legitimidade ativa desta última ação e criou a súmula vinculante”.

Diante desse vasto modelo de fiscalização, o Poder Judiciário passou a ser instado de maneira cada vez mais recorrente para decidir em caráter definitivo questões relevantes no

âmbito social, aspecto peculiar também do processo de judicialização (BARROSO, 2012, p. 5).

Ademais, no contexto político de redemocratização do país houve a implementação maciça de direitos fundamentais com elevada carga valorativa no bojo da carta constitucional de 1988, como forma de resguardar a sociedade contra arbitrariedades vivenciadas anteriormente, e ainda fortalecer as estruturas da democracia e do Estado social. Nesse aspecto, foi conferida ampla extensão aos direitos sociais básicos que foram providos de forma substancial, enunciados como direitos à educação, à saúde, ao trabalho, entre outros semelhantes (BONAVIDES, 2017, p. 382).

Nesse sentido, “a radicalização objectivante dos direitos fundamentais acaba logicamente na redescoberta da Constituição como “ordem de valores e de princípios” legitimadora da ultrapassagem dos tradicionais limites metodológicos e metódicos do poder judicial” (MACHADO e CATTONI, 2011, p. 141).

Cumprir observar que nesse cenário recaiu sobre órgãos judiciais a tarefa definir medidas para a realização desses fins sociais e políticos, não raro através dos novos instrumentos providos na própria Constituição. Isso porque, no corpo da Constituição foi transformada em regra jurídica uma soma de demandas sociais, apoiadas em ideais de liberdades individuais e igualdade material, e à justiça foi atribuída a tarefa de instrumentalizar a efetividade do conjunto desses ideais (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Por isso, Koerner e Maciel (2002, p. 124) esclarecem que “a efetivação dos direitos fundamentais seria obra do círculo de intérpretes na esfera judicial construída por meio de instrumentos processuais-procedimentais”. Assim, “o fato de o ativismo ser encarado como efeito da judicialização de forma mais evidente na doutrina brasileira decorre da Constituição de 1988 e dos seus reflexos na atuação judicial desde então” (GROSTEIN, 2019, p. 48).

De todo modo, é nítido que as transformações trazidas pela Constituição de 1988 tiveram sua parcela de contribuição no processo de judicialização que ocorre no Brasil, o que por sua vez, ensejou à ascensão ativista dos órgãos judiciais nesse contexto, principalmente do Supremo Tribunal Federal (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

Nesse sentido, no decorrer do tempo o Judiciário paulatinamente se fortaleceu com o reestabelecimento da ordem democrática no Brasil. Isso, por um lado, foi construído pela manutenção de um conjunto de fatores fundamentais que asseguraram a continuidade do modelo democrático e, por outro lado, mesmo com a adoção da democracia representativa em que reforça a atitude legislativa de parlamentares, houve em grande parte a permanência no

estado de estagnação no âmbito político em determinadas circunstâncias, o que proporcionou a existência de lacunas que se permitiram ao judiciário preencher (CLÈVE, 2016, p. 70).

Em síntese, após o momento de redemocratização do país houve o estabelecimento de uma nova Constituição entranhada em compromissos e objetivos a serem alcançados, classificada como prolixa justamente por assumir diversas obrigações do quadro social e político no texto constitucional, isso “[...] reflete o claro propósito de abarcar nas malhas da sua normatividade todo o conjunto da vida social” (MENDES, 2009, p. 204).

Neste ponto, sobre o Supremo Tribunal Federal se manteve a ideia de que funcionaria como órgão de cúpula do judiciário, concentrando-lhe algumas competências originárias, competências recursais ordinárias, além de novas competências para julgamento de ações de controle constitucionalidade, esses fatores fizeram com que Judiciário brasileiro assumisse importante papel na concretização das normas constitucionais (VERÍSSIMO, 2008, p. 418).

A crise de representatividade em torno do legislativo e o fortalecimento do Judiciário foram outros fatores que potencializaram a ascendência ativista de juízes e tribunais no processo decisório de matérias com grande dissenso popular que tradicionalmente são definidas na arena política (BARROSO, 2012, p. 6).

Em suma, “nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – o espaço nobre do ativismo judicial – para a arena judicial [...]” (CAMPOS, 2014, p. 94).

Tanto é que o “[...] segundo momento ativista, especialmente no seu momento mais agudo, é caracterizado doutrinariamente pelo avanço do STF em temas tradicionalmente afetos aos outros poderes” (GROSTEIN, 2019, p. 149).

Foi nesse espaço que o fenômeno do ativismo judicial ganhou relevância na realidade brasileira e a atividade jurisdicional, principalmente a exercida no Supremo Tribunal Federal, passou a ter posição decisiva na vida política e social das pessoas, dado que diante dessa recorrente omissão legislativa sobre determinadas matérias e da incapacidade do processo político como meio de construir consensos, recaiu sobre juízes e cortes a tarefa de definir essas disposições normativas dependentes de ação regulamentatória.

4 O ATIVISMO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS NOS SEGMENTOS DEMOCRÁTICOS

Diante dos paradigmas da estabelecidos pela Constituição de 1988, tribunais e juízes passaram a desempenhar importante papel no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais que foram amplamente consagrados no ordenamento jurídico pátrio, sendo este o contexto que reforçou essa faceta do ativismo judicial no Brasil. Além disso, como em última instância cabe ao judiciário o controle de legalidade dos atos da administração pública, recaiu sobre os atores deste Poder a tarefa de fiscalizar se eventual implementação ou ausência de política públicas viola os direitos fundamentais previstos na Constituição (CRISTÓVAM e CIPRIANI, 2017, p. 172).

Dessa feita, esses fatores contribuíram para afirmar essa faceta do ativismo judicial no tocante a demandas que envolvem esses direitos sociais, uma vez que os juízes e tribunais, desempenhando a atividade jurisdicional de forma proativa, imprimem ao Estado respeito e observância cada vez maior sobre tais direitos e deveres, com impositiva de ações negativas e positivas em determinadas ocasiões (CAMPOS, 2014, p. 187).

Nesse caso, cabe mencionar que mesmo diante de lacunas no sistema jurídico o magistrado deve respeitar os limites marcados pelo direito quando promover o processo de integração (DINIZ, 2009, p. 429).

Esse processo de integração do direito diz respeito ao preenchimento de lacunas, que tem por objetivo estabelecer uma resposta jurídica a casos em que não se encontra na lei o respaldo legal (REALE, 2002, p. 211), para isso o juiz poderá utilizar, dependendo do caso concreto, elementos como analogia, costume, princípios gerais do direito e equidade.

Para Diniz (2009, p. 426) “a lacuna constitui um estado incompleto do sistema que deve ser colmatado ante o princípio da plenitude do ordenamento jurídico”. Ainda para a autora (2009, p. 425/426) essas lacunas podem ser divididas em normativas, quando não houver uma solução descrita pela lei, e lacunas de conflito ou antinomia, quando houver diversas soluções conflitantes para o caso.

De todo modo, levando em conta a falta de soluções estabelecidas pelos poderes políticos sobre algumas questões e a existência de lacunas no sistema jurídico, o magistrado ou tribunal quando provocado recorre a esses meios de integração do direito ou mesmo promove uma interpretação preponderantemente principiológica na busca da solução mais adequada.

É a partir desse cenário que se torna importante a análise da repercussão da atuação ativista de juízes sobre as demais instituições democráticas, além de averiguar os riscos e as consequências temerárias provenientes dessa prática.

No processo decisório de litígios controversos o Judiciário brasileiro deliberou sobre variados aspectos dos direitos fundamentais, imprimindo a necessidade de avanço em determinadas questões, e daí surge a preocupação em observar os pontos positivos e discutir os pontos negativos como forma de melhor compreender tal fenômeno na realidade brasileira e seu impacto nas instituições democráticas.

É cediço o saldo positivo que a atuação jurisdicional proativa possibilita no tocante a prestação dos direitos fundamentais, porém, o que necessita ser avaliado nesse contexto, é como a ausência de parâmetros para o exercício ativista da prestação jurisdicional, e a margem para atuação em desconformidade com as normas constitucionais podem ser elementos nocivos para as outras instâncias democráticas.

A primeira consideração sobre os desdobramentos da posição ativista das cortes e juízes nos segmentos democráticos, diz respeito ao receio da possibilidade de que, no processo de tomada de decisão, os magistrados adotarem de certa forma uma posição política particular ou ideológica, na medida que ocorre a submissão das outras instâncias democráticas a discricionariedade de agentes não eleitos.

É importante notar que a adoção dessa postura em grande parte vem calcada na força normativa dos princípios, com uso de elementos como a dignidade humana, razoabilidade e proporcionalidade, o que embasa o crescimento de decisões amplas e genéricas com finalidade de cumprir promessas constitucionais (CRISTÓVAM e CIPRIANI, 2017, p. 169).

Com isso, os órgãos judiciais ao adotarem esse tipo de posição sujeitam as demais instituições democráticas a decisões que podem estar permeadas de discricionariedade tendo em vista a falta de parâmetro para atividade judicial nesse sentido (COUTINHO, 2018).

Ademais, as próprias normas constitucionais por guardarem forte teor político trazem conceitos abertos e indeterminados que proporcionam ao intérprete um espaço discricionário de conformação (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 183).

Neste ponto, deve-se haver cautela acerca do limite em que os magistrados podem atuar para a consecução dos fins constitucionais, isso porque quando são provocados a deliberar sobre valores morais de interesse social são dispostos a promover a defesa de valores que consideram corretos à luz da melhor interpretação da Constituição (CAMPOS, 2014, p. 102).

Nesse sentido, “a atividade de interpretação da norma concedeu aos magistrados um poder que resvala na possibilidade de modificação axiológica de determinado instituto e de atuação eminentemente política” (MACHADO e CATTONI, 2011, p. 182).

Segundo Mendes (2009, p. 80) no plano da jurisdição constitucional a criatividade promovida por essa linha de atuação ativista não encontra limites, haja vista que o exercício interpretativo, nesse ambiente, é realizado a partir de enunciados abertos e indeterminados, além de as cortes constitucionais se encontrarem, não raro, à parte do ideal de tripartição de poderes.

Nesse contexto, há o risco de que nessa atuação ativista as cortes adotarem posição político pessoal ou ideológico em descompasso com os fins almejados, “na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva [...]” (BARROSO, 2009, p. 11).

Embora a concretização dos fins constitucionais seja um ideal a ser alcançado, não é salutar que este seja fundamento para a utilização de princípios e valores abstratos em detrimento das regras jurídicas, de modo que disso pode resultar numa indesejável condução ideológica e seletiva por parte de juízes e tribunais, ou a prestação desses direitos fundamentais de maneira desigual.

Como explica Veríssimo (2008, p. 423/424) “esse postulado de tratamento isonômico é também um problema procedimental interno aos arranjos institucionais do controle de constitucionalidade, pois esses podem, dependendo de sua configuração, reduzir ou amplificar desigualdades de tratamento no plano do direito”.

Na realidade, diante da falta de parâmetro para que magistrados atuem sempre nesse mesmo sentido proativo, há o temor de que surja um sistema judicial inseguro e direcionista (CRISTÓVAM e CIPRIANI, 2017, p. 170).

A Lei Complementar 135/10, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, trouxe novas hipóteses de inelegibilidade, com objetivo de proteger a probidade administrativa e moralidade no exercício do mandato (BRASIL, 2010), e reflete essa inquietude sobre essa possibilidade de condução em desconformidade com as normas constitucionais, já que foi marcada pelo caráter preponderantemente moralizador do processo eleitoral e dos agentes com cargos eletivos. Isso porque a referida lei contém disposições conflitantes com os ditames da Constituição Federal e que foram recepcionadas em razão dos valores morais buscados pela sociedade civil, revelando a condução dissonante das normas constitucionais no

controle de legalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADC nº 29 (STF, 2012), ADC nº 30 (STF, 2012) e ADI nº 4.578 (STF, 2012).

Acresce que mesmo com a outorga de ser o órgão responsável pela interpretação da Constituição, o Supremo Tribunal Federal está sujeito a agir de forma contraditória, com isso, em relação ao caso da Lei da Ficha Limpa, a tensão sobre a necessidade de moralização da política no Brasil pautou a decisão da Corte naquela circunstância (CLÈVE, 2016, p. 32).

Nesse viés, há temas em que se exige ainda maior legitimidade democrática para serem discutidos, encaminhados e solucionados, por exigirem uma determinada capacidade técnica ou mesmo científica, e neste ponto, reside outra inquietude quando questões com essa complexidade são levadas à apreciação judicial para se buscar a resolução adequada. Nesses casos, não se encontra no juiz de direito a figura mais legítima ou mesmo habilitada, de maneira que nessas circunstâncias deve ser levada em conta a capacidade deliberativa dos outros poderes em que há maior capacidade discricionária para uma ponderação razoável (BARROSO, 2009, p. 16).

Como se nota, a apreciação pelo Judiciário de questões tão controversas e delicadas pode gerar um resultado diverso do pretendido, ou seja, a realização dos valores constitucionais, quando se verifica que a sede judicial não é a via habilitada a produzir a melhor decisão para determinado tema, tendo em vista essa limitação da capacidade institucional de seus integrantes para a deliberação aprofundada sobre aspectos científicos, técnicos, sociológicos, econômicos e – especialmente – políticos.

Por exemplo, em casos importantes como o da pesquisa de células-tronco, em que ficou decidido pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05 (BRASIL, 2005), chamada Lei de Biossegurança, que trata dessa linha de estudo, sendo constatada a não violação ao direito à vida e a dignidade humana, e ainda o caso raposa serra do sol, onde foi resolvido pela validade da demarcação da terra indígena raposa serra de sol com condicionantes e parâmetros a serem obedecidos, conforme diz Campos (2014, p. 178) “[...] o Supremo vem cada vez mais agregando, às suas decisões, fundamentos que extrapolam o campo do direito e alcançam áreas de conhecimento totalmente estranhas às que sempre foram habitadas por juízes e Tribunais”.

Desse modo, decisões judiciais que em um primeiro momento satisfaçam demandas com esse grau de complexidade, podem se revelar inconsistentes e problemáticas posteriormente, por esta razão é difícil prover uma conclusão adequada pela via judicial quando esta demonstrar não possuir a capacidade suficiente para solucionar de maneira clara e

específica tais demandas, sendo salutar a deferência com outros poderes para o atendimento desses interesses.

Por conseguinte, a segunda consideração é relativa ao surgimento de instabilidade institucional proveniente da carência de legitimidade democrática dos magistrados para decidir questões politicamente controversas, como vem ocorrendo principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Vale ressaltar que tal problemática é oriunda na maioria das vezes em razão da ausência de projetos legislativos na execução de um conjunto de medidas que implementem avanço de pautas referentes aos direitos fundamentais, redução de desigualdade, redução da pobreza, entre outras semelhantes, na medida que são estes objetivos com exigência constitucional.

Nesse contexto, segundo Campos (2014, p. 191) o Supremo Tribunal Federal entende que está “[...] legitimado a atuar ativamente para fazer valer o projeto constitucional de inclusão social e de garantia de vida digna quando a omissão institucional colocar em risco tais objetivos. Ele está legitimado a superar os vazios de institucionalização desses direitos”. É nesse campo que há cada vez mais a imposição judicial para o cumprimento de tais demandas, com escopo de dar efetividade a integralidade desses direitos sociais.

Com efeito, é necessário haver cuidado no que diz respeito a forma na qual se propõe a realização dos compromissos constitucionais, uma vez que pode fomentar tensão nas relações institucionais. Apesar de a atividade jurisdicional ser apta a solucionar eventuais litígios tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais, tornar este o canal principal para a consecução dos fins constitucionais gera descrédito sobre os demais poderes políticos e no próprio processo democrático. Inclusive, ao se colocar nessa posição de instância definidora das principais questões da vida das pessoas, o Judiciário atrai para si intensa responsabilidade que pode ser prejudicial para sua própria credibilidade institucional.

Registre-se que a definição dessas questões vem sendo feita corriqueiramente pelo órgão de cúpula do poder judiciário, ou seja, na alçada da jurisdição constitucional em sede de controle concentrado, que deveria ser exercida apenas em circunstâncias específicas, como quando houver impedimento da participação de minorias nas discussões democráticas, sendo que nas demais ocasiões a corte deve pautar sua atuação pela deferência com os outros poderes constituídos (CLÈVE, 2016, p. 41).

No entanto, a realidade da Suprema Corte brasileira é marcada pela sobrecarga de pleitos, além de ser palco para definição de temas políticos que lhe são submetidos, como pesquisas com células-tronco embrionárias, interrupção da gestação de fetos anencefálicos,

restrição ao uso de algemas, legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (BARROSO, 2012, p. 7), e outras como a legitimação das uniões homoafetivas, criminalização da homofobia e a vedação da execução da pena após condenação em segunda instância.

É nesse contexto que deve haver cautela quanto a ideia de projetar o Supremo Tribunal Federal como uma instância política, por afetar a credibilidade tanto do Poder Executivo, como do Poder Legislativo no tocante a capacidade de resolver pelo processo democrático essas questões com grande dissenso social, e como alerta Clève (2016, p. 73) “o ativismo pode ser, em determinada conjuntura histórica, um peça fundamental para promover direitos civis, mas o mesmo discurso pode ser também manejado para a desconstrução de conquistas alcançadas duramente”.

Saliente-se que apesar da expansão ativista do judiciário que experimentamos até aqui ter sido vantajosa para o cumprimento dos fins estabelecidos na Constituição, é fundamental haver a devida prudência em relação até que ponto é desejável essa sistemática, ou se disso pode resultar graves danos institucionais diante da falta de legitimidade de cortes e juízes para a resolução dessas questões politicamente controversas, pois “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura” (BARROSO, 2009, p. 19).

Há casos em que se deve ponderar com cautela na interpretação proativa da Constituição, sendo essencial buscar em suas normas a fundamentação devida para solucionar litígios que apresentem esse grau de complexidade, e sempre levando em conta as particularidades de cada caso, para evitar invasão desnecessária na competência de outras esferas (HASSELMANN, 2019).

Importante dizer que tais demandas envolvem em grande parte a apreciação de questões morais que despertam grandes polêmicas na opinião pública, como discussão ligada à vida, liberdade religiosa, liberdade de expressão, igualdade e outras semelhantes, o que gera críticas quanto a atuação do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos sobre esses temas, na medida em que impõe efetividade a normas constitucionais que carecem de regulamentação.

A Suprema Corte brasileira ao promover a garantia na prática dessas normas estabelece disposições normativas como legislador, o que acarreta conflito entre seus pares, dado que não compete aos seus juízes a inovação no ordenamento jurídico, competência atribuída institucionalmente aos parlamentares.

O resultado disso é o desgaste de todos os poderes democráticos, tendo em vista a constante sensação de insegurança causada pelo atrito das autoridades no momento de tomada de decisão, e como bem aduz Campos (2014, p. 94) “[...] as cortes, muitas vezes, decidem influenciadas pelo comportamento de outras instituições e dos poderes políticos”.

Desse modo, a harmonia entre os Poderes, que segundo Silva (2005, p. 110) “[...] verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”, é afetada de tal modo que pode ser prejudicial para o equilíbrio harmônico que deve pautar as relações entre os Poderes constituídos e demais estruturas democráticas que mediam e regulam a forma de funcionamento do Estado.

Por fim, outra consideração a ser feita quanto aos riscos gerados pelo ativismo judicial é referente a limitação do debate público sobre determinadas matérias que exigem espaço deliberativo mais abrangente e heterogêneo. Nesse sentido, quando tais matérias são submetidas ao crivo judicial para obtenção de respostas, apesar de haver o provimento de observância às normas constitucionais, nesse processo não há a contemplação adequada do debate que tais questões necessitam.

Por exemplo, no tocante aos direitos sociais a Constituição prevê o direito à saúde, entretanto, não estabelece a forma que será feita a prestação desse direito as pessoas, não determina qual a política pública mais adequada, e não indica se a ação estatal de fornecer medicamentos e tratamentos deverá contemplar a todos ou apenas quem não possuir condições (CRISTÓVAM e CIPRIANI, 2017, p. 175).

Veja-se que estes são fatores que caberia a Administração Pública deliberar no momento de traçar planos e metas para prestação desses direitos, e quando ocorre a submissão desse tipo de demanda a esfera judicial não há o mesmo espaço para o amadurecimento da melhor decisão e equalização dos recursos disponíveis, conforme a previsão orçamentária do setor responsável pela respectiva política pública.

Nesse contexto, o ativismo judicial pode representar uma faceta mitigadora do debate público na qual não reflete transformações concretas no tecido social, na medida em que é cada vez mais adotado para conferir respostas práticas a problemas complexos. Assim sendo, o ativismo pode resultar no que Dworkin (1999, p. 451) classifica como “forma virulenta de pragmatismo jurídico”.

Nesse sentido, “o código do direito não pode ser instaurado *in abstracto* e sim, de modo a que os civis, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do

direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente determinados direitos” (HABERMAS, 1999, p. 162).

Ademais, há no processo judicial mecanismos que possibilitam uma abertura da discussão objetiva, como as figuras do *amicus curiae* e das audiências públicas, que segundo Novelino (2016, p. 145) “[...] têm como escopo o aperfeiçoamento dos instrumentos de informação, bem como o alargamento da participação da sociedade no processo constitucional, pluralizando o debate e conferindo maior legitimidade democrática e social às decisões do Supremo Tribunal Federal”. No entanto, apesar da previsão de tais instrumentos enriquecerem a pluralidade do debate dentro do processo judicial, eles não são suficientes em todas as situações, diante da complexidade que determinados casos apresentam, em razão do atropelo sobre a discussão democrática na sociedade pelo Poder competente.

Na verdade, conquanto o retrospecto do processo político no decorrer de governos de diferentes partidos e espectros político-ideológicos não seja de grandes conquistas na promoção de direitos fundamentais, esse é um ambiente com maior amplitude e representatividade para discussão coletiva. Em determinados casos é um caminho necessário para o desenvolvimento democrático das instituições no Brasil, especialmente na busca da salvaguarda e efetividade dos direitos de segmentos sociais mais vulneráveis, na medida em que mudanças comportamentais e institucionais devem ser produto do verdadeiro enfrentamento às transgressões dos direitos fundamentais suportadas pela sociedade como um todo.

Nesse sentido, “quanto mais se oferecem soluções técnicas a problemas políticos, em nome de governabilidade, paradoxalmente, menor tende a ser a efetividade das decisões tomadas” (MACHADO e CATTONI, 2011, p. 80). Essa análise serve também para a atuação judicial que pretende sanar as lacunas jurídicas em prol da garantia dos direitos fundamentais, uma vez que este ambiente institucional não oferece o mesmo espaço que os demais poderes para deliberação e enfrentamento de determinados problemas sociais e, em alguns casos o pronunciamento judicial não promove efetividade na prática desses direitos.

Assim sendo, a atividade jurisdicional deve pautar sua atuação no bom senso entre a passividade judicial e o pragmatismo jurídico em determinados casos, em especial no Supremo Tribunal Federal, de modo a evitar apreciação de matérias puramente políticas e apenas interferir de maneira proativa em razão da gravidade do caso concreto e na garantia da prevalência dos direitos fundamentais (MORAES, 2016, p. 1146).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expressão crescente do ativismo judicial na realidade brasileira revela que este não é produto originário unicamente da interpretação proativa que juízes e tribunais fazem da Constituição. Isso porque sua causa pode ser encontrada nos mais variados fatores possíveis, sobretudo, naqueles adotados na Carta de 1988. Dentre eles está o arranjo constitucional que consagrou extenso rol de direitos fundamentais e diretrizes políticas, a ampla sistemática no controle de constitucionalidade de leis e atos da Administração Pública ou, ainda, o próprio desenho institucional do Supremo Tribunal Federal. E, por fim, a vacância legislativa no tocante a execução de pautas políticas que assegurem devidamente a proteção dos direitos fundamentais é outra fonte do protagonismo adquirido pelo Poder Judiciário.

Esse conjunto de fatores conferiu grande relevância à atividade jurisdicional na definição de questões importantes da sociedade civil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No entanto, o ativismo judicial não deve ser encarado como resposta única e definitiva para demandas sociais que exigem transformações fundamentadas em discussões amplas e diversificadas em que sejam minuciosamente avaliados elementos políticos, sociológicos, filosóficos, culturais e econômicos. Pelo contrário, deve ser vista com cautela a tendência na qual os órgãos judicantes se autoconferem a tarefa de imprimir eficácia aos direitos fundamentais, quando em invasão à seara de atuação de outros poderes.

Isso pois, seja na defesa dos direitos fundamentais, seja na efetivação de pautas de políticas públicas, a adoção do posicionamento ativista por juízes e tribunais pode resultar em ações fora do alcance da Constituição. Como foi visto nesse trabalho, essa prática pode ter efeitos negativos no ordenamento jurídico, o que representa verdadeiros riscos para o desenvolvimento das relações democráticas em nível institucional, entre eles a fomentação de insegurança jurídica derivada do conflito permanente das instituições, o cerceamento do debate público sobre questões controvertidas de interesse social e ainda o direcionamento a partir da posição política particular ou mesmo ideológica de magistrados.

Em verdade, as instâncias judiciais, quando provocadas, podem e devem combater a omissão sistêmica encontrada na esfera legislativa para salvaguardar minimamente os direitos constitucionais (MENDES, 2009, p. 1268), mas com as cautelas devidas para não invadir o espaço político de atuação de outros Poderes, que pode provocar reações violentas e cercear o debate público, resultando em atraso institucional.

É que em determinadas circunstâncias a postura ativista dos magistrados podem dificultar o necessário progresso do debate público, ao estabelecer decisões que criam falsa

sensação de que o problema está resolvido, quando na verdade ocorre apenas um abrandamento momentâneo no atrito que envolve a discussão sobre determinadas matérias. Como efeito negativo desse abrandamento, adia-se o problema no âmbito do Poder competente e abre-se um conflito entre este e o Judiciário, afetando a harmonia que deve pautar as relações entre eles.

É certo que o déficit estatal na promoção de planos, políticas e programas públicos e prestação de direitos fundamentais reforça o cenário de juízes e tribunais operantes na tomada de decisão de questões importantes, como acontece com o Supremo Tribunal Federal. Todavia, essa perspectiva do ativismo judicial tem de ser vista com algumas ressalvas, pois o avanço adequado sobre alguns assuntos que envolvem o desenvolvimento institucional apenas será possível por meio do aperfeiçoamento do diálogo democrático.

Do conjunto, o que se depreende é que o ativismo possui, por um lado, um potencial transformador na efetivação das normas constitucionais e, por sua vez, não deve ser visto como eixo central na superação de problemas de ordem institucional e social. Isso porque, seja na busca da garantia dos direitos fundamentais ou apreciação de questões com alto teor político, o exercício da atividade jurisdicional deve ser pautado pela cautela, haja vista os riscos de desarranjo institucional provenientes da linha de atuação ativista.

Afinal de contas, as pretendidas mudanças comportamentais e evolução institucional, via de regra, somente serão possíveis por meio do entendimento coletivo forjado em discussões que envolvam a participação e sejam mesmo capitaneadas pelos segmentos político-institucionais, especialmente os Poderes Legislativo e Executivo, haja vista sua legitimidade institucional, resultando em efetivo fortalecimento das instituições e da cultura democrática.

REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro. Revista da Faculdade de Direito -UERJ, n.º 21, jan./ jun. 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 2 maio. 2019.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, n.º 33, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 2. Nº 2, Julho – Dezembro 2020.

ISSN: 2675-5394

BRASIL. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. **Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-publicacaooriginal-68798-pe.html>>. Acesso em: 3 de set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília-DF. Julgado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.** Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário. Brasília-DF. Julgado em 13/06/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.

_____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF. Julgado em 16/02/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>> . Acesso em 3 de out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30.** Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. Brasília-DF. Julgado em 16/02/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 3 de out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578.** Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. Brasília-DF. Julgado em 16/02/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em 3 de out. 2020.

CAMPOS, Carlos A. de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Governo democrático e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COUTINHO, Elvio Ibsen Barreto de S. Descriminalização do aborto: entre a omissão do legislador e o ativismo judicial. **Revista Justiça & Cidadania.** 2018. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/descriminalizacao-do-aborto-entre-a-omissao-do-legislador-e-o-ativismo-judicial/>>. Acesso em: 27 fev.2020.

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 2. Nº 2, Julho – Dezembro 2020.

ISSN: 2675-5394

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoela Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**. v. 13, n.º 3, p. 163-188, dez. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSELMANN, Gustavo. **Ativismo judicial no STF: Acertos ou desacertos?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/294916/ativismo-judicial-no-stf-acertos-ou-desacertos>>. Acesso em 27 fev. 2020.

KOERNER, ANDREI; MACIEL, DÉBORA ALVES. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “a brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, 2008.

Data de submissão: 16 de junho de 2020.

Data de aprovação: 22 de setembro de 2020.