

A MITIGAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA BRASILEIRA: A CRIAÇÃO DE LEIS PELO PODER JUDICIÁRIO

THE MITIGATION OF JUDICIAL ACTIVISM AND BRAZILIAN DEMOCRACY: THE CREATION OF LAWS BY THE JUDICIARY

Camila Vitória Oliveira e Silva

Caroline Alves de Almeida

Resumo: A presente pesquisa aborda como tema central o ativismo judicial, através do estudo sobre o papel dos tribunais na formulação e implementação de políticas públicas, examinando suas origens, manifestações contemporâneas, impactos na sociedade e as implicações para a democracia e o Estado de Direito. Essa discussão tem como principal tópico a separação de poderes de Montesquieu, que delimita as atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e como contraponto o fenômeno da judicialização, que implica na transferência de parte do poder político das instituições políticas tradicionais para o Judiciário. A pesquisa também aborda as críticas ao ativismo, questionando-se a postura dos Magistrados e os próprios limites do Poder Judiciário, e os pontos favoráveis, com o entendimento de que os tribunais devem preencher as lacunas na legislação deixadas pela omissão do Legislativo ou Executivo na implementação de direitos fundamentais. Por fim, uma análise sobre os pontos abordados na pesquisa.

Palavras-chave: separação dos poderes; ativismo judicial; constitucionalidade; Carta Magna.

Abstract: This research addresses judicial activism as a central theme, through the study of the role of courts in the formulation and implementation of public policies, examining their origins, contemporary manifestations, impacts on society and the implications for democracy and the rule of law. This discussion has as its main topic the separation of powers of Montesquieu, which delimits the attributions of the Executive, Legislative and Judiciary Branches, and as a counterpoint the phenomenon of judicialization, which implies the transfer of part of the political power from traditional political institutions to the Judiciary. The research also addresses the criticism of activism, questioning the posture of the Magistrates and the very limits of the Judiciary, and the favorable points, which understands that the courts must fill the gaps in the legislation left by the omission of the Legislative or Executive in the implementation of fundamental rights. Finally, an analysis of the points addressed in the research.

Keywords: separation of powers; judicial activism; constitutionality; Magna Carta.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial emerge como um tema central e dinâmico nas discussões contemporâneas sobre a atuação do Poder Judiciário. Ao longo das últimas décadas, observamos um crescente interesse e questionamento sobre o papel dos tribunais na

formulação e implementação de políticas públicas, bem como na interpretação das leis e normas constitucionais. A discussão sobre essa temática concentra-se na independência dos agentes judiciais durante o processo de tomada de decisões, situado no espaço que se estende entre os dados jurídicos e factuais de uma situação em julgamento e a elaboração do caso para a decisão. O debate sobre o ativismo abraça essa discussão, enquadrando-a no contexto do papel do Poder Judiciário, do modelo de decisão e do comportamento ou postura adequados a uma ordem constitucional e democrática.

Utiliza-se como referência uma concepção idealizada do governo representativo e constitucional do século XIX, com poderes restritos pela separação de poderes e pela garantia de direitos individuais. O Judiciário teria uma missão e modo de atuação claramente definidos: resolver disputas concretas e interpretar as leis aplicando normas gerais a casos específicos. Esse modelo implicaria a moderação dos juízes, uma vez que se presumia que situações de inovação e incerteza seriam incomuns, sendo previstos procedimentos excepcionais para decisões nessas circunstâncias.

O presente trabalho busca explorar e analisar as diversas facetas do ativismo judicial, examinando suas origens, manifestações contemporâneas, impactos na sociedade e as implicações para a democracia e o Estado de Direito. Ao entender as nuances desse fenômeno, esperamos contribuir para um debate informado e crítico sobre o papel do Judiciário nas complexidades do cenário jurídico e político moderno.

2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para Canotilho (1991) o exercício do poder reside na capacidade de tomar decisões em benefício da coletividade. Essa prerrogativa está intrinsecamente ligada à soberania estatal, sendo vital ressaltar que o detentor exclusivo desse poder é o povo, conforme enfatizado pelo parágrafo único do artigo 1º da Carta Magna, 1988 “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”. A singularidade, supremacia e indivisibilidade caracterizam esse poder, o qual pode ser exercido diretamente pelo povo ou por meio de seus representantes eleitos.

Para a doutrina consagrar a unicidade e indivisibilidade do poder, é essencial compreender que há uma divisão funcional em seu exercício, com a alocação de cada função governamental básica a um órgão independente e especializado. Dessa forma, embora o poder seja uno e pertença ao povo, a maneira como o Estado o exerce é

fragmentada, com funções específicas sendo separadas para otimizar a eficiência em prol do interesse público (Canotilho, 1993). Essa divisão funcional do Poder do Estado, embora tenha sido discutida ao longo da antiguidade, foi sistematizada de maneira mais evidente por Montesquieu no século XVIII, em sua obra "O Espírito das Leis", publicada em 1748, na qual ele descreve:

Só o poder freia o poder, tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três Poderes: o de fazer leis, o de executar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências entre os indivíduos (Montesquieu, 1748, p. 168).

A proposta de Montesquieu (1748) para a separação funcional dos poderes visa evitar o absolutismo, impedindo a concentração excessiva de poder nas mãos de um único indivíduo ou grupo. Segundo Montesquieu, para equilibrar o exercício do poder, é crucial realizar essa divisão funcional, permitindo que um poder, em suas atribuições, equilibre a autonomia e intervenha, quando necessário, no outro. Esse conceito proporciona harmonia e maior organização na esfera governamental de um Estado, sendo conhecido como o sistema de freios e contrapesos.

A atribuição das funções essenciais do Estado a cada poder busca estabelecer um equilíbrio, impedindo que qualquer um deles se corrompa e comece a exercer a soberania de maneira arbitrária e individual. Essa divisão funcional é indispensável para a manutenção e consolidação da democracia (Barral, 2006). Como já salientado, o poder é uno, mas a forma como o Estado o exerce é fragmentada; as funções específicas são segregadas visando uma eficiência aprimorada em prol do interesse público.

Nesse cenário, é crucial ressaltar que a missão do Poder Legislativo consiste na criação de normas que regem o Estado, os cidadãos e as entidades públicas e privadas. Já o Poder Executivo tem a responsabilidade de governar e administrar os interesses públicos, enquanto o Judiciário atua na garantia dos direitos individuais e coletivos, além de resolver conflitos entre particulares ou entre estes e o Estado (Brasil, 1988).

2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

O surgimento do fenômeno da judicialização teve início com a promulgação da Constituição de 1988, que marcou o processo de redemocratização do país e concedeu ao Poder Judiciário a prerrogativa de intervir em diversas questões. A judicialização implica

na transferência de parte do poder político das instituições políticas tradicionais para o Judiciário. Isso significa que questões de grande relevância econômica, social ou moral têm sua decisão final nas mãos do Judiciário (Barroso, 2009).

O protagonismo judicial engloba duas formas distintas de ocorrência, a judicialização e o ativismo judicial, cada uma representando diferentes maneiras de alterar a interação entre direito, política, sociedade e Poder Judiciário na atualidade. Apesar de frequentemente serem discutidos em conjunto, a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos que podem e devem ser distinguidos com base em suas origens e limites, a fim de proporcionar uma compreensão mais clara de cada um. (Barroso, 2009).

A judicialização refere-se ao fenômeno em que questões políticas ou sociais de grande relevância são resolvidas pelo Poder Judiciário, em vez das instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo. No contexto brasileiro, é uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, não sendo uma escolha deliberada. O Judiciário é acionado e decide estritamente dentro dos limites dos pedidos apresentados, não tendo a opção de ignorar ou recusar casos que atendam aos requisitos legais. Este processo não é resultado de uma escolha ideológica ou filosófica, mas sim da aplicação rigorosa do ordenamento jurídico vigente. No Brasil, é resultado de um arranjo institucional específico. Esse arranjo se baseia em uma ampla constitucionalização e em um modelo de controle de constitucionalidade que confere a todos os juízes o papel de juízes constitucionais e permite que ações diretas sejam propostas diretamente ao STF (Barroso, 2009).

Dessas transformações sociais, surgiu o comportamento assegurador adotado pelo Poder Judiciário que foi denominado “ativismo judicial” pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. para a revista *Fortune*. Ele descreve que os juízes da Suprema Corte foram categorizados em diferentes tipos: juízes ativistas, que priorizam a defesa dos direitos das minorias e dos menos favorecidos; juízes ativistas enfocados na defesa das liberdades individuais; juízes que se autolimitam; e juízes que buscam equilibrar as forças, colocando o ativismo como o oposto direto da autolimitação judicial, refletindo as perspectivas dos magistrados sobre o papel do judiciário (Cardoso, 2013), posteriormente, pelos Constitucionalistas.

O artigo de Arthur foi elaborado em um momento em que a Suprema Corte dos Estados Unidos estava promovendo mudanças significativas nas práticas políticas, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Essas mudanças ocorreram sem envolver a participação dos órgãos representativos do povo, ou seja, sem a

participação ativa dos Poderes Legislativo e Executivo (Cardoso, 2013). A partir desse momento, o termo ganhou ampla popularidade e foi amplamente utilizado na jurisprudência dos Estados Unidos, rapidamente se disseminando para outros países. Ele se refere ao ativismo como a interferência do Judiciário em questões, geralmente políticas, tanto na formulação quanto na implementação de políticas públicas.

O ativismo judicial é, portanto, uma consequência da judicialização – mas não somente dela. A primeira manifestação do ativismo judicial remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, coincidindo com a expansão das garantias de direitos consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948, assim como nas constituições recentemente promulgadas por nações democráticas, como a atuação da Suprema Corte Americana.

Nas palavras de Barroso, (2012 p. 04):

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Essa atuação representou o ponto de partida para um pensamento mais aberto em relação à interpretação dos direitos fundamentais, assim como dos princípios gerais do direito. O que a Corte realizou foi uma ampliação dos direitos civis e políticos dos americanos sob uma perspectiva mais voltada para as garantias individuais. Decisões emblemáticas, como aquela relacionada à segregação racial, na qual a Corte declarou a inconstitucionalidade da separação entre brancos e negros nas escolas, resultariam em transformações sociais significativas nos Estados Unidos.

Segundo Barroso (2012, p. 04):

Foi na atuação proativa da Suprema Corte Americana que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)".

O ativismo judicial é uma postura proativa adotada pelo Poder Judiciário ao interpretar a Constituição de forma ampla, muitas vezes estendendo seu significado e impacto. Geralmente surge em situações em que o Poder Legislativo e a sociedade civil não conseguem resolver efetivamente questões sociais. Essa abordagem representa uma tentativa do Judiciário de desempenhar um papel mais ativo na realização dos objetivos constitucionais, interferindo mais diretamente nas atividades dos outros poderes (Barroso, 2005).

4 A INTERVENÇÃO E O *BACKLASH EFFECT* COMO RESULTADO DO ATIVISMO JUDICIAL

Apesar de resolver atrasos do Poder Legislativo em editar novas leis, a argumentação em favor da importância do ativismo judicial não recebe consenso universal na comunidade acadêmica. Reconhecidos doutrinadores como Reverbel, Nunes e Bahia, que questionam a postura proativa dos juízes, argumentando que estamos vivendo na era do "império da toga", onde emerge uma classe de magistrados que aspiram a ser vistos como "super-heróis".

Segundo Reverbel, (2009 p. 08):

O ativismo pode ser definido como a interferência do juiz nos assuntos políticos, ultrapassando, desse modo, os limites do campo jurídico, "isto se dá dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos.

Nunes e Bahia (2011) expressam objeções ao ativismo quando é justificado com base na suposta importância que a decisão terá para a sociedade; de acordo com eles, é difícil prever os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões judiciais.

Abordando o mesmo assunto, Ferreira Filho (2001 p. 70) argumenta que:

O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso.

É importante distinguir a diferença entre "ativismo judicial" e o "maior protagonismo do Poder Judiciário". A última é uma consequência natural do neoconstitucionalismo, em que o Judiciário, como "guardião da Constituição", deve

garantir sua força normativa, questionando atos e omissões do Poder Público que violem os princípios constitucionais. Por outro lado, o ativismo representa um exagero, uma intervenção desproporcional do Judiciário (Martins, 2022).

Enquanto o protagonismo pode ser visto como um avanço na promoção dos direitos fundamentais e no cumprimento de sua função contra majoritária, o ativismo pode ser acusado de violar a separação de poderes. Como afirma Barroso (2009, p. 36):

Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas. [...] O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. [...] De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. [...] A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento.

Uma reação ao ativismo judicial é o "efeito *backlash*", que denota uma forte reação de uma grande parcela da sociedade a uma mudança recente no âmbito social, político ou jurídico. Esse efeito pode ser observado, por exemplo, na resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (Martins, 2022). No caso do ativismo judicial, como afirma Marmelstein (2023) o efeito *backlash* é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. Nas palavras Sunstein (1995) o efeito *backlash* é uma intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal.

O ativismo judicial tem como objetivo motivar os outros poderes a adotar medidas urgentes e essenciais, geralmente realizadas pelo STF, ou quando membros do Poder Judiciário encontram formas de acelerar os processos judiciais. Isso amplia o protagonismo do Supremo Tribunal Federal ao atribuir-lhe um papel crucial na política brasileira. Conseqüentemente, a relevância das decisões realizadas pela Corte aumenta significativamente, acompanhada pela demanda da sociedade por justiça e pela resolução de conflitos de interesses em casos específicos.

O ministro do STF, Moraes (2018) afirma apoiar uma conexão de "fortalecimento e complementação" entre a democracia e a justiça constitucional ao abordar a interação

entre os poderes Executivo e Legislativo com o Judiciário. Segundo ele, as recentes modificações na legislação que rege as decisões do STF resultaram na transformação do tribunal em um "legislador positivo". Para o ministro, em muitos casos, os juízes podem incorrer em um "perigoso grau de subjetivismo" ao interpretar a Constituição e impor suas próprias perspectivas sobre os demais poderes. Em sua visão, o STF deve desempenhar um papel, por exemplo, ao preencher lacunas na legislação deixadas pela omissão do Legislativo ou Executivo na implementação de direitos fundamentais.

Por outro lado, nesse contexto, em que decisões provisórias resultam em significativos prejuízos econômicos na área da saúde para milhares de indivíduos desconhecidos, que se veem obrigados a adiar seus tratamentos ou cirurgias devido aos custos gerados por uma única pessoa autorizada a buscar soluções nos Estados Unidos, há uma esperançosa busca por um equilíbrio (Martins, 2022).

Senão vejamos uma jurisprudência do ativismo em um caso concreto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. UNIÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal. Compete ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, tendo a Constituição Federal delegado ao Poder Público competência para editar leis objetivando a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços e ações da saúde. Existe expressa disposição constitucional sobre o dever de participação da União no financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal. Negar à agravada a internação pretendida implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida. Agravo a que se dá parcial provimento, para que haja divisão do custo do medicamento. (TRF-3 – AI: 7201 SP 0007201-67.2013.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, Data de Julgamento: 16/08/2013, QUARTA TURMA).

Da mesma forma, pode ser verificado o efeito *backlash* contra a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132 e ADI 4.277), como forma de barrar a aprovação do “Estatuto da Família” (Projeto de Lei n. 6.583/2012, de autoria do deputado Anderson Ferreira, do PR-PE), já aprovado em Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Segundo o art. 2º desse projeto de lei: “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável”.

Streck (2010, p. 80), aborda esse assunto ao examinar a regulamentação da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política.

Além disso, é levantada a questão se o Judiciário deve considerar o possível efeito *backlash* ao proferir suas decisões ou se deve decidir apenas com base em suas convicções. Embora alguns argumentem que a Corte não deve se preocupar com a opinião popular, outros, como os defensores do Constitucionalismo Democrático, argumentam que o efeito *backlash* deve ser considerado como parte do engajamento popular na discussão constitucional, contribuindo para o fortalecimento do princípio democrático.

Nesse sentido, afirmou Clève (2006, pg. 28):

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte.

É importante ressaltar que, embora o efeito *backlash* deva ser ponderado nas decisões judiciais, não deve ser o único critério. O STF reconhece a necessidade de ponderar esse efeito como parte do processo decisório, mas não como o único parâmetro, senão vejamos:

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contra majoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular (ADC 29/DF, voto do Min. Luiz Fux, 9-11-2011).

O ativismo judicial é insuficiente quando os juízes interferem inadequadamente nos demais Poderes de Estado, sem considerar as repercussões colaterais de suas ações (Ferreira Filho, 1997). A desvantagem é o desequilíbrio dos poderes e a emergência do que é conhecido como ditadura do Judiciário.

A criminalização da homofobia, p.ex., como um ato equiparado ao racismo pelo STF através de analogia evidencia um comportamento de ativismo judicial ao tomar a iniciativa em uma área em que o Congresso se mostrava relutante. Mesmo que a causa seja justa, dada a necessidade de condenação da homofobia, é notável que o Supremo

tenha quebrado com o princípio longamente estabelecido da legalidade, criando uma exceção que, posteriormente, pode ser aplicada a outras situações (Divino, 2023).

Assim como o poder judiciário deve pronunciar-se sobre questões não cobertas pela legislação, também deve ser diligente quando há uma lei que regula o assunto em questão, declarando inconstitucionalidade apenas quando esta for realmente evidente, e não utilizando interpretações principiológicas para aparentar razoabilidade em suas decisões. O populismo judicial é tão prejudicial quanto qualquer outro tipo de populismo, e é por isso que qualquer decisão ativista deve ser tomada com extrema cautela (Martins, 2022).

5 O ATIVISMO JUDICIAL PERANTE A CARTA MAGNA DE 1988

No contexto brasileiro, o ativismo judicial ganhou destaque com a promulgação da Constituição de 1988, que marcou o retorno ao Estado Democrático de Direito. Essa constituição conferiu uma série de prerrogativas aos juízes e estabeleceu garantias fundamentais, incluindo direitos sociais. Isso representou uma mudança significativa em relação ao período anterior, marcado pela ditadura, no qual o Poder Judiciário enfrentava numerosos obstáculos políticos, econômicos e ideológicos para se afirmar como um poder independente e autônomo (Tavares, 2012).

Ainda nesse sentido, a doutrina de Tavares (2012, p. 32 – 34), dispõe:

[...] o modelo implementado com o constitucionalismo (norte-americano) difundiu-se amplamente, tendo impregnado profundamente a História constitucional de diversos países da América, a exemplo da Argentina e Brasil, que estabeleceram suas cortes supremas e um modelo de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis. Esse modelo, não tão surpreendentemente, conduziu os juízes, na sua evolução histórica, a desempenhar um papel diferenciado (tendencialmente “ativo”, como se dirá mais corretamente) na concretização implementadora da Constituição. A difusão, o desenvolvimento de uma Justiça Constitucional e diversos outros fatores mais pontuais culminaram em um modelo no qual os juízes constitucionais (de uma Suprema Corte ou de Tribunal Constitucional, conforme o modelo adotado pelo Estado) passaram a desempenhar um protagonismo visto por alguns como “constrangedor”. Daí se falar em um Estado judicial num sentido crítico.

Para Barroso (2009, p. 6), a ideia de ativismo judicial está associada a:

[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativa se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem (i) a aplicação direta da Constituição a situações não

expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”

Conforme apontado pelos doutrinadores Alves e Oliveira, o ativismo judicial surge quando o processo político não consegue proteger adequadamente os direitos fundamentais, especialmente no caso das minorias, devido à sua escassa representatividade nesse processo. Os respeitados juristas enfatizam que o ativismo não deve poupar esforços na salvaguarda dos direitos primordiais (Alves; Oliveira, 2014).

Porém, os doutrinadores Alves; Oliveira (2014, p. 40), advertem:

Abordagem distinta, no entanto, merecem os direitos sociais e econômicos. A relação dialética entre mínimo existencial e reserva do possível constrói as bases da exigibilidade dos direitos de segunda dimensão. Assim, adotando a teoria das normas de Alexy, e reconhecendo a natureza principiológica dos direitos fundamentais, a ponderação no caso concreto oferece legitimidade para tutela pela via jurisdicional dos direitos fundamentais de segunda dimensão. O paradigma da igualdade fática, porém, a se reconhecer no caso concreto para esses direitos, necessariamente deve atender a critérios de racionalidade para que possa, ao fim e ao cabo, legitimar-se.

Contudo, o Ativismo Judicial surge somente quando o Poder Legislativo falha em agir, resultando na falta de resolução eficaz das demandas sociais, como mencionado anteriormente. (Barroso, 2009).

Por outro lado, quando esse ativismo judicial se torna uma ferramenta política para que o poder judiciário demonstre sua capacidade de tomar decisões de forma independente, esse fenômeno se torna alvo de críticas. Alguns movimentos surgem como uma forma de oposição ao protagonismo do judiciário. Além do “efeito *backlash*”, que demonstra o descontentamento popular com as decisões tomadas pelos Tribunais, nos Estados Unidos vêm em uma crescente o constitucionalismo popular, como uma resposta ao ativismo da Suprema Corte norte-americana, que defende a retirada substancial da interpretação e da aplicação da Constituição pelas cortes, como uma forma de “devolver o poder ao povo”.

O constitucionalismo popular defende essencialmente uma maior participação dos cidadãos na definição do significado constitucional, mostrando, em maior ou menor grau, uma resistência às práticas da supremacia judicial, que colocam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar a Constituição. (Cardoso, 2014)

No Brasil, essa discussão é relativamente nova, porém com o crescente descontentamento popular com as decisões proferidas pelos Tribunais, principalmente em suas decisões polêmicas (por exemplo: a 1ª Turma do STF decidiu que aborto até o 3º mês de gestação não é crime – HC 124.306/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 9-8-2016208), afastando a aplicação da lei, o constitucionalismo popular se torna tema central, discutindo-se os limites do poder judiciário de tomada de decisão (Martins, 2022).

O respeito aos outros poderes é indiscutivelmente o limite para o ativismo judicial. Embora a constituição permita que o judiciário tenha a palavra final em questões de interpretação da lei, é essencial que os três poderes, em um estado democrático de Direito, se autorregulem para evitar a formação de um poder hegemônico, conforme destaca o Barroso (2005, p. 126):

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial.

Portanto, o respeito aos demais poderes e a atenção ao estado democrático de Direito são os limites para o ativismo judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, há aqueles que advogam pela eficiência na proteção dos direitos fundamentais, especialmente da dignidade da pessoa humana, garantindo o mínimo existencial aos indivíduos. É comum que tais princípios sejam invocados pela jurisprudência brasileira em casos julgados pelos Tribunais Superiores diante da inércia de outros poderes, em situações em que a legislação se demonstra omissa ou ambígua, ou até mesmo atrasada em relação a mudanças sociais e tecnológicas. Além disso, o ativismo judicial pode ser uma ferramenta para corrigir injustiças que não foram abordadas pelo legislador ou pelo poder executivo. Também pode servir como um contrapeso ao poder do governo, garantindo que ele atue dentro dos limites estabelecidos pela lei e pela Constituição. Os tribunais podem responsabilizar os órgãos governamentais por violações dos direitos dos cidadãos e por abusos de poder.

Por outro lado, o ativismo judicial é alvo de diversas críticas, muitas das quais se concentram em preocupações sobre a legitimidade democrática, a separação de poderes e o papel adequado do judiciário. Dentre as principais críticas, está a violação do princípio da separação de poderes. A separação de poderes é um princípio fundamental em muitos

sistemas democráticos, destinado a garantir que nenhum ramo do governo possua poder excessivo sobre os outros. Geralmente é dividido em três ramos: legislativo, executivo e judiciário, poderes esses independentes e harmônicos entre si, de forma que cada um tem sua atribuição e um não interfere na competência do outro. O ativismo judicial, por outro lado, como uma forma de permitir que o judiciário edite e crie leis, é visto como uma violação a esse princípio. Críticos também argumentam que os juízes, ao interpretarem a lei de maneira ampla e subjetiva, estão substituindo a vontade do legislador pelo seu próprio viés político ou ideológico.

Em resumo, enquanto o ativismo judicial pode desempenhar um papel importante na proteção dos direitos individuais e na promoção da justiça social, ele também enfrenta críticas significativas relacionadas à sua legitimidade democrática, à separação de poderes e à interpretação da lei. Um equilíbrio cuidadoso entre os poderes do Estado e o respeito pela democracia e pelo Estado de Direito é essencial para garantir que o ativismo judicial seja exercido de maneira responsável e eficaz.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. **Democracia e Ativismo Judicial: atuação contra majoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias**. Jacarezinho/PR: Rev. Argumenta, nº 20, 2014.

BARRAL, Welber. **Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico**. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). Teoria jurídica e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo**. São 24 Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 11 abril. 2024

BARROSO. Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - 3ª Região. **AI: Agravo de instrumento nº 7201 SP 0007201-67.2013.4.03.0000**. Desembargadora Federal Marli Ferreira, Data de

Julgamento: 16/08/2013, Quarta Turma jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao/trf/> Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29 DF.** – Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 30 mar. 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos.** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo – SP, n. 129, dez. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, jan.-mar. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 24ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário e suas implicações.** Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Ano 1, n. 2.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: Reações Políticas à Atuação Judicial.** Disponível em: <http://direitosfundamentais.net>. Acesso em 7 maio de 2024.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional / Flávio Martins.** - 6. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos.** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 6 mar 2024.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis.** Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas.** Revista TST, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/39811>. Acesso em: 11 abril 2024.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM março de 2009 – Vol. 4, N.1. Disponível em: Acesso em: 12 mar. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: Free Press, 1995.

TAVARES, André Ramos, verbete “**Ativismo judicial**”. In: DIMITRI, Dimoulis (org.). Vários autores, vários organizadores. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.