

ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá AMARAL ¹

Aline Aparecida Novais Silva LIMA ²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo o estudo do ativismo judicial no Brasil e em alguns países onde há este instituto jurídico. Há uma abordagem sobre os limites do ativismo para assegurar direitos dentro da Constituição Dirigente. Para tanto, analisamos a construção histórica do instituto, bem como as suas possibilidades doutrinárias e utilização dentro dos limites que estabelece a Constituição. Para tanto, utilizamos o estudo da teoria da separação dos poderes e as possibilidades de uma troca de sujeitos dentro da ausência injustificável do chamado Poder Legislativo, o que justificaria o ativismo judicial para efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Judicialização. Autocontenção. Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma apreciação acadêmica na qual por meio de pesquisa bibliográfica abordamos o tema ativismo judicial, utilizando o método dedutivo e os procedimentos histórico, lógico sistemático e axiológico, bem como comparativo, já que foram analisadas diferentes posições acerca do tema, bem como premissas argumentativas, a fim de obter uma conclusão plausível.

. No primeiro capítulo discorremos sobre a separação das funções dentro da doutrina clássica. Essa abordagem mereceu algumas considerações escolhidas na doutrina, com a finalidade de delimitar a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial feita por meio de obras nacionais e estrangeiras.

Ainda no segundo capítulo tratamos sobre o princípio da soberania e seus efeitos práticos no ativismo judicial, bem como o sistema de freios e contrapesos que surgiu com o constitucionalismo norte-americano, que influenciou o

¹ Discente do primeiro ano de Direito e membro do grupo Estado e Sociedade do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

² Advogada, Especializanda, Professora Estagiária Docente e membro do grupo Estado e Sociedade do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

legislador brasileiro a adotar a separação de funções de poderes, que na verdade são funções do Estado brasileiro para permitir um controle e uma fiscalização mútua.

Pesquisamos também, o nascimento da ideia nos Estados Unidos da América do Norte, num caso no qual o julgamento da corte norte-americana é violador da dignidade da pessoa humana. No entanto, demonstramos que apesar da ausência da norma, o Judiciário pode busca soluções. Portanto, o modelo surge dessa maneira.

Finalmente, tratamos sobre a possibilidade de abusos decorrentes do ativismo judicial que devem ser controlados pelos demais poderes, para que o juiz não ultrapasse os limites estabelecidos pelo legislador, alcançando assim liberdade política, democracia sólida, além da segurança jurídica.

Entretanto, a abordagem da Constituição Dirigente traz normas constitucionais que não são bastante em si, ou seja, são de eficácia limitada. Por isso, devido à ausência das normas regulamentadoras, nestes casos, a mais alta corte brasileira pode praticar o ativismo, a fim de assegurar as normas que tem eficácia limitada e aplicabilidade imediata, direta e integral.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes no Estado Democrático e Social com base numa constituição tem por finalidade evitar e controlar a concentração de poder, que nasceu como um mecanismo de defesa diante do absolutismo monárquico, no qual o rei ocupava as três funções. As democracias que surgiram com o constitucionalismo no século XVII adotaram essa maneira de controle interno de poder, junto com o “Bill of Rights”, uma carta de direitos. Esse modelo constitucional chegou aos nossos dias e um exemplo que temos está no Brasil, que revelando a importância do dispositivo o coloca no artigo 60 parágrafo 4^o inciso III, como “cláusula pétrea”.

No entanto, o princípio está esculpido no artigo 2. Da Lei Maior, mas há outros dispositivos que tratam das funções típicas e atípicas, dentro do sistema de freios e contrapesos, que visa à contenção do arbítrio e mesmo o desempenho das competências atribuídas pelo poder constituinte originário, tendo este não

vislumbrado vários poderes, mas, sim, o seu exercício pelas funções em harmonia e com independência.

A doutrina clássica estuda a tripartição dos poderes alguns doutrinadores que atribuem à ideia a John Locke, que fez uma abordagem na obra Segundo Tratado do Governo Civil (1680). No entanto, coube ao francês Charles de Montesquieu, na obra "O Espírito das Leis" (1748) a falar da necessidade não apenas de separar, mas de que essas funções sejam ocupadas por pessoas diferentes. O autor britânico subordinava os poderes à vontade do povo, enquanto que o barão francês desenvolveu e sistematizou o conceito que posteriormente foi usado pelas democracias no constitucionalismo. Trata-se de uma divisão de funções com objetivo de melhor organizar o Estado e estabelecer limites para o exercício do poder.

Na obra de Charles-Louis de Secondant, barão de Montesquieu e senhor de La Brède é importante destacar que no capítulo 6 do Livro XI do Espírito das Leis, Montesquieu expressa a sua opinião que o chefe do Poder Executivo e titular da Soberania deve ser um monarca hereditário, "... porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários..."(MONTESQUIEU,p.172). Os interlocutores de Montesquieu no Espírito das Leis são a Monarquia Absolutista de um lado e a sociedade estamental do século XVIII d. C. de outro. A sociedade francesa que, durante a vida de Montesquieu, já apresentava sérias cisões políticas e sociais ao ponto de desembocar, cerca de uma geração após a morte de Montesquieu, na Revolução Francesa (1789-1799).

Mas, a teoria tem virtudes embora a Teoria da Tripartição dos Poderes explicitada por Montesquieu demonstre um cunho nitidamente conservador, segundo os nossos padrões políticos e sociais atuais, mais foi uma teoria liberal para aquela época.

Mas, a teoria de Montesquieu também é criticada por George Jellinek (2005,p.665-669) na obra Teoria General del Estado que afirma ferir o princípio da soberania, para ele seria inconcebível uma divisão dos poderes, pois o poder do Estado é uno. A soberania não designa poder, mas é uma qualidade de poder. Parece que nesse aspecto, George Jellinek está correto, uma vez que se o Supremo Tribunal Federal do Brasil julgar improcedente um pedido de extradição, por exemplo, não haverá um questionamento só a mais alta Corte. O Estado brasileiro

responderá como um todo pela posição, o que configura essa unidade soberana em termos externos.

Na obra “O Federalista” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973), três autores norte-americanos explicam como funciona o sistema de freios e contrapesos, que nasceu no constitucionalismo norte-americano. Os três autores pela primeira vez abordam a necessidade de equilíbrio de poderes, dentro de um sistema em que essas “funções” pudessem se controlar mutuamente, um fiscalizando o outro.

É importante que o poder do Estado não se concentre unicamente numa pessoa, mas que também não fique restrito também a uma classe social. A diversidade de pessoas no exercício do poder é fundamental para um bom exercício, principalmente porque dessa maneira, distribuindo as competências e funções, estará se barrando o absolutismo, que sempre pode causar erros irreparáveis. As discussões sempre são importantes para avanço nas democracias, evitando abuso de poder para alcançar a liberdade política.

O termo correto não é divisão do poder, que continua uno e indivisível, mas sim separação das funções do Estado, uma vez que não existem três Estados, mas sim, órgãos que executam o poder político. Esses órgãos atribuem para pessoas distintas essas funções, ou seja, competências que são oriundas dos tais “poderes”. O trabalho deles precisa, como mandamento constitucional ser independente, mas harmônicos entre si. Para tanto, as funções precisam ser ocupadas por pessoas diferentes, com competências principais e secundárias, a fim de assegurar a independência.

Como explicado pelos autores norte-americanos na obra “O Federalista”, há necessidade de que existam também funções atípicas, ou seja, que não guardam identidade, mas que a Lei Maior lhes confere para que possam ser independentes. Portanto, existe desde a primeira constituição do mundo a possibilidade de que um poder faça o papel do outro, em casos previstos dentro da própria Constituição. No entanto, o Judiciário também tem a função de fazer Justiça e assegurar direitos humanos ou fundamentais, em especial quando há necessidade.

3 O BERÇO DO ATIVISMO

O berço do ativismo judicial é os Estados Unidos da América do Norte, antes mesmo do surgimento do conceito que foi registrado no primeiro caso ainda no século XIX, pois a Justiça sempre utilizou para julgar os chamados precedentes judiciais e não os códigos como a família romano-germânica. Em 1857 caso Dred Scott vs. Sandford, que era escravo, revela o ativismo. O jovem negro viveu em um dos estados onde a abolição da escravatura já havia sido decretada. Portanto ele seria um homem livre, seguindo o precedente “uma vez livre, sempre livre”. A decisão da Suprema Corte dos EUA (60. US. 393) definiu que as pessoas de ascendência africana trazidas como escravos não estavam protegidos pela Constituição e não poderiam ser cidadãos. Também decidiu que o Legislativo, por meio do Congresso não possuía autoridade para proibir a escravidão nos Estados-membros. A Corte Suprema ao declarar que os escravos não eram cidadãos e por isso, não poderiam ajuizar ações nos tribunais. Finalmente, a decisão estabeleceu que os escravos, como coisas, não poderiam ser retirados de seus donos sem o devido processo legal.

A decisão foi racista e gerou muita polêmica, resultou em três emendas constitucionais, fortaleceu o presidente Abraham Lincoln e permitiu a Guerra Civil Americana e conseqüentemente a abolição definitiva da escravidão. Findada a guerra a decisão foi anulada pela proclamação da emancipação de Abraham Lincoln, em 1863, desconsiderada pelas emendas 13^o, 14^o e 15^o garantindo cidadania norte-americana a todos os escravos e os nascidos em solo americano.

Três meses após a decisão da Suprema Corte, Dred Scott foi libertado, ele foi devolvido à família Blow, que o emancipou em 26 de maio de 1857. O caso ficou conhecido como “Ação Judicial pela Liberdade”.

Na doutrina norte-americana é muito usual a questão dos precedentes, que são feitos para decidir casos passados, sua aplicação nos casos futuros é incidental. Já as súmulas vinculantes, usadas no Brasil são aplicadas aos casos futuros.

“Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futura; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em tarrae brasilis) , ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editadas visando à “solução de casos futuros”. (STRECK, ABOUD,2014, p. 33 e 34)

No civil law a importância da jurisprudência está diretamente ligada à lei. Porém não é o que ocorre no Brasil, um exemplo é a edição da súmula vinculante número 10. No common law, a lei não perde importância e o magistrado não pode se negar a aplicar a lei, a jurisprudência é uma fonte formal de direito.

Nesse sistema a decisão judicial tem força de lei, já que o Judiciário decide o caso concreto a partir da interpretação da lei, o juiz deve analisar o precedente (casos anteriores) para fundamentar sua decisão.

Precisamos diferenciar dois institutos, stare decisis sistematização de decisões dos precedentes sendo vinculante para os casos futuros do instituto dictum que é a argumentação utilizada pela Corte, dispensável à decisão, portanto, não tem efeito vinculante.

Para a análise de institutos como precedente e súmula vinculante, devemos compreender que a norma é a interpretação do texto de lei. A norma está presente na súmula, e aplica-se a diversos casos. As tem o objetivo de solucionar o caso concreto, nesse ponto é que diverge do precedente, pois resolve todos os casos concretos.

Dworkin compreende que a súmula é um texto normativo, de natureza legislativa, apto a produzir normas, conforme os casos concretos. Contrariando o posicionamento de Kaufmann, do computador do juiz, onde o princípio da legalidade seria aplicado de forma mecânica, desconsiderando a situação histórica concreta e a individualidade da pessoa.

4 ATIVISMO JUDICIAL

A escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a Constituição expandindo seu sentido e alcance de suas normas, indo além do

legislador ordinário pode ser positivo para assegurar direitos humanos. Aliás, essa deve ser a única hipótese na qual se pode superar um princípio tão importante como o da separação. Por isso, há críticas, pois o ativismo não pode injustificadamente ferir a separação das funções. Necessário definir a construção histórica desse instituto, a fim de conhecer melhor o instituto e sua aplicabilidade. Posteriormente, usando autores escolhidos, buscar-se definir o entendimento sobre ativismo.

No entanto, Carlos Eduardo de Carvalho, essa terminologia surgiu na Bélgica, em 1916, enquanto que para Vanice Regina Lírio do Valle, o termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger. Para a autora (VALLE, 2009, p. 21) o ativismo judicial poderia ser considerado, uma prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes. Ainda segundo a autora, esse tipo de estratégia surge da aplicação dos precedentes, uma conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões de julgamentos, afastamento dos cânones metodológicos de interpretação e julgamento para alcançar resultados pré-determinados".

O ativismo judicial é parte da solução e não o problema, mas deve ser usado de maneira moderada e controlada. Devemos focar no real problema: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. No entanto, somente uma reforma política que não pode ser realizada por juízes.

Elival da Silva Ramos (2010, p.129), define o ativismo judicial:

“... por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsia jurídica de natureza objetiva (conflitos normativos)”.

Portanto, esse trabalho judicial na busca da solução de problemas deve ser visto como uma inovação, pois ultrapassa os limites que eram originariamente estipulados pela organização do Estado.

A Emenda Constitucional nº45/04 que autoriza a formulação de Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico bem como na interpretação, transformando o Supremo Tribunal Federal em um legislador positivo.

De acordo com Black's Law Dictionary o ativismo judicial seria uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas

decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores.

O primeiro caso de ativismo nos Estados Unidos ocorreu em 1857, caso *Dread Scott*, onde os escravos que entrassem em territórios nos quais a escravidão já tivesse sido abolida estavam automaticamente livres, porém a Suprema Corte, declarou a lei inconstitucional por ferir o direito à propriedade.

De outra forma temos a Judicialização que é um fenômeno que decorre do modelo constitucional adotado, o judiciário decidiu porque lhe cabia fazer. Permite discussões de largo alcance político e moral, sob a forma de ações judiciais. Não decorre da vontade do judiciário mas sim da do constituinte.

Paulo Pinheiro afirma a respeito do ativismo judicial:

“Assim, apresentado está o ativismo judicial, que constitui o primeiro pressuposto ao conhecimento das categorias normativas. Ocorre que, como visto, o ativismo tem sua origem, dentre outros aspectos, na constitucionalização abrangente promovida pela Constituição de 1988. Tal constatação tem interessantes repercussões, o que desafia a compreensão de outros pressupostos ao esquadramento das espécies normativas, que é exatamente a constitucionalização do direito ou o neoconstitucionalismo”. (PINHEIRO, 2010, p. 124.)

Em contrapartida à judicialização está a autocontenção judicial que restringe o espaço de atuação da Constituição, limitando sua ação e a dos outros poderes, em favor de instâncias políticas. Na autocontenção o juiz aguarda o legislador ordinário fazer seu pronunciamento, utiliza de critérios mais rígidos para declaração de inconstitucionalidade e não interfere em políticas públicas.

No ativismo judicial, a intervenção do judiciário tem como objetivo sanar a omissão legislativa ou invalidar as leis inconstitucionais, atuando-se assim, a favor e não contra a democracia.

É importante ressaltar que há subjetividade nas decisões dos juízes, uma vez que, não há juízes sem memória e sem desejo sendo impossível que estes não façam uso de seu juízo de valor. Entretanto, não podem ser populistas, e em alguns casos, devem agir contra majoritariamente.

Muito embora os entendimentos favoráveis ao ativismo judicial, há doutrinadores que o consideram perigosos à democracia e a vontade popular, esse tipo de procedimento.

Nesta seara, salienta Ronald Dworkin (2007, p.451):

“O Ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

Entretanto não compartilhamos dessa proposta, pois o ativismo não precisa ignorar a Lei Maior, mas interpretar num sentido de prestigiar os valores e assegurar os direitos humanos. Por isso, busca-se demonstrar que o ativismo tem a finalidade principal de função de assegurar direitos e garantias fundamentais e sociais, a fim de que o texto da Lei Maior tenha eficácia jurídica e social. O instituto deve ser utilizado somente diante da inércia de qualquer um dos outros dois poderes legislativo e executivo, quando estes se omitirem e descumprirem os valores previstos na Carta de Direitos.

5 ATIVISMO NO BRASIL

Desde o direito romano, a exemplo de todo o Judiciário, o Supremo Tribunal Federal só se manifesta quando é provocado e o faz nos limites dos pedidos formulados, a fim de controlar a constitucionalidade e exercer as diversas funções atribuídas pela Lei Maior, inclusive assegurar os direitos humanos. No Brasil a Constituição Federal tem caráter dirigente e prospectivo, inclusive com normas de eficácia jurídica limitada de princípio programática e de princípio institutivo. Esse modelo foi idealizado pelo português José Joaquim Gomes Canotilho na obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador”

Essas normas possibilitam muitas vezes ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, além de outros remédios constitucionais para buscar assegurar direitos. Há por vezes a troca de sujeitos, ou seja, o Judiciário mesmo na ausência da norma julga para assegurar direitos ainda não regulamentados.

As sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram a importância do tema ativismo judicial, como no Mandado de Segurança nº 26602 e 26603 que versava sobre a perda do mandato eletivo por desfiliação partidária. Há outro julgamento, o do Mandado de Injunção nº 788, em que foi requerido o direito a aposentadoria especial com base no art. 40 § 4º da CF/88; na decisão proferida na ADPF 45/DF, que tratava sobre questão de fornecimento de medicamentos pelo Estado pode-se perceber a atuação proativa da Corte Suprema. Como exemplo, neste último caso, a presença do Judiciário se justifica plenamente, uma vez que a ausência do medicamento pode causar a morte. Há, portanto, um dever previsível por parte do Estado em fornecer os remédios, com base no direito à vida.

Note-se que no cenário brasileiro o papel ativo do juiz moderno não é o de mero aplicador da lei, isso porque a sociedade contemporânea busca cada vez mais mecanismos que propiciem maior efetividade de seus direitos e garantias constitucionalmente protegidos, além da função que o juiz tem de tornar efetivo o ideal do Estado Democrático de Direito traçado pela Constituição de 1988, através do controle da atividade dos demais poderes, especialmente sobre suas omissões e excessos.

Numa entrevista concedida à revista Consultor Jurídico no ano de 2006, o Ministro do STF José Celso de Mello, elencou várias vantagens do ativismo judicial as quais seriam, principalmente, a atuação do judiciário como copartícipe do processo de modernização do Estado brasileiro, e a possibilidade deste suprir as lacunas da legislação para que fizesse prevalecer o espírito da Carta de 88, uma vez que a formulação legislativa no Brasil, segundo ele, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, sendo esse déficit de qualidade jurídica algo preocupante porque afetaria a harmonia da Federação, romperia o necessário equilíbrio e comprometeria, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No cenário atual, enquanto o Poder Legislativo está tomado pelo aumento de Comissões Parlamentares de Inquéritos que se instalam e sucedem, vemos um Poder Executivo, que vem legislando demasiadamente por meio de Medidas Provisórias, de forma que a Presidente governa basicamente por decretos e MPs, além da atuação do Poder Judiciário que diante das omissões, de atos ilegais e inconstitucionais atuam para invalidá-los e decidir até mesmo no âmbito de políticas públicas.

Há quem considere erroneamente que vivemos um desacordo entre a relação harmônica entre os poderes, entretanto entendemos que o cenário descrito retrata a dinâmica normal do sistema de freios e contrapesos diante da de uma evolução da sociedade democrática, isso porque a crise moral diante da corrupção e inércia dos demais poderes fez crescer a confiança da sociedade na função judicante do Estado.

Acerca da Separação dos Poderes preleciona o Ministro Luiz Roberto Barroso:

“Os poderes exercem um controle recíproco entre si, mas no arranjo institucional em vigor, a palavra final é do Judiciário. Não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida pela judicatura. Se o juiz ou tribunal não tem conhecimento técnico para decidir sobre determinada matéria que refoge ao jurídico (distribuição de remédios, demarcação de terras indígenas, transposição de rios), nem para medir o impacto da decisão, melhor não exercer o poder em autolimitação espontânea, sob pena de prejudicar a população em vez de beneficiá-la”.

Note-se ainda que, após a Constituição de 1988, houve uma flexibilização da separação dos poderes. O Legislativo, por exemplo, passou a intervir ativamente em políticas públicas diante da omissão dos demais poderes. Isso porque nossa Carta de Direitos prevê um rol extenso de direitos fundamentais, o que permite ao Poder Judiciário agir contra abuso de poder e desrespeito ao ideal constituinte originário.

Podemos citar como exemplo, a atuação do STF referente à edição da súmula vinculante n. 13, vejamos:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Observe-se que, a súmula editada pela Suprema Corte não se ateve somente a expor o entendimento da Corte, mas sua redação demonstrou o caráter legislativo da súmula.

No Brasil, o judiciário é o poder em que o povo tem pretendido confiar. A democratização da informação torna a sociedade ciente que, embora sejamos um país com tanta capacidade econômica, paradoxalmente, com tantos problemas sociais como educação, saúde, segurança, além da corrupção que nos assola.

Entretanto, como bem preleciona o Ministro Luís Roberto Barroso :

“O Poder Judiciário deve se imiscuir na órbita dos demais poderes somente quando há direito fundamental violado, devendo evitar intervenções na definição de políticas públicas, tarefa inerente àqueles que detêm mandato eletivo, pois é por meio deles que o povo exerce o poder e desfruta de autodeterminação”.

Os tipos de ativismo judicial aceitos pela Constituição Federal Brasileira são súmulas vinculantes, mandado de injunção e ação declaratória de inconstitucionalidade/e por omissão. Mas, há críticas como as feitas pelo Lênio Streck, que ressalta:

“Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos”. (STRECK, 2009, p. 15)

Para Lênio Streck, a situação demonstra que há necessidade de utilização dos mecanismos de ativismo judicial aceitos pela Constituição, devido à falta de políticas públicas. Mas, como visto, há algumas vezes a banalização com base em princípios, o que merece cuidados.

Atualmente, via ativismo, o Judiciário vem fazendo às vezes do Legislativo, não só aplicando o direito, mas fazendo muito além disso – mas dando sentido à lei, muitas vezes criando o próprio Direito. Eis a lição de Marinoni:

“O STJ é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Vale dizer: o STJ é uma Corte incumbida de outorgar sentido ao direito, propiciando o seu desenvolvimento. É uma Corte de atribuição de sentido ou interpretação, compreendendo-se essa função como algo que está muito longe daquela que fora concebida pela Corte de Cassação em seu modelo tradicional” MARINONI, 2014, p.115

Essa troca de sujeitos não pode extrapolar os mecanismos de ativismo judicial aceitos pela Constituição, que justificam apenas em raras exceções, quando existe uma inércia injustificada do Legislativo. Por vezes até a ausência de algumas políticas públicas pode ensejar uma substituição dos deputados e senadores pelos magistrados. Não pode haver também uma banalização com base em princípios, pois se trata de uma troca de sujeitos definidos pela Constituição.

7 CONCLUSÕES

O ativismo no Brasil gera acaloradas discussões doutrinárias sobre as possibilidades da sua utilização dentro do ordenamento brasileiro, dentro de algumas importantes construções doutrinárias e limites. Buscou-se demonstrar que é possível utilizar desse instituto jurídico, desde que sejam tomadas algumas precauções, pois a prática não pode ser legitimada indistintamente. O ativismo se justifica quando for usado a fim de assegurar os direitos humanos e fundamentais. Como visto, sua prática indiscriminada pode possibilitar erros e injustiças.

O nascimento se deu nos Estados Unidos da América do Norte, que possui outro sistema. No entanto, sua utilização é possível nos países de matriz romano-germânica, como se demonstrou pela visitação à doutrina nacional e também estrangeira.

A Constituição do Brasil é do modelo dirigente e por isso mesmo traz normas que não são bastante em si denominadas de normas de eficácia limitada de princípio institutivo e de princípio programático. Diante da ausência de normas regulamentadoras, a mais alta corte brasileira pode nesses casos assegurar o direito no que a doutrina chama de uma troca de sujeitos. A ausência do Legislativo em cumprir o seu dever previsível de obedecer a Constituição legitima o Supremo a garantir os direitos, mesmo porque a Lei Maior estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias tem aplicabilidade imediata. Portanto, dentro desse limite, o ativismo deve ser saudado, pois visa apenas assegurar os direitos que estão previstos na Constituição. A demora do Legislativo em elaborar as normas regulamentadoras não deve servir de obstáculo para a efetivação de direitos.

Por outro lado, o ativismo não deve legitimar o arbítrio do Judiciário nos julgamentos sem que existam motivos para que sejam superados os dogmas da separação clássica das funções do Estado. No caso do Brasil, há, como ficou demonstrada uma necessidade legitimadora de usar de tal expediente, pois a interpretação principiológica e sistemática exige um uso no sentido de efetivar direitos e garantias. Não poder o juiz ou tribunal em qualquer caso se valer de um princípio para justificar uma decisão, afirmando se tratar de ativismo. O ativismo possui limites estudados nesse artigo, que expõem claramente a necessidade da efetivação de direitos dentro de limites impostos, em especial diante da ausência da norma regulamentadora na Constituição Dirigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto, **Judicialização, ativismo judicial e a legitimidade democrática**, Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >
Acesso em 05 de maio de 2015.

BOBBIO, Norberto, **A Era de Direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, Coimbra Editores, 2001.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

Entrevista com Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello Filho.

Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. - Acesso em 05 de maio de 2015

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires, Argentina: B de F e Albatros, 2004 e 1981.

MACHADO, Donisete Edinilson, **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo, Letras Jurídicas 2012.

MALACRIDA, Bahia Guilherme, **Ativismo Judicial: limites e politização judiciária do Estado Democrático de Direito**, Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, São Paulo, Editora Atlas S.A 2013.

PINHEIRO, Paulo **O poder executório do juiz**, São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SECONDANT, Charles-Louis de, Barão de Montesquieu: **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 07/05/2015.

STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges, O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2014.

Súmula Vinculante nº 13. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso 11 de maio de 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.