

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

**FAUSTO SANTOS DE MORAIS**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

##### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

##### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Moraes; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-314-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

---

#### **Apresentação**

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico

/promovendo a interlocução dos referenciais teóricos com desafios colocados pelo contexto da pandemia. Uma parte dos trabalhos problematizou a criação e a avaliação de políticas públicas que visam realizar direitos fundamentais como a saúde, a educação, a proteção contra a velhice, os direitos das minorais, entre outros. Outra parte dos trabalhos entendeu que os direitos fundamentais devem ser compreendidos através dos seus fundamentos, valendo-se de bases teóricas sofisticadas que tem o Estado Democrático de Direito com seu alvo. Foi assim que as temáticas como ativismo judicial, representatividade política, diálogos institucionais, o papel da mídia e os limites às restrições dos direitos fundamentais ganharam espaço na arena dos debates.

Nesse sentido, observamos a apresentação de trabalhos que refletiram sobre o impacto promovido pela Covid-19 no Estado Democrático de Direito brasileiro, apontando para a necessidade de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, quer promovendo a flexibilização de patentes para o enfrentamento da pandemia, ou ainda responsabilizando-se pela realização de um controle global nesse enfrentamento, com ênfase em medidas regionais e locais.

De outra parte, artigos consideraram a importância de uma educação inclusiva em tempos de pandemia e para tanto foi ressaltada a necessidade de uma reflexão sobre o artigo 24, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases para além de um diálogo entre Educação e propostas decoloniais.

O Ativismo Judicial também teve expressão na apresentação de artigos nesse GT, quer como forma de promoção de justiça, quer como meio para a garantia do direito à saúde.

Quanto ao Direito Fundamental à Saúde, em tempos de pandemia, foram apresentados trabalhos que trouxeram reflexões acerca da saúde mental no Sistema Único de Saúde (SUS); abordaram a saúde nas comunidades indígenas e ainda apontaram a necessidade e a importância de políticas públicas destinadas à população em situação de rua, "os invisíveis cariocas" com ênfase no município do Rio de Janeiro.

Ao contrário do que se poderia esperar num período de pandemia, o GT proporcionou um sopro de otimismo por força das várias perspectivas científicas que indicam um caminho jurídico possível para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

# **O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE PROMOÇÃO DE JUSTIÇA**

## **JUDICIAL ACTIVISM AS A FORM OF PROMOTING JUSTICE**

**Marcus Vinicius Pinto Santos**

### **Resumo**

O trabalho examina a legitimidade do fenômeno do ativismo judicial como forma de promoção de justiça. Analisar-se se, em tal processo de concretização das normas principiológicas constitucionais, não se restam violados os princípios constitucionais mais proeminentes, bem como a sua vinculação a critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Realiza-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial na qual, utilizando-se do método dedutivo, verifica-se a razoabilidade de relativização do positivismo jurídico. Reconhece-se a necessidade de reconhecimento e adoção de tal mecanismo de integração, desde que fundamentada em critérios próprios do Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Segurança, Separação poderes, Justiça

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The paper examines the legitimacy of the phenomenon of judicial activism as a means of promoting justice. Analyze whether, in such a process of implementing the constitutional principiological norms, the most prominent constitutional principles are not violated, as well as their connection with criteria of proportionality and reasonableness. Bibliographic and jurisprudential research is carried out in which, using the deductive method, the reasonableness of relativization of legal positivism is verified. The need for recognition and adoption of such an integration mechanism is recognized, as long as it is based on criteria specific to the rule of law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial activism, Safety, Separation powers, Justice

## INTRODUÇÃO

Trata-se de exposição na qual se pretende examinar a legitimidade do ativismo judicial como forma de realização de justiça. Utilizando-se do método dedutivo, procede-se a uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial na qual almeja-se analisar e verificar se o ativismo judicial se apresenta como a via apropriada para dar concretude aos direitos individuais e coletivos mais elementares que, muitas vezes, restam-se impedidos de serem exercidos em razão de inércia e/ou omissão política e/ou legislativa.

O que se adota como referência de conceito de justiça para este trabalho são as normas e princípios constitucionais, porque tais normas somente receberam tal status porque foram reconhecidas como sensatas e justas pelo Poder Constituinte originário que as positivou. Desse modo, não se tem a pretensão de aqui discorrer de forma aprofundada sobre o que pode ser entendido como justiça, (até mesmo pela extrema complexidade do que se poderia abordar sobre tal tema, não sendo este o espaço apropriado para tanto, mas sim uma pesquisa e uma abordagem específica e aprofundada) mas sim entende-se que esta se manifesta pela materialização do texto constitucional.

Passando pelo conceito e pela necessidade da intervenção judicial em casos pontuais, verifica-se a dissonância e desarmonia do ativismo com o princípio constitucional da separação de Poderes, fazendo uma ponderação a respeito de eventual e episódica mitigação de tal princípio basilar como forma de dar prevalência a um direito ainda mais relevante em um dado momento e em dada hipótese.

Em seguida, examina-se critérios como a proporcionalidade e moralidade que devem balizar tal ativismo judicial. Apresenta-se a proporcionalidade, ressaltando a necessidade de aferição da necessidade de o ativismo judicial se revelar a providência adequada e indispensável para a finalidade que se pretende alcançar. Tal fato se revela imprescindível para que a providência judicial não se revele como um ato inconstitucional.

Após isso, passa-se por explanação a respeito da titularidade do Poder Constituinte, promovendo-se uma associação entre o ativismo judicial como forma de dar efetividade aos direitos do titular de tal direito, constatando a coerência da atividade proativa do Poder Judiciário com o que estabelece o texto constitucional, no que diz respeito ao titular e destinatário de todo o poder.

Ao final, conclui-se pelo reconhecimento do ativismo judicial como forma de promoção da justiça constitucional, desde que o mesmo seja realizado dentro dos limites de razoabilidade e proporcionalidade a fim de dar cumprimento e efetividade a direitos e garantias

constitucionais que não são passíveis de serem exercidos em razão de inércia e/ou omissão política e/ou legislativa.

## **1 O ATIVISMO JUDICIAL**

O ativismo judicial vem se apresentando como uma via relevante de construção do Direito, de modo a adequá-lo ao que predispõe o texto constitucional. O ativismo judicial é decorrente de um processo de judicialização de questões que, até então, eram reservadas à política. Trata-se de um fenômeno recorrente em diversas nações ao redor do globo, cuja sociedade é constituída por uma constituição democrática.

A segurança jurídica é uma expressão do positivismo jurídico e este se apresenta como uma característica própria dos países cujo sistema jurídico deriva do Direito Romano. O positivismo jurídico pressupõe uma legislação previamente elaborada e aprovada por um órgão legislador dotado da legitimidade necessária para criação de tais normas.

Esse órgão legislativo constrói e expede normas jurídicas que deverão ser observadas por todos os integrantes de determinada sociedade. A supremacia de tais normas é pressuposto de uma existência coletiva minimamente harmônica. A proeminência de um corpo legislativo previamente construído se traduz em uma garantia do próprio cidadão, no sentido de que um seu direito previamente estabelecido pela legislação não será transgredido nem pelo ente estatal nem por qualquer agente privado.

Isso é um efeito da segurança jurídica, sendo esta a qualidade dos fatos jurídicos que conferem a necessária estabilidade às relações jurídicas constituídas e fatos jurídicos concretizados. Obviamente, não é possível sintetizar em poucas linhas tudo o que representa a segurança jurídica, tendo em vista que ela se traduz na condição que confere harmonia e estabilidade a todas as relações jurídicas constituídas. MARINONI (2010, p.01) destaca a sua proeminência ao afirmar que ela ela “é vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.”

Assim, a segurança jurídica se revela como um dos principais pilares do chamado Estado de Direito, sendo esse o modelo estatal em que as suas principais decisões e ocorrências são regidas pelo que dispuser uma legislação previamente construída.



Diante de elemento de tamanha relevância, o ativismo judicial acaba por se tornar processo que gera discussões acerca da sua legitimidade, ainda que o seu principal escopo seja alcançar a real finalidade da legislação e da constituição.

O ativismo judicial flexibiliza a supremacia da segurança jurídica, ao desconsiderar normas previamente determinadas para dar lugar a decisões judiciais alinhadas com o texto e os princípios constitucionais. As decisões judiciais fundamentadas em princípios constitucionais acabam por prevalecer sobre normas jurídicas previamente previstas que, em tese, deveriam imperar sobre tais decisões judiciais.

A principal justificativa de tal ativismo judicial reside no fato de que o regramento construído pela legislação não é capaz de atender e acompanhar os anseios e necessidades sociais que se revelam em constante e permanentes evolução e mutação.

O ativismo judicial não é fruto de capricho ou de posições ideológicas ou filosóficas dos órgãos julgadores, mas sim de uma necessidade de concretização do que preestabelece a constituição em seus princípios e normas desprovidas de objetividade.

Restou evidenciado ao longo do tempo que a simples aplicação da letra fria da lei ao caso concreto se tornara insuficiente para dar aplicabilidade e concretude ao direito previsto nas normas constitucionais. PEREIRA (2015, p.325) pontua a esse respeito:

Com o desenvolvimento da sociedade e significativas mudanças de suas necessidades, novos valores foram introduzidos na prática jurídica, não sendo mais possível apenas a aplicação da lei, aquela que outrora era idolatrada passou a ser complementada por princípios para atingir o caso concreto, buscando solucionar conflitos que a letra rígida da lei não abarcava.

Diante disso, cabe indagar se o ativismo judicial se traduz numa providência necessária dotada de razoabilidade e proporcionalidade como forma de promover a justiça constitucional.

O conceito de justiça aqui tratado fundamenta-se principalmente na ideia de igualdade, que deve existir entre todos os membros de determinado grupo social. Conforme menciona NUNES, o essencial conteúdo da lei é a Justiça(NUNES, 2000, p.25) e a igualdade de todos surge como premissa necessária para a concretização da justiça.

Obviamente, conceitos de justiça e igualdade são extremamente complexos e geram uma série desdobramentos e elementos que demandariam uma análise muito mais aprofundada. Contudo, deve-se frisar que este trabalho a isso não se propõe, mas objetiva analisar se o ativismo é uma providência salutar a ser reconhecida, como forma de promoção de justiça de determinada sociedade, partindo-se da necessária premissa de que todos os interesses de todos os integrantes dessa sociedade são dotados de mesma importância e relevância.

O próprio texto constitucional brasileiro de 1988 reconhece como uma de suas principais normas a igualdade entre todos os cidadãos. Esse regramento conta no artigo 5º do seu texto, cláusula pétrea que faz parte do cerne imutável da Constituição federal de 1988 (BRASIL, 1988) Tal inserção não foi por acaso, o necessário reconhecimento de igualdade entre todos é um fator primordial e indispensável para a construção de uma democracia minimamente sustentável.

O reconhecimento de igualdade entre todos os integrantes de uma sociedade, de fato, é um pressuposto para a concretização da justiça, através da aplicação da lei. Ou seja, as leis de determinada sociedade democrática são construídas com o desígnio de reger com justiça as relações sociais constituídas entre os cidadãos, bem como as relações entre o ente estatal e os cidadãos. Nesse sentido, ARISTÓTELES preceitua :

Em geral, a maioria das disposições legais estão constituídas por prescrições da virtude total, porque a lei manda viver de acordo com todas as virtudes e proíbe que se viva de conformidade com todos os vícios. E, das disposições legais, servem para produzir a virtude total todas aquelas estabelecidas sobre a educação para a vida em comunidade. Assim, a lei esgota o domínio ético do cidadão, sendo, por isso, a medida objetiva da justiça no seu mencionado sentido. A justiça geral consiste, pois, no cumprimento da lei. Inversamente, a injustiça total é a sua violação. ( “ÉTICA A NICÔMACO”, Livro V)

O oposto ou o vício da justiça seria a injustiça, que se apresenta como um grave defeito violador da estabilidade e da harmonia da justiça. Desse modo, a observância das normas por todos seria a expressão da justiça; de modo contrário, a sua transgressão representa a caracterização da injustiça

Isto se dá pelo fato de que se à justiça se opõe um único vício, este vício é a injustiça. Esta pode ocorrer por excesso ou por defeito. Aquele que pratica a injustiça encontra-se em excesso, por ter interferido na esfera alheia, enquanto aquele que sofre a injustiça encontra-se em defeito, visto ter sido o sujeito passivo da relação. (BITTAR, 1997, p.58)

Assim, o ativismo judicial se projeta como uma alternativa de concretização dos direitos de todos, através de interpretações judiciais que consigam materializar o real desígnio da norma., de modo a se trazer para o mundo concreto aquilo que a norma prevê de forma geral e abstrata. No dizeres de NUNES:

o CONCEITO DE JUSTIÇA deve incutir no intérprete do Direito não uma mecânica de inserção automática dos casos concretos à letra nua das normas escritas, a exemplo do que pretendem alguns, mas sim concentrar essencialmente as virtudes da equidade, da dinâmica, da justa distribuição de méritos e deméritos.(NUNES, 2000, P.32).

Primeiramente, deve-se fazer distinção entre o que se entende por ativismo judicial e o que vem a ser judicialização. BARROSO destaca a grande semelhança existente entre ambas. Todavia, apesar da notável similitude, pode-se afirmar que uma é decorrente da outra; o ativismo judicial vem a ser uma consequência direta do fenômeno da judicialização.

Com a submissão de questões constitucionais à apreciação inédita dos tribunais, criou-se um Direito especial regulado pelo teor da decisão judicial, onde constrói-se uma normatização judicial específica para determinado caso concreto, fundamentada em princípios constitucionais explícitos e implícitos, a fim de assegurar e dar concretude ao que de fato preceitua e objetiva o texto constitucional.

BARROSO (2012, p.24) elenca três causas que entende como principais propulsores do fenômeno da judicialização das questões políticas que, até então, eram reservadas à esfera política. São estes tais fatores: a) a redemocratização do País; b) uma constituição abrangente na qual diversas matérias que poderiam ser tratadas em legislação ordinária passaram a receber um status constitucional; c) a existência de amplos mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade, nos quais se pode proceder a um controle de constitucionalidade direto, objetivo e específico, bem como a um controle difuso, a ser exercido por qualquer órgão judicial do País.

De fato, são três fatores que certamente acarretam um maior controle judicial da aplicação normativa. Tais fatores denotam uma evolução democrática, tendo em vista que se torna possível submeter à apreciação judicial questões ainda indefinidas relativas a direitos constitucionais. Isso promoverá uma maior aplicabilidade do texto constitucional ao plano concreto.

Com a redemocratização do País, ganha projeção o texto constitucional que exalta o Estado Democrático de Direito, encorajando a real aplicação das normas constitucionais ao plano concreto. Como segunda causa da judicialização, um texto constitucional abrangente permite que sejam submetidas e apreciadas pela Corte Constitucional diversas outras matérias que, em momento anterior, eram previstas na legislação ordinária. E a ampliação de mecanismos jurídicos capazes de provocar a análise judicial da constitucionalidade das normas potencializa o exame de um maior número de questões relacionadas à aplicação das normas constitucionais aos casos concretos.

O citado Ministro do Supremo Tribunal Federal ainda destaca a ampliação dos órgãos legitimados a promover as ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, tendo em vista que, em momento anterior, tal legitimidade se restringia à figura do Procurador Geral da República. Tal ampliação e extensão de competência e legitimidade a esferas diversas

da PGR revelam-se de grande valia, tendo em vista que o exercício de tais ações por mais órgãos denota maiores compatibilidade e consonância com um Estado Democrático de Direito.

BARROSO expressa que o ativismo judicial é um processo que vem ocorrendo em diversas outras democracias e não somente na brasileira e entende como salutar e benéfica a sua implementação desde que ocorra de forma episódica e eventual, a fim de se suprir omissão constitucional que ainda dependa de uma melhor regulamentação específica.

Teixeira (2012, p38), entendendo que o fenômeno do ativismo judicial confere racionalidade ao Direito, identifica três fatores sociológicos que consagra como os principais desencadeadores da judicialização da política:

Corrupção, política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, bem como burocratização estatal, são três componentes sociológicos que corroboram para fortalecer o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais.

O ativismo judicial, assim, surge como uma necessidade fática de se trazer para o campo dos fatos aquilo que já existe no plano jurídico. Seria ele desnecessário se o texto constitucional fosse melhor observado pela população e pelas instituições públicas e privadas. Por isso, ele acaba se tornando a única via legítima capaz de se concretizar direitos constitucionais básicos e elementares previstos explícita e implicitamente. Isso em decorrência de elementos que, conforme mencionados na citação acima, acabam distorcendo o desígnio e a real finalidade da Constituição. Verdadeiramente, a inércia e a omissão legislativa e política acaba forçando os titulares dos direitos e os seus representantes a pleitearem seus direitos constitucionalmente reconhecidos perante os órgãos jurisdicionais. Trata-se de uma consequência natural do fato de se prever determinado direito no texto formal e não implementá-lo no plano fático.

Nesse sentido, o ativismo judicial se projeta como um instrumento necessário de aperfeiçoamento e evolução do direito de modo a aferir, atingir e concretizar o real sentido e interesse da norma constitucional. Ainda que haja o inconveniente de se configurar uma espécie de mitigação do princípio constitucional da separação de Poderes, a materialização de direitos constitucionais se torna mais imprescindível e urgente. Desse modo, a fim de se suprir omissão ou inércia política ou legislativa, o ativismo judicial, desde que eventual e episódico, traduz-se num mecanismo interessante de aperfeiçoamento e consecução do real desígnio do texto constitucional.

O ativismo judicial deve ocorrer de forma moderada, episódica e proporcional e não uma alternativa de procedimento capaz de usurpar as funções próprias do Poder Legislativo. Em qualquer nação minimamente democrática, é imprescindível a existência de um parlamento legítimo que represente os reais interesses do seu povo. Deve existir uma aproximação entre os representantes e representados de modo que o parlamento consiga de fato corresponder aos anseios e necessidades da sociedade que representa.

Sendo assim, o ativismo judicial, como forma de inovação normativa através de preceitos criados por decisão judicial deve ser reconhecido como uma providência excepcional, de caráter eventualíssimo, a fim de que não se faça perder a função e o valor do Poder Legislativo. BARROSO (2012, p.12) evidencia o risco de transgressão ao princípio democrático ao mencionar a hipótese de um órgão judicial não eleito pelo voto popular poder suprimir e afastar determinações normativas elaboradas e construídas por agentes políticos democraticamente eleitos por milhões de eleitores. Quando um ato normativo do Presidente da república é afastado mediante decisão judicial decorrente do ativismo judicial o que isso representa é um agente estatal isolado, não representante da vontade popular, ser capaz de afastar a decisão de outro agente estatal que foi avalizado por dezenas de milhões de cidadãos do Estado.

## **2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

É inegável que um dos óbices à adoção do ativismo judicial como uma providência mais constante no sistema jurídico brasileiro é o Princípio da Separação de Poderes. Esse princípio se encontra positivado no artigo 2º do texto constitucional de 1988 (BRASIL, 1988) e se traduz em um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito.

A dificuldade reside na missão de se promover o ativismo judicial sem que haja uma transgressão a esse princípio da Separação de Poderes, já que esse processo se dá mediante a produção de normas específicas para aplicação em casos específicos pelo Poder Judiciário. No ativismo judicial, o Poder Judiciário desautoriza e assume de forma ilegítima a legitimidade legiferante Poder Legislativo.

O que ocorre em tal evento é o Poder Judiciário tomando pra si a função legiferante e tornando-se o protagonista, também, da competência legislativa. Esse fato se revela manifesta e totalmente incompatível com o princípio da Separação de Poderes, bem como com o Estado Democrático de Direito; com relação ao primeiro, a dissonância é evidente, pois o Poder Judiciário invade a competência legislativa e toma pra si a principal função do Poder Legislativo

que é a função legiferante. No que diz respeito à violação do Estado de Direito, a transgressão é ainda mais severa, tendo em vista que o Direito que caracteriza esse Estado Democrático deveria ser construído e elaborado de forma democrática pelos cidadãos, através dos seus representantes, ainda que indiretamente, e não por órgãos judiciais desprovidos da legitimidade conferida pelo voto popular. O próprio texto constitucional, já no seu primeiro artigo(parágrafo único), dispõe que o titular do Poder é o povo que deverá exercê-lo de forma direta ou indireta, através de seus representantes que serão eleitos através do voto popular.

Aparentemente, trata-se de uma usurpação de competências, uma violência institucional onde a soberania popular é desconsiderada a fim de dar lugar a uma atuação judicial ilegítima, em um campo que não lhe fora previamente reservado por nenhum texto normativo. Todavia, pode-se definir o ativismo judicial como um “mal necessário”, como uma consequência indesejada, mas necessária, da inércia e omissão política e legislativa; ou seja, é a providência que surge como única alternativa capaz de promover a justiça constitucional.

Pode-se reconhecer o ativismo judicial como uma consequência natural das omissões políticas e legislativa. Uma análise objetiva de tal postura do Poder Judiciário denuncia a ilegitimidade dessa sua posição ativista, porém, ao se verificar a relevância do interesse que ele procura resguardar, reconhece-se a necessidade e até se encoraja essa sua atuação proativa em questões pontuais de extrema relevância.

Quando o exercício de legítimo direito constitucional for obstado por exigências burocráticas sem fundamento ou quando decorrerem de falta de compromisso político ou legislativo em cumprir aquilo que o texto constitucional determina, deverá o Poder Judiciário atuar de forma a promover a integração entre os fatos e o que dispõe a norma constitucional. Cabe ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, fazer cumprir o que dispõem as normas e princípios constitucionais, a fim de se construir verdadeiramente um Estado de Direito.

Os direitos constitucionais são a expressão jurídica de tudo aquilo que se entende como justo e necessário para a vida em sociedade. Nesse sentido:

”Recomenda-se ainda atentar para o fato de que a base teórica do Direito está alicerçada no mundo do “dever-ser”, ou seja, uma seara construída mediante abstrações, com a finalidade precípua de regular a convivência entre os homens  
“(CARVALHO, 2011, p.251).

Desse modo, a flexibilização do princípio da Separação de Poderes surge como uma providência constitucionalmente exigida, a fim de dar cumprimento ao que dispõe o próprio texto constitucional. A desarmonia momentânea e episódica surge como uma necessidade de promoção de um bem maior que é a promoção da justiça constitucional.

### **3 PROPORCIONALIDADE**

A proporcionalidade é meio pelo qual se procura integrar uma norma a determinado caso concreto utilizando-se de critérios razoáveis e equilibrados. Traduz-se num princípio constitucional implícito na Constituição Federal de 1988, por meio do qual se veda excessos e providências excessivas. Trata-se de termo autoexplicativo e indica atuação do agente de forma racional, razoável, equilibrado de modo estar em consonância com os princípios mais basilares do ordenamento jurídico. Sob a luz da proporcionalidade, não se poderá, por exemplo, reconhecer como conduta legitimadora de demissão de servidor público, eventual atraso de 5 minutos cometido por ele.

De forma semelhante, não pode o órgão judicial, sob o pretexto de integrar os princípios constitucionais ao caso concreto, proferir decisão em completa incompatibilidade com o texto normativo. O ativismo judicial depende de uma interpretação alicerçada na razoabilidade e na proporcionalidade, a fim de que o provimento judicial se integre de forma coerente e equilibrada ao ordenamento jurídico.

Verifica-se a legalidade e constitucionalidade de determinada norma ou ato normativo através da sua integração proporcional ao evento objeto de sua subsunção. É feita uma adequação da norma ao caso concreto de modo que ele seja aplicada de forma proporcional aos fins aos quais ela se dirige. Constata-se a proporcionalidade através de uma análise de adequação e necessidade, verificando se determinada providência se revela necessária e adequada para se alcançar o fim pretendido.

Se a judicialização e o ativismo judicial se apresentam como opções desarmônicas inevitáveis, torna-se imperioso que se desenvolva critérios a serem observados na concretização de tais processos. Aqui, surge o princípio da proporcionalidade como o ponto de equilíbrio e referência de legitimidade para a promoção de tais comportamentos proativos do Judiciário.

Limenez (2017, p.07) bem salienta o aspecto interpretativo dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana no sentido de que eles devem balizar as apreciações judiciais relativas à judicialização de questões políticas.

O ativismo judicial deve ocorrer em situações excepcionalíssimas, onde a regulamentação judicial se revelar uma providência indispensável para garantir a viabilização de exercício de direitos fundamentais, individuais e coletivos. De modo algum, a atuação proativa jurisdicional poderá se prestar a desígnios distintos que não a estrita proteção das normas, princípios e postulados constitucionais. O ativismo judicial deve também observar os princípios de atuação da administração pública, sendo inadmissível um ativismo judicial distante dos princípios da imparcialidade, moralidade, proporcionalidade, publicidade e eficiência.

Conforme mencionado acima, o ativismo judicial deve ocorrer de forma episódico em casos isolados nos quais se apresentam entraves políticos e legislativos para a concretização de direito constitucional explícita ou implicitamente previsto.

Mais importante que isso, é a adoção de critérios para tal apreciação e atuação do órgão judicial de modo que a intervenção deste se dê de forma equilibrada e proporcional.

Está se a mencionar aqui o mesmo critério de proporcionalidade capaz de anular ato administrativo discricionário que não se pautem pelo equilíbrio e pela razoabilidade.

Dessa forma, obviamente eventuais atuações judiciais abusivas e desproporcionais que distorcem e desconfiguram a finalidade do ativismo judicial devem ser prontamente rechaçados, devendo tais atos serem submetidos a um rígido controle de legalidade.

#### **4 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE**

O texto constitucional, no parágrafo único já do seu artigo 1º, dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É expresso e inequívoco que o povo é titular do Poder do Estado. Devido à evidente impossibilidade física de exercício direto de tal mister, este é atribuído a representantes eleitos.

O Poder é uno e indivisível; todavia a especialidade de cada função sugere a prévia distribuição de atribuições, conforme a especialidade de cada esfera de competências. O que o texto constitucional sustenta como “separação de Poderes”, na realidade, deve ser reconhecido como separação de funções. Mesmo assim, é necessário recordar nenhum dos denominados Poderes exerce unicamente a competência que lhe fora atribuído pela Constituição. A separação de atribuições ou competências não é absoluta, sendo plenamente legítimo o exercício de uma dada função atípica por um dado Poder, como ocorre com os atos normativos ou regulamentares



e mesmo nas leis de iniciativa do Poder Judiciário. Não custa lembrar que o Poder Legislativo também julga e o Poder Executivo também legisla e regulamenta.

Assim, o Poder do povo é distribuído entre todas as esferas e o fato de os membros do Poder judiciário não terem sido eleitos pelo voto popular não quer dizer, de forma nenhuma, que eles não são representantes do povo. O poder exercido pelos membros do Poder Judiciário sempre deve objetivar o interesse público, de modo a sempre fazer prevalecer, ainda que indiretamente, o interesse e os direitos da coletividade. Isso em decorrência do fato de o povo ser o titular direto do Poder Constituinte (DE MAGALHÃES, 2008, p.08).

O titular do Poder Constituinte é o povo e qualquer dos seus mandatários devem ter como desígnio primordial a satisfação dos principais interesses do seu mandante. ARAÚJO salienta que o povo é a principal fonte de legitimidade de uma Constituição e que “ao se visar à construção de uma ordem política, visa-se a uma prioridade ou escala de poderes, na qual o povo ocuparia uma posição "superior" ou "suprema" a que as demais deveriam se subordinar”(2013, p.371).

Sendo o povo o titular do Poder Constituinte, apresenta-se como coerente e apropriada a atuação proativa do Poder Judiciário em questões pontuais e episódicas a fim de dar cumprimento e efetividade de direitos previstos pela norma constitucional que não são exercidos em razão de inércia ou omissão legislativa. Todavia, deve-se mais uma vez frisar que somente é admitido tal entendimento se o ativismo judicial ocorrer em caráter excepcional e nos limites da razoabilidade e proporcionalidade, além de que deve estar em consonância com as demais normas e princípios constitucionais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Foram expostas no presente trabalho várias restrições atinentes ao ativismo judicial; todavia, é preciso que se diga que ele se revela como um comportamento e uma postura inevitável do Poder Judiciário no exercício do seu papel de guardião constitucional.

O ideal de justiça aqui aventado é restrito e corresponde à aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais aos casos concretos. As normas constitucionais positivadas e principiológicas são expressão do que se convencionou como justo, sensato e razoável na constituição da sociedade.

Todos os Poderes e, principalmente, o Poder Judiciário têm a função de zelar pela efetividade prática do texto constitucional, de modo a materializar os direitos que nele são previstos. O Poder Judiciário detém uma atribuição ainda mais específica quanto a esse aspecto que é a função de intérprete do texto constitucional, atuando como uma ponte entre o que prevê o texto constitucional e a realidade concreta.

Há fatos e argumentos jurídicos relevantíssimos que podem se apresentar como um empecilho ao ativismo judicial. O princípio da Separação de Poderes, norma que é um dos principais fundamentos da República, revela-se como um dos mais relevantes obstáculos para tanto, tendo em vista que é possível identificar uma usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário.

Um primeiro exame de tal ponto nos leva a concluir pela incompatibilidade de atual atuação jurisdicional com o próprio texto constitucional que tem a Separação de Poderes como um dos seus fundamentos mais relevantes e intocáveis. Todavia uma análise mais detida e apurada da matéria nos conduz à constatação da consonância do ativismo judicial com o próprio texto constitucional, ainda que num primeiro momento, tal conduta seja vista como uma violação ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes.

O que se conclui é que o ativismo judicial se apresenta como um inconveniente jurídico necessário, como a via adequada para dar concretude ao que dispõem as normas constitucionais mais elementares.

Não obstante, o ativismo judicial pode ser visto não só como uma violação necessária da harmonia constitucional, mas também como uma postura judicial legítima do guardião constitucional no exercício de sua função de intérprete da Constituição. Nesse sentido, diante da omissão e inércia política e legislativa, os direitos constitucionais mais básicos e relevantes não podem restar desprovidos de concretude. Conseqüentemente, o Poder Judiciário, como titular da função de intérprete e aplicador da Constituição, assume o papel de regulamentador de questões pontuais que não especificadas pelo texto constitucional e que carecem de integração com a realidade.

Sendo o povo o titular do Poder, é compatível com o texto constitucional a ponderação de valores e a relativização episódica e eventual de algum dos seus valores e normas para a preponderância de outros.

Nessa linha de raciocínio, desde que nos limites da proporcionalidade e razoabilidade, o ativismo se apresenta como um aperfeiçoamento e uma evolução constitucional, sendo o resultado de um processo de ponderação de valores e interesses pontuais nos casos concretos, sempre almejando a concretude da finalidade do texto constitucional. É indispensável que a

providência judicial se revele como um ato necessário e o mais adequado para alcançar os fins pretendidos pela norma, sob pena de tal ato se desfigurar em uma providência arbitrária e completamente eivada do vício de inconstitucionalidade.

A ordem jurídica expressa o dever-ser, ou seja, almeja-se com o Direito alcançar ou ao menos aproximar de uma justiça ideal. A constituição das principais normas de uma sociedade democrática é construída com base em tudo aquilo que se entende como justo, razoável e sensato. Como expressão do dever-ser, o Direito, em uma sociedade democrática, deve ser um reflexo e um resultado de um processo de construção normativa no qual se verifica um aperfeiçoamento e uma evolução permanentes.

Mais um ponto que vale destacar é a necessidade de adequação de tal conduta com o que dispõe os princípios da efetividade, finalidade, moralidade, impessoalidade, proporcionalidade e razoabilidade. De forma alguma, o ativismo judicial poderá ser adotado em desacordo com a finalidade do texto constitucional que é o resguardar, proteger e dar efetividade aos direitos do titular do Poder que é o povo. O desvirtuamento e a desconfiguração da ordem jurídica não podem ocorrer com a finalidade de se criar benefícios ou empecilhos para pessoas específicas. A ordem jurídica constitucional não pode tolerar favorecimentos ou perseguições. Desse modo, o ativismo judicial deve ser exercido dentro dos limites constitucionais e em consonância com a prevalência dos direitos do titular do Poder que é o povo.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, especialmente Livro V, e Política.

ARAÚJO, Cicero. *O processo constituinte brasileiro, a transição e o Poder Constituinte*. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 88, p. 327-380, 2013. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000100011&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100011&lng=pt&tlng=pt) . Acesso 22 dez.2020.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Livr. do Advogado, 2006. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79059867.pdf> . Acesso 25 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso 15 dez. 2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 53-73, 1997. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355/69965>>. Acesso 16 dez. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso 08 out.2020.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares et al. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. 2013. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1> . Acesso 20 jan. 2021.

DE PAULA CARVALHO, Nathalie. *Uma análise do ensino jurídico no Brasil*. Revista Jurídica da FA7, v. 8, p. 249-260, 2011. <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/125>

LIMENEZ, Hugo Vinicius Castro. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE HUMANA E O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO VIÉS INTERPRETATIVO*. Revista do Curso de Direito Recife, PE, v. 18, n. 1, p. 5-17, 2017.

DE MAGALHÃES, Doutor José Luiz Quadros. *Reflexões sobre democracia e poder constituinte*. 2008. Disponível em <http://files.camolinaro.net/200000069-2ca432d9e1/relexoes%20sobre%20democracia%20e%20poder%20contituinte.pdf> . Acesso 22 dez. 2020

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da segurança jurídica*. A Força dos Precedentes. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. Disponível em [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/33519642/000006DF\\_%281%29.pdf?1398097277=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DFausto\\_Santos\\_de\\_Morais.pdf&Expires=1617217492&Signature=fmlAaZiJhXdIV1ZDndOgF~FUI21ilfa~IG1~Z50uAYQD03cLDVwQjj0KSDydQ613~dC0YKE0NHITWO8XCf9zIsm6LKDxQC20ughrYuvnqpowZbqmbCZ8CTxf8bFeQyceqxqUaVTALVP30JNmKN~Y5nHLHhzFUT9rSJ1j-YBdUm3aRHCGb7UB5xRG7VROOpqcmh2HhwnGG~bdGtT4zNTIwzzxNVIPito8uX9-DLhAwxKuVXXxzJem1C29kS-2ygzq14fLwNRShEP1SxKuzy0LtJzLGOaN~qQuk1UJCBxtEloi1IrmBEREnxoZer4KFJxiSY17lO41fVT~eS-Hf5JYdA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/33519642/000006DF_%281%29.pdf?1398097277=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DFausto_Santos_de_Morais.pdf&Expires=1617217492&Signature=fmlAaZiJhXdIV1ZDndOgF~FUI21ilfa~IG1~Z50uAYQD03cLDVwQjj0KSDydQ613~dC0YKE0NHITWO8XCf9zIsm6LKDxQC20ughrYuvnqpowZbqmbCZ8CTxf8bFeQyceqxqUaVTALVP30JNmKN~Y5nHLHhzFUT9rSJ1j-YBdUm3aRHCGb7UB5xRG7VROOpqcmh2HhwnGG~bdGtT4zNTIwzzxNVIPito8uX9-DLhAwxKuVXXxzJem1C29kS-2ygzq14fLwNRShEP1SxKuzy0LtJzLGOaN~qQuk1UJCBxtEloi1IrmBEREnxoZer4KFJxiSY17lO41fVT~eS-Hf5JYdA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA) . Acesso 23 jan. 2021.

NEW, REASONABLENESS OR CREATION OF. *ATIVISMO JUDICIAL: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE OU CRIAÇÃO JURISDICCIONAL DE NOVOS DIREITOS JUDICIAL ACTIVISM: APPLYING THE*. 4ª edição Cascavel, 2015, p. 321. Disponível em <[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64019350/Revista%20UNIVEL-.pdf?1595723771=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DREFUGIADOS\\_DO\\_BRASIL\\_AO\\_RIO\\_GRANDE\\_D\\_O\\_SU.pdf&Expires=1608645813&Signature=NNH0XWG90EJscIrbwnRQOTckdKYe1AAUkHi1vr95S-](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64019350/Revista%20UNIVEL-.pdf?1595723771=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DREFUGIADOS_DO_BRASIL_AO_RIO_GRANDE_D_O_SU.pdf&Expires=1608645813&Signature=NNH0XWG90EJscIrbwnRQOTckdKYe1AAUkHi1vr95S-)>

BQ1iAfjQBzdp7ztZi7SWF4YglrR5~Ar4cQHerejsheKtUmjBrrYT2IWiBAVeLuThidFAoC  
QsPdpulUR0fh0Lf4tf5tSSOcKdhvKMDIL3UvcvZyXucGqCeV5XLB4A9nMENGU0e4Kuy  
QgisXPUS2z2GYgWzn36XI-  
aZ5F6AKgvYX5GqpX43rApvKTsVB~C7~yBTi3Pq9I5hnqqBfnYAsBPzvwAC32otT6ycKy  
fuZqs1PPn8koj9A6M8pXRn2hK5uyr~5ejoCa3xMpKlsAQsometLkVL44m660057RVoTH5W  
JA\_\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=323> . Acesso 22 dez. 2020.

NUNES, Cláudio Pedrosa. *O conceito de justiça em Aristóteles*. Revista do TRT da 13ª Região, p. 26, 2000.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e Estado de Direito*. Revista eletrônica do curso de direito da UFSM, v. 4, n. 1, 2009. Disponível em <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>> . Acesso 22 dez.2020

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. 2001. Disponível em <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/56635> . Acesso 20 jan. 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV, p. 037-057, 2012. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>> . Acesso 27 dez.2020.