

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo discutir o fenômeno do ativismo judicial diante do dogma constitucional envolvendo essa temática e suas repercussões políticas e sociais, já que há um debate acalorado a respeito desse assunto desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde muitos instrumentadores do Direito, bem como os componentes dos outros poderes, tanto Legislativo, quanto Executivo, acusam uma maior atuação do Poder Judiciário por meio de decisões que, intencionalmente ou não, acabam por interferir na gestão administrativa do Estado e na produção legiferante dos representantes eleitos democraticamente, vindo a desequilibrar a harmonia e a independência inerente à separação de poderes.

Ante a isso, busca-se responder à pergunta problema, atendendo ao objetivo geral em discussão: Como o ativismo judicial se tornou um risco ao Estado Democrático de Direito brasileiro?

Com enfoque aos objetivos específicos dessa pesquisa, busca-se responder aos seguintes questionamentos: Em que se consolida o sistema federativo brasileiro? Como se dá a apreciação da validade das normas jurídicas estatais? Quais as características e competências institucionais dos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – adotados no regime político brasileiro? Quais os conceitos norteadores dos fenômenos de judicialização e ativismo judicial? Como o ativismo judicial pode vir a institucionalizar uma crise à legitimidade democrática e efetivação do Estado Social?

É por isso que a investigação dessa temática é relevante e enriquece as discussões dentro do cenário da Ciência Política, por trazer um embasamento teórico, com diferentes visões a respeito do assunto, a partir do sistema político adotado no Brasil e como a atuação dos três poderes, quando desequilibrada, pode vir a gerar riscos em dimensões preocupantes e ilimitadas para a regular manutenção do Estado Democrático de Direito e seu objetivo principal de prestação de serviços e implementação de políticas públicas, destinadas a atender as necessidades populacionais.

Primeiramente, realiza-se uma análise do regime político adotado no Brasil, a partir da sua norma constituidora, com o embasamento teórico da força normativa da Constituição Federal para a apreciação da validade das normas jurídicas e necessária simetria material das

legislações inferiores, para, a partir disso, explicar como se dá a repartição da estrutura em três poderes e a competência institucional de cada um deles: Judiciário, Executivo e Legislativo.

Logo após, o presente artigo científico delimita, de forma geral, o limite de atuação de cada um dos três poderes, em suas funções típicas e atípicas, com o fito de explicar a dimensão da separação entre eles, de forma independente e harmônica, com a aplicação da balança criada pelo sistema de freios e contrapesos. Ademais, também se explica o fenômeno da judicialização, onde se repassa ao Judiciário a apreciação das demandas que seriam de competência prioritária dos outros poderes, podendo vir a recair em ativismo judicial, quando se observa a extrapolação desse poder decisório.

Por fim, discutiu-se como o ativismo judicial pode representar um risco ao Estado Democrático de Direito, visto que dentro desse conceito dogmático, os instrumentadores do Direito estariam extrapolando a competência judiciária e intervindo diretamente nas funções administrativas do Executivo e nas funções legiferantes do Legislativo, transferindo a gestão pública daqueles que foram eleitos de forma legítima pelo sufrágio universal, para aqueles que não foram eleitos; o que viria a acarretar em uma possível politização da justiça.

## **2. METODOLOGIA**

Metodologicamente, para angariar o conhecimento necessário para a discussão da temática abordada, realizou-se o estudo de outros trabalhos científicos, dentre doutrinas, livros, artigos, trabalhos acadêmicos e legislações específicas, mais propriamente das normas compiladas na Constituição Federal de 1988, principalmente ao que se refere à instituição da República Federativa e sua repartição em poderes independentes e harmonicos, bem como a competência concedida a cada um deles por essas normas.

Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa caracteriza-se como pura, por ter como finalidade precípua a ampliação dos conhecimentos sobre a temática. No tocante à finalidade da pesquisa, classifica-se como exploratória porque busca inicialmente aprimorar ideias e descritiva porque descreve a situação no momento em que se ocorre a investigação, classificando e interpretando os fatos. A abordagem dada à pesquisa que resultou neste artigo científico, enfatizando a compreensão e a interpretação do tema, o que atribuiu significado aos dados teóricos coletados.

### 3. DISCUSSÃO TEMÁTICA

#### 3.1 O ESTADO FEDERATIVO BRASILEIRO E A SEPARAÇÃO DE PODERES: EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

Antes de discutir o fenômeno do ativismo judicial, importante se faz entender em que se consolida o Estado Federativo Brasileiro, o regime político adotado como forma de governo e, com isso, a sua repartição em três poderes, independentes e harmônicos entre si, diante do sistema de freios e contrapesos, destacando a função de observância de atuação de cada um deles com os preceitos instituídos pela Constituição Federal, que é a representação do poder constituinte da vontade soberana e, por isso, deve ser legitimada em todas as esferas administrativas de poder.

O Estado Federal, ou seja, o modelo federalista de poder é um mecanismo de organização pública composto por diversos entes políticos independentes e autônomos, mediante o reconhecimento dos poderes de auto-organização, autorregulação e autogoverno para cada um dos entes, criando suas próprias ordens internas, por meio de suas Constituições e Lei Orgânicas. Nesse contexto, explica a Escola Nacional de Administração Pública (GADELHA, 2017, p. 9):

Federação, Estado Federal ou Estado Federativo é aquele em que há uma participação dos Estados-Membros no poder central por meio de uma das câmaras que compõem o Poder Legislativo. Nesta forma de Estado, os Estados-Membros possuem autonomia política, que é o poder de auto-organização mediante um poder constituinte próprio. Não existe, portanto, hierarquia entre Estados-Membros e União.

Nesse sentido, o Brasil é composto por diversos entes federados, quais sejam: União, Estados, Municípios e Distrito Federal<sup>1</sup>. Todos eles possuem autonomia de poder político e competências específicas, delegadas de maneira expressa ou residual pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, a principal característica do sistema federalista é a divisão de poder e competências entre os entes: “Os Estados-membros são unidades que possuem capacidade de auto-organização e autoadministração e que, entretanto, não são dotadas de soberania e se sujeitam a uma Constituição Federal” (SCALIANTE, 2020, p. 46).

---

<sup>1</sup> Em particular, o Distrito Federal é uma pessoa jurídica de direito público interno de caráter *sui generis*, já que acumula competências legislativas reservadas tanto aos estados, quanto aos municípios, exatamente para atender as necessidades da ordem federalista brasileira, por ser a sede da capital do país (LAUBÉ, 1990).

Logo, o federalismo é um mecanismo de fragmentação do poder, em diversos entes públicos e políticos, normalmente consolidado em países de grande extensão territorial e com disparidades étnicas e culturais, como no caso do Brasil, o que faz com que seja necessária a distribuição de poderes locais específicos para atender às demandas de seu povo e considerar as particularidades de cada região.

Destaca-se, como já dito, que os entes federados são autônomos e independentes, não havendo uma espécie de submissão hierárquica entre eles. Em razão disso, são prerrogativas excepcionais aquelas que estipulam a intervenção de um ente em detrimento de outro, por exemplo: a intervenção da União em relação a determinado Município. Paulo Modesto (2014, p. 152) ensina como se dá a organização jurídica dentro do pacto federativo:

A Federação brasileira não é apenas um pacto político. É também um complexo normativo coordenado, que reúne ordens jurídicas distintas, delimitadas segundo o âmbito territorial de validade. Essa é a base para classificar, no sistema jurídico brasileiro, as normas em nacionais, federais, estaduais, municipais ou distritais.

Contudo, o que consolida os poderes e as competências dos entes são suas constituições internas, que devem se submeter à hierarquia de aplicação das normas jurídicas. Sendo assim, é preciso entender que os entes federados não possuem uma relação hierárquica, mas suas normas constituidoras sim, com o fito de manter a segurança jurídica e ponderar a validade de aplicação de cada legislação aos casos concretos. Por isso, deve existir tanto uma consonância entre as orientações trazidas pelos textos, quanto uma simetria entre eles.

Sobre o assunto, Paulo Bonavides (2018, p. 363) explica que há uma garantia institucional do “mínimo intangível” na autonomia dos entes federados, visto que as “vontades legislativas inferiores”, ou seja, as normas criadas pelos entes federados, não podem confrontar os textos consolidados pela Constituição Federal, diante da legitimidade, hierarquia, eficácia e supremacia das normas constitucionais advindas da vontade soberana popular, por meio de seu Poder Constituinte Originário. Conclui-se, em decorrência disso, que há uma proteção em relação a possíveis lesões cometidas pelas Constituições dos Estados-membros e dos Municípios, intituladas como Lei Orgânicas, caso seus textos não venham a observar as orientações normativas de hierarquia superior.

Essa obrigatoriedade de simetria existente entre as normas possui referência direta com o conceito de validade jurídica, sendo baseada pela norma hipotética fundamental que advém do poder constituinte soberano, conforme a definição de Robert Alexy (2009, p. 113), onde a

validade determina a correção material a ser aplicada na atividade legiferante do Estado: “Esta diz que uma norma é juridicamente válida quando tiver sido promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e não infringir um direito superior; resumindo: quando for estabelecida conforme o ordenamento”.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 50), ao discutir a teoria do conhecimento constitucional, explica que isso acontece porque a Constituição, como o próprio nome já diz, é o texto constituidor do Estado, e isso traz sua validade e legitimidade, devendo ser considerado o texto supremo e fundamentador de todo o ordenamento jurídico pátrio: “Ora, a constituição estatal, como modo de ser do Estado, tem a mesma natureza; quer dizer: é da essência do Estado; é parte dele, com natureza puramente material”.

Hans Kelsen (1998), ao explicar sua teoria pura do direito, afirma que o sistema jurídico funciona de maneira escalonada, em que existe um grau de hierarquia entre as normas legisladas dentro do Estado, no qual a Constituição ocupa o ápice dessa força e, por causa disso, derroga as orientações dadas aos institutos normativos inferiores, devendo mitigar aqueles dispositivos contrários à norma constitucional. Sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica, afirma Kelsen (1998, p. 155):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.

Observa-se, então, o motivo pelo qual as Constituições locais dos Estados-membros federados devem obedecer, pelo menos materialmente, aos pressupostos trazidos pela legislação constitucional, o que consolida o princípio da simetria adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que não é absoluto, já que precisa ser ponderado a partir das análises dos casos em concreto, mas possui grande relevância em manter a consonância material com a Constituição Federal, que é a ordem de referência para o exercício de seu controle.

Em que pese qualquer aceção acerca da procedência do princípio da simetria no ordenamento jurídico do país, a definição pode ser traduzida genericamente como a adoção, pelos Estados-membros ou outros entes federados, de modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União (LEONCY, 2011, p. 4). Desta feita, o reflexo de tal princípio se traduz na harmonização material das normas, em que a legislação de hierarquia inferior se adapta e passa a seguir a orientação consolidada pelas normas de hierarquia superior, como referência.

Desta feita, o princípio da simetria não visa centralizar o poder estatal, dentro do modelo de federação, o que se objetiva com sua aplicação nas decisões de controle de constitucionalidade é harmonizar o texto constitucional aos interesses do próprio constituinte, em busca de garantir maior segurança jurídica. Entretanto, muitos são os críticos que afirmam que a simetria não é um princípio, mas sim um pressuposto aplicado para motivar as decisões do Supremo Tribunal Federal, o que acaba causando uma assimetria dentro do Estado Federal, já que, de acordo com Leonam Liziero (2019), esse princípio concede um poder exagerado à União, ao desequilibrar a autonomia e a independência dos demais entes federados, o que poderia vir a reincidir na problemática de ativismo judicial.

É com base nesse raciocínio que se justifica o equilíbrio entre os três poderes de regulação estatal, ou seja, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Esse equilíbrio é essencial para o funcionamento e garantia da autonomia dos entes federados, pois as limitações dos poderes e das competências acontecem exatamente por meio da conexão entre esses três poderes. Nesse sentido, pondera Scaliante (2020, p. 52) que “o controle mútuo do poder é essencial em uma federação tendo em conta o seu mecanismo de fiscalização recíproca, que previne a concentração indevida de poder e reforça a busca pela interdependência federativa democrática”, prevenindo, dessa forma, que um poder atue de maneira exacerbada e supressora em detrimento dos outros.

Com efeito, a divisão de poderes, deveres e funções é limitada pelas atribuições conferidas pelos três poderes, sendo um mecanismo de limitação do próprio poder estatal, em que se fundamenta o sistema criado por Charles-Louis de Secondat Montesquieu (2005), baseando-se nas ideias de John Locke e de Aristóteles, chamado de “*checks and balances*” (freios e contrapesos). Essa teoria estipula que a criação de três poderes, harmônicos e independentes entre si, traria um controle contra um possível poder arbitrário e centralizador.

O desenho da estrutura institucional dos Poderes foi realizado de modo a garantir a independência no exercício das funções típicas, bem como a assegurar funções atípicas, muitas delas de controle recíproco, com vistas à contenção de poder através dos mecanismos de freios e contrapesos. Assim, com esse equilíbrio de forças, através dessa estruturação, um poder não se sobrepõe a outro, pois um poder controla a atuação do outro.

O sistema de freios e contrapesos trata-se do mecanismo de garantia de que cada poder exercerá suas funções sem extrapolar os limites e atribuições de outro poder, evitando abusos, ao funcionar de maneira harmônica e organizada, fazendo que se faça valer o princípio da separação de poderes adotado na prática regulatória do governo. Pela importância que esse sistema tem no controle dos poderes do Estado, bem como na garantia dos direitos e liberdades individuais e nos direitos das minorias, é considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois é por meio desse controle que é possível garantir a efetivação das propostas públicas do governo, com o respeito à competência de cada um dos três poderes, em suas funções típicas e atípicas, estipuladas no texto constitucional brasileiro de 1988.

### 3.2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O DESEQUILÍBRIO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: ATUAÇÃO ACENTUADA DO JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DOS OUTROS PODERES

Para compreender o fenômeno da judicialização, é preciso ter conhecimento, pelo menos de forma sucinta, de quais são as funções típicas (ou primárias) e atípicas (ou secundárias) de cada um dos três poderes. A Constituição Federal (1988), logo em seu artigo 2º, consolida a seguinte repartição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, no decorrer do texto constitucional, os legisladores originários especificaram funções específicas para cada um desses poderes, com a finalidade de regular o governo e estabelecer a segurança necessária para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

A função típica do Poder Executivo é administrar o Estado, executar o que determinam as leis e atender às necessidades da população, prestando serviços assistenciais e promovendo políticas públicas; atipicamente, pode exercer a atividade legislativa, editando atos normativos de caráter geral, por exemplo, a implementação de medidas provisórias por parte do presidente da república, que possui força de lei, de acordo com os limites previstos na Constituição.

Já o Poder Legislativo, tem como função primária a produção de leis e a fiscalização da atuação do executivo, sendo as duas igualmente importantes; de maneira secundária, o legislativo também exerce as funções de administrar sua própria estrutura e julgar, por exemplo, administra quando promove concursos públicos para que servidores adentrem a sua casa, bem como possui a função atípica de julgar e investigar, ao instaurar comissões parlamentares de inquérito (CPI's) para analisar o possível cometimento de crimes de responsabilidade, podendo vir a julgar algumas autoridades, como o presidente da república por tais crimes.

Por sua vez, o Poder Judiciário tem como função típica a de julgar os casos submetidos a sua análise, aplicando as leis ao casos concretos, de modo a resolver conflitos de interesses entre partes opostos, bem como exerce o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, para ratificar a validade das normas jurídicas criadas pelo legislativo, ou então julga demandas relacionadas a como o executivo está aplicando tais normas, possuindo uma atividade fiscalizadora em relação aos demais poderes; de modo que também exerce a função atípica de administrar, a fito exemplificativo, quando realiza licitação para a contratação de funcionários para a manutenção dos tribunais.

A ideia central dessa estrutura se situa em cada um desses órgãos exercer funções específicas, para que haja melhor desempenho das atividades estatais. Seria de extrema dificuldade atribuir a organização administrativa de todo um Estado a um só órgão, o que poderia, inclusive, recair em um sistema autoritário de poder. Semelhante situação de centralização de governança ocorria quando o sistema escolhido era o absolutista, no qual havia a concentração de poder em um só órgão ou pessoa (ANTONACCI, 2016, p. 11).

Com essa divisão, há de se ressaltar que a organização estatal fica comprometida com a independência funcional de cada uma dessas entidades. Ou seja, se cada uma exercer suas responsabilidades típicas de forma equilibrada, tem-se um Estado harmonioso na realização da coisa pública, combatendo a concentração de poder nas mãos de um ente apenas, afastando a hipótese de qualquer sistema arbitrário/ditatorial de gestão e consolidando a manutenção da ordem democrática. O combate aos abusos de poder se consolidou nas democracias ocidentais, marcadas pelo fim da maioria das monarquias absolutistas, perdurando até os dias atuais (CAMARGO, 2017, p. 31).

Diante dessa visão geral a respeito das funções primárias e secundárias de cada um dos três poderes, é muito importante estabelecer limites claros para que o exercício das funções



típicas e atípicas do Poder Judiciário não se concretizem de maneira exacerbada em relação aos outros poderes, recaindo no fenômeno de “judicialização”, onde há a apreciação por parte do judiciário de demandas que seriam de competência prioritária dos outros dois poderes (legislativo e executivo), já que é perceptível uma linha tênue entre a função regulatória do controle de constitucionalidade (apreciação da materialidade das normas legisladas e dos atos de governo executados) e um possível ativismo judicial, que se dá quando o judiciário cria poderes de atuação que não lhe são próprios, ultrapassando os limites de sua competência.

Aqui se mostra importante distinguir “judicialização” de “ativismo judicial”. O primeiro termo traduz a transferência para o Poder Judiciário da decisão sobre questões relevantes para a sociedade, envolvendo, inclusive, decisões quanto a atuação dos demais poderes (Executivo e Legislativo). O segundo diz respeito à atuação de juízes em relação ao exercício do controle político-normativo por meio de decisões judiciais, expandindo poderes institucionais ao exercer o controle dos atos do Legislativo e do Executivo, o que tem recebido críticas pelo protagonismo do Poder Judiciário.

Maria Luiza Quaresma Tonelli (2016) critica a processo de judicialização da política como uma espécie de desbalanceamento entre a democracia e a justiça, afirmando a possibilidade de existir uma inversão de posição entre o judiciário e a política governamental a ser aplicada no Estado, direcionando, nesse sentido a análise da competência do Executivo em sua função típica de administrar. Em contrapartida, a autora também salienta a parte positiva desse processo, destacando como é necessário ponderar até que ponto esse fenômeno da judicialização pode ser colocado em prática para não reincidir em uma possível arbitrariedade ou inflação do Poder Judiciário (TONELLI, 2016, p. 13): “A noção de que a presença do Direito e o fortalecimento do poder judiciário são condições desejáveis para o fortalecimento da Democracia, considerando que sua consolidação é inerente à garantia dos direitos dos cidadãos”.

Sobre o assunto, Thamy Pogrebinski (2011) explica que a maior parte dos autores sobre o assunto defende o fenômeno da judicialização da política como um grande problema e, até mesmo, atentado à democracia brasileira, sob a justificativa de que o Poder Judiciário estaria se agigantando em relação aos demais poderes, o que poderia vir a causar uma crise na representatividade dos governantes escolhidos legitimamente por meio do exercício do direito ao voto popular, o que acarretaria em uma fragilidade no sistema democrático como um todo.

Entretanto, por mais que a citada doutrinadora concorde em parte com as críticas relacionadas à judicialização de questões envolvendo a atuação dos outros poderes, ela salienta que esse fenômeno é necessário para manter a regulação e a efetividade nas prestações governamentais, bem como suprir possíveis lacunas normativas, já que é inegável que o Judiciário também deve ser reconhecido, por óbvio, como uma instituição política, principalmente quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal nos procedimentos decisórios e na dinâmica institucional que envolve o Executivo e o Legislativo, explicando (POGREBINSCHI, 2011, p. 28-29):

O pressuposto de que o Poder Judiciário expande-se em um vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo jamais foi demonstrado empiricamente, de modo a confirmar a hipótese de que a uma eventual inércia ou disfuncionalidade do segundo corresponderia algum ativismo do primeiro. A comprovação da não correlação entre uma suposta deficiência da produção legislativa e um suposto excesso de prestação jurisdicional faz-se, assim, mais do que necessária, embora isso certamente não seja suficiente para livrar a democracia brasileira dos contínuos ataques que vêm sofrendo suas instituições representativas.

Se no Brasil, como em outros países que adotaram o sistema americano de freios e contrapesos, o controle de constitucionalidade apresenta-se como uma solução liberal para problemas democráticos (Arantes, 1999), por aqui, o arranjo institucional de imposição de freios à vontade majoritária jamais se revelou decorrência de um eventual esmorecimento da legitimidade das decisões das casas representativas da soberania popular. Se o fortalecimento do Poder Judiciário tributa-se às variegadas causas mencionadas pela literatura tanto das Ciências Sociais como do Direito, dentre elas ainda não se comprovou estar, seja uma expansão de sua competência constitucional contramajoritária, seja uma retração da vocação majoritária dos poderes Legislativo e Executivo.

É a partir desses fundamentos que se torna muito delicado diferenciar até que ponto a judicialização de questões políticas estão ultrapassando os limites inerentes ao próprio sistema de freios e contrapesos e recaindo em um possível ativismo judicial que poderia vir a ocasionar um desequilíbrio na separação de poderes e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

Quanto à aplicação do princípio da simetria para harmonizar os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, o papel do Poder Judiciário é exatamente buscar alcançar este equilíbrio, quando a atuação do Executivo e do Legislativo, por si só, não conseguirem atingir tais parâmetros, com atenção das necessidades básicas das populações locais das regiões de cada localidade. Em razão disso, defende-se que a aplicação do princípio da simetria pelo controle de constitucionalidade não se trata de ativismo judicial, pois não cria

algo novo e desconectado da Lei Suprema, mas é crucial ter cautela na aplicação dessa dimensão da atuação judiciária, para não reincidir em nenhum dos dois fenômenos acima destacados, devendo esse princípio cuidadosamente ponderado.

A crítica aqui, relacionada ao ativismo judicial, trata-se da ideia de que o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, possa dar novos entendimentos sobre como dirimir determinados casos concretos, o que cria uma normatização a respeito de determinada matéria, como se estivesse exercendo a função atípica de legislar de maneira que ultrapassam a sua prerrogativa de controle de constitucionalidade. É por isso que se faz importante ponderar, na prática, quais os limites de intromissão do Judiciário em relação ao processo parlamentar ao aplicar qualquer decisão (RAMOS, 2015).

Lênio Streck (2016), um dos maiores estudiosos sobre ativismo judicial, afirma que uma das prerrogativas sobre o assunto é exatamente a “criação do novo”, ou seja, para existir o ativismo, é necessário que a decisão judicial crie algo novo, diferente do que já está contextualizado na norma constitucional vigente. Na mesma temática, Gladson Rogério Miranda (2020), o ativismo judicial se confunde com a ideia de “neoconstitucionalismo”, em que Constituições com o viés mais rígido permitem uma atuação “onipresente” dos tribunais constitucionais.

Contudo, a Suprema Corte brasileira não atua de maneira una e indivisível; na verdade, na maior parte de suas decisões, observa-se a preocupação em contextualizar as lacunas deixadas pelo Executivo e Legislativo sobre o assunto, diante disso que se faz necessário ponderar os mecanismos de solução dessas lacunas com uma possível atuação exacerbada do Judiciário que poderia vir a ocasionar o ativismo judicial.

### 3.3 O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL COMO UM RISCO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Adentrando melhor a análise das consequências práticas do ativismo judicial, fenômeno brevemente conceituado nos tópicos de discussão anteriores, é preciso entender como essas “criações jurídicas” repercutem na gestão governamental brasileira, o que, por muitas vezes, acaba causando um risco a legitimidade do Estado Democrático de Direito, visto que a possibilidade de compelir mais poder de atuação ao Judiciário, não só desregula naturalmente o sistema de freios e contrapesos, necessário para o equilíbrio e harmonia da separação de

poderes, como também tira a legitimidade de atuação daqueles que foram escolhidos democraticamente para dar voz às vontades soberanas do povo, representadas pelo sufrágio universal.

O ativismo judicial é um fenômeno tanto jurídico, quanto social e político, pois busca adequar, por meio de decisões judiciais, os anseios e necessidades da comunidade a que se refere determinada demanda à atuação política destinada a promover a solução de tais questões. Todavia, esta não é uma função que deveria ser aplicada de forma prioritária pelo Judiciário, visto que a prerrogativa típica de administrar o Estado e suprir as necessidades da população é, majoritariamente, do Executivo, restando ao viés jurídico apenas analisar e regular a atuação dos outros poderes quando eles resultarem em conflitos de interesse com outras instituições públicas, privadas, ou mesmo de particulares. Segundo Ruy Nestor Bastos de Mello (2018, p. 168-169):

O ativismo judicial consiste num fenômeno social, jurídico e político que decorre, essencialmente, do protagonismo que o Judiciário assumiu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 para fins de concretização dos direitos, princípios e valores fundamentais contidos na Carta Magna. O ativismo importa, em essência, na atividade do judiciário em desacordo com suas competências [...]

Por causa disso, é forçoso que exista, via de regra, um sopesamento no controle da atuação dos outros poderes por parte do Judiciário, em sua prerrogativa de concretização de direitos, princípios e valores fundamentais, normalmente em seu exercício do controle de constitucionalidade de normas e atos políticos; evitando o protagonismo deste poder em detrimento dos outros e, conseqüentemente, uma possível criação legiferante ou atividade administrativa que não pertence nem as suas funções típicas, nem as suas funções atípicas.

Ou seja, o problema central ocasionado pelo ativismo judicial é o desequilíbrio entre a política (majoritariamente administrada pelo Executivo e Legislativo) e a justiça (majoritariamente regulada pelo Judiciário). No Brasil, em particular, esse fenômeno chama muita atenção diante de grande volume de decisões jurídicas que decidem questões de viés político, interligados diretamente a atuação dos outros poderes na consolidação de políticas públicas e direitos fundamentais, por exemplo.

Acontece que, na prática, há uma grande dificuldade para identificar quando, de fato, o Poder Judiciário está ultrapassando os limites de sua competência e exercendo uma atuação “criativa”, fenômeno inerente ao ora criticado ativismo judicial, porque uma das prerrogativas

desse poder é exatamente o controle de constitucionalidade, que busca garantir a efetivação das leis constitucionais nos casos concretos e na atuação administrativa do Estado, para que, com isso, a validade material das normas jurídicas alcancem sua finalidade prática.

Por isso, pode-se dizer que existe uma linha tênue entre a atuação legítima do Poder Judiciário e a arbitrariedade causada por um possível ativismo judicial. O que é ainda mais confuso quando se tenta identificar o acontecimento desse fenômeno na prática, ao analisar as decisões aplicadas aos casos concretos, visto que quando a parte contrária não se conforma com o julgado em questão, muitas vezes de forma leviana, acaba alegando que o instrumentador do Direito foi ativista, criando ordens inexistentes, o que vem a confundir a veracidade entre os casos que realmente houve uma criação jurídica arbitrária, daqueles casos em que a interpretação da norma foi legítima e adequada. Ante a esse contexto, esclarece Fábio Gondinho de Oliveira (2021, p. 26):

Atribuir a algum julgamento ou a algum juiz o adjetivo de “ativista” passou a ser mais uma arma retórica que algo com valor semântico objetivo e genuíno. O que acaba transparecendo é que ativista é toda decisão da qual se discorda. Essa ambiguidade, no entanto, é compatível com a circunstância de que a expressão “ativismo” se refere às influências intersistêmicas entre o direito e a política, muito especialmente na aplicação da Constituição, a qual exerce o papel de acoplamento estrutural entre os dois sistemas.

Nesse sentido, afirma-se que o ativismo judicial se concretiza quando os órgãos do Judiciário, ao exercer seu controle dos atos e normas a serem aplicadas para resolver determinadas demandas, extrapolam a interpretação da Constituição Federal, expandido seu sentido e alcance de forma “criativa” e arbitrária, neste caso, por ultrapassar a competência dos outros poderes.

A postura ativista pode vir a se manifestar através de diferentes condutas, algumas delas, conforme exemplificado pelo jurista Luís Roberto Barroso (2009), incluem: a aplicação das normas constitucionais em casos não contemplados expressamente no texto da Lei Maior, suprindo lacunas por meio da criação de interpretações que não estão legalmente especificadas; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador ordinário, com base em critérios menos rígidos e não justificados pelo exercício de seu controle de constitucionalidade; bem como a imposição de condutas ou de abstenções à atividade administrativa do Poder Público, tanto em sua prestação de serviços, quanto envolvendo a efetivação de políticas públicas.

Diante desse contexto e das situações aqui discutidas que se fundamentam as críticas plausíveis de que o ativismo judicial pode vir a ser um entrave problemático à manutenção do Estado Democrático de Direito, tanto por intervir diretamente no exercício legiferante daqueles que foram eleitos de forma legítima para expressar a vontade popular soberana por meio dos votos (servidores que compõem a Casa Legislativa, eleitos democraticamente), concedendo, assim, mais poderes aos “não eleitos” (juízes e ministros que compõem o Poder Judiciário); quanto por incorrer em risco à politização da justiça, intervindo diretamente na gestão pública, limitando a atuação dos representantes legítimos do Executivo ou exigindo determinadas condutas dos mesmos.

Contrária a ideia do ativismo judicial, é válido citar o fenômeno da “autocontenção” do Poder Judiciário, onde os instrumentadores do Direito analisam suas próprias condutas e julgados, buscando evitar a interferência nos demais poderes, protegendo, dessa forma, a harmonia e independência entre eles. Flávia Lima e José Gomes Neto (2018) esclarecem que esse conceito faz referência ao próprio exercício de revisão judicial que todos os tribunais e órgãos acessórios do Poder Judiciário devem aplicar, de forma até mesmo natural, para evitar qualquer tipo de arbitrariedades ou excessos em suas decisões. Contudo, essa ideia de autocontenção na atuação judiciária vem ganhando ainda mais importância após a amplificação dos debates envolvendo o ativismo judicial como um fenômeno não só da seara do Direito, como também político e social. Rebuscando a discussão sobre a autocontenção, torna-se válido citar os argumentos de Fábio Gondinho de Oliveira (2021, p. 40):

Trazida para o contexto jurídico, a autocontenção judicial, percebida como a adoção de uma postura pelo Judiciário de reprimir os seus atos/decisões, apresenta reflexos teóricos e dogmáticos dos mais variados. Por exemplo, sob o prisma linguístico, o ato de autoconter-se aparenta possuir uma carga volitiva e de ampla discricionariedade, cabendo ser aplicada quando o agente (aqui o Judiciário) possui a possibilidade de escolher adotar dois comportamentos igualmente legítimos. Assim, trazendo o debate para o objeto de estudo da presente pesquisa, a escolha do Judiciário em adotar uma postura ativista ou autocontida, não estaria lastreada na ideia de observância a limites constitucionais ou democráticos, de respeito ao postulado da separação de poderes, tendo em vista que, conforme demonstrado acima, a autocontenção significaria, tão somente, a escolha de um dos caminhos possíveis e legítimos.

Entretanto, não há como afirmar que a autocontenção seria a única e a mais razoável das soluções para que as decisões judiciais não recaiam em ativismo judicial por parte dos instrumentadores do Direito. Visto que a autocontenção, assim como os critérios de apreciação de um possível ativismo judicial, envolve critérios muito subjetivos (dogmática constitucional)

e liames tênues entre a atuação própria do Poder Judiciário em relação à extrapolação de sua competência. Sem contar que, no caso da autocontenção, é o próprio judiciário que exerce a revisão judicial dos limites de suas decisões, o que torna ainda mais frágil apreciar a segurança ali firmada por meio desse controle.

#### **4. CONCLUSÃO E RESULTADOS**

Diante de tudo que fora exposto na discussão da temática escolhida, conclui-se que o ativismo judicial é um risco ao Estado Democrático de Direito brasileiro porque, quando identificado concretamente, fica comprovada a existência de desequilíbrio de atuação entre os três poderes, rompendo, dessa forma, o sistema de freios e contrapesos, o que pode gerar não só uma insegurança jurídica diante da atuação exacerbada do Poder Judiciário, como também, em pior escala, a instituição de regime político arbitrário e concentrado em um só poder.

Percebe-se que a análise prática desse fenômeno nas decisões judiciais envolve muitos dogmas e critérios subjetivos de apreciação, o que torna o debate sobre esse tema cada vez mais acalorado, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. É concebível que a judicialização de demandas envolvendo conflitos advindos da gestão pública (prerrogativa do Executivo) e da aplicação das leis criadas para regular as necessidades sociais (prerrogativa do Legislativo), fazem parte do próprio controle de constitucionalidade instituído como função típica do Poder Judiciário.

Entretanto, há uma linha tênue entre a função típica do judiciário de resolver conflitos de interesses, inclusive aqueles envolvendo outras ordens de aplicação de direitos fundamentais e políticas públicas, bem como o controle das interpretações a serem aplicadas as legislações materialmente vinculadas às normas constitucionais; e a possibilidade de “criação” por parte dos instrumentadores do Direito ao resolverem tais demandas, recaindo, assim, no fenômeno do ativismo judicial, que causa um desequilíbrio na repartição de poderes, pois torna a atuação do Judiciário predominante em relação aos outros dois poderes Estatais.

Para dificultar ainda mais a percepção prática do ativismo judicial e sua repercussão político-social, vale citar que, em muitos casos, as partes envolvidas, quando inconformadas com determinada decisão judicial, acabam por acusar o julgador em questão de ter recaído em ativismo, o que nem sempre condiz com a realidade, fazendo parte de um jogo de interesse egoístico que não enriquece a solução do problema de desregulação do sistema de freios e

contrapesos que pode vir a gerar riscos à legitimidade democrática.

Portanto, como solução para as problemáticas envolvendo um possível ativismo por parte dos instrumentadores do Direito, deve-se adotar, prioritariamente, uma apreciação mais segura e imparcial por cada um dos três poderes em suas funções atípicas de fiscalizar uns aos outros, aplicando de forma concreta o sistema de freios e contrapesos em suas prerrogativas essenciais. Bem como o próprio Poder Judiciário pode e deve aplicar a autocontenção em suas decisões, ou seja, a revisão judicial de suas interpretações, para evitar intervir na gestão pública, impondo ou impedindo determinada política de viés administrativo, ou vindo a criar normas que ultrapassam os limites materiais expressos no texto constitucional.

Contudo, importante frisar que tais soluções não são absolutas e fáceis de serem concretizadas na prática, pois, como fora explicado acima, os critérios de apreciação desse fenômeno são subjetivos e há uma linha tênue entre a função típica do Judiciário em julgar demandas, inclusive às relacionadas aos outros poderes estatais, e um possível ativismo por parte dos instrumentadores do Direito em suas interpretações.

## 5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ANTONACCI, Leonardo. A singular Constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da magna carta. **Revista de Ciências do Estado**, v. 1, n. 2, Minas Gerais: 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/download/5001/3069/15696>. Acesso em: 10 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, n. 13, p.71-91, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapeso na Constituição de 1988: a atuação do Poder Judiciário**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20755/2/Beatriz%20Meneghel%20Chagas%20Camarago.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

GADELHA, Sergio Ricardo de Brito. **Introdução ao Federalismo e ao Federalismo Fiscal no Brasil**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2017.



OLIVEIRA, Fábio Gondinho de. **(Não) Levando a sério a autocontenção judicial como limite à jurisdição constitucional**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEONCY, Leo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico**. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Leo\\_Ferreira\\_Leoncy\\_parcial\\_tese.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Leo_Ferreira_Leoncy_parcial_tese.pdf). Acesso em: 10 jan. 2022.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista Investigação Constitucional**: Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S235956392018000100221&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392018000100221&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08 ago. 2024.

LIZIERO, Leonam. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, v. 11, n. 2. Rio de Janeiro: 2019.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. **O ativismo judicial do STF em face do Legislativo**: identificação de limites da jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política. Escola Judiciária Eleitoral da Bahia: artigos inéditos, 2018. Disponível em: <[https://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/17912/mod\\_label/intro/7o-ativismo-judicial-do-stf.pdf](https://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/17912/mod_label/intro/7o-ativismo-judicial-do-stf.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2024.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Ativismo judicial e poder normativo do CNJ. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 10, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/18053>. Acesso em: 05 dez. 2022.

MODESTO, Paulo. As normas de reprodução, imitação e remissão como parâmetro de controle de constitucionalidade nos Estados membros da Federação e o papel das leis orgânicas municipais. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, p. 1/48, ano 12, nº 46, jul./set., 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. 3 ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCALIANTE, Fernando Aquino. **Sistema e processo orçamentário para o desenvolvimento local**: estudo comparativo entre Brasil e Portugal. Dissertação de Mestrado

em Planejamento e Governança Pública. Curitiba: Universidade Tecnológica Federal do Paraná, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. **Direito e Paz**, n. 30, 2016.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da política**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.