

# ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTITUIÇÃO: QUAIS OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO?

**Carolina Borges Justo**

**Giovanni Antonio de Almeida Junior**

**Ricardo Luiz da Trindade**

## RESUMO

A Constituição do Brasil estabelece que o Judiciário não pode alterar as políticas públicas. No entanto, a constituição também diz que o judiciário pode intervir para evitar a violação de direitos subjetivos, individuais ou coletivos. Também afirma que a intervenção judicial deve ser usada apenas para reparar ou prevenir violações. Qualquer ação do Judiciário deve obedecer aos limites constitucionais e não deve ser vista como uma tentativa de extrapolar sua competência ou implementar novas políticas públicas. O objetivo geral foi discutir sobre os limites do Poder Judiciário no Ativismo judicial e a Constituição. Os objetivos específicos foram analisar o conceito de ativismo judicial; descrever sobre as teorias procedimentalistas e substancialista e discutir sobre os limites do ativismo judicial em face da constituição. Este estudo consiste numa revisão da literatura. Para tanto foram utilizadas as seis etapas características desse tipo de estudo: elaboração da pergunta norteadora; busca ou amostragem na literatura; coleta de dados; análise crítica dos estudos incluídos; discussão dos resultados. À medida que o ativismo judicial aumenta na proporção da atual crise de representação que a maioria das sociedades modernas enfrenta, novas expectativas se somam à esperança popular de ver seus direitos e aspirações atendidos pelo atual paradigma do Estado Democrático. Isso se deve a uma ineficácia percebida por parte dos poderes executivo e legislativo em implementar e lidar com as promessas da modernidade. À luz disso, os proponentes das teorias substancialista e procedimentalista têm sido observados.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Constituição. Teorias substancialista e procedimentalista.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio básico do Estado Democrático de Direito é a separação dos poderes em três poderes: executivo, legislativo e judiciário. O legislativo aprova leis que são então aplicadas pelo poder executivo. Embora o legislador deva atuar como um verdadeiro representante dos interesses da coletividade, sua capacidade de fazê-lo pode ser comprometida. Nesses casos, o Poder Judiciário pode entrar em vigor e se tornar ativo para fazer cumprir as leis previstas em seu regimento.

Essas leis são efetivadas por decisões judiciais que as implementam. Se essas decisões não abrangerem efetivamente os direitos fundamentais ou representarem os desejos populares, espera-se que o Executivo as promulgue. Embora a participação afirmativa do Judiciário seja chamada de ativismo judicial, é vista com apreensão ou repugnância por alguns.

Os defensores das teorias procedimentalistas crescem em número quando há mais decisões judiciais com peso político real; essas decisões ultrapassam seus principais limites de atuação e insinuam afrontas condenáveis à democracia. Por outro lado, os defensores das teorias substancialistas apreciam a ajuda que o Judiciário lhes dá. Essa assistência se deve ao uso de ferramentas do Judiciário como a supremacia da Constituição Federal em suas decisões e grande peso axiológico e principiológico. Isso porque as tecnologias modernas exigem maior reconhecimento e implementação de seus direitos no âmbito do poder público.

No entanto, esses pedidos são muitas vezes ignorados ou insuflados pelos poderes Executivo ou Legislativo do governo. Portanto, cabe ao Judiciário implementar teorias substancialistas com auxílio de poderes públicos que seguem as leis federais. É necessário examinar os pontos de vista tanto de procedimentalistas quanto de substancialistas na busca de uma teoria constitucional adequada. Isso porque a posição do Judiciário vista na Constituição não parece ser legítima do ponto de vista processual. A problemática foi quais os limites do Poder Judiciário no Ativismo judicial e a Constituição?

A justificativa mostra que ao pesquisar os dois lados, é possível encontrar uma teoria constitucional que adere às leis que regem os estados democráticos governados pela lei. Isso pode ser alcançado por meio de pesquisa bibliográfica e documental indireta, que envolve o exame de materiais relacionados ao assunto em estudo por meio de artigos e doutrinas.

O objetivo geral foi discutir sobre os limites do Poder Judiciário no Ativismo judicial e a Constituição. Os objetivos específicos foram analisar o conceito de ativismo judicial; descrever sobre as teorias procedimentalistas e substancialista e discutir sobre os limites do ativismo judicial em face da constituição.

Este estudo consiste numa revisão da literatura. Para tanto foram utilizadas as seis etapas características desse tipo de estudo: elaboração da pergunta norteadora; busca ou amostragem na literatura; coleta de dados; análise crítica dos estudos incluídos; discussão dos resultados.

O método de revisão da literatura permite a inclusão de pesquisas experimentais e não experimentais, a combinação da obtenção de dados empíricos e teóricos, pode levar à definição de conceitos, identificação de lacunas no campo da pesquisa, revisão teórica e análise de métodos de pesquisa sobre um determinado tema. O desenvolvimento desse método requer recursos, conhecimentos e habilidades.

## **2 ATIVISMO JUDICIAL**

Apesar das divergências sobre a origem do termo ativismo judicial, ele prevaleceu a compreensão de tal palavra foi escrita pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr, obteve a missão era estabelecer a imagem política e ideológica dos nove membros da Suprema Corte dos EUA na época, que enfrentavam tensões políticas com o governo dos EUA na época. Franklin Delano Roosevelt, que incluiu a aprovação de um político e Conhecido como New Deal, que envolve algumas medidas legislativas significativas Tomando a inconstitucionalidade como pista e salvando o empreendimento como escopo principal Nação americana após a Grande Depressão 30. O título do artigo é "Supremo Tribunal: 1947" (ALVES, OLIVEIRA, 2014).

Devido ao conflito de posição e lei, por que não falar sobre política, bloqueie Com a Suprema Corte dos EUA, o presidente Roosevelt usou uma estratégia Política questionável, apresentar um projeto de lei ao Congresso, cujo conteúdo discrimina os juízes uma taxa adicional pode ser adicionada ao Supremo Tribunal Federal, para cada pessoa que tiver 70 era. Com essas medidas, o tamanho do STF será ampliado e possibilitará ao STF (BARROSO, 2015).

O poder executivo nomeou novos juízes que concordaram com os ideais de Roosevelt. Nesse período, a Suprema Corte dos Estados Unidos teve como presidente o seu presidente de justiça. O artigo de Arthur Schlesinger classifica Hugo Black como um ativista judicial, no entanto, a maioria dos líderes seniores do sistema judicial norte-americano, com apenas um voto, Sucumbiu ao poder político do presidente Roosevelt e eliminou a crise do sistema (BECATTINI, 2013).

Colocado no poder de declarar que a lei que faz o novo plano é constitucional Economia. Esta posição do Tribunal Constitucional é chamada de conversão de acordo com Cardoso (2013). O artigo escrito por Cambi (2016), introduziu pela primeira vez "radicalismo Judicial", mencionou e narrou as posições de alguns juízes

do Supremo Tribunal, durante esse período, confrontado com comportamento de jurisdição defensiva (restrição judicial), partindo de uma ideia positivista marcante, evitam enfrentar o caso relevante e essencial para a sociedade.

Como pode ver, no início, a expressão do radicalismo judicial para visualizar com hermenêutica ou interpretação, refletindo a posição assumida. Os juízes lidam com questões políticas e legislativas que são submetidas ao judiciário para revisão. O conceito, a amplitude e o uso do termo ativismo judicial não são uniformes. Diferenças de entendimento, inclusive no país de origem, como ensinou Gândara, Sciarini (2018).

Consulta sobre as duas fontes básicas (embora bem conhecidas) de conceituação American Law, Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary, Mostra que, desde a sua origem, o termo "radicalismo" não atingiu um consenso. existir a primeira declaração citada concentra-se no último elemento, comprometido com a expansão dos direitos individuais; em segundo lugar, tônicos elementos que dependem da natureza do comportamento, ou seja, o espaço é dado com base nas visões pessoais da compreensão de cada magistrado de cada norma constitucional. As dificuldades continuam as mesmas hoje, e o personagem continua o mesmo acompanhando a ambiguidade no uso do termo, embora seja um elemento de ocorrência frequente da retórica judicial e da pesquisa acadêmica, vários a conotação de cada campo (LEAL, ALVES, 2015, p. 186).

Leite (2014) reconheceu que o ativismo judicial se originou do judiciário participa ativamente da implementação e execução dos valores a constituição pode ser especificada e aplicada de diferentes maneiras, como por meio de por exemplo, a aplicação direta da constituição, independentemente da participação do legislador.

Normalmente, para impor ou renunciar a ações de autoridades públicas a fim de proteger direitos a constituição estipula que a interpretação do órgão judicial do chamado "padrão" Fuzzy ", as atitudes ou mecanismos adotados por todos esses órgãos judiciais têm o conceito teleológico de salvaguarda e proteção dos direitos fundamentais. A partir destes Premissa, o ativismo judicial passou a ser entendido como uma forma de integração e explicação de. Lima (2014) reiterou a mesma ideia, caso contrário:

A questão diante de nós não é filosófica, mas legal. Em certo sentido, Mais amplamente, politicamente. O problema não é saber quais são esses direitos, quantos e quais são Sua natureza e fundamento, sejam naturais ou históricos, absolutos ou Parentes, mas qual a forma mais segura de garanti-los e evitar que isso aconteça, Apesar da declaração solene, eles continuam a ser violados (LUSTOZA, 2015, p. 239).

Por exemplo, o argumento utilizado por alguns juristas é que mesmo em “Vácuo legislativo”, em sua análise explicativa, o juiz não pode inferir a legislação dos homens. Em outras palavras, o intérprete da constituição ou da lei não pode agir de forma alguma e deve em todo caso, evite o subjetivismo. Para eles, toda norma já tem um comando implícito (OLIVEIRA, 2015).

Uma norma que não pode ser distorcida, principalmente por ser uma expressão da opinião pública. Representado pela legislatura. É como um engenheiro executando um projeto construindo, pode acelerar ou desacelerar o trabalho, mas nunca pode sair termos definidos no projeto. Existem também alguns autores, os chamados semânticos ou textistas, que entendem é necessário usar o chamado ativismo judicial com muito cuidado, sob as seguintes penas, a implementação da ditadura judicial, seguida de outros poderes e a redução de poderes (BARROSO, 2015).

A difamação do princípio secular de separação de poderes é claramente estipulada No Artigo 2º da Constituição Brasileira. Além disso, eles também estão cientes o significado original das normas constitucionais e a intenção do promulgador constituição. Portanto, o ativismo judicial não tem um conceito definido e completo, ou seja, Essa doutrina confirma que a expressão de ativismo judicial tem pelo menos sete significados, como artigos publicados por Gândara, Sciarini (2018), a saber:

- a) ativismo Oposição à maioria: caracterizada pela relutância em direcionar as decisões de poder Eleição;
- b) Ativismo não original: a característica é que não reconhece nenhum Originalidade na interpretação judicial é o conceito mais estrito de textos jurídicos e textos jurídicos abandone completamente a consideração da intenção do legislador;
- c) Radicalismo precedentes: incluindo rejeição de precedentes previamente estabelecidos;
- d) Ativismo judicial: caracterizado pela resistência do tribunal às restrições de aceitação legal estabelecido por sua atuação;
- e) Ativismo criativo: derivado da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional;
- f) Ativismo corretivo: marcado pelo uso da justiça ações ativas que impõem outros poderes do governo ou os controlam como uma etapa;
- g) Ativismo partidário: inclui o uso do poder judicial para atingir os objetivos específicos de um partido político ou classe social específica ao mesmo tempo,

esta distinção e classificação, embora como um importante paradigma, não há padrão absoluto, prevalece na doutrina entenda que tais expressões são usadas para especificar o desempenho (OLIVEIRA, 2015).

A interpretação do Judiciário envolve lacunas legislativas e Omissões legais e inércia na execução e aplicação de outros poderes Valor constitucional.

A ideia de ativismo judicial está relacionada a uma participação mais ampla e forte O papel do Judiciário na implementação dos valores e propósitos constitucionais, com maior Intervir no espaço de atuação dos outros dois grandes países. Postura agressiva Ela se manifesta por meio de diferentes comportamentos, incluindo: (i) diretamente aplicável A constituição não considera explicitamente as circunstâncias e Independentemente da atuação dos legisladores ordinários; (ii) Declaração A inconstitucionalidade do comportamento normativo dos legisladores é baseada em Não tão estritos quanto os padrões para patentes e violações de divulgação da Constituição; (iii) para Impor ações ou abster-se do governo, especialmente em determinados assuntos Políticas públicas (BARROSO, 2015, p. 10).

Apesar desta visão de justiça libertadora, explica A constituição estipula e preenche o vazio legislativo para eliminar a ansiedade Social, relacionado à negligência e ineficiência de outros poderes, esta é Atualmente devido a inúmeras denúncias de corrupção, desvios Fundos públicos, favores pessoais, envolvimento no crime organizado e outros comportamentos absurdos, Portanto, este assunto está longe de ser esgotado e pacífico (BARROSO, 2015).

A questão número um em relação ao tema do ativismo judicial voltar ao desempenho do intérprete constitucional e os limites de sua interferência nos outros poderes constitutivos. Até que ponto o intérprete constitucional pode decidir e orientar a Administração adota política pública, e ações que instigam o poder legislativo, como a aplicação de efeitos específicos para as liminares, direcionam as ações inconstitucionais por meio de omissões, sem este A configuração interfere com outras fontes de energia de forma irracional (OLIVEIRA, 2015).

Em suma, qual é o limite Interpretação constitucional. A atuação efetiva do Judiciário no cenário político surge na hora de votar O presidente da Suprema Corte dos EUA, John Marshall, participa de casos famosos Marbury x Madison criou um sistema de revisão judicial em 1803 para invalidar as ações dos tribunais o Congresso decide por conta própria que, quando essas leis não estão em conformidade com a carta política (BARROSO, 2015).

Vale ressaltar que esta medida preliminar tomada pelo Judiciário norte-americano, não apenas protege o conteúdo da constituição e sua supremacia. O

modelo tradicionalmente aplicado de jurisdições europeias, onde a lei é, como um produto significativo dos legisladores, os juízes se tornaram fontes independentes de direito leis e freios sobre as leis que violam a constituição, renunciam o caráter neutro da justiça começou a influenciar e atrair responsabilidade política.

Outros movimentos e fundações contribuíram para o radicalismo judicial, incluindo, isso destaca a influência do modelo filosófico liberal supremamente concebido a constituição e as leis de controle judicial como as instituições básicas dentro de um país Democracia e Estado de Direito para garantir a manutenção dos regimes democráticos, Direitos intangíveis (como direitos humanos) e o núcleo essencial do império (BARROSO, 2015).

De acordo com as seguintes doutrinas, o direito de exercer controle na maioria das áreas. Portanto, tomando como exemplo o Supremo Tribunal Federal, antes de mais nada no momento, sua finalidade é atuar como legislador passivo, pois controla leis e atos normativos são constitucionais e nunca podem usurpar funções legislação imposta ao poder legislativo, este momento é considerado pela doutrina como a estrutura do poder judicial em que suprime o papel dos puros aplicadores da lei para influenciar no contexto político do país.

No entanto, o poder judiciário tem sido criticado por interferir em outras áreas de poder. Principalmente no que se refere à sua atuação como legislador atuante, em sua orientação para a tomada de decisão e determinação da adoção de obrigações perante outros poderes, inclusive Impacto nas políticas públicas nacionais. Esta crítica não pode ser dirigida a o Judiciário pode ser facilmente estendido ao Executivo, porque ao longo dos anos, o poder tem distorcido o desempenho de suas funções ao emitir muitas medidas temporárias (OLIVEIRA, 2015).

O Executivo federal brasileiro está acostumado a adotar medidas para legislar temporário, a urgência e relevância das medidas, o aspecto constitucional, quase nunca considerado. interesse direto do governo implemente suas decisões de política. Crise de desconfiança por meio do diretor executivo. Lembre-se, a última semana de setembro de 2007 Oitenta por cento da agenda do Senado está bloqueada por medidas provisórias, Segundo dados do jornal Folha de S. Paulo dessa semana. Registramos incidentes de corrupção, que sempre foi regra do governo, em Compromisso nas negociações políticas durante a campanha é um projeto sólido de autonomia do governo e do sistema político, frequentemente restrito por sistemas econômicos (BARROSO, 2015, p. 10).

Apesar desses argumentos, na situação atual, não há como o poder de conceber a estaqueidade está relacionado apenas às suas funções básicas, mas em

uma interconexão interna, a constante tensão e harmonia entre essas instituições, no entanto, para manter a ordem democrática, o abuso de poder deve ser rejeitado. Implementado por qualquer uma dessas agências, por meio de um sistema de controle mútuo (OLIVEIRA, 2015).

### **3 TEORIAS PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTA**

É importante reconhecer que a Constituição é ineficaz em muitos aspectos. Esse fato reforça a necessidade de discutir o papel do Judiciário, da jurisdição constitucional e da própria Constituição. Segundo Cambi (2016), sempre haverá um conflito entre o que está escrito em uma constituição e o que é a verdadeira constituição de um país. Se a constituição for escrita no papel, ela sucumbirá às forças vitais e verdadeiras de um país.

Ao focar em fazer leis que sejam socialmente efetivas ou efetivas no mundo real então a justiça constitucional pode ser utilizada para que as políticas públicas possam implementar direitos constitucionalmente protegidos com máxima eficácia. Gândara, Sciarini (2018), teoriza que quando se trata de um estado democrático de direito, é necessário que um estado garanta os direitos fundamentais de seus cidadãos. Um estado também é inseparável de qualquer conteúdo material indicado por uma constituição; nesse sentido, as leis são vistas como um instrumento a ser utilizado pelos Estados para que cumpram o que consta em suas constituições.

O Judiciário é responsável por eliminar as “promessas de modernidade” definidas por Cambi (2016). Isso leva à questão de saber se o Judiciário pode criar lei diretamente da Constituição ou se deve seguir um procedimento. Além disso, as pessoas podem considerar qual aspecto da legislação deve ser priorizado: substância ou procedimento.

A natureza democrática da Constituição exige que ela seja livre de práticas autoritárias e autolimitantes. Deve ser percebido como um conjunto de procedimentos que estimulam mecanismos que impeçam que a Constituição seja manipulada para benefícios pessoais ou sociais por forças externas. Dessa forma, o documento poderia facilitar a autorregulação na sociedade semelhante à abordagem da democracia deliberativa proposta por Cambi (2016). Isso se deve à capacidade de coexistência de múltiplas facções políticas em consonância com o significado processual da Constituição.

Gândara, Sciarini (2018), afirma que, no entendimento de Jurgen Habermas, o Tribunal Constitucional não pode “criar” lei. Em vez disso, seu papel é aplicar a regra e torná-la concreta. Habermas acreditava que a Constituição não deveria ser vista como um texto que estabelece uma ordem jurídica global. Em vez disso, ele pensou nisso como um instrumento para o povo se autodeterminar por meio de procedimentos políticos.

As teorias de Cambi (2016), foram parafraseadas por Espinoza, que disse que a proposta processual de se baseava em seu entendimento de que o direito contemporâneo deve se basear em um paradigma processual o único possível. A jurisprudência de valores e princípios é rejeitada por outro teórico procedimentalista, John Hart Ely. Sua teoria baseia-se na noção de que o direito deve ser abordado de forma processual e não substantiva; isso significa que os juízes devem se concentrar apenas em como as coisas foram feitas não nos valores subjacentes que eles estavam buscando.

Essa visão é compartilhada com outros procedimentalistas, incluindo Gândara, Sciarini (2018), que defende que o tribunal constitucional deve proteger simultaneamente dois pressupostos centrais do ordenamento jurídico: a autonomia pública e a privada. Além disso, ele afirma que o princípio da separação de poderes e a legitimidade da democracia no processo legislativo estão limitados a sistemas destinados a salvaguardar direitos relacionados a esses dois pressupostos públicos. Por fim, afirma-se no trabalho que essas garantias de autonomia pública e privada não são necessariamente de natureza positiva. Em vez disso, eles estão restritos a um sistema que defende esses princípios como uma ordem legal.

A teoria de Cambi (2016), insiste que os processos democráticos devem ser mantidos por representantes decisórios do povo. Dessa forma, os compromissos seriam feitos sem que nenhum juiz inserisse suas perspectivas morais pessoais em seus julgamentos. A afirmação de Gândara, Sciarini (2018), de que “a solução proposta por Ely era que os juízes se abstivessem de tomar decisões influenciadas por valores subjetivos em vez disso, eles deveriam se concentrar na precedência de princípios e direitos às decisões judiciais” corrobora essa perspectiva.

Além disso, Gândara, Sciarini (2018), afirma que se os juízes do tribunal constitucional fizessem julgamentos guiados por valores morais, então 'a imparcialidade do tribunal seria apenas preservada'. Está implícito no artigo de Ely que as leis decididas pelos representantes do povo não podem ser alteradas ou

reduzidas pelos julgamentos avaliativos dos Tribunais Constitucionais. Em vez disso, esses julgamentos devem garantir que os métodos democráticos sejam usados.

Embora as ideias procedimentalistas sejam fortes e bem concebidas, elas enfrentam considerável oposição dos substancialistas. Isso porque é difícil adotar um modelo processual da constituição em países menos desenvolvidos. Isso se deve ao fato de exigir um espaço de discussão pública inclusivo, onde as pessoas possam expressar seus argumentos. Nesses cenários, é mais fácil ver como os princípios procedimentais podem se enraizar em países mais desenvolvidos. Por outro lado, isso não é possível em sociedades periféricas onde a discussão e deliberação públicas não são incentivadas porque não têm as condições necessárias para que essas ideias cresçam (OLIVEIRA, 2015).

Gândara, Sciarini (2018), afirma que muitas pessoas vivem em sociedades com oportunidades desiguais. Consequentemente, é quase impossível para essas pessoas se envolverem em comunicação irrestrita. Além disso, essas situações factuais não podem ser negligenciadas. O paradigma do Estado Democrático de Direito acrescenta um “plus” normativo à compreensão do Estado de Bem-Estar. Os dois diferem por causa da reavaliação da jurisprudência no constitucionalismo do pós-guerra. Isso permite a implementação de mecanismos que garantem e protegem os direitos e valores almejados pela sociedade moderna.

A legitimidade do novo paradigma está associada à função transformacional do direito. Essa transformação transfere o pólo de tensão dos órgãos representativos para o judiciário e os tribunais constitucionais. As constituições são consideradas orientadoras por sua capacidade de apresentar dispositivos que favorecem os direitos fundamentais. Consequentemente, esperava-se que os legisladores agissem de forma mais forte e ativa em favor desses direitos; consequentemente, os tribunais começaram a controlar as leis não apenas procedimental, mas também materialmente (OLIVEIRA, 2015).

Ao analisar o conteúdo das leis em relação à sua constitucionalidade, foi possível aos tribunais determinar se o conteúdo de uma lei era ou não compatível com o novo paradigma. Gândara, Sciarini (2018), menciona outras questões em relação à teoria habermasiana. Essas questões estão relacionadas com a ideia de que a exclusão social não foi resolvida o que Habermas afirmava ter sido e se a tradição coloniza os mundos da vida dos cidadãos. Ackerman apoiou essa afirmação, perguntando se eleições livres e justas poderiam ser realizadas se uma grande parte

da população votante não tivesse a educação necessária para entender as principais linhas políticas ou estivesse trabalhando sob condições opressivas ou famintas a maior parte do tempo.

Cambi (2016), diz que “minha resposta é não”; no entanto, não é a intenção deste artigo abordar minuciosamente todas as questões. É essencial notar a importância de compreender o contexto em que uma sociedade opera. Além disso, é essencial observar que não há uma solução definitiva para o problema em questão. Além disso, é necessário notar a desigualdade presente em muitas sociedades, ao mesmo tempo em que reconhece a democracia como um procedimento que só pode ser utilizado de forma política.

No campo do Estado Democrático de Direito, é possível tomar decisões equivocadas. Isso resulta em falhas nos julgamentos das instituições democráticas que produzem resultados indesejáveis. Conseqüentemente, é importante considerar a importância de uma compreensão e interpretação substantiva da constituição (OLIVEIRA, 2015).

Isso permite a correção e aplicação da justiça. Além disso, alguns acreditam que a democracia quando considerada como um mero procedimento não é suficiente para proteger valores substantivos valiosos. Isso porque essas mesmas pessoas acreditam que garantias insuficientes estão presentes nos processos democráticos. Como resultado, eles buscam métodos para aumento de valor em procedimentos justos (BARROSO, 2015).

A justiça substantiva vai além do processo democrático; requer a consideração de perspectivas que vão além da discussão democrática procedimental básica. Com isso em mente, os axiomas substancialistas consideram o Judiciário como garantidor das promessas modernas. Isso porque seu papel deve ser aquele que se reflete nos estados modernos como reflexo dos Estatutos Democráticos de Direito. Além disso, deve-se considerar uma necessidade inevitável de o Estado afirmar e implementar ideias de justiça inclusive por meio da criação de metas a serem alcançadas com vistas a cumprir os propósitos constitucionais esperados do Estado (OLIVEIRA, 2015).

Com essas considerações em mente, o Judiciário deve ter um papel significativo na garantia dos direitos fundamentais e direitos básicos de desempenho entre outras responsabilidades. Gândara, Sciarini (2018), afirma que as teorias substancialistas do direito que se baseiam na ideia da jurisprudência como intérprete

da vontade geral implícita no direito positivo acreditam que o judiciário tem uma responsabilidade maior do que equilibrar e harmonizar outros poderes.

Em vez disso, eles acreditam que os juízes devem destacar mesmo contra eventuais maiorias a vontade geral implícita na lei positiva de sua cultura e nos princípios ocidentais considerados universalmente valiosos. Conseqüentemente, é inevitável que não haja fim da importância do Judiciário com a adoção dos direitos sociais. Além disso, fica implícito aqui que as pessoas marginalizadas pela sociedade só podem acessar o sistema político por meio de sua defesa pelo judiciário (OLIVEIRA, 2015).

Adicionalmente, nota-se que essa crença se opõe a qualquer noção de uma constituição supostamente vazia e limitada pelo poder preexistente já adotado pelo poder já adotado. Se as funções da Constituição são proteger e proclamar direitos, então é necessário protegê-los verdadeiramente (BARROSO, 2015).

Embora existam grupos sociais que não estão representados nas discussões e, portanto, seus direitos e interesses não são considerados é preciso alguma forma de protegê-los. Isso porque a corrente substancialista de pensamento acredita que o Judiciário contra majoritário atuando em defesa da lei e da Constituição fortalece a democracia ao invés de enfraquecê-la. Isso porque reafirma a democracia como forma de governo para todos e não apenas para a maioria (BARROSO, 2015).

### **3 OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO**

Cambi (2016), dizem que os processos políticos devem deixar de proteger os direitos fundamentais antes que o ativismo judicial seja justificado. Esses juristas afirmam que o ativismo deve defender ativamente os direitos de primeira classe; acrescentam que esses direitos devem ser de natureza econômica e social. A razão disso é que a reserva de possibilidades e a existência mínima formam uma relação dialética uma conexão que permite fazer valer direitos de segundo grau.

A teoria das normas de Gândara, Sciarini (2018), reconhece os direitos fundamentais como princípios. Isso possibilita legitimar a proteção judicial dos direitos fundamentais de segunda dimensão por meio da ponderação em um caso concreto. Para que o caso concreto dê legitimidade à ponderação, o paradigma deve ser reconhecido como igualdade factual ou seja, deve ser racional. Depois de validada, uma medida retrógrada poderia fornecer uma justificativa constitucional, ao mesmo

tempo em que resguardaria os direitos sociais e proporcionaria benefícios essenciais para todas as pessoas com dignidade.

Além disso, qualquer decisão judicial tomada por meio da coesão deve ser cuidadosamente ponderada levando em consideração o mínimo existencial. Além disso, esse posicionamento deve considerar a possível reserva. Pode-se argumentar que o ativismo judicial em defesa de grupos menos representados se justifica quando implementado de forma consciente e limitada. Também pode-se afirmar que a implementação de políticas judiciais ativistas parece implausível. Isso ocorre porque seria inerentemente visto como arrogante e egoísta com a intenção de obter poder (OLIVEIRA, 2015).

A Constituição do Brasil estabelece que o Judiciário não pode alterar as políticas públicas. No entanto, a constituição também diz que o judiciário pode intervir para evitar a violação de direitos subjetivos, individuais ou coletivos. Também afirma que a intervenção judicial deve ser usada apenas para reparar ou prevenir violações. Qualquer ação do Judiciário deve obedecer aos limites constitucionais e não deve ser vista como uma tentativa de extrapolar sua competência ou implementar novas políticas públicas (BARROSO, 2015).

Aderindo a esses parâmetros e cumprindo seu papel, o Judiciário pode atuar de forma ousada e criativa sem violar a Constituição. Embora a função jurisdicional seja de origem política, isso não significa que decisões políticas sejam tomadas. Em vez disso, seu papel é controlar outras funções políticas de acordo com as leis constitucionais. Pelo contrário, não se diz que os juízes falam pela lei (OLIVEIRA, 2015).

Em vez disso, eles são treinados para determinar se as leis estão alinhadas com as leis fundamentais que refletem a vontade do povo bem como os princípios sociais. Além disso, reconhece-se que entendimentos puramente procedimentais das constituições se mostram insuficientes diante de um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2015).

Há muitas boas razões para preferir uma abordagem substancialista à democracia. Gândara, Sciarini (2018), corretamente aponta que tanto a teoria substancialista quanto a procedimentalista têm argumentos convincentes a seu favor. Entre as muitas vantagens do substancialismo está a ênfase na social-democracia, a defesa dos direitos fundamentais e o fortalecimento das normas constitucionais por meio da atuação jurisdicional abrangente. Também é importante destacar a

importância dos procedimentos deliberativos envolvendo a participação cidadã que merece destaque conforme explica (BARROSO, 2015).

Cambi (2016), explica que o procedimentalismo destaca a importância das decisões públicas, a legitimidade democrática e os direitos de participação nos procedimentos. Alerta também para os perigos do ativismo judicial que se apodera das leis e da Constituição o que pode colocar em risco a ordem democrática. Para manter um equilíbrio adequado entre os princípios democráticos e os direitos fundamentais, esses valores devem ser implementados por meio de procedimentos que preservem um núcleo constitucional material.

#### **4 CONCLUSÃO**

À medida que o ativismo judicial aumenta na proporção da atual crise de representação que a maioria das sociedades modernas enfrenta, novas expectativas se somam à esperança popular de ver seus direitos e aspirações atendidos pelo atual paradigma do Estado Democrático. Isso se deve a uma ineficácia percebida por parte dos poderes executivo e legislativo em implementar e lidar com as promessas da modernidade. À luz disso, os proponentes das teorias substancialista e procedimentalista têm sido observados.

É imprudente presumir que uma teoria constitucional adequada terminaria com a simples adoção ou implementação; em vez disso, é mais correto ver essas duas teorias como complementares. A adoção substantiva de uma constituição pode ajudar a fortalecer a democracia, enquanto a implementação meramente formal e abstrata tem impacto limitado. Em última análise, essas opiniões são movidas pelo desejo de realização de direitos imanentes à luz de um arranjo constitucional preferencial; no entanto, é considerado um erro supor que apenas uma teoria seria capaz de satisfazer esses desejos.

As abordagens substancialista e procedimentalista extremas do direito constitucional têm desvantagens significativas. O substancialismo muitas vezes deixa de considerar aspectos tanto da democracia quanto da social-democracia. Isso ocorre porque muitas dessas teorias priorizam a implementação de valores social-democratas sem muita consideração ou discussão. Além disso, muitas sociedades periféricas carecem dos pré-requisitos legais e factuais para suposições que são tipicamente assumidas por teorias fortemente procedimentais.

Esses elementos dicotômicos se adaptam constantemente às mudanças na sociedade observadas ao longo da vida em sociedade. Como resultado, busca-se um equilíbrio necessário entre um princípio democrático e a ideia de que a jurisdição constitucional indica a legitimidade da atuação do judiciário.

O Judiciário interpreta a lei e detém a supremacia na tomada de decisões. Nenhum Poder Executivo, Legislativo e Judiciário deve agir com arrogância diante de outro. Fazer isso comprometeria o equilíbrio e a harmonia necessários para uma democracia. É preciso lembrar que não há solução absoluta para todo e qualquer problema da vida. Um juiz não pode alegar que a lei só se aplica a situações que o legislador viu antecipadamente.

A vida apresenta muitas situações ambíguas que os legisladores não podiam prever. Isso inclui lacunas nas legislações devido ao fato de os legisladores não levarem em conta novas situações no futuro. Nesses casos, os juízes podem precisar criar soluções políticas que os legisladores nunca pretenderam fornecer. É dever do juiz considerar se deve agir como ativista. Eles devem ter a sabedoria, calma, sensibilidade aguçada e visão para entender se uma situação em sua jurisdição precisa de nova interpretação ou aplicação legal.

Alternativamente, cabe às partes envolvidas simplesmente esperar que os políticos ajam. É importante lembrar que o Judiciário pode emitir decisões que não são originalmente pretendidas pelos legisladores. Essas decisões devem ser consideradas aceitáveis, desde que não sejam irracionais e priorizem interpretações que melhor atendam ao mais alto valor da lei a Lex Legum. Além disso, essas decisões não devem criar insegurança jurídica ou interferir na separação de poderes entre o judiciário, o executivo e o legislativo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e Ativismo Judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Jacarezinho/PR: Rev. Argumenta**, v. 6, n. 21, p. 33 -45, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 7, n. 8, p. 23-50, 2015.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da atuação do Poder Judiciário: ativismo sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'plácido Editora, 2013. p. 63.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo – SP, n. 129, p. 76-82, dez. 2013. ISSN 1678-3778.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

GÂNDARA, L. G; SCIARINI, J. C. F. ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES FRENTE À CONSTITUIÇÃO. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. v. 6, n. 4, 2018.

LEAL, Mônica Clarrisa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e o ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 186.

LEITE, Roberto Basillone. O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional. São Paulo: LTr, 2014. p. 110-121.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 131-132.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015. p. 239-252.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 210-211.