

O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Iury Mangia Davin

Graduando do 10º período no curso de Direito do UNIPTAN. E-mail: iurymangia@msn.com

Erika Tayer Lasmar

Mestre em Direito Constitucional e Democracia. Professora do Curso de Direito do UNIPTAN.
E-mail: erika.lasmar@uniptan.edu.br

Resumo

O presente artigo tem como finalidade demonstrar os impactos do ativismo judicial como instrumento de desconstrução do Estado Democrático de Direito. Partindo-se do conceito de Barroso (2009), esse fenômeno que pode ser tido como um atributo até instrutivo para a aplicação do Direito e para o fim último da Justiça, contudo, torna-se uma ameaça à democracia representativa à medida que ele abala os alicerces constitucionais, para tal, traz-se breves exemplos de um tema tão em voga na atualidade do Brasil. Desse modo, expusemos suas características e buscamos discutir sobre os aspectos que culminam em sua prática e como tais pontos afetam a conjuntura política, social e cultural do país. Para o desenvolvimento desse estudo, foi utilizada uma revisão bibliográfica com obras relacionadas ao tema. Evidenciou-se que o fenômeno é fomentado não apenas por juízes ativistas, mas também por agentes que rodeiam o cenário jurídico e conduzem a Democracia nacional.

Palavras-chave: Freios e contrapesos. Interpretação. Ativismo. Neoconstitucionalismo.

Introdução

O Estado Democrático de Direito é aquele em que o poder do Estado é limitado pelos direitos dos cidadãos, concomitantemente, sua finalidade é coibir possíveis abusos do aparato estatal para com todos aqueles que estão submetidos ao estamento normativo (RUSSEAU, 2001). A etimologia da palavra democracia, em grego *demokratia*, expressa a relação entre povo (*demo*) e poder (*kratia*) ainda mantida nas mais diversas formas de organização de

estado. Essa estrutura convencionada na Constituição mantém todos sob à égide das normas e das leis.

Ainda que, desde suas concepções mais tradicionais até as contemporâneas, a democracia vem sofrendo alterações significativas no que diz respeito a sua aplicação e seu formato para com o povo, ela mantém a sua essência. Um regime democrático é, em síntese, oposto a regimes totalitários, oligárquicos, autocráticos, e como pauta deste artigo, a democracia também é contrária à aplicação desordenada do Ativismo judicial, sem, contudo, deixar de destacar as benesses de sua aplicabilidade funcional.

A instrumentalização do Ativismo judicial tem afetado a ordem democrática constitucional e gerado uma grave instabilidade jurídica, estendendo seus efeitos para além do ordenamento jurídico, concomitantemente em diversos setores da sociedade. Sua prática indiscriminada avança sobre os demais poderes e as instituições, inevitavelmente quebrando o pacto constitucional, além de agravar a crise da democracia representativa com interesses escusos sob o manto da mutação constitucional, interpretativismo e revisionismo.

É notória como a atuação exacerbada dos juízes, em especial do STF, têm impactado o ordenamento jurídico e se estendendo à sociedade e instituições; as decisões tomadas pelas Cortes muitas vezes fomentadas por agentes políticos e muitas vezes os próprios juízes, que usam o Judiciário como arena de disputas e decisões. O que causa inevitavelmente a transferência de poder do Executivo e Legislativo para o Judiciário. Desse modo, gerando uma disfuncionalidade do ordenamento jurídico.

Tal atuação se mostra ainda mais patológica quando manifestada por decisões monocráticas com intuito de censura, perseguição ou interesses políticos, como se deram nos casos do Inquérito 4781 das “Fake News” e Inquérito 4828 dos “Atos antidemocráticos”, os quais romperam drasticamente com preceitos básicos constitucionais, e sob a análise em discussão, mostra como se torna preocupante a crescente incidência da atuação dos juízes para além do que está previsto. Contrariando o marco representativo de que a Carta Magna de 1988 deveria representar a dita redemocratização no país.

Essa atuação por tão notória que demonstra ser, não está passando despercebida diante do público, e tem gerado extensas discussões, que vão além da mera polêmica ou especulação, mas sobretudo, geram mudanças relevantes nas normas por meio de interpretação subjetiva e linguagens, aspectos incisivamente analisados por Eros Roberto Grau e demais autores expostos.

O trabalho se apoia nos preceitos da Constituição Federal de 1988 e tem como metodologia científica o estudo bibliográfico de diversos autores, juristas e autoridades

referências no tema, que se debruçaram tanto na discussão teórica desse fenômeno quanto na análise sobre os processos práticos que o envolvem, além de uma abordagem abrangente sobre o seu desenvolvimento no decorrer da história.

Desse modo, busca-se, partindo dos autores pesquisados, fazer uma reflexão sobre as causas e efeitos do Ativismo judicial, sobretudo no que tange a interpretação das leis, as linguagens e o *modos operandi* de quem o pratica. Também busca descrever o fenômeno, analisar os seus aspectos que o circundam e sua influência no equilíbrio entre os Poderes, sendo este um dos pilares fundamentais da República, assim como os demais direitos fundamentais, cláusulas pétreas e demais dispositivos constitucionais.

Nesse contexto, este trabalho pretende colaborar para a pesquisa exploratória nessa área, tendo como público-alvo; acadêmicos, pesquisadores jurídicos e atingir a população leiga, de modo a ampliar e motivar a discussão sobre o tema, e, de certa forma, conscientizar a sociedade, trazendo à tona tal disfunção que ameaça a ordem democrática constitucional e avança gradativamente. Certamente, esse maior alcance é fator preponderante para que se abra possibilidades de discutir sobre possíveis soluções.

1. Contextualização jurídica

O Ativismo Judicial é um fenômeno em que o magistrado que, sendo membro do Judiciário, investido de autoridade pública, com o poder-dever para exercer a atividade jurisdicional, usa dos seus poderes instituídos para aplicar a lei segundo o seu entendimento, não se atendo estritamente à norma positivada, ou à interpretação original. Como descreve o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2019, p. 25), “O Ativismo Judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance ao interferirem em decisões de outros Poderes”.

Desse modo, muitas vezes, essa autoridade acaba extrapolando a sua própria função típica de juiz, indo de encontro ao que é preconizado no artigo 2º da Constituição Federal, que outorga que “São Poderes harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Nesse ínterim, alicerçado sob os preceitos iluministas da tripartição de poderes, esses princípios fundamentaram a consolidação da República e o Estado Democrático de Direito, arcabouço que submete não apenas o povo e as instituições, mas também os magistrados às Leis, as quais devem ser cumpridas para o funcionamento sadio da Democracia.

Sendo assim, Montesquieu, o principal teórico da tripartição dos poderes, para evitar

qualquer tipo de tirania por parte de algum Poder, trouxe o conceito de “freios e contrapesos”, o qual indica que os poderes controlam uns aos outros, estabelecendo a autonomia e os limites de cada um. Assim Montesquieu (2000) descreve sobre os detentores de poder:

Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Nesta senda, por meio desse sistema, que caracteriza o pacto constitucional, um Poder está preparado para conter os abusos do outro, de forma que se equilibrem. Isso posto, o fato de que todos os poderes possuem funções distintas e, ao mesmo tempo, são harmônicos e independentes, é o contrapeso (PASSOS, 2022).

No art 5º, inciso II da Constituição diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do mesmo modo, a Carta Magna também preconiza, em seu art 37, que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...]” (BRASIL, 1988). Desse modo, é crucial salientar que o juiz é um funcionário público, a respeito do princípio da reserva legal, considera-se que o agente público apenas poderá realizar o que a lei permite.

Contrário aos fundamentos do Estado Democrático, tem sido frequente a prática do ativismo judicial para se emplacar incontáveis inovações disruptivas, que nos diversos aspectos sociais promovem mudanças que interferem nas formas de vida e nas decisões políticas e socioculturais das populações (SANTOS, 2021). As ações tomadas por juízes, principalmente no âmbito do STF demonstram que os próprios “guardiões” da Constituição vilipendiam o âmago que alicerça o ordenamento jurídico.

Esse cenário evidencia uma grave realidade vigente, na qual se criam contradições e inseguranças que ferem os próprios princípios constitucionais, acarretando disparidades no que se refere aos limites nos poderes de atuar e no efetivo cumprimento das normas legais, inclusive as cláusulas pétreas (SANTOS, 2021). Essas ações são justificadas muitas vezes como sendo um processo natural de mutabilidade constitucional ou adequação sociológica.

Desse modo, a separação de poderes é pressuposto do constitucionalismo clássico, prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Como ressalta (PISKE; BENITES, 2018, p.4); “A separação de poderes carrega a mais difusa polissemia de

toda a dogmática de direito público, posto que aponta simultaneamente para os princípios de desagregação e de composição, num sistema de freios e contrapesos”. Diante de todo o exposto, nota-se que esse sistema tornou-se o fundamento, o princípio essencial de legitimação do Estado brasileiro.

Ao juiz não é vedado que ele interprete a Constituição ou que venha a ter uma atitude proativa diante de algum fato posto diante dele, contudo, é consolidado que existam limites para que o juiz não venha a extrapolar as suas funções, pois segundo Grau (2021); “As coisas resultam terrivelmente perigosas quando juristas, juízes e tribunais à nossa volta danam-se a decidir a partir de valores, afastando-se do direito positivo” (GRAU, 2021, p.140). Sob esse viés, para que não haja essa sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais, esses limites estão expressamente previstos na Constituição Federal.

2. Contextualização histórica

Na conjuntura histórica, é importante ressaltar que, após a Segunda Guerra Mundial, aumentou-se a influência do Poder Judiciário nas questões políticas dos países, tendo em vista a descrença da população a respeito dos órgãos executivos e legislativos, sendo, de certa forma, considerados insuficientes para suprir as demandas sociais e jurídicas que viriam à tona (FERRAJOLI, 2014).

Boa parte dos países europeus nos anos setenta assistiu à passagem do Direito Constitucional para o centro do sistema jurídico, desse modo, a Constituição passou a ter uma supremacia material e axiológica e cada vez mais passou a acontecer uma judicialização das relações sociais, econômicas e políticas. O fenômeno foi ainda mais considerável no Brasil, tendo em vista as mudanças no período pós-Governo militar. Inclusive, a respeito do tema, como explica Salomão (2018):

No Brasil, a judicialização foi ainda mais acentuada diante da Constituição analítica de 1988 – em que se buscou a inserção de direitos após a retomada da democracia, em um cenário de ausência de políticas públicas e privadas efetivas para soluções extrajudicial de conflitos. Na maioria dos países desenvolvidos, as políticas de arbitragem, mediação e outras formas adequadas de resolução de conflitos já ocorriam há bastante tempo.

Deve-se destacar também que inserida nessa influência externa, é notório um esforço dos agentes internacionais para acelerarem o processo de protagonismo do Judiciário, além da

amplificação dos Direitos Humanos da ONU e as novas constituições dos países democráticos, além disso houve uma forte influência dos Tribunais Constitucionais da Europa, esses dispositivos passaram a ser exigidos dos Estados, além da legislação inferior como o Código Civil que passou a ser interpretado de acordo com as normas constitucionais (PASSOS, 2021).

Isso se mostraria mais evidente com a emergência do neoconstitucionalismo, uma teoria que justifica uma maior atuação do Judiciário na interpretação das leis e na tomada de decisões, frisando o “dinamismo da lei”, o que torna o Poder Judiciário como um protagonista nos processos legislativos e até de decisões políticas, refletindo esses efeitos nos mais variados aspectos da sociedade.

O constitucionalismo a esse modo trazia consigo as grandes promessas da modernidade: a limitação dos Poderes constituídos, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos fundamentais (FREYESBELEN, 2020). A partir disso, o Poder Judiciário passou a ganhar uma considerável notoriedade, não apenas como intérprete da lei, mas como interventor dos demais Poderes, muitas vezes, inclusive, o juiz torna-se uma espécie de árbitro dos bons costumes (GARAPON, 1998).

Essa linha de pensamento foi tão expressiva que não seria demais dizer que o ativismo não é um fenômeno exclusivo no Brasil. No Canadá, a Suprema Corte decidiu se os Estados Unidos poderiam fazer testes com mísseis no interior do território canadense e que em Israel a Suprema Corte decidiu sobre a construção do muro dividindo o território do país com a Palestina, o que seriam decisões típicas do Executivo (PASSOS, 2021).

No Brasil, até o fim do governo militar, nota-se que o Poder Judiciário tinha como perfil uma postura pautada no Positivismo jurídico de Hans Kelsen, em oposição à Teoria crítica do Direito. Nesse contexto, o magistrado se retinha na típica função de julgar os casos, com estrita observância da lei formal e dos códigos, sem emitir opiniões políticas ou intervir nos processos legislativos, tampouco na esfera executiva. Como afirma (BARROSO, 2009, p. 24): “[...] o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político”.

Esse processo denota uma crescente preocupação, haja vista que há elites políticas, boa parte historicamente estabelecidos desde a formação da República, que se mantêm nos bastidores e que se apoiam na ideia de que o discurso jurídico sirva como elemento ideológico, culminando em uma repressão dos ideais de liberdade, conseqüentemente faz-se com que o direito se torne instrumento do poder, descaracterizando-se de sua função (BITTAR, 2018).

Após a edição da atual Carta Magna, com o extensivo rol de temas abarcados por ela, sendo ela flagrantemente prolixa, ocorre a criação de diversos mecanismos de interferência e influência neoconstitucionalista, sendo predominantemente de viés progressista, haja vista que, numa visão política ativista, o Direito pode ser usado como instrumento de revolução social. No simples ativismo, o juiz quer mudar o Direito para que se adeque à sua visão do que seria um direito “justo”, para alcançar uma sociedade “justa” (NETO, 2020).

Sob o pretexto do cumprimento dessa transformação, pautada inclusive na Constituição Federal, a concepção do Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário (STRECK, 2015).

Contudo devemos lembrar o que preconiza Eros Roberto Grau: Os juízes não fazem justiça ! Justiça é com a religião, a filosofia, a história. Partindo dessa premissa factual de que a Constituição de 88, pelas suas características, colabora e serve de amparo estatal para a ampla prática do Ativismo Judicial.

Concomitantemente com o idealismo progressista, como em uma via de mão dupla, o fenômeno alcança o objetivo revolucionário de moldar a sociedade conforme as pautas ideológicas e sob a vontade dos magistrados. Conforme expõe acertadamente Freyesbelen (2020):

A constituição de 1988 foi uma fraude aos anseios da população. Em nome da ‘cidadania’, erigiu uma estrutura de poder socialista que contamina e emperra o Estado. A Nova República nada traz além da velha cantinela marxista, com roupagem de globalista: o neomarxismo pós-moderno. E, agora, voga a crença equivocada de que o Estado que se diz democrático de Direito, há respeito aos ditames da dignidade humana. Mas não é bem assim. É que uma outra crença equivocada, a de que o Estado seria capaz de resolver todos os problemas da população, fez aumentar assombrosamente a lista de suas competências.

Esse quadro se deve, sobretudo pelo fato de que na composição política da transição do governo militar para o Estado constitucional atual, havia uma parcela escassa de representantes de linha liberal e conservadora. Como explana (DE PAULA, Charles S, p. 6); “[...] essa guinada progressista pavimentou o caminho da hipertrofia do poder judiciário deixando um traçado para a juristocracia com um fortalecimento *ab incubalis* do judiciário”.

Nesse processo de sustentar as verdades axiológicas construídas a partir desse novo paradigma revolucionário é essencial que o juiz, como intérprete da norma, faça dessa nova

interpretação um difusor de efeitos que se estendem à todo ordenamento jurídico e assim possa, tendo como base princípios constitucionais implícitos ou explícitos, construir um novo Direito a fim de moldar a nova sociedade (TAVARES, 2020).

Consequentemente, contrariando a perspectiva tradicional do que se espera de um juiz ao interpretar uma norma, sendo assim, a interpretação visa em última instância, à solução de um caso concreto; solução que se opera mediante a obtenção de uma norma de decisão (GRAU, 2021). Desse modo, a decisão dos juízes ativistas, e de certa forma revolucionários, com suas decisões difundem normas a partir não de casos concretos, mas de decisões que visam alterar elas próprias.

É inegável que esse *modus operandi* modifica a lei e sua aplicação. O ativismo Judicial é, portanto, fazer política, cumprir agendas, por meio do Judiciário, atuando como Poder Legislativo, ao fazer novas leis e revogar as existentes por meio das novas interpretações, e como Poder Executivo, ao decidir as políticas públicas (TAVARES, 2020).

Esse excesso inevitavelmente gera uma Judicialização da política, tal fenômeno significa que algumas questões de larga repercussão política ou social ao invés de estarem sendo decididas por instâncias políticas tradicionais, com suas respectivas funções precípua, o Congresso Nacional e o Poder Executivo; estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário (BARROSO, 2009). Logo, é notório que a judicialização culmina inevitavelmente no Ativismo Judicial.

Essa relação entre os dois fenômenos que se somam em uma finalidade desastrosa, com funcionamento recíproco, onde de se tem uma Corte com poderes para tomada de decisões e magistrados dispostos a atender às demandas dos grupos políticos; e isso ocorre principalmente quando os players políticos sofrem derrotas na arena política (LUNARDI, 2020). Assim como há uma estrutura que possibilita a admissão dessas demandas à Suprema Corte, tendo em vista os demasiados recursos previstos para interpô-las.

Como se não bastasse essa viabilidade de judicialização política por vias constitucionais, há outros fatores cruciais que cooperam para que seja ainda mais incidente esse fenômeno. É de suma importância lembrar que a nossa Constituição é extremamente analítica e prolixa, não apenas trazendo uma gama de vias recursais mas também abarcando temas em demasia, o que faz aumentar a possibilidade do Judiciário intervir em matérias de outros Poderes.

É importante destacar, como realça De Paula (2022), que houve dois momentos normativos que acentuaram a prática do Ativismo Judicial desordenado no país: além da própria promulgação da Constituição de 1988, com todos os aspectos já mencionados,

também, mais recentemente a emenda Constitucional de nº 45 em 2004, com a cunha de “Reforma do Judiciário” mas atrelado a obscuros interesses políticos na época, que veio trazer uma amplificação significativa de legitimados com acesso ao STF, além de conferir mais validade e eficácia às interpretações e decisões da Suprema Corte.

3. A *práxis* dos juízes ativistas

Para que o fenômeno seja bem compreendido, é necessário tomar conhecimento da capacidade de interpretar inerente ao juiz. Os juízes, de certa forma, completam o trabalho do autor do texto normativo, o legislador. Como explana Grau (2021): “O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se. Eis aí a interpretação” (GRAU, 2021, p.29), e ele o faz seja em um contexto linguístico, sistêmico ou funcional.

Desse modo, ele produz um novo texto; a norma, a partir de um primeiro texto; a Constituição, uma lei, um regulamento ou regimento. Em outros termos, os juízes produzem direito, haja vista que como consequência desse processo de interpretação, há a transformação de um texto em uma norma. Contudo, o intérprete não é um criador por si só, ele não produz a norma no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la (GRAU, 2021). E na atual conjuntura, o juiz o faz sob um pano de fundo politicamente correto.

Nota-se que, com base em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, de certa forma, o juiz tem a liberdade ou discricionariedade de interpretá-las para formar um novo Direito a fim de moldar a nova sociedade (TAVARES, 2020). Isso por que, como explana Grau (2020, p. 39): “Interpretar é atribuir um significado a um ou a vários símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado do texto”.

Há diferentes formas de o Ativismo impactar a sociedade, haja vista que há duas espécies de Ativismo Judicial; o difuso e o concreto (GRAU,2021). A primeira via de regra, exercida pelo STF, ao julgar ações que tratam sobre o constitucionalidade das normas, ou seja, com maior efeito para se estender ao decorrer do tempo e no próprio ordenamento jurídico, além da possibilidade de atingir uma quantidade incomensurável de pessoas ou até mesmo as instituições.

A outra espécie demonstra-se talvez menos onerosa tendo em vista que ela é exercida por juízes em análises de casos concretos, ou seja, impactando menos na sociedade, sendo

mais incidente em casos específicos. Contudo ambas as espécies são relevantes, sendo que elas interferem não só em decisões futuras, pois geram jurisprudências, como também mudam o entendimento acerca da Constituição e as Leis, influenciando o processo legislativo e abrindo precedentes para que se estenda por todo ordenamento jurídico.

Como exemplifica Passos (2021), a criminalização da homofobia, que embora tenha sido uma decisão bem intencionada, suscitou consequências de difícil mensuração, pois ela foi equiparada por analogia ao crime de racismo. Embora essa decisão possa ter sido correta por mérito, levando em conta o repúdio à homofobia, certamente o Supremo infringiu o princípio da Legalidade, abrindo um precedente para o futuro que pode ser aplicada para outras hipóteses, podendo assim gerar diversas desordens jurídicas.

Tal decisão como exemplo, contraria o que dispõe o artigo 20 do LINDB: “ Não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Segundo o jurista Passos (2021), o referido Decreto-lei é um bom norteador para mensurar as decisões judiciais. No que tange o zelo pela segurança jurídica já mencionada, o Decreto dispõe no artigo 23 que “as decisões devem prever regime de transição sempre que se revele necessário, evitando mais injustiças do que justiça.

As causas do Ativismo Judicial podem ser explicadas tanto por fatores subjetivos, quanto objetivos, estes já mencionados; sendo de ordem estrutural, haja vista que perpassam por questões que abrangem não somente um complexo jurídico construído e amparado pela Constituição, seus dispositivos e características, como também uma estrutura que alicerça o sistema político vigente no Brasil sob a égide das normas constitucionais, que viabilizam o processo de relação entre a classe política e os Tribunais.

Sob a perspectiva subjetiva, o ativismo pode ser praticado simplesmente por uma preferência ou vontade intrínseca ao juiz. Como explica (PASSOS, 2021 p. 2), “[...] algo subjetivo que nem sempre é percebido pelo próprio autor e muito menos reconhecido”. Diversos motivos podem deflagrar tal atitude, como vaidade, necessidade de ser estimado ou popular, ou até mesmo vingança. Tais motivações podem ser iniciadas por questões pessoais, ou até mesmo política.

O juiz está sujeito a tais fatores externos, não só no aspecto pessoal, mas nota-se, também, que o idealismo é um importante propulsor do fenômeno (PASSOS, 2021, p.1). Essa questão fica cada vez mais evidente, tendo em vista que há um crescente interesse dos agentes políticos em utilizar o Judiciário como um instrumento de alcance para as suas vontades, gerando uma espécie de Juristocracia como menciona Ran Hirshl (2020). Ao se referir à classe política, frente ao Ativismo do Judiciário, Hirshl (2020) demonstra:

No período absolutista, o poder era sustentado com fulcro no direito natural, em que o soberano era visto como uma divindade dotada de poderes absolutos concedidos por Deus. Hoje, sob o manto do neoconstitucionalismo, os “reis” contemporâneos usam togas e se apoiam em teses fundamentadas no arbítrio de uma interpretação ilimitada do texto constitucional sob a máscara da hermenêutica. Muitas vezes decidem de forma monocrática questões nacionais e interferem em outros poderes como um método de perseguir objetivos políticos).

A relação tênue entre juízes ativistas e uma classe política com intento oportunista, coloca em cheque a idoneidade dos magistrados, contrariando os dizeres otimistas de Barroso (2009) a respeito de uma Suprema Corte em uma promissora funcionalidade; “Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem” (BARROSO, 2009, p. 23).

Ao prosseguir os dizeres, segundo o ministro Barroso (2009, p. 24): “A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia”, contudo nesses casos, decisões impopulares apenas aumentam o descrédito da população, tendo em vista que satisfazem uma classe minoritária dentro do próprio estamento burocrático HIRSHL (2020). Desse modo, realça-se ainda mais o debate sobre a ausência de representatividade que os juízes ratificam associado a uma atuação desmedida.

Essa dificuldade contramajoritária é uma questão praticamente natural nos países que tem jurisdição constitucional entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial, devido às próprias demandas que a Democracia exige. Contudo, essa dificuldade se agrava tendo em vista o crescente judicialismo de coalizão promovida por esses agentes. Desse modo, perde-se o limite de atuação da Corte pelas suas escolhas oriundas de um claro interesse de beneficiar grupos políticos.

Um notório exemplo é o “caso Cassol”, quando houve uma reviravolta na jurisprudência, já consagrada do Supremo, de modo que, outrora quando havia condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato constituía consequência automática do mandato. Com a decisão da Suprema Corte no caso, a perda do mandato passou a depender de decisão das Casas Legislativas (STRECK, 2015).

Esse quadro de anomalia funcional do Poder Judiciário é observado no mundo todo, no Brasil especialmente no tocante ao STF, junto à elite política, tendo em vista as decisões do Supremo que beneficiam figuras políticas e criam entendimentos que não representam os anseios populares, e que não seriam aprovadas por meio do processo legislativo. Desse modo,

“... os ministros atuam como agente decisivo em controvérsias sociais e políticas” (STRECK, 2015, p.53).

Essa irregularidade alimentada pela elite política junto ao Judiciário encontra amparo no *mainstream*, formadores de opinião, educadores, operadores do Direito, associados à ideologia progressista (DE PAULA, 2022). Encontra-se esse respaldo até mesmo em colocações consentidas de instituições envolvidas com o Judiciário, quando não omissos diante de algum episódio flagrantemente descabido de Ativismo, ainda que se espere pelo menos algum posicionamento contrário que vise proteger os fundamentos constitucionais.

4. Da funcionalidade do Ativismo Judicial

Diante da iminente ameaça que o Ativismo Judicial representa ao Estado Democrático, ainda podemos destacar que esse fenômeno, muitas vezes, demonstra ser positivo, como ensina (PASSOS 2021, p.4): “Em suma, o ativismo judicial pode e deve ser praticado”. Porém, com maturidade, comedimento, em decisão bem refletida, fundamentada e que possa ser executada, pois nada desmoraliza mais o Judiciário do que o descumprimento de ordem judicial.

Portanto a prática do Ativismo pode ser salutar e até necessário para o cumprimento da lei, como por exemplo, quando um juiz, de forma proativa, determina alguma medida cautelar que venha a assegurar o direito líquido de alguém, ou determina alguma medida protetiva para garantir a integridade física de alguma vítima. Sendo assim, essa prática pode vir a desburocratizar um processo, cumprindo seu fim último, além de torná-lo mais célere. Como explana Passos (2021):

[...] entre outras tentativas positivas temos: tentativas de composição amigável em ações cíveis dantes da citação; criação de laboratórios de composição na Justiça Federal em vários estados, a fim de criar soluções para os problemas processuais, discutidas com a participação de todos os interessados; a possibilidade do juiz determinar de ofício a execução em determinadas ações (artigo 497 do CPC); a justiça restaurativa, onde se busca uma solução ampla, com a presença de autor, vítimas e outros interessados, se houver.

Analisando que os aspectos positivos do ativismo judicial praticamente se contem apenas na espécie concreta, desse modo, é pelo menos razoável dizer que o ativismo difuso

traz um custo benefício mais oneroso do que benéfico, realçando ainda mais o fato de que os juízes de segunda instância e magistrados da Suprema Corte deveriam se ater apenas a situações excepcionais.

Ademais, deve se destacar que os dispositivos legais que podem coibir a prática indevida do Ativismo judicial são propensos aos juízes de primeira instância, diferentemente dos ministros do STF, que apesar de estarem submetidos à Carta magna e ao regulamento interno não tem meios para serem regulados ou contidos. Como bem salienta Passos (2021), os magistrados de carreira, ao contrário dos ministros do STF, sujeitam-se às corregedorias, ao CNJ e aos rigores do artigo 30 da Lei de Auso de Autoridade.

Além disso, o exercício do Ativismo Judicial chega a ser imprescindível em um processo que precisa ser julgado em face de uma situação totalmente nova ou atípica, exigindo do aplicador uma interpretação conforme aquele contexto em específico, logo, uma interpretação contemporânea da norma, dando, assim, vida à letra fria da lei. Como explana (GRAU, 2021, p. 76): “A interpretação encaminha a atualização do direito, pois ela se dá necessariamente no quadro de uma situação determinada”.

De fato, é a interpretação que dá vida ao direito. Assim, se a interpretação, enquanto produção normativa, é a sequência inexorável da produção legislativa – e assim efetivamente é -, o antigo (o texto) e o novo (a norma) se recompõem diuturnamente na realidade de cada dia. Com isso, nota-se que o direito é um dinamismo (GRAU, 2021) e, desse modo, observa-se que o juiz, intérprete, não é um criador da norma, no sentido de fabricá-la, mas sim, no sentido de reproduzi-la, o que deve ser feito por meio de elementos da realidade e do caso concreto.

Ademais, é pertinente salientar, ainda, que a interpretação depende de certa forma, do momento histórico em que se opera. No caso de uma análise acerca da Constituição, deve-se levar em conta que ela está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo (GRAU, 2021). Logo, não é razoável que se descarte a possibilidade do juiz, de que ele possa interpretar conforme determinado caso concreto, ainda que aparentemente pareça infringir as normas.

Considerações Finais

Tendo em vista que a harmonia entre os Poderes que fundamenta nosso sistema jurídico-político é essencial para o funcionamento das instituições e para a aplicação da lei

vigente em nosso ordenamento, e que esse arcabouço tem sido frequentemente ameaçado pela atuação expansiva e proativa dos juízes, esse artigo buscou demonstrar como o Ativismo judicial quando instrumentalizado afeta a ordem democrática constitucional e os fundamentos republicanos.

Para esse fim, foi realizada uma revisão bibliográfica partir de publicações em artigos, revistas, livros, dissertações e teses acadêmicas relacionadas de alguma forma com o tema para contribuir com a discussão acadêmica do tema no país.

Foi verificado que as causas do fenômeno podem ser discriminadas em subjetivas e objetivas e elas estão atreladas a diferentes formas de atuação dos juízes em níveis distintos. Seus efeitos foram expostos baseados em evidências fáticas e exemplos práticos de decisões que já foram tomadas principalmente pela Suprema Corte em contradição com os próprios códigos normativos, conseqüentemente esses efeitos se estendem para todo o ordenamento jurídico causando instabilidade jurídica e colocando em risco a própria ordem democrática.

Foram analisados os aspectos inerentes ao fenômeno sendo notório que o Ativismo está intimamente ligado a questões históricas, que de alguma forma prepararam o caminho para a ruptura constitucional. Sendo eles, sobretudo de cunho ideológico, não sendo apenas um idealismo meramente intrínseco ao juiz, mas também a uma corrente de pensamento progressista revolucionário que lança todos os envolvidos no meio jurídico a uma doutrinação neoconstitucionalista, descaracterizando os juízes de sua função precípua.

O Ativismo Judicial encontra terreno fértil na estrutura panconstitucionalista adotada na Carta Magna de 1988 e sob as investidas políticas no Judiciário com o consentimento e atuação dos próprios magistrados, criando uma espécie de Juristocracia. As decisões tomadas por eles deturpam a literalidade constitucional, fomentando ainda mais a corrupção sistêmica no Estado. A atuação conjunta demonstra ser um atentado à Administração Pública.

A situação se grava ainda mais, quando se percebe que uma das únicas vias de Poder para conter essa aberração se omite; o Legislativo, sendo notória a necessidade de se haver uma renovação no Congresso tendo como uma das pautas prioritárias esse tema a fim de se promover uma Reforma Constitucional. Além de uma mobilização das instituições para ir ao encontro dessa demanda.

O equilíbrio entre os Poderes é consideravelmente afetado pelo ativismo Judicial, em que pese haja uma funcionalidade nessa prática, especificamente na forma concreta. O presente trabalho não teve como foco a reflexão sobre as possíveis soluções, contudo, é

inegável que elas se mostram evidentes diante do que foi exposto. O Brasil vive sob uma democracia representativa logo, existem ferramentas já previstas na própria Constituição que podem colaborar com a contenção do Judiciário, como por exemplo, a realização de consultas populares, como plebiscitos e referendos para decidir sobre matéria de relevância para a sociedade civil em questões de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

Não foi possível ir afundo em diversos itens devido a necessidade de reflexão mais profundo, pois se tratam de aspectos complexos que certamente podem ser encontrados em outras fontes, como as citadas nas referências. Tamanha é a importância do tema que levaria uma pesquisa muito mais ampla para que cada item fosse discutido com a devida abordagem. Embora seja de certa forma superficial, a obra buscou discutir o tema de forma abrangente e viável ao entendimento do leitor mais leigo.

Espera-se que esse trabalho sirva como embasamento inicial de obras já consolidadas, além de poder servir como fonte de pesquisa para estudos vindouros e que provoque, sobretudo no meio acadêmico maior interesse sobre o tema, que ele possa ser mais amplamente discutido.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leon V; CARVALHO, Ernani. Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada. **Revista Política Hoje** – V.25, n.2(2016) – p.7-20.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. Fortaleza: TRE-CE, jan./dez. 2009. v. 5. n. 8. p. 11-22.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme A. **Curso de Filosofia do Direito**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 52ª edição. Brasília: Edições Câmara, 2017.

DE PAULA, Charlles dos S. **Da juristocracia à ministocracia: A disfuncionalidade constitucional no Brasil**. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **El Garatismo y la filosofía del Derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada e José Maniel Díaz Martín. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2000.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco aração. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. P 20-25.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Jus Podivm e Malheiros, 2021.

HIRSHL, Ran, **Rumo à Juristocracia** – As origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradutor: amauri Feres Saad. Londrina : EDA.2020.

LUNARDI, Fabrício C. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo; Saraiva. 2020.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **O espírito das Leis**. Trad. Cristina Muracho, 2ª ed., 2ª tir.2000, São Paulo: Martins Fontes, 2000, Livro primeiro, capítulo IV.

PASSOS, Vladimir de Freitas, Conjur.com.br – Consultor Jurídico – SEGUNDA LEITURA – **Ativismo Judicial: afinal, do que se trata?** 12 de dezembro de 2021.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes; TAVARES, Cléber de Oliveira ; FREYESBELEN, Marcio Luís Chila. **Inquérito do fim do mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro**. Londrina: E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos** (Checks and Balances System). Revista Online, 2018.

ROUSSEAU, J.J; **O Contrato Social – Princípios do Direito Político**. Trad. Antônio de Pádua Denesi, 3ª ed., São Paulo : Martins Fontes, 2001. Editora Martins Fontes.

SALOMÃO, L. F. **Ativismo Judicial: pra quê e porquê?** São Paulo: Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>. Acesso em: 15 set.2021.

SANTOS, Danielly Maria, **Ativismo Judicial e o Princípio da Reserva Legal:** Dilemas e Reflexões. In: ELIEZER, C.R.; DIAS, P. M; SANTANA, P.M.F.R.D.. (Org.). **Direito e Processo:** mo(vi)mento em debate. 1 ed. Santo ângelo: Metrics, 2021, v. 1, p. 149-156.

STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de políticas públicas**. Brasília: UNICEUB, 2015. v. 5. n. Especial. p. 51-61.