

ATIVISMO JUDICIAL: RISCO AO ESTADO DEMOCRÁTICO

RESUMO

Este trabalho se propõe a investigar de que forma o fenômeno do ativismo judicial é danoso ao Estado democrático.

Em um primeiro momento, será traçado, de forma breve, um histórico a respeito das origens desse fenômeno.

Posteriormente, far-se-á a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

Em seguida, analisaremos a possível relação entre neoconstitucionalismo, o pamprincipiologismo de Lenio Streck e o ativismo judicial.

Finalmente, buscaremos demonstrar por que o ativismo judicial é nocivo ao Estado democrático.

Palavra-chave: Ativismo judicial; pamprincipiologismo; neoconstitucionalismo; Estado democrático

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	03
2 BREVE HISTÓRICO.....	04
3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA.....	06
4 ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O FENÔMENO DO PANPRINCIPIOLOGISMO.....	08
5 ATIVISMO JUDICIAL COMO VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E RISCO AO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	11
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	15
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	17

1 INTRODUÇÃO

O termo *ativismo judicial*, tão em voga hodiernamente, de ocorrência frequente na mídia e presente nas discussões em âmbito político e jurídico, comumente relacionado a decisões do Supremo Tribunal Federal, não é um fenômeno recente.

Seu surgimento, em realidade, remonta há aproximadamente 200 anos, tendo como berço o Direito norte-americano.

Sua origem, embora seja relativamente remota, o termo que o designa difundiu-se apenas a partir do ano de 1947, quando um artigo escrito para a revista *Fortune* – publicação estadunidense sobre negócios – o jornalista e historiador Arthur Schlesinger JR, analisou o perfil dos então juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, dividindo-os em dois grupos: aqueles praticantes de *judicial activism* (ativismo judicial) e os *judicial self-restraint* (auto restrição judicial).

Há muito estudado pela doutrina norte-americana, a discussão sobre esse fenômeno ganhou espaço no Brasil apenas após o processo de redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1988.

Sem pretensão de esgotar a pesquisa, a proposta deste trabalho é evidenciar, por meio das obras de autores como Lenio Streck e Georges Abboud, por que o ativismo judicial é pernicioso ao Estado democrático, por consistir na ingerência do Judiciário frente aos outros Poderes, violando desse modo um dos princípios fundamentais caracterizadores dessa forma de governo: a divisão de poderes, cujo escopo é ex radice, limitar o poder estatal.

2 BREVE HISTÓRICO

Cunhado em 1947 pelo historiador e jornalista Arthur Schlesinger JR, em matéria publicada na revista americana Fortune, o termo ativismo judicial foi empregado para designar os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos que adotavam uma postura mais enfática em relação à defesa dos direitos das minorias, bem como das liberdades individuais.

Conforme Campos (2016), Schlesinger denominou ativistas os juízes que substituem a vontade do legislador pela sua própria, por acreditarem ter o dever de atuar ativamente na proteção das liberdades civis e dos direitos das minorias, mesmo que para isto chegassem a praticamente correção judicial das falhas do legislador.

Em contraponto aos ativistas, Schlesinger identificou como adeptos da auto restrição judicial (self-restraint) aqueles magistrados que acreditavam não ser responsabilidade da Corte interferir no campo político, devendo manter uma atitude de autocontenção e adotar uma postura diferente perante à Constituição e a vontade do legislador.

Em que pese a expressão ativismo judicial ter se tornado conhecida em 1947, o fenômeno a que ela designa é muito mais antigo. Ainda de acordo com Campos (2016), sua origem remonta aos primórdios do constitucionalismo norte-americano, com debates acerca dos limites de atuação da Suprema Corte desde o início dos anos 1800, com as decisões proferidas nos casos Marbury vs. Madison, Dred Scott vs. Sandford e Lochner vs. New York.

A respeito dos casos mencionados, não os esmiuçamos. Cabe, porém, dada sua relevância, breve menção.

I - Marbury vs. Madison - 1803

Considerado por boa parte da doutrina marco da origem do judicial review e, por conseguinte, da consolidação do papel da Suprema Corte na organização político-institucional americana.

II - Dred Scott vs. Sandford - 1856

Julgado que acirrou os ânimos, já exautados, entre o norte anti-escravagista e o sul escravagista, ao decidir pela constitucionalidade da escravidão.

A Corte determinou que Scott, por ser escravo, não estaria protegido pela Constituição e que, por este motivo, não poderia recorrer aos tribunais americanos. Além disto, seu pleito, se concedido, subtrairia o direito de propriedade de seu dono.

Tal decisão, teria sido, conforme Campos (2016), um catalisador da Guerra Civil Americana (1861-1865).

III – Era Lochner vs. New York

Consistiu, segundo Schwartz (1997) apud Trindade & Morais (2011), na invalidação, pela Suprema Corte, de uma lei estadual de New York, que limitava o módulo diário de trabalho dos empregados de padaria, por considerá-la intrusiva na política econômica estadual.

Em nome de uma filosofia econômica liberal, a Corte emanava decisões desfavoráveis a políticas governamentais que amparam cidadãos menos privilegiados.

Interessante observar que o ativismo judicial norte-americano, como estudado hoje, divide-se em três grandes eras bastante definidas.

A primeira, inicia-se em 1787 a 1890, e tem como principal característica, conforme Wolfe (1994) apud Trindade & Morais (2011), caracteriza-se por uma concepção mais substancial de constituição. Isto é, é possível depreender do texto constitucional sentidos, ao se proceder uma leitura adequada, e em consequência, extrair dela princípios que devem ser observados tanto quanto as leis, suplantando a ideia clássica de constitucionalismo, cujos princípios tinham mero caráter de generalidade.

A segunda Era – era de transição - que perdurou de 1890 ao final dos anos 1930, caracterizou-se por um entendimento “laissez-faire” da Suprema Corte, impedindo medidas que o Estado buscava adotar, com o fito de promover o bem-estar social, vide Caso Lochner vs. New York.

A era moderna teve início no segundo mandato do presidente Roosevelt, que

[...]anunciou, no dia 5 de fevereiro de 1937, seu plano de aumentar mais uma vaga na Suprema Corte para cada juiz que ultrapassasse 70 anos de idade e, assim, conseguiu fazer com que a Corte finalmente se rendesse e, sem que tenha ocorrido sequer uma nomeação, mudasse sua jurisprudência, passando a compactuar com as medidas de recuperação da economia propostas pelo governo e, conseqüentemente, com a promulgação de leis que, antes, os juizes consideravam contrárias à Constituição (TRIBE, 1986 apud TRINDADE & MORAIS, 2011, p. 140).

Ressalte-se que, a priori, o ativismo era dotado de um cariz conservador, como preleciona Barroso (2012, p. 26) Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937).

Ainda segundo o mesmo autor, o entendimento da Suprema Corte se alterou realmente apenas a partir da década de 50, quando, sob a presidência de Warren, passou-se a formar jurisprudência progressista tangente a direitos fundamentais, notadamente em relação aos negros, mulheres, direito ao aborto e à privacidade, bem como dos acusados em processo penal.

Daí pode-se inferir que o ativismo não está vinculado ao aspecto liberal ou conservador, mas, como se verá adiante, a uma atitude proativa do Judiciário frente aos outros poderes.

[...] quando liberais são preponderantes na Corte, conservadores exaltam autorrestrição e denunciam ativismo”, mas “quando conservadores são preponderantes na Corte, liberais exaltam autorrestrição... e denunciam ‘ativismo judicial conservador’” (EASTERBROOK, 2002 apud CAMPOS, 2016).

Portanto, uma decisão produto de ativismo pode ser dotada de jaez progressista ou conservador, bastando apenas que haja sido proferida em conformidade, não com a legalidade vigente, mas com a ideologia do julgador.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

Inobstante este trabalho tenha por foco o fenômeno do ativismo judicial, insta proceder uma concisa diferenciação com outro fenômeno, a judicialização da política.

Embora ambos os fenômenos designam uma intensa atividade jurisdicional ocasionando significativas mudanças na sociedade, a origem e as consequências de cada um podem ser bem delineadas.

A judicialização da política é um fenômeno eminentemente político-social: na esfera política, como apontam Oliveira et al. (2012), ocorre em virtude do dirigismo

constitucional e da inflação legislativa, contribuem para o aumento do espaço possível de atuação do Judiciário no âmbito da regulamentação prevista pelo texto constitucional, além de uma intensa produção legislativa em sentido amplo. Havendo a constitucionalização cada vez maior de direitos e mais leis regulamentando uma vasta gama de matérias, esse contexto oportuniza a intensificação da atividade do Judiciário.

Em âmbito social, ainda de acordo com os mesmos autores, a judicialização

[...] deve-se ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, na maioria dos países (pelo menos no que tange aos países ocidentais). Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (legislativo e executivo). (OLIVEIRA et al, 2012, p. 273,)

Ainda de acordo com Oliveira et al. (2012), entre os fenômenos apontados para explicar este fato, o desprestígio dos agentes políticos, frequentemente envolvidos em esquemas de corrupção, o avivamento dos discursos sobre a eficácia dos direitos fundamentais, bem como a percepção cada vez mais evidente do Judiciário como referência da ação política.

Tassinari (2012, p. 22) define a judicialização da política como:

[...] uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguardam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas.

O fenômeno da judicialização da política pode ser entendido, conforme preleciona Streck (2013), como consectário do pós-positivismo, com a consolidação do caráter hermenêutico do direito e a superação do paradigma da filosofia da consciência, bem como o surgimento e fortalecimento do neoconstitucionalismo (força normativa das Constituições) e, finalmente, pela conjunção entre a inércia na implementação de políticas públicas somadas à deficitária regulamentação dos direitos previstos nos textos constitucionais.

A aglutinação desses fatores, provoca, nas palavras de Lenio Streck, um deslocamento do pólo de tensão dos demais Poderes em direção ao Judiciário.

Nesse quadro, observa-se uma crescente ampliação das matérias judicializadas, isto é, questões antes debatidas em âmbito político, sendo levadas ao Judiciário, configurando o fenômeno da judicialização da política.

Por outro lado, o ativismo judicial caracteriza-se por ter raízes no próprio poder Judiciário. Trata-se de um modo de julgar, evitado de elemento volitivo e da ausência ou escassez de fundamentação jurídica.

Streck (2013, p 589) ensina que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.

Neste diapasão, Oliveira et al. (2012) asseveram sabiamente que enquanto a judicialização da política configura-se em um fator de legitimação do Judiciário perante a sociedade, o ativismo judicial, por seu turno, deslegitima a sua ação, pondo em xeque o sistema democrático, como será visto amiúde mais adiante.

4 ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O FENÔMENO DO PRINCIPALISMO

A partir do declínio do Fascismo na Itália e Nazismo na Alemanha, ao término da Segunda Guerra Mundial, observou-se uma crescente transformação no Estado e no Direito como um todo.

Acompanhamos a superação do positivismo jurídico (sem nos atermos às suas variações), corrente que colimava cientificar o direito, atribuindo-lhe objetividade análoga às ciências exatas e naturais. Desse modo, equiparou-se o direito à norma posta.

Barroso (2018) aduz que o direito distanciou-se da moral e dos valores metafísicos, não devendo ocupar-se de reflexões a respeito de justiça, legitimidade etc. Não havia, destarte, espaço para subjetividades.

Desenvolve-se então, a filosofia pós-positivista, consistente na reaproximação do direito e a ética, e o surgimento de um novo constitucionalismo, alicerçado nos direitos fundamentais, na obediência à força normativa da constituição, na construção de uma dogmática interpretativa da constituição e, por conseguinte, um avanço crescente da jurisdição constitucional.

Na brilhante lição de Flávio Martins (2019, p. 65),

O neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da “força normativa da Constituição” e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais.

No Brasil, conforme Sarmiento (2009), o neoconstitucionalismo passou a ser sentido apenas com a promulgação da Carta de 1988. Embora já houvesse no Direito brasileiro a figura do controle de constitucionalidade, desde a proclamação da República, as Constituições não eram tidas como autênticas normas jurídicas.

Entre as maiores consequências deste movimento neoconstitucionalista, pode-se destacar a maior eficácia dos princípios constitucionais, que, a partir de então, tornam-se dotados de força normativa.

Na definição de Ronald Dworkin (2002, p. 40), princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Neste novo paradigma, que tem como ideia o princípio da supremacia da Constituição, gozando esta de posição de relevo no ordenamento jurídico, houve uma gradual expansão da jurisdição constitucional.

Implementaram-se os controles de constitucionalidade difuso e por via de ação, em que se questiona a validade de uma norma frente à Lei Maior, sendo possível extirpar do ordenamento aquelas que não se compatibilizam com os mandamentos constitucionais.

Floresceu uma hermenêutica jurídica própria, aplicada à interpretação constitucional, a qual, segundo Martins (2019), é diferente da forma de se interpretar as outras leis. Existem métodos e princípios próprios utilizados na interpretação constitucional.

Além disso, os direitos sociais, antes apenas normas programáticas, de reduzida eficácia, gozam hoje de carga normativa, devendo o Estado assegurar o mínimo existencial desses direitos. “Neste quadro, a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos e se convertendo em norma jurídica” (SARMENTO, 2007, p. 101).

Neste contexto, os princípios, antes apenas meios de integração, aos quais o intérprete recorre unicamente quando houvesse lacunas no ordenamento e não se pudesse extrair da norma posta uma solução para o caso concreto, agora tem sua plena força normativa reconhecida.

É indiscutível diuturnamente o papel que os princípios desempenham na aplicação do direito. Como já mencionado, na definição de Ronald Dworkin, os princípios emprestam um caráter mais ético ao direito.

O que se tem observado, no entanto, é o manuseio inadequado dos princípios. O Judiciário brasileiro vem lançando mão, de forma até mesmo abusiva, de princípios, a fim de solucionar, da maneira que entende, os litígios que lhe são apresentados.

Tal fenômeno, nomeado pela doutrina, em especial por Lenio Streck, de pan-principiologismo, consiste na utilização exacerbada de princípios, não raro, criados pelo órgão julgante.

Pela definição do insigne constitucionalista supracitado, trata-se de "verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade" (STRECK, 2012).

Lenio Streck considera a prática do panprincipiologismo uma espécie de patologia que atinge a práxis jurídica no Brasil, que conduzem a um uso excessivo de standards argumentativos, comumente construídos a fim de burlar as limitações impostas quando da produção democrática do direito, na esfera da legislação em conformidade com a Constituição.

O panprincipiologismo é demasiadamente nocivo ao Estado democrático de direito, pois tem como resultado a imposição da vontade do julgador, o qual, por meio do manejo inadequado dos princípios, sobrepuja a lei, democraticamente confeccionada, decidindo de acordo com seus próprios valores.

De maneira bastante didática, Sarmiento (2007, p. 128) sintetiza:

“Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

Insta mencionar que inobstante bem-intencionado, não é lugar do julgador desprezar a lei, negligenciando a fundamentação racional da sentença e decidir com base em princípios com o objetivo de dirimir a questão da forma que lhe aprouver.

Cabe salientar que não estamos buscando menosprezar a atividade interpretativa do operador do Direito. Todavia, interpretar não implica em descuidar-se da norma e lançar mão de princípios com o fito de solucionar o caso da forma que desejar.

Como cediço, a atividade interpretativa é dotada de natureza criadora. De acordo com Pierdona & Carvalho (2019), o intérprete deve examinar a norma cotejando-a com todo o ordenamento jurídico - a Constituição Federal, as normas infraconstitucionais, bem como os princípios superiores da justiça, de moral, ética entre outros – igualmente considerar os aspectos social e histórico.

Segundo as autoras, essa interpretação criadora consiste em extrair de todo o ordenamento jurídico a norma aplicável ao caso concreto, procedendo, não raro, uma “costura” de diversos diplomas e princípios, a fim de solucionar as questões sob apreciação.

O que não deve ser feito, contudo, é criar direitos subjetivos em desacordo com previsão legal ou constitucional expressa,.

O Direito, afinal, não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é” (STRECK, 2014, p 115).

5 ATIVISMO JUDICIAL COMO VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E RISCO AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Enquanto os juristas norte-americanos há tempos vêm se debruçando sobre o ativismo judicial, em terras brasileiras, pode-se dizer que o estudo acerca desse fenômeno ainda é recente.

Oliveira et al. (2012) atribuem o pioneirismo no enfrentamento deste tema ao sociólogo Luiz Werneck Vianna, em cuja obra *A Judicialização das Relações Sociais e Políticas*, publicada em 1999, abordou-se, de forma ainda que oblíqua, a temática do ativismo judicial.

Entretanto, de acordo com Trindade & Moraes (2011), apenas em 2003, com a renovação na composição dos ministros do pretório excelso, e a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (que instituiu a reforma do Judiciário), a discussão acerca do ativismo realmente vem ganhando força.

Como brevemente mencionado, ativismo judicial é considerado como uma atitude proativa do Poder Judiciário frente aos outros dois poderes.

Caracteriza-se quando, conforme Abboud (2022), os juízes, em desapego à legalidade vigente, põem de lado a legislação para fazer prevalecer seus próprios valores ideológicos, políticos, religiosos etc.

Trata-se de fenômeno extremamente danoso à democracia, uma vez que o juiz, de forma indevida, pratica política ao abandonar a lei e a Constituição, confeccionadas democraticamente por agentes eleitos pelo povo.

Essa prática, na lição de Sarmiento (2007, p. 128), “é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador”.

Entendemos que decisões ativistas afrontam manifestamente a Carta de 1988, que traz como princípios fundamentais da República o Estado Democrático de Direito e o princípio da separação dos poderes, proclamados pelos artigos 1^a, caput e 2^a, da Carta de 1988, respectivamente.

Ademais, atenta-se ainda contra a segurança jurídica, tornando o Direito muito menos previsível, o que coloca os jurisdicionados à mercê das idiosincrasias do julgador (SARMENTO, 2007).

Não se pode admitir, que em um Estado democrático, ocorra a insidiosa atuação do Judiciário no âmbito do poder Legislativo, locus da deliberação política, base do sistema democrático.

Não cabe ao juiz o papel de legislador, mas de intérprete e aplicador das leis promulgadas democraticamente. “O juiz, portanto, não é o senhor da lei, não se aplica lei sem prévia interpretação; tampouco o aplicador pode interpretar, sem limites, a legislação aplicável” (ABBOUD, 2022, RB-3.1).

Streck (2013), ao analisar o posicionamento de Peter Häberle, renomado constitucionalista alemão, segundo o qual seria saudável para as novas repúblicas o ativismo judicial por parte dos tribunais, que, por meio de sua ação, forçaria os demais poderes a agirem também, faz ressalvas no sentido de que o Judiciário, quando age, devidamente provocado e dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, a fim de garantir seu cumprimento, nem mesmo há que se falar em ativismo. Segundo ele, o problema do ativismo se configura quando os tribunais excedem os limites impostos pela constituição e começam a fazer política judiciária, para o bem ou para o mal.

A este propósito, entendemos que toda decisão ativista, assim compreendida como prática ilegítima e portanto intrusiva do Judiciário frente ao Legislativo e mesmo ao Executivo é nociva, por afronta à democracia. Não há, portanto, que se falar em ativismo bom ou ativismo ruim.

Corroborando este entendimento, Abboud (2022,RB-2.3):

Para nós, o ativismo, seja lá qual for, é pernicioso para o Estado Democrático de Direito. Não se pode diferenciar em uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.

Insta destacar que nem toda interferência do Judiciário no que tange às funções dos outros Poderes configura ativismo judicial.

O controle de constitucionalidade, especialmente na modalidade abstrata, representa intervenção do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo, ao afastar do ordenamento jurídico norma conflitante com a Carta Fundamental da República.

No entanto, essa interferência do Judiciário encontra-se em plena consonância com os ditames constitucionais e legais, pois com previsão no art. 102 da CRFB e regulamentado por normas infraconstitucionais (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99), que tratam, respectivamente, da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, o controle de constitucionalidade não representa ativismo judicial, nem tampouco ofensa ao princípio da separação de poderes. Além de estar em consonância com a nossa engenharia constitucional — utilizando a expressão de Georges Abboud —, mostra-se profícuo ao consolidar o sistema de freios e contrapesos que deve vigor entre os Poderes.

Vale anotar, neste ponto, que a separação de poderes a que se almeja salvaguardar não é aquela divisão clássica tripartite concebida por Montesquieu.

Explicam Abboud & Oliveira (2014) que o conceito de separação de poderes é dinâmico, não havendo uma fórmula definitiva que explique o que é e como funciona. Segundo eles, a divisão de poderes como conceito histórico-político, passa por modificações de significação ao longo do tempo, em especial no que diz respeito às experiências constitucionais de curta duração.

Segundo os autores supracitados, existe, entretanto, nesse conceito, um elemento subjacente cuja carga reguladora permanece: a ideia de limitação do poder, que se verifica desde a clássica concepção de Montesquieu a respeito do poder que controla o poder.

Nesse mesmo sentido, Ao tratar do tema da divisão das funções estatais , Ramos (2015, p. 98) assevera: “Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade”. Destarte, ao tratar de separação do poder, pensemos na ideia de limitação efetiva do poder político, e não apenas na mera configuração tripartite do poder estatal.

Ora, ao adotar como ponto nuclear do princípio da divisão de poderes, como o conceito de limitação de poder, não se deve, por conseguinte, acolher a ideia de que O Poder Judiciário a gigante-se perante os outros Poderes, caso em que poder-se-ia vivenciar uma separação de poderes unicamente em teoria, visto que efetivamente haveria clara afronta à esse princípio e, como consectário, ao Estado Constitucional, uma vez que em realidade verificar-se-ia o exercício autocrático do governo, não na esfera do Executivo, mas do Judiciário, o que caracterizaria verdadeira autocracia judiciária. Essa situação, como adverte Sarmiento (2009) seria uma ditadura de toga, que pode não ser muito melhor que uma ditadura de farda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o fenômeno do ativismo judicial é relativamente antigo, tendo raízes no constitucionalismo norte-americano.

A discussão acerca desse fenômeno ganhou espaço na doutrina brasileira apenas após a constituição de 1988, com o processo de redemocratização, tendo como pilar uma Constituição abundante de direitos fundamentais, que não raro, demandam a busca pelo Judiciário para que sejam cumpridos, caracterizando a judicialização da política, fenômeno a que alguns autores, equivocadamente, aludem como ativismo judicial, tomando-os, frequentemente, por sinônimos.

Tentamos elucidar essa dubiedade entre ambos os conceitos, visto tratarem-se de fenômenos tão distintos em sua essência, que, enquanto a judicialização da política legitima e consolida a posição do Judiciário ante a sociedade, o ativismo judicial, contrariamente, deslegitima-a e vulnerabiliza-a.

Ao se examinar, conjuntamente, o fenômeno do ativismo judicial e o panprincipiologismo, assim alcunhado por Lenio Streck, e que consiste na produção exacerbada de princípios não revestidos de normatividade, considera-se possível então coligir deste estudo, que o panprincipiologismo e o ativismo judicial estão imbricados, e tornam-se quase como dois lados de uma mesma moeda: juízes ativistas utilizam-se de princípios desprovidos de normatividade, o que é característica básica do pan-principiologismo, para fundamentar suas decisões. E aqueles órgãos judicantes que proferem decisões sem critério de racionalidade, lançando mão de princípios comumente vagos e não positivados, distanciando-se da lei para solucionar o caso concreto da maneira que lhe aprouver, adota uma postura ativista.

Daí ser possível observar a formação de um ciclo, difícil de ser rompido, porque ambos os fenômenos se retroalimentam.

Esse quadro representa enorme risco ao Estado de Direito Democrático, por infringir um dos pilares sobre os quais esse sistema se firma: a divisão de poderes.

A partir do momento que o Judiciário principia a fazer incursões ilegítimas no âmbito dos outros Poderes, observa-se manifesta infringência ao princípio da separação de poderes, cujo objetivo é limitar o poder do Estado.

Essa ingerência do Judiciário no âmbito dos demais Poderes é ilegítima, por estar em desacordo com a ordem constitucional.

O Constitucionalismo, em seus primórdios, surgiu durante o apogeu do absolutismo, justamente como um meio de limitar o poder Real. Com o Constitucionalismo, objetivava-se submeter o poder absoluto do monarca a uma Constituição, de forma a garantir as liberdades individuais.

Desarrazoado seria, após séculos de Constitucionalismo, permitir que os juízes/Poder Judiciário, possam interferir sobremaneira na atuação dos outros Poderes, o que abalaria as estruturas do Estado de direito democrático, podendo conduzir, eventualmente, a um despotismo do Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. E-book.

ABBOUD, Georges; Tomaz, Rafael de Oliveira. *O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional*. Revista de Processo. v. 39, n. 233, p. 13-39, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº, v. 60, p. 59, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Maria Gorete. *JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E DECISIONISMO JUDICIAL: A POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DA ADOÇÃO DE UM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO VERDADEIRAMENTE DIALÓGICO NAS DEMANDAS POR DIREITOS SOCIAIS*. Revista Jurídica (FURB), [S.l.], v. 18, n. 36, p. 53-80, ago. 2014. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3999>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. et al. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, p. 267, 2012.

PIERDONA, Zelia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de. *CRIAÇÃO" DO DIREITO" E CRIAÇÃO" DE DIREITOS": A DIFERENÇA ENTRE INTERPRETAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS*. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 5, n. 2, p. 78-92, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, n. 2, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio*. Revista de informação legislativa, v. 194, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Revista Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 21 jan. 2023

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *ATIVISMO JUDICIAL: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS, São Leopoldo, 152 f. 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 53, p. 137-164, 2011.