

**OS LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A
FRUIÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS
CONSTITUCIONALMENTE.**

**THE LIMITS OF JUDICIAL ACTIVITY AND THE ENJOYMENT
OF THE RIGHTS AND WARRANTIES ASSURED
CONSTITUTIONALLY.**

Maria Charpinel Santos¹

RESUMO: Atualmente há uma grande discussão no que se refere aos limites da atuação dos magistrados no exercício de sua função jurisdicional, uma vez que na modernidade, com vistas à plena satisfação dos direitos e garantias adquiridos com o advento do Estado Liberal, ganhou adeptos um movimento que ambicionava uma maior atitude dos juízes no sentido de prover o gozo desses direitos, comportamento este dotado de maior liberdade que foi denominado ativismo judicial. Há uma corrente que entende que sua atividade deve ser pura e simplesmente de subsunção do caso concreto à letra fria da lei imposta aos juízes, caso este que contempla o princípio da separação dos poderes. Todavia, há uma corrente mais contemporânea que entende que a atividade jurisdicional de solução dos conflitos levados à sua apreciação deve ser feita com vistas no ordenamento jurídico pátrio e em seus fundamentos, preceitos, ditames e objetivos. Nesse sentido, são expostas e estudadas detidamente essas linhas de pensamento e confrontadas, para, ao fim, a partir de um estudo dessas apresentações, seus conceitos, origens e finalidades, chegar-se a uma conclusão acerca da debatida limitação da atividade jurisdicional exercida pelo Estado.

Palavras-chave: Fruição dos direitos e garantias assegurados pela Constituição; Separação de Poderes; Limites da atividade jurisdicional.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil (UFES). Graduada em Direito (FDV). Advogada. E-mail: mariacharpinel@gmail.com

ABSTRACT: Currently there is much discussion regarding the limits of the performance of judges in the exercise of its judicial function, since in modern times, with a view to the full satisfaction of the rights and guarantees acquired with the advent of the Liberal State, a move that won fans aspired to greater attitude of judges to provide the enjoyment of these rights, this behavior endowed with greater freedom than was called judicial activism. There is a chain that understands that its activity should simply be the subsumption of the case to the cold letter of the law imposed on judges if it contemplates that the principle of separation of powers. However, there is a more contemporary trend that understands that the judicial activity of conflict led to it should be taken with a view on the national legal system and its fundamentals, principle, precepts and goals. Accordingly, are exposed and studied carefully these lines of thought and compared to at the end, from a study of these presentations, concepts and sources, as well as aims, arrive at a conclusion on the discussed limitation of judicial activity exercised by the state.

Keywords: Enjoyment of the rights and guarantees provided by the Constitution; Separation of Powers; Limits of judicial activity.

INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro, regido atualmente pela Constituição Federal da República de 1988, Carta que adota o modelo estatal do Estado Democrático de Direito, deixa os ditames fundamentais adotados bem aclarados na extensão de seu corpo. Dentre esses, encontra-se a adoção como princípio basilar do Estado da separação de poderes e também da consagração da proteção das diversas garantias e direitos trazidos pela Lei Maior, sendo dever do Estado atuar positivamente para a promoção dos mesmos.

Ademais, importantes e acaloradas controvérsias e discussões ainda subsistem, mesmo após mais de 20 anos de vigência da Carta Magna, sendo uma das mais importantes a questão da limitação da atividade jurisdicional, denominada ainda de ativismo judicial. Este fenômeno caracteriza-se, superficialmente, por ser o ato de exceder a atividade jurisdicional pura que deveria ser realizada, adentrando-se na competência funcional de outro Poder, tal como o Poder Legislativo.

Nesta esteira, muito se discute hoje em dia acerca da legitimidade e da legalidade/constitucionalidade de determinadas atitudes de magistrados ao exercerem suas funções julgando certas situações. Isso ocorre em número bastante expressivo nas controvérsias existentes no tocante à legitimidade e legalidade da atuação jurisdicional quando esta, em tese, adentra na esfera de competência do Poder Legislativo, como por exemplo, quando há a declaração de inconstitucionalidade de uma lei absolutamente válida emanada deste Poder.

Alega-se, em uma primeira linha de defesa, que os juízes são meros aplicadores da lei, devendo, portanto, tão somente realizar o ato de subsunção da lei positivada ao caso concreto levado à sua apreciação, uma vez que sua competência somente abarca esse ato de aplicar a legislação ao caso concreto levado à sua apreciação.

Os defensores dessa corrente arguem que esses julgadores não podem operar de outra forma senão justapor a letra fria da lei posta ao caso concreto, sendo-lhes vedada qualquer atitude diferente disto, até mesmo uma interpretação diversa da literal. Apoia-se essa linha de pensamento na premissa de que o poder (entendido como a lei nesse contexto) emana do povo e somente deste, sendo os magistrados seus meros aplicadores.

Por outro lado, há um outro entendimento que sustenta que os juízes devem possuir toda essa liberdade ao exercer sua função de julgar em nome do Estado, uma vez essa autonomia adviria da sua função maior de perseguição dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Pauta-se essa corrente na premissa principal que o Estado Democrático de Direito possui como elemento substancial e indispensável a atuação positiva do sistema estatal no afã de concretizar, de possibilitar o gozo daqueles direitos assegurados pelas ordens jurídicas.

Por conseguinte, levando-se em consideração essa discordância quanto aos limites da atuação judicial, é de suma importância e extremamente necessário que se faça um estudo que melhor balize a função jurisdicional, para que, primeiramente, delimitem-se melhor os conceitos envolvidos, bem como para que não se estendam essas discussões sobre a legalidade/ legitimidade/ constitucionalidade relativamente a determinados casos, tal como a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

É absolutamente imperativo estabelecer limites no que diz respeito à atividade jurisdicional para que não existam maiores dúvidas acerca da constitucionalidade/legalidade da atividade jurisdicional, haja vista que, caso se conclua pela ilegalidade da mesma no sentido de extrapolar os limites de sua atividade pura, deverá haver indubitavelmente, nova caracterização e delimitação dessa atividade.

Nesse diapasão, pretende-se trabalhar com os conceitos apresentados, quais sejam, separação de poderes, função jurisdicional, fruição dos direitos e garantias, ativismo judicial, dentre outros, inseridos especialmente no conceito de Estado Democrático de Direito analisados sob a ótica de superação do Estado Liberal, fazendo um estudo detido na melhor doutrina para então emitir juízo sobre aos limites da atuação dos juízes no exercício de sua função jurisdicional.

O método de pesquisa utilizado foi a consulta bibliográfica da doutrina jurídica.

1 O ESTADO LIBERAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É possível asseverar, em linhas gerais, que o Estado Democrático de Direito surgiu como meio de superação às falhas do Estado Liberal, ou seja, para atender aos anseios do povo. Sobre este último o modelo de Estado, acerca do qual faz-se necessário tecer alguns comentários, é importante salientar primeiramente que este consagrou, especialmente após a Revolução Francesa, a pretensão das liberdades.

O Estado Liberal é fruto do pensamento liberal, que pode ser delimitado como um conjugado de princípios e pressupostos teóricos políticos interligados, que possuem como ponto central o amparo da liberdade amplamente considerada, mas de modo específico, as liberdades econômicas e políticas. Neste sentido, os liberais são contrários ao forte controle do Estado na economia e na vida das pessoas.

Na concepção do liberalismo, prega-se a limitação de poderes e funções deste, além do fato de que a liberdade e a igualdade são intrínsecas ao homem, nascendo com ele. O ser humano, por sua vez, é naturalmente livre e proprietário de sua pessoa e de seu trabalho.

Nesse ínterim, acertadamente diz-se que os pressupostos norteadores do liberalismo, e, por consequência, do Estado Liberal são: a igualdade de todos os homens perante a lei e o Estado, a defesa da propriedade privada, a mínima (quase nula) participação do Estado nos assuntos que envolviam a economia, caracterizando, desse modo, um governo com extrema limitação de atuação, bem como o traço muito marcante da liberdade econômica, que propiciou o desenvolvimento do capitalismo.

Em consonância com o expresso aduz Silva (2005, p. 113) que no Estado Liberal restaram consagradas principalmente as liberdades individuais dentre as quais se destaca a

ordem econômica, como forma de perfazimento do sistema capitalista, que prega o absentismo estatal nas relações privadas.

Depreende-se então que o homem é o centro de tudo: o Estado existe, mas não se manifesta (não deve estar sempre presente), isto é, o Estado apresenta os direitos naturais dos cidadãos - aqueles inerentes aos homens - e dita as regras e normas necessárias para que os homens e suas propriedades convivam pacífica e harmoniosamente em comunidade, sendo absolutamente livres e donos da sua independência.

Extrai-se assim que no Estado Liberal o Poder Público já estava adstrito aos comandos constitucionais, no entanto, por ter que abnegar-se da prática de atos na esfera privada das relações, não havia a concretização efetiva, o usufruto real dos direitos e garantias advindos das Revoluções Burguesas.

Outrossim, há ainda que se ponderar sobre uma figura de suma importância presente no Estado Liberal: a separação dos poderes. A tripartição, que pode ser traduzida como uma vertente da limitação estatal, dispõe que o poder dos diversos órgãos estatais tem de ser limitado ao máximo (cada qual com o seu) visando evitar o absolutismo que vigorava anteriormente.

Por conseguinte, para expressamente acentuar tal prescrição, as Constituições passaram a prever que a não separação de poderes implicaria na ausência de democracia, sistema histórico de suma relevância. Para cumprir o mandamento constitucional, os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo passaram a possuir funções próprias, que são aquelas privativas e definidas para cada domínio de poder, que deve exercê-las com exclusividade, com o precípua escopo de resguardar os indivíduos dos abusos governamentais.

Contudo, essas particularidades no cumprimento dos desempenhos não são absolutas: também existem atribuições instituídas constitucionalmente, que concedem autenticidade a uma determinada esfera de poder para que essa possa exercer as funções próprias do outro campo, o que ocorre somente em casos previamente fixados.

De outro giro, no que se refere à participação popular no Estado Liberal, esta passou a ser almejada após as chamadas Revoluções Burguesas, uma vez que nesse modelo estatal, o Estado passou a abster-se de agir. Por isso, deveria não intervir nas relações privadas, atuando quase que apenas em defesa das prerrogativas e garantias do direito de propriedade, esquivando-se das outras garantias individuais consagradas na ordem internacional, tais como direitos sociais de saúde e educação.

Esta inatividade provocou a revolta do proletariado, que passou a reivindicar atitudes de caráter positivo do aparelho estatal, para que este operasse efetivamente em prol de seus

governados, possibilitando-lhes o real acesso e usufruto dos direitos e garantias conquistados com o advento do Estado Liberal.

Ainda com o intuito de obter a concretização fática daqueles direitos adquiridos na Revolução Francesa, a população passou a ter ciência da importância de sua participação na tomada das decisões pelos governos, visto que estas influíam direta e imediatamente em suas esferas individuais.

Nesse diapasão, o povo passou a ambicionar também a sua participação política efetiva nas deliberações e também no controle sobre os atos daqueles que geriam a *res publica*, de forma a acarretar a inserção paulatina de elementos democráticos no novo modelo Estatal.

Utilizando-nos do pensamento de Bonavides (2008, p. 308), a sintetização dos elementos citados anteriormente figura no conceito jurídico de República, forma de governo onde o chefe do Poder Executivo (nas repúblicas presidencialistas), qual seja, o presidente, é uma figura política eleita pelo povo. Esta forma de governo, por sua vez, implica em fazer dos agentes públicos, que exercem diretamente o poder político, representantes diretos do povo, por ele escolhidos e renovados periodicamente.

Segundo J.J.Gomes Canotilho (2003, p. 289), a democracia caracteriza-se por ser um “processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade”.

Dessa forma, baseada na isonomia jurídica, a democracia pode ser delimitada como uma espécie de governo “coletivo”, que pressupõe que a população seja, simultaneamente, governante e governado. Logo, todos devem obedecer (ser governados) bem como editar normas gerais e comandar a política estatal (ser governantes), através de seus representantes políticos.

Posto isso, entrevê-se que o ideário de justiça no Estado Democrático de Direito perfaz-se com a efetivação correta do elemento democrático: a democracia define este modelo de Estado, conforme aduz Paulo Bonavides (2008, p. 52). Nesse diapasão, a democracia pode ser qualificada como a forma de governo na qual o poder é exercido por todos os cidadãos, diretamente ou indiretamente através dos seus representantes eleitos para mandatos.

Em consonância com o pensamento de Carvalho (2008,p. 204), a democracia pode ser ainda considerada como a institucionalização da ampla liberdade e da proteção dos direitos humanos fundamentais dos indivíduos igualmente aferida.

Segundo o sistema democrático, a gerência pública se dá com a participação efetiva e produtiva dos cidadãos. Afigura-se, dessa maneira, segundo o constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 285) como sendo

(...) um Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Salienta-se ainda que esse poder de escrever sua própria história e de “subir ao *podium*” das decisões coletivas², apesar de ter surgido originalmente nas extintas *polis* gregas somente obteve ascensão real e expressividade com o advento do Estado Democrático de Direito, uma vez que neste momento a população ansiava pela concretização e pelo real usufruto daqueles direitos e garantias alcançados especialmente no Estado Liberal, modelo anterior de Estado.

Isto posto, resta evidente que somente existirá o Estado Democrático de Direito onde o Direito preveja e regule manifestações precisas e imbuídas de frequência e regularidade, da real e concreta vontade do povo que deverá, por sua vez, ser produto de caráter objetivo do pensamento dessa totalidade de pessoas, para que assim, possa regular a atividade estatal no sentido de a mesma sempre prestar-se a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos de toda a comunidade, provavelmente a maior busca do Estado.

Por conseguinte, depreende-se que o ideal de justiça e o perfazimento do Estado Democrático de Direito tão somente ocorrem quando há a busca incessante pela concretização fática dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela ordem jurídica, isto é, quando a população efetivamente goza desses direitos legitimados, sendo esta a característica que melhor deve ser observada no presente trabalho.

Em suma, pode-se concluir que o Estado Liberal, no plano político apresentava-se de maneira essencialmente abstencionista e no jurídico concedia direitos. Ato contínuo foi necessária uma evolução, que ocorreu dando-se lugar a um Estado Social, o Estado Democrático de Direito, socialmente preocupado e adstrito a fins de promoção de justiça social distributiva.

Tal fato fez a lógica liberal esfacelar-se, uma vez que o povo possuía direitos expressos assegurados pela Constituição, mas não possuía real acesso aos mesmos, já que o Estado deveria manter-se sempre afastado, somente provendo a proteção à propriedade privada e à livre iniciativa, desfavorecendo uma justiça social.

² BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183

Adveio então, o Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Público agia em prol da população e da procura pela satisfação de seus direitos e de suas necessidades.

1.1 LEGALIDADE E FORMALISMO

Nesse contexto de busca incessante pelo pleno gozo dos direitos e garantias assegurados nas Cartas Constitucionais e ordens jurídicas mundo afora, bem como pelo maior poder real do povo perante as instituições políticas, acabou-se por perceber que o formalismo o legalismo cego advindos do Estado Liberal, em algumas situações, apresentavam-se como verdadeiros e significativos obstáculos à concretização dos ideais almejados.

Assim, a satisfação plena dos direitos e das garantias fundamentais assegurados – precípuo escopo do Estado Democrático de Direito – algumas vezes encontrava-se extremamente ameaçada em razão da diversidade de normas e de formalismos existentes.

Isso ocorreria uma vez que com a imensa burocracia, a lentidão do sistema como um todo, e especialmente o encastelamento do Poder Público (amplamente considerado) além da obrigatoriedade de aplicação de leis totalmente antiquadas e ultrapassadas, bem como a dificuldade de alterá-las muito contribuíram para que se tornasse cada vez mais inócua a fruição dos direitos em determinadas sociedades.

Nesse ínterim, é cristalina a imprescindibilidade de dinamismo no direito: conforme entendem Mendes e Branco (2012, p.81), resta evidente a natureza empírica do direito, uma vez que esta se caracteriza por desenvolver-se historicamente de acordo com os valores e normas contemporâneos aos acontecimentos e às coisas nas sociedades, sejam quais forem seus governos ou épocas.

Isto é, o desenvolvimento social cada vez mais dinâmico bem como a impossibilidade de se editarem regras a todos os momentos que versassem sobre todas as situações imagináveis e possíveis deu origem à necessidade da citada sistematização das regras e dos valores adotados por aquele determinado ordenamento jurídico, o que originou os modelos de Estado e sistemas jurídicos. Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a ser convocado para solucionar demandas e litígios antes nunca vistos pelos magistrados.

Assim sendo, tem-se que, com a evolução temporal e o processo enérgico de progresso das sociedades do mundo moderno, devem ser verificadas constantes mudanças nos sistemas

jurídicos e modelos estatais adotados, tendo em vista as inúmeras necessidades jurídicas surgidas com as gradações temporais.

Nesta seara, iniciou-se uma tímida e lenta minoração desses óbices, com vistas tão somente a prover faticamente as disposições constitucionais protetoras de direitos fundamentais, mas nunca fazer com que a legalidade e o formalismo fossem extintos, uma vez que possuem suma importância para o bom funcionamento das instituições, bem como o próprio usufruto das garantias previstas.

Faz-se imprescindível ressaltar dessa forma que o reducionismo desses elementos, quais sejam, legalidade e formalismo, não é irrestrito e incondicionado, sendo possível dizer, à grosso modo, que a mesma somente ocorrerá em casos onde esteja clara e evidente a transgressão à justiça, e desde que com tal supressão não haja prejuízo para algumas das partes envolvidas.

Destarte, seguindo uma mudança mundial, o legalismo e o formalismo começaram a ser ligeiramente depreciados em algumas situações onde se observou que os mesmos constituíam empecilhos ao usufruto dos direitos assegurados.

Em contrapartida, para que essa satisfação de garantias fosse propiciada, concedeu-se um maior poder aos magistrados na sua função de processar e julgar demandas que fossem levadas a sua apreciação, conferindo ao mesmo o dinamismo indispensável à sociedade atual para o desfrute de seus direitos, isto é, para que exista a justiça social.

2 LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Destarte, foi-se criando um contexto de insatisfação quanto à atuação dos agentes estatais aos quais foi delegada a atividade jurisdicional, uma vez que os mesmos encontravam-se presos às antiquíssimas normas que regem suas funções e à desgastante burocracia que muito dificultavam diretamente o pleno usufruto dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, começou a nascer um novo pensamento.

Assim, não agradava mais a população o fato de seus julgadores encontrarem-se totalmente engessados em seus gabinetes, atrelados a normas obsoletas, e com a ilusão de que a justiça social estivesse sendo garantida pela aplicação dita imparcial da letra fria da lei,

praticamente sem uma interpretação conforme os ditames do ordenamento, mas tão somente com a subsunção da lei ao caso concreto que lhe fora apresentado.

Começou-se então a acreditar que se os magistrados tivessem maiores liberdades e pudessem usar a criatividade para atuar perante as demandas que chegassem às suas mãos – porém sempre adstritos a mandamentos fundamentais do ordenamento jurídico e da nação – a população finalmente poderia ter real acesso aos direitos conquistados há tempos. Destarte, determinados elementos, tais como súmulas vinculantes, ações de declaração de inconstitucionalidade, dentre outros, foram surgindo com essa finalidade.

Frisa-se ser este fenômeno uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que vem sendo gradativamente concedido maior poder aos juízes para que os mesmos possam, sempre com a finalidade central de conceder maior e melhor gozo dos direitos fundamentais por todos e promover o desenvolvimento da pessoa humana³.

Ressalta-se então que essa maior concessão de poderes e liberdades aos magistrados tem como escopo maior, cumprir de maneira mais satisfatória e plena os desígnios primordiais e basilares do Estado Democrático de Direito.

Neste afã de defesa e promoção dos direitos subjetivos, o princípio da legalidade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito e considerado, nas palavras do ilustre professor Lênio Luiz Streck (2003, p. 171), como “uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico”, sofre uma importante mudança com fito a superar as desigualdades sociais e regionais e assim instaurar um regime democrático que realize, faticamente, a justiça social propriamente dita.

Desse modo, destaca-se que o Poder Judiciário, que tradicionalmente possui a função de compor conflitos a ele apresentados por meio da aplicação da lei emanada do Poder Legislativo, passa a realizar tal tarefa com maior criatividade e liberdade, mas sempre ligado a preceitos e premissas previamente postos e ordenados que realizam o ato de guiar sua atividade jurisdicional.

Esperava-se, dessa maneira, que esses magistrados pudessem assumir uma postura de proatividade na concreção dos direitos sociais, o que os colocasse em um patamar novo: os juízes não somente aplicariam a lei previamente discutida e estabelecida nas Casas Legislativas, mas também são compelidos a não serem absolutamente imparciais, isto é,

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). *Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171

devem posicionar-se em determinadas lides com o escopo de prover o cumprimento da Constituição, mesmo que para isso, ocorra o “extravasamento” de suas atribuições iniciais de unicamente aplicar a letra fria da legislação.

Há quem sustente, assim, que a clássica doutrina da separação dos poderes, tratada primeiramente por Aristóteles⁴ e consagrada por Montesquieu no “Espírito das Leis”, fundamento do constitucionalismo moderno, a qual assegura a limitação do poder estatal, garantindo a subjetividade da esfera jurídica individual, vem sendo gradativa e vagarosamente suprimida.

Em absoluta consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito – haja vista que este engloba também a ideia da limitação de controle do poder de um órgão estatal em face do outro, mediante a adoção de mecanismos específicos⁵-, a separação dos poderes previne o arbítrio por meio da limitação do poder através da separação e também do balanceamento do mesmo⁶, conforme aduz o constitucionalista José Afonso da Silva acerca da visão tradicional:

Consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se a concentração de poderes.

Cabe salientar, contudo, que esta concepção tradicional da separação de poderes não contempla uma separação absoluta, caracterizando-se por ser tão somente uma delimitação dogmática, uma vez que, além do poder ser uno (do Estado), a separação não existe de fato, mas é na realidade um conjunto de instrumentos de organização e interdependência, reforçando o sistema de controle e fiscalização recíprocos.

Analisando-se por essa vertente clássica posta, é possível concluir que determinadas atitudes do Poder Judiciário – tais como o controle judicial de políticas públicas, ou ainda o controle de constitucionalidade exercido - extrapolariam suas funções, adentrando nas funções dos outros poderes, sempre sob a justificativa da consecução das disposições constitucionais.

Assim, observa-se que a separação dos poderes, princípio consagrado no ordenamento jurídico pátrio e em muitos outros ao redor do globo, vem perdendo cada vez mais espaço na

⁴ SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcanti da. Democracia e ativismo judicial. *Revista de Direito privado*. São Paulo: 2011

⁵ CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 137-138.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 277.

era do Estado promotor e garantidor dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o “império da lei” vai sendo minorado pela atuação do Poder Judiciário para assegurar que o Estado provenha as mais diversas situações a fim de cumprir o que firma a Constituição Federal.

Nesse contexto, surgiram as mais diversas linhas de pensamento acerca do fenômeno em questão: o ativismo judicial. Este, para efeitos do presente estudo, será tomado por base a definição de Elival da Silva Ramos⁷, estudioso sobre o tema:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias judiciais da natureza objetiva (conflitos normativos).

Nesse sentido, entende-se por ativismo judicial não como sendo a uma forma criativa de exercício da função jurisdicional, uma vez que o juiz, para boa e correta aplicação do direito (nos próprios limites da sua função jurisdicional), deve conhecer não somente a lei seca, mas também a filosofia e a sociologia do direito, com o desiderato de compreender as aspirações da sociedade no momento da gênese daquela ordem jurídica, para então avaliar a situação sabendo da real intenção do legislador quando pôs aquela norma⁸.

Isso posto, à grosso modo, o fenômeno do ativismo judicial que sofre várias críticas na atualidade pode ser entendido como uma judicialização agressiva e profunda da política em que há uma desnaturação substancial do cerne essencial da atividade e não o mero afastamento de seu conteúdo formal, conforme esclarece o mesmo autor supracitado.

Depreende-se então, segundo essa visão, que existe uma clara violação dos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente à atividade jurisdicional, a qual ultrapassa os limites de sua legítima atuação ao adentrar capciosamente sobre o cerne essencial definidor das funções constitucionalmente adjudicadas aos outros Poderes.

Contudo, algumas ressalvas devem ser feitas acerca da atividade jurisdicional e da própria atuação dos magistrados, fidedignos exercentes dessa tarefa.

Os juízes, conforme asseverado, são os legítimos aplicadores da lei, embuídos pelo Estado do dever de impor a legislação correta para o caso em apreço de maneira imparcial, com vistas a pôr fim ao conflito de interesses apresentado ao Estado.

Nesse ínterim, a dúvida acerca dessa tênue separação entre atividade autenticamente criativa do juiz no exercício de sua função jurisdicional e ferimento do núcleo essencial de

⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 273.

outra função ou poder repousa na questão de como deve ocorrer essa aplicação do direito, qual seja, da lei propriamente dita.

Em uma primeira corrente, conforme explicitado, assevera-se que os magistrados somente agem fazendo a subsunção da lei ao caso concreto, ou seja, aplicando a lei fria que melhor se encaixa ao caso concreto nos exatos ditames expressos. Isso significa que os juízes seriam meros e reais escravos da lei, não existindo qualquer possibilidade de agir de outra forma ou ainda de expressar alguma criatividade. Essa visão prima pelo formalismo, preocupando-se mais com a legalidade do que com a justiça.

De outro giro, há uma segunda posição, mais moderna, que defende uma maior expressividade dos juízes, onde os mesmos não deveriam ser meros escravos, não sendo somente “bocas que pronunciam as palavras da lei”⁹, mas sim operadores com valores, com história e criatividade, sendo caracterizados por serem servidores capazes de atuar na promoção dos direitos constitucionalmente estabelecidos, quando os poderes políticos não o fizerem.

Dessa maneira, verifica-se a insigne e indiscutível necessidade de delimitar os limites precisos entre a atuação dos juízes agindo com criatividade com o escopo de perseguir os fins constitucionais (uma espécie de protagonismo judicial positivo) e a ultrapassagem indevida das linhas demarcatórias da atividade jurisdicional, em detrimento principal da função legislativa (RAMOS, 2010, p. 116-117).

Posicionamo-nos no sentido de apoiar que os magistrados, aplicadores legítimos da Lei em nome do Estado, devam possuir toda a criatividade e liberdade de amoldar a legislação aos fundamentos e propósitos da nação.

A figura do juiz, como personificação do Estado para exercício da atividade jurisdicional, deve obrigatória e indubitavelmente perseguir os seus próprios anseios e objetivos consagrados constitucionalmente. Não há que se falar em exorbitar a sua função ou em atropelo da separação de poderes: a função basilar do juiz, como agente estatal que é, é essencialmente procurar satisfazer os fundamentos e objetivos da República, sempre atrelado ao que persegue o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, verifica-se que a própria atividade jurisdicional, assim considerada, deve atuar sempre observando as chamadas disciplinas humanísticas, quais sejam, sociologia do direito, antropologia, filosofia, e não somente os dogmas jurídicos. Tal necessidade existe uma vez que, nas mãos do juiz encontram-se vidas para as quais o magistrado ditará destinos,

⁹ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit, p. 80.

devendo buscar incessantemente a justiça e o perfazimento dos direitos e das necessidades da comunidade.

Para corroborar tal entendimento, é válido citar que a própria Teoria do Estado e Hermenêutica Jurídica já pregam que a lei não deve ser aplicada friamente, mas sim sendo analisada sob a ótica de todo o ordenamento, visando sempre encontrar uma interpretação que melhor se amolde à *mens legislatoris* e à *mens legis*, que superficialmente podem ser delimitadas, respectivamente, como sendo a vontade do legislador e a vontade da lei quando as mesmas dispuseram o que está expresso.

Nesse sentido resta cristalino que o juiz aplicador da lei para o caso concreto deve sempre interpretá-la criativamente e com liberdade para buscar sempre alcançar um fundamento constitucional, um objetivo do Estado na persecução de satisfazer a sociedade com os direitos e garantias assegurados na Carta Magna. Não há de forma alguma um extravasamento da função jurisdicional ao simplesmente não seguir à risca o que dita a lei no sentido de perseguir os direitos assegurados na Constituição, uma vez que esta é a sua função precípua.

Mesmo ainda, que o Poder Judiciário sobrepujasse minimamente a função principal do Poder Legislativo na solução de algum litígio em prol da justiça e da satisfação dos direitos fundamentais, tal extravasamento seria dotado de legitimidade, uma vez que o objetivo maior de qualquer atividade estatal deve ser sempre o bem-estar e a busca ao gozo das garantias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a controvérsia sobre a existência ou não de violação dos limites da função jurisdicional e, por consequência, do princípio da separação dos poderes, em determinadas atitudes dos magistrados dotadas de maior liberdade e criatividade na aplicação da legislação fria a um caso concreto, denominada de ativismo judicial.

Foi demonstrada a corrente que apoia a necessidade de uma maior liberdade e criatividade no exercício das atividades dos magistrados, para que os mesmos possam perseguir o fim de satisfazer plenamente a população no usufruto dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente desde as Revoluções liberais.

Também foi exposta a linha de pensamento que versa que a atividade exercida pelos magistrados deve ser de aplicação da letra fria da lei, sem interpretação ou liberdade, uma vez que somente desse modo se atende o princípio da separação dos poderes.

Resta indubitável, após todo o exposto, que existe uma dúvida quanto à limitação de atuação do Poder Judiciário e o que distinguiria um ato desproporcional praticado por esse Poder.

Advogou-se, por fim, no sentido de que a atividade exercida pelo magistrado como legítimo representante do Estado na solução de conflitos levados à sua apreciação, deve ter a maior liberdade possível para que o aplicador da lei possa buscar ao máximo o perfazimento dos ideais e fundamentos previstos na Constituição Federal e na nação como um todo.

Dessa forma, não há que se falar em violação do princípio da separação de poderes ou ainda na inexistência de liberdade na atuação dos juízes: o precípuo escopo da atuação desses agentes estatais, como de todos os outros, é, com sua formação humanística, a perseguição dos objetivos e fundamentos da Constituição e do Estado Brasileiro, sendo um dos principais o gozo dos direitos e garantias assegurados naquela Carta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2013.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: 2009.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: 2009.

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DA SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcanti. Democracia e ativismo judicial. *Revista de Direito privado*. São Paulo: 2011.

DIAS, Lucas Ventura Carvalho. Ativismo judicial: efetivação de normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos poderes? *Revista de Direito da ADVOCEF*. Porto Alegre: 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERINO, A. J. *Metodologia do trabalho científico*. 20. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.