

O ATIVISMO JUDICIAL, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Edson Camara de Drummond Alves Junior¹

RESUMO

Por previsão constitucional, todos que estejam no território brasileiro possuem um rol de direitos fundamentais para se assegurar condições mínimas necessárias para a vivência com dignidade, sendo caracterizado, também, pela nossa própria Lei Maior de 1.988, como uma obrigação do Estado a sua efetivação, o que, porém, não vem sendo respeitado adequadamente esse mandamento pelos representantes eleitos do povo, ocupantes de cargos e funções nos Poderes Executivo e Legislativo e que, diante de tal omissão/inércia, a cada ano, vem aumentando o número de cidadãos que se socorrem das vias judiciais para buscarem a concretização de seus direitos, assim como da própria Constituição Federal, através de um comportamento do membro do Poder Judiciário que não se contenta em somente declarar a norma legal, mas sim torná-la instrumentalizada a todas as situações, muitas vezes, não previstas legalmente, o que ficou conhecido, doutrinariamente, como ativismo judicial, objeto controvertido do presente trabalho, já que é tema de acalorada discussão sobre a sua possibilidade ou não de ocorrência em nosso ordenamento jurídico, sendo este o objetivo do presente trabalho, que se utilizará para tanto, de uma metodologia indutiva pelo autor, com o emprego de doutrina nacional e

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior (FIVJ/MG) e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ). Advogado (OAB/MG 109.987) e Professor de Direito Civil do curso de Direito da Universidade Vale do Rio Verde (UNINCOR/MG). Autor de diversos artigos científicos, publicados em revistas especializadas, nas áreas do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Ambiental – edsondrummondjr@hotmail.com

internacional para análise do ora proposto e que, como será demonstrado no seu decorrer, constitui como um meio necessário para a efetivação de direitos mínimos para existência condigna de todos em território brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. OMISSÃO. ATIVISMO JUDICIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar, pela metodologia indutiva, a legitimidade do Poder Judiciário em exercer um papel mais ativo nas decisões de seus membros que visam resguardar direitos fundamentais de todos e que não estão sendo efetivados pelo Executivo ou Legislativo, através de um processo hermenêutico de interpretação de princípios e cláusulas abertas de nossa Lei Maior, e que ficou conhecido, doutrinariamente, como ativismo judicial e que, contrariamente a alguns doutrinadores, tal posicionamento está de acordo com os princípios inseridos em nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, dentre os quais o da separação e independência dos poderes constituídos, não trazendo qualquer risco à sociedade a sua adoção. O tema é controvertido desde a sua nomenclatura, origem, caracterização, assim como a possibilidade ou não, em nosso ordenamento jurídico, de sua adoção, o que tem gerado intensa discussão no meio acadêmico e jurisprudencial, o qual pretendemos expor e analisá-lo detidamente.

Para se atingir o objetivo acima mencionado, foi estruturado o presente trabalho em dois capítulos, resumidamente: no primeiro, faremos as considerações iniciais, com o fulcro de demonstrar em qual contexto está inserido o ativismo judicial, dentro da realidade brasileira, demonstrando os motivos que levariam a um suposto “protagonismo” do Poder Judiciário no cenário nacional no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais inseridos em nossa Constituição Federal de 1.988,

inclusive, diferenciando dois institutos comumente confundidos: ativismo judicial e judicialização da política; no segundo, analisaremos, especificamente, acerca do objeto principal em discussão, trazendo o seu histórico, conceito, características, correntes doutrinárias e, por fim, o debate no meio acadêmico ao seu respeito, para que possamos demonstrar o quão-necessário é o comportamento altivo do Judiciário, que vem assumindo nos últimos tempos em nosso país, para não só efetivar direitos básicos para que todos tenham dignidade, mas para que possamos usufruir verdadeiramente de um Estado Democrático de Direito, como determina nossa Lei Maior.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado brasileiro, por determinação constitucional, tem o dever de garantir ao seu povo as mínimas condições de existência com dignidade, o que, para tanto, aquele possui um sistema adequado para arrecadar fundos para implementar esta obrigação, onde ano após ano ocorre aumento na arrecadação e, ao contrário, há uma deficiência crônica e crescente na prestação dos serviços públicos, gerando uma insatisfação na sociedade e uma crise de representatividade em função dos membros integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos pelo próprio povo brasileiro, e que não aprovam nem criam leis com intuito de se concretizar os direitos fundamentais, nem instituindo e/ou consolidando políticas públicas com essa finalidade, além de se passar por um momento turbulento de denúncias sucessivas de corrupção e escândalos, desacreditando, ainda mais, a população brasileira no futuro da nação.

Diante desta omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, cada vez mais freqüente, na realidade brasileira, a intervenção do Judiciário, invocado para efetivar os direitos fundamentais omitidos e necessários para concretizar, minimamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, e que deveriam ser prestados, espontaneamente, pelo Estado, sendo essa sua atitude pró-ativa intitulada pela

doutrina como “ativismo judicial” e que ganhou maior relevo em razão da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, já que assegura, primeiramente, uma diversidade de direitos e instrumentos legais para sua garantia (como *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança, por exemplo), além, secundariamente, do maior destaque dado ao Poder Judiciário, como verdadeiro guardião dos valores presentes em nossa Lei Maior, ao prever, em seu artigo 05º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da sua apreciação, lesão ou ameaça a direito, garantindo-se, assim, a universalização do acesso à justiça. Nesse sentido, ao tratar acerca do tema em questão, Almeida (2.011) afirma que:

Ante a pluralidade social, via de regra, estas decisões envolvem questões morais, ideológicas e religiosas. Por tratar-se de temas altamente controversos, sem um mínimo de consenso social, a classe política se exime de discuti-los com a sociedade, fazendo com que estes temas sejam levados ao judiciário, que diante do seu poder-dever constitucional, tem de se manifestar a fim de concretizar o direito material lhes assegurado, por vezes, assumindo o papel de legislador, ora negativo, ora positivo.

Assim, com a previsão constitucional dos direitos e garantias fundamentais e o livre acesso ao Poder Judiciário, a população passou a acioná-lo com maior frequência, diante da omissão na concretização, minimamente, destes direitos necessários para se assegurar a dignidade da pessoa humana, originando, neste cenário, tanto a judicialização da política e o ativismo judicial, com um intenso debate entre os operadores do Direito e cientistas políticos acerca da viabilidade ou não deste comportamento ativo judicial, já que, ao adentrar na esfera de competência de outro poder constituído, poderia se lesar o princípio da independência e separação dos Poderes, presente no artigo 02º da nossa Lei Maior de 1.988, ao exercer uma atribuição atípica à prevista legalmente, seja aplicando a norma constitucional a situações não expressamente contempladas em seu texto, contrariando, como bem lembrado por Silva (2.014), a doutrina de Kelsen do culto à norma, ou impondo condutas ao Poder Público em matéria de políticas públicas, por exemplo. Desta maneira, deverá se analisar, justificando-se essa pesquisa, sob uma

fundamentação teórica, em qual perspectiva (negativa ou positiva) poderá se enquadrar o ativismo judicial, já que, por um lado, poderia ser caracterizada como indevida, por adentrar na esfera de atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, porém, por outro, podemos visualizar essa atividade como independente, benéfica e soberana para a guarda da Constituição e garantia do chamado “mínimo existencial” de todos, com a implementação, inclusive, de políticas públicas, além da repercussão social desta atitude positiva do Judiciário, diante de uma nova dogmática constitucional.

Antes de adentrarmos especificamente no tema, necessário se faz distinguir, primeiramente, os termos “judicialização da política” e “ativismo judicial”, já que são comumente confundidos²: quando nos referimos ao primeiro, terminologia empregada a partir da obra de Tate e Vallinder, segundo Granja (2013), estamos aludindo a uma circunstância de fato, onde ocorre uma procura exarcebada da sociedade ao Poder Judiciário para solução de conflitos, por meio do exercício da jurisdição, passando a ser um centro de discussões de variados matizes, inclusive, fazendo valer o determinado pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, em seu artigo 05º, XXXV, quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. A respeito deste fenômeno, Santos (2014) afirma que:

Sem dúvida a denominada crise de representatividade (falta de credibilidade no Poder Legislativo) contribui sobremaneira para o

² Acerca da distinção entre “ativismo judicial” e “judicialização da política”, Luís Roberto Barroso (*apud* GRANJA, 2.013) ensina que: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”.

aumento da procura pelo Poder Judiciário. **Os cidadãos insatisfeitos com a atuação do Poder Legislativo ou até mesmo a ausência dela, passam a se socorrer da jurisdição constitucional** (grifo nosso).

Inclusive, conforme destacado por Ximenes e Ribeiro (2009), esse fenômeno decorre do papel de destaque auferido pelo Direito, logo após o período ditatorial vivido no Brasil, porém a judicialização da política não é uma situação exclusiva de nosso país, sendo presenciado mundialmente, desde o final do século passado, por meio, principalmente, da existência de Tribunais Constitucionais nacionais que têm como finalidade a defesa da Lei Maior e do seu caráter político, além do comprometimento, sobretudo, com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que é previsto como fundamento do Estado brasileiro, no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988. Assim, a judicialização da política se torna um instrumento democrático para a concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, diante de uma omissão do Executivo e do Legislativo, não por meio de uma afirmação de vontade daquele poder constituído, mas sim de uma reafirmação do próprio Poder Constituinte Originário, que, inclusive, lhe concedeu legalmente o direito de decidir.

Ao comentar a respeito do tema, o atual Ministro Luis Roberto Barroso (apud XIMENES; RIBEIRO, 2009), do Supremo Tribunal Federal (STF), afirma que:

A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela.

Lado outro, o ativismo judicial se caracteriza pelo comportamento pró-ativo do próprio Poder Judiciário, como será visto no decorrer deste trabalho, que por meio de uma atividade hermenêutica, implementa uma maior efetividade aos direitos fundamentais e que não estão sendo devidamente cumpridos pelo Executivo ou Legislativo, conforme afirma Verbicaro (apud RIBEIRO, 2.013):

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Assim, o ativismo judicial se caracteriza por extrair o máximo de efetividade do texto constitucional, em uma atividade interpretativa dos membros integrantes do Judiciário, com o intuito de se concretizar o amplo rol de direitos fundamentais ali previstos. Ainda, poderia ser enquadrado como consequência do fenômeno da judicialização da política, já que a maior procura pelo Poder Judiciário daria a esse a possibilidade de se manifestar, dizendo o Direito, com o intuito de defesa daqueles direitos previstos constitucionalmente.

Por outro lado, os direitos fundamentais são espécies de direitos que possuem uma maior relevância nos ordenamentos jurídicos nacionais, pois representam o mínimo necessário para uma vivência de todos com dignidade, de acordo com os valores da sociedade, caracterizando-se, ainda, como uma limitação e/ou obrigação do Estado³, sem os quais, transformá-lo-ia em autoritário⁴. Por sua

³ Ao comentar a respeito desta função dos direitos fundamentais, o mestre português Canotilho (2.002, p. 405) afirma que: “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

⁴ A proteção dos direitos fundamentais em nível constitucional está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, centro irradiante de direitos. Neste ínterim, Marmelstein (2.008, p. 20) ressalta que os direitos fundamentais “São normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade

importância, apresentam as características de serem imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementares. Além disso, por expressa disposição constitucional (artigo 05º, §1º), em nosso ordenamento jurídico brasileiro, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata⁵. Nesse sentido, Santos (2.015) afirma que:

Para George Marmelstein (2.008, p. 293) a aplicação imediata dos direitos fundamentais é consequência natural da supremacia desses direitos, pois não teria sentido estabelecer condições para aplicação dos direitos fundamentais a uma incerta regulamentação legislativa.

2 O FENÔMENO “ATIVISMO JUDICIAL”: HISTÓRICO, CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CORRENTES E O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DO TEMA

Feitas essas considerações iniciais, devemos verificar que o surgimento do termo “ativismo judicial”, de acordo com Luiz Flávio Gomes (apud GRANJA, 2.013), se deve a uma reportagem (intitulada de *The Supreme Court: 1.947*), veiculada no ano de 1.947, do historiador americano Arthur Schlesinger, na revista *Fortune*, que descreve a atuação da Suprema Corte americana, sob o tema da segregação racial, através da análise do perfil dos nove juízes desta Corte, localizando a característica ativa nas decisões judiciais nos magistrados Murphy, Black, Douglas e Rutlege, crescendo, ainda mais, o debate sobre o tema nos Estados Unidos (justificando-se tal posicionamento criativo pelo próprio sistema do Common Law que favorece uma maior interpretação jurisprudencial, conforme atesta Cittadino citado por SILVA,

da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito” (SILVA, 2.014).

⁵ Mesmo com entendimento contrário de parte da doutrina nacional, dentre os quais, André Ramos Tavares, Celso Ribeiro Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, todos citados por Santos (2.014), de que existem alguns que não estão definidos de maneira adequada, com baixa densidade normativa, não podendo ser, por consequência, aplicados de maneira direta e irrestrita pelo Poder Judiciário.

2.013) e que, porém, de acordo com Vanice Regina Lírio do Valle (apud GRANJA, 2.013), essa denominação vem sendo utilizada ao longo dos anos, desde então, pela doutrina, em um tom crítico, a respeito da atuação do Poder Judiciário.

Esta percepção sociológico-econômica e protagonista do Juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra em 1.901 (ALMEIDA, 2011).

Não somente nos Estados Unidos ou no Brasil que se visualiza o fenômeno do “ativismo judicial”, mas tanto em outros países da América Latina ou do norte como da Europa doutrinadores identificam posicionamentos judiciais que se caracterizariam como tal, conforme descreve Luis Roberto Barroso (apud ALMEIDA, 2.011):

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.

O termo “ativismo” pode ser interpretado de diversas formas, porém, na área jurídica, pode ser definido, inicialmente, como toda vez que o membro do Poder Judiciário atua de forma “diferente” ao que lhe determina a ordem jurídica. Contudo, devemos destacar que o ativismo judicial se caracteriza pelo desempenho criativo e

incisivo do Judiciário, em um processo de hermenêutica jurídica e com natureza política, trazendo inovação ao Direito quando da solução do caso em concreto dada por um tribunal, inclusive, antecipando-se, em muitos casos, à elaboração legislativa, seja por uma omissão/lentidão do Poder Legislativo ou uma inércia do Executivo, na defesa de direitos fundamentais⁶. Nesse sentido, de acordo com o pensamento do professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luis Roberto Barroso afirma que:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e **normalmente está associado a uma retração dos demais Poderes** (apud RIBEIRO, 2013, grifo nosso).

Ainda, conforme ensinamento de Elival da Silva Ramos (apud GRANJA, 2.013), o ativismo judicial se caracterizaria como 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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Em território brasileiro, o ativismo judicial alcançou maior relevo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, quando essa trouxe um rol

⁶ Luis Flávio Gomes diz que para Arthur Schlesinger há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Para Luis Flávio Gomes se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, não há ativismo, mas sim, judicialização do direito considerado. Ainda, segundo o autor, o ativismo ocorre sempre que o juiz inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico. Além disso, cita duas espécies de ativismo judicial: o inovador, no caso de o juiz criar uma norma e o ativismo revelador. Nesse, o juiz também irá criar uma regra, um direito, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa: [...] (ALMEIDA, 2.011).

amplo de direitos fundamentais e com a previsão de um rigoroso controle de constitucionalidade, feito pelo Poder Judiciário, ampliando o seu campo de atuação, com a previsão de mecanismos necessários para efetivação, pela via judicial, destes direitos subjetivos (através das garantias constitucionais), atribuindo-lhe, portanto, preponderante e verdadeiro papel social. Porém, essa atuação judicial mais ativa na defesa dos direitos previstos constitucionalmente, diante de uma omissão dos demais Poderes Constituídos, para ser denominada como tal, deve apresentar algumas características, devidamente delineadas por Luis Roberto Barroso (apud SANTOS, 2.014):

- (i) A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Complementa tal posicionamento, Thamy Pogrebinschi (apud GRANJA, 2.013), ao afirmar qual posicionamento que deveria se enquadrar o juiz para ser considerado ativista (não sendo, segundo discurso da mencionada autora, necessária a soma dos três critérios, mas, desde que haja um destes, já estaríamos diante do “Ativismo Judicial”):

- a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado;
- b) promova, através de suas decisões, políticas públicas;
- c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Em nossa doutrina, existem duas correntes que discutem acerca da viabilidade ou não do “Ativismo Judicial”: a contrária, denominada “procedimentalista”, é combativa dessa atuação ativa do juiz, afirmando que as

peças não têm o direito de exigir, do Poder Judiciário, determinadas garantias previstas legalmente para atender, minimamente, o princípio da dignidade da pessoa humana; a segunda, intitulada como substancialista, ao contrário, posiciona-se favorável a esse comportamento proativo do Judiciário, seja pela via direta ou indireta, toda vez que houver lesão aos direitos mínimos existenciais. Os críticos baseiam sua justificativa, principalmente, no fato de que os Tribunais não possuem “legitimidade democrática”, ferindo o princípio da separação dos poderes constituídos, dando ênfase à “juristocracia”, além do fato de que, como bem exposto por Granja (2.013), nesse caso:

[...] o Poder Judiciário atua de duas formas, ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis do Poder Legislativo ou Executivo, ora como legislador positivo, o qual interpreta as normas e princípios e lhes atribuem juízo de valor, assim, é conhecido no meio acadêmico como desafio contramajoritário.

Ainda, representando o posicionamento contrário ao ativismo judicial, por vê-lo como nocivo à sociedade, já que daria uma ênfase à concepção subjetiva de justiça advinda do julgador, Ronald Dworkin (apud GRANJA, 2.013) pontua que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. **O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima** (grifo nosso).

Além disso, os defensores da corrente procedimentalista fundamentam sua ideia tanto no princípio da separação dos Poderes que seria lesado por esse comportamento ativo do Judiciário, haja vista a preponderância da atuação deste em relação aos demais, assim como no modelo positivista de Kelsen, que conforme afirmado por Silva (2.014), o julgador deveria se limitar aos contornos jurídicos da

norma impostos pelo legislador, não tendo, desta maneira, liberdade para amplamente interpretar o seu conteúdo.

Assim, parte da doutrina vê o ativismo judicial como algo negativo, transformando toda decisão judicial que se posicione desta forma como ilegítima, pois representaria uma transposição dos limites da função jurisdicional⁷, o que, de acordo com Lenio Streck (apud SANTOS, 2014), poderia comprometer a produção democrática do Direito, já que seria fundamentado em argumentações teleológicas ou morais dos juízes, ou seja, predominaria o caráter subjetivo de cada magistrado, promovendo uma superioridade/relevância do Judiciário, em detrimento dos demais poderes constituídos, podendo, por consequência, acarretar a lesão ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 02º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.⁸ A corrente procedimentalista defende que o Judiciário deveria se limitar à fiscalização da adoção correta do procedimento legal e não de aspectos materiais da Lei Maior, mesmo que a pretexto de se defender a sua

⁷ Nesse sentido, Daniel Souza Sarmento, citado por Granja (op. cit.), ao comentar sobre o ativismo judicial, que, em seu entendimento levaria a um “decisionismo judicial”, não fundamentando os juízes legalmente suas decisões, para baseá-las em critério estritamente principiológico e de caráter pessoal, afirma que: “E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. **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. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas.** E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico” (grifo nosso).

⁸ Além disso, defende-se que os membros do Poder Judiciário não possuem legitimidade democrática para questionar ou se insurgirem em face de atos de membros do Executivo e Legislativo, eleitos diretamente pelo povo (que originaria o contramajoritarismo). Nesse sentido, o entendimento de GARGARELA (apud ALMEIDA, op. cit.): “Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”.

integridade, sendo antidemocrática qualquer conduta que exorbite tal posicionamento. Ainda, segundo aquele doutrinador retro-mencionado, o único Poder apto a inovar seria somente o Legislativo, no decorrer do seu próprio processo de criação das normas legais. Porém, esse posicionamento (conhecido, doutrinariamente, como autocontenção judicial) se adotado, efetivamente, em nosso entendimento e como será demonstrado neste trabalho, poderá levar à flagrante desrespeito de direitos dos cidadãos.

Resumindo, a corrente contrária ao ativismo judicial, segundo ensinamento de Luis Roberto Barroso (apud SANTOS, 2.014), pode ser delineado seu pensamento em relação à conduta que devem ter os membros do Judiciário da seguinte maneira:

- (i) Evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- (ii) Utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e
- (iii) Abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Ao seu turno, existe a corrente substancialista que defende maior participação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, sob o fundamento da força cogente das normas constitucionais, além de estar cumprindo sua missão prevista em nossa Lei Maior de 1.988. Não há, para os seus defensores, qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes, já que estaria o Judiciário exercendo adequadamente a jurisdição constitucional e não se transformando em uma entidade meramente declaratória do Direito⁹ e que, supostamente, não se manifestaria diante de flagrante inconstitucionalidade perpetrada pelo Legislativo ou Executivo, no caso

⁹ E mesmo que se afirme que o Poder Judiciário deverá adotar comportamento meramente declaratório, ainda assim, há entendimento favorável ao ativismo judicial, já que o Tribunal estará somente aplicando direito fundamental expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 e que goza da autoexecutoriedade. Nesse sentido, afirma Helder Fábio Cabral Barbosa, citado por Granja (op. cit.): “Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que **os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade**” (grifo nosso).

em concreto¹⁰. Além disso, como bem lembrado por Faria (*apud* RIBEIRO, 2.013), o Judiciário já é concebido com um poder de criação do Direito (embora não seja sua atribuição principal), através dos seus julgados¹¹, tendo em vista a impossibilidade do Legislativo (ao legislar) de prever todas as possíveis situações cotidianas, para ser um guardião dos direitos fundamentais insculpidos em nossa Lei Maior. Nesse sentido, Fernando Gomes de Andrade (*apud* GRANJA, 2.013) afirma que:

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

Assim, a corrente substancialista defende não só o papel ativo do Judiciário, mas também a redefinição do Estado Democrático de Direito, já que quando acionado pelo jurisdicionado, o juiz não só irá resolver o litígio posto, porém irá dizer o Direito com o intuito de efetivar os direitos fundamentais de todos e o exercício pleno da cidadania (independente de regulamentação legal), conforme ideia do constituinte originário ao promulgar nossa Lei Maior de 1.988, após longo período de

¹⁰ Devemos lembrar, ainda, que os poderes constituídos estatais possuem, além da especialização funcional, a possibilidade de exercício das funções dos outros poderes para que possam desempenhar adequadamente seus deveres constitucionais, o que, no caso do Judiciário, podemos visualizar essa situação na previsão do artigo 96, I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, ao exercer a função criativa do Direito, já que o próprio legislador não pode prever todas as situações do dia-a-dia durante o seu processo legislativo. Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho (*apud* SANTOS, 2.015): “Se, ao contrário, tivermos presente que a lei não esgota o Direito, antes exige, quando necessário, concretizá-lo para além do sentido literal dos enunciados normativos, a função do juiz não se resumirá a dizer um direito previamente posto e sobreposto, e tampouco a servir de mero porta-voz do legislador, como preconizava Montesquieu, que reduzia o juiz à condição de boca que pronuncia as palavras da lei, e a função de julgar, a uma espécie de prerrogativa de certo modo nula”.

¹¹ Segundo Cardozo (*apud* SILVA, 2.013), “[...] quando se defende a criação judicial do Direito, isso não significa que o juiz formule normas gerais, abstratas, uma vez que uma lei abstrata não pode ser considerada, ainda, um direito. A criação de direitos pelo juiz decorre do próprio exercício da função jurisdicional, de modo necessário e inafastável. Interpretar o direito não é apenas individualizar a norma, como também adequá-la ao contexto no qual será aplicada”.

ditadura militar, e, ainda, de acordo com o pensamento de Konrad Hesse, conforme bem lembrado por Santos (2014), com a adoção da força normativa da Constituição, tendo em vista a força cogente de suas normas, solucionando grave questão atual em todas as sociedades contemporâneas e rememorado por Bobbio (*apud* SILVA, 2.014), quando este declarou que: “O grave problema de nosso tempo com relação aos direitos do homem não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los”. Assim, é determinado um novo papel ao membro do Poder Judiciário, conforme bem comenta Garapon (*apud* XIMENES; RIBEIRO, 2009), o que pode justificar, ainda mais, a explosão de demandas judiciais nos tempos atuais:

[...] não como escolha deliberada, mas como reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. **O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.** Ele é o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política (grifo nosso).

Portanto, para a corrente substancialista, o Poder Judiciário não poderá ser um mero espectador das lesões flagrantes de direito ocorridas na sociedade, mas sim um defensor dos mesmos, daí advindo o termo “ativismo judicial”, sendo, inclusive, esse comportamento pró-ativo, uma consequência direta do exercício da jurisdição constitucional¹². Para Saul Tourinho Leal (*apud* SANTOS, 2.014), defensor desta tese, “não temos um tribunal ativista – no sentido pejorativo do termo – mas sim um tribunal altivo”. Além disso, para os seus apoiadores, tal ideia não ofenderia o princípio da separação dos poderes constituídos (para Canotilho, a “*ratio essendi*” do Estado e da Constituição), pois, de acordo com Geórgia Postula Lage Pereira Carmona (*apud* GRANJA, 2.013), com a atual sistematização jurídica, reformulada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, houve uma

¹² Verbicaro, citado por RIBEIRO (op. cit.), afirma que: “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia”.

“flexibilização” das funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, não exercendo, exclusivamente, somente uma atividade cada um destes, pois poderia desencadear uma verdadeira “ditadura” dos Poderes, tornando-os arbitrários, já que não haveria qualquer possibilidade de controle pelos demais constituídos¹³ (ao contrário, existe, em nosso ordenamento jurídico, o balanço ou controle de funções para se impedir o surgimento de um “super-poder”, por meio do sistema de freio e contrapesos – “*checks and balances*”, para se ter um Ente Estatal equilibrado e harmonizado, como bem idealizou Montesquieu), além do fato de que não se poderia utilizar essa divisão funcional interna estatal em prejuízo de direitos fundamentais, devendo ser vista como mais um instrumento para sua proteção e para o alcance do mínimo existencial. Ao explicar o motivo para se ter, modernamente, a divisão de poderes, o mestre português acima referido (2.002, p. 250) afirma que:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como “divisão”, “controle” e “limite” do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta, sobretudo para a ideia de separação de poderes. O princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

¹³ Dallari, citado por Silva (op. cit.), acerca do princípio da separação dos poderes, de maneira crítica, ensina que: “A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que alguns dos poderes predominem sobre os demais, guardando-se apenas a aparência da separação”.

Assim, o Poder Judiciário irá atuar, diante dos descalabros do Legislativo e do Executivo, para garantir os direitos previstos no texto constitucional e, por consequência, efetivar a Lei Maior, não havendo, desta forma, qualquer inconstitucionalidade em sua atuação. Esse posicionamento vai ao encontro do “pós-positivismo”, corrente reinante atualmente, onde se prega uma interligação entre a moral e o Direito, se afastando do mero positivismo jurídico, na busca pela Justiça, através de uma nova interpretação constitucional e do exercício da “jurisdição constitucional” para a concretização de direitos fundamentais, definido por Canotilho (2.002) como a “Terceira Dimensão do Estado”, “Pilar fundamental” ou “Coroamento do Estado de Direito”, essa abertura da via judiciária ao cidadão para defesa prática de seus direitos. Nesse posicionamento, lição de Santos (2.014), ao comentar acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF):

Se a Constituição Federal de 1.988 confere ao Supremo Tribunal Federal o dever de guardar os preceitos constitucionais por meio do controle de constitucionalidade, é plenamente justificável uma posição ativa por parte desta Corte. Do contrário teremos uma constituição ineficaz, simbólica.

Defensor do ativismo judicial, Fernando Gomes de Andrade (apud GRANJA, 2.013) afirma que:

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

Essa atuação positiva do Poder Judiciário, para que seja caracterizada como devida (legal), se dará diante da ausência de uma norma regulamentadora do Poder

Legislativo ou na não efetivação pelo Poder Executivo de direito previsto regularmente, por exemplo, podendo, desta forma, aquele adentrar nos limites da competência destes poderes constituídos. Contudo, a aceitação do ativismo judicial ficará a critério da concepção existente acerca de jurisdição constitucional em determinado ordenamento jurídico nacional. E, ao se analisar recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), nossa mais alta Corte, podemos verificar a adoção sua da corrente substancialista, citando os casos dos Mandados de Injunção número 670, 708 e 712, onde se garantiu o direito de greve dos servidores públicos (previsto no artigo 37, VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988), diante da omissão de uma regulamentação legal, e no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, ao reconhecer a união estável homoafetiva, assegurando a esta os mesmos direitos previstos legalmente aos casais heterossexuais, tudo isso com o fito maior de se concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, há o entendimento favorável de que o Poder Judiciário, mesmo não sendo de sua competência, poderá implementar políticas públicas referentes aos direitos fundamentais, como, por exemplo, na seara da saúde, e que não estão sendo efetivadas adequadamente pelo Estado¹⁴, por meio do ativismo judicial, sendo caracterizada como constitucional essa atuação, pois visa evitar abusos ou omissões a direitos e que estão sendo reivindicados pelo jurisdicionado, que busca a efetivação do “contrato social”, num claro exercício da democracia, já que, como bem salientado por Pérez Luno (apud CANOTILHO, 2.002, p. 249), “na sua perspectiva histórica a teoria dos direitos fundamentais precedeu a formulação da noção de Estado de Direito”. Nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello (*apud*

¹⁴ Conforme bem lembrado por Verbicaro, citado por Ribeiro (op. cit.), acerca do ativismo judicial na seara da saúde: “nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior”.

GRANJA, 2.013), do Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45:

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas **é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal** (grifo nosso).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, podemos concluir que, mesmo diante das vozes contrárias que entendem como algo nocivo/prejudicial ao processo democrático, diante da não concretização pelos Poderes Legislativo e Executivo dos direitos fundamentais, poderá o Judiciário intervir para se garantir, minimamente, o previsto em nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, não se violando, com tal conduta, o princípio da separação dos Poderes, mas sim valorando o da dignidade da pessoa humana, através do ativismo judicial, e cumprindo seu dever constitucional de defesa do ordenamento jurídico, pois, nos valendo das palavras do eminente Luis Roberto Barroso (*apud* SANTOS, 2.014), “o ativismo judicial é como colesterol tem do bom e do ruim”. Se adotarmos pensamento contrário e extremista, onde resta ao juiz a “simples tarefa” de somente declarar a legalidade ou não de determinada situação, teríamos uma Constituição meramente simbólica, sem qualquer possibilidade de instrumentalização e efetivação de direitos e garantias aí previstos, descumprindo, desta forma, a função social do Direito, fazendo com que o próprio Estado que representa se omita de atender o seu dever legal de prover o bem comum, além de que, conforme afirmado por Mello (*apud* SILVA, 2.013), se estaria instaurando “círculos de imunidade em torno do poder estatal”, algo totalmente inaceitável em nossa sociedade.

Porém, o ativismo judicial, para que possa ser caracterizado como legal, deverá ter o caráter de excepcionalidade em sua conduta, pois, do contrário, poderá violar o princípio da separação dos poderes, devendo somente atuar, através dos mecanismos jurídicos aptos e adequados para tanto, na omissão dos demais poderes constituídos dos seus deveres constitucionais, lesando, com isso, direitos fundamentais do cidadão e que gozam de plena eficácia, de acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, para que não se tornem mera norma legal abstrata e inaplicável. Essa, por oportuno, deve ser a diretriz a ser adotada na atuação dos três Poderes, e não somente em relação especificamente ao Judiciário, onde todos devem controlar uns aos outros, no conhecido sistema de freio e contrapeso (*checks and balances*), porém, sem deixar de cumprir com suas obrigações principais impostas pela nossa Lei Maior de 1.988. Assim, o Poder Judiciário poderá se tornar palco complementar (não o único ou principal) de debate e de reivindicações de direitos previstos constitucionalmente, mas não efetivados, dando azo ao trabalho inovador e ativo dos seus membros.

Mesmo diante do pensamento da corrente procedimentalista, entendendo o ativismo judicial como ilegítima, de acordo os argumentos expostos no decorrer deste trabalho, podemos concluir que a atuação mais ativa do Poder Judiciário na defesa e garantia dos direitos previstos constitucionalmente é a simples e plena representação do exercício da jurisdição constitucional e da democracia diante de uma omissão flagrante dos Poderes Executivo e Legislativo dos seus deveres legais, além de ser, conforme entendimento de Gomes (apud SILVA, 2.013), uma resposta do Judiciário ao momento político que está passando o país, transformando-o em agente da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (sendo que após a sua promulgação, o Judiciário passou a ter um papel de destaque no cenário nacional como defensor da Magna Carta e dos valores e princípios aí inseridos, se tornando uma efetiva renovação do acesso à justiça), por meio de uma construção hermenêutica, a partir do caso em concreto, em que trabalhará com preceitos legais de modo a não violá-

los, mas sim dar efetividade concreta aos mesmos, exercendo sua função criativa do Direito, somada a uma crise de representatividade em que vivemos, atualmente, levando, assim, milhares de cidadãos às portas do Judiciário para a devida efetivação pelo Estado de condições mínimas para se viver com dignidade, vide as últimas manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF), que saíram da esfera jurídica, repercutindo no âmbito econômico, social e político do nosso país, em um claro posicionamento substancialista, favorável ao ativismo judicial e ao exercício de uma cidadania pró-ativa.

O ativismo judicial, assim como o próprio fenômeno da judicialização da política, por fim, deve ser entendido como um processo excepcional e justificável para efetivação dos direitos fundamentais e, por consequência, do texto da Lei Maior, e não simplesmente da extremista e simplória tese da invasão na competência dos Poderes Executivo e Legislativo ou tentativa do Judiciário de fazer política, em uma clara afronta às instituições democráticas. Deve ser analisada sob a ótica de uma nova ordem constitucional surgida com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, sem se ater a qualquer discurso formalista, na busca da Justiça e da função social do Direito, não podendo se consentir que o magistrado seja mero instrumento de declaração de norma jurídica, em um posicionamento de auto-contenção, mas sim um ator ativo e último socorro da sociedade para a efetivação dos direitos fundamentais indispensáveis à dignidade humana, no exercício da sua jurisdição constitucional (não sendo permitido uma atividade judicial sem limites legais, irresponsável, impondo o magistrado suas preferências ou vontade ao seu bel-prazer), se valendo dos princípios e das cláusulas abertas constitucionais, já que a pior inconstitucionalidade não é a do aspecto formal, mas sim a material, pela sua não persecução e cumprimento pelo Ente Estatal, através de seus poderes constituídos, alicerçando e solidificando não somente um Estado de Direito, mas sim de Direito e Justo, defensor e distribuidor de direitos na sua sociedade, atendendo-se, assim, as necessidades humanas e sociais do seu povo.

THE JUDICIAL ACTIVISM TO EFFECTIVE FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

By constitutional prevision, all of which are in Brazil has a list of fundamental rights to ensure minimum conditions for living with dignity, being characterized also by our own Greatest Act of 1.988, as a State's obligation to its effectiveness, the which, however, has not been properly complied with this command by the elected representatives of the occupants of positions and functions in the executive and legislative power, which, before the omission/inaction, every year is increasing the number of citizens who rely upon the legal means to seek the realization of their rights, as well as the Federal Constitution, through a judiciary member of behavior that is not content to only declare the legal standard, but make it practical in all situations, many sometimes not provided legally, what became known doctrinally as judicial activism, controversial subject of this work, as is the subject of heated discussion about their possibility or not of occurrence in our legal system, being this the target of the present scientific work, which will be used to do so an inductive methodology by the author, with the use of national and international doctrine to analyze the proposed, and which as will be demonstrated in the course of it, constitutes as a necessary way for the realization of minimum rights for dignified existence of everyone in Brazilian territory.

KEYWORDS: STATE. FUNDAMENTAL RIGHTS. OMISSION. JUDICIAL ACTIVISM. DIGNITY OF HUMAN PERSON.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, XVI, n. 2930, jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em 10 jan 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. 05 ed. Niterói: Impetus, 2.014. 2.175 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 05 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2.002.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em 01 fev 2016.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 113, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13281&revista_caderno=9>. Acesso em 02 fev 2016.

SANTOS, Matheus Gomes dos. Supremo Tribunal Federal, ativismo judicial e a (in)efetividade dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 126, jul 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14959>. Acesso em 03 fev 2016.

_____. STF, ativismo judicial e direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4235, 4 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30563>>. Acesso em: 19 fev. 2016.



SILVA, Valdeonne Dias da. Ativismo judicial e judicialização da política: meios de concretização dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4002, 16 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28333>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

SILVA, Ciro Varcelon Contin. Ativismo judicial no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3822, 18 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23347>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13752>>. Acesso em: 20 fev. 2016.