

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – FACULDADE DE DIREITO

JAQUELINE FERREIRA DE SOUZA

**OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

JUIZ DE FORA - MG

2014

JAQUELINE FERREIRA DE SOUZA

**OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Monografia apresentada pela acadêmica Jaqueline Ferreira de Souza, matriculada sob o número 200904016, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito de conclusão de curso sob a orientação do Prof. Ms. Karol Araújo Durço.

JUIZ DE FORA - MG

2014

JAQUELINE FERREIRA DE SOUZA

OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Monografia apresentada pela acadêmica Jaqueline Ferreira de Souza, matriculada sob o número 200904016, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito de conclusão de curso sob a orientação do Prof. Ms. Karol Araújo Durço.

Aprovada em 07 de fevereiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Karol Araújo Durço. - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. João Beccon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

“O mundo tem experimentado uma veloz evolução que impõe rapidez e intensidade nas respostas às mudanças advindas desse fenômeno. Neste cenário, evidencia-se a lentidão, inércia e omissão administrativa dos poderes Legislativo e Executivo no Brasil, quanto à realização de políticas públicas que visem à garantia de direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana de forma eficaz, tornando-se assim, inconcebível admitir o progresso do Estado Democrático de Direito idealizado na nova Constituição Federal, sem que anseios sociais decorrentes dessa evolução usufrua, com a mesma rapidez e intensidade do surgimento das questões, das necessárias respostas à solução dos conflitos originados desse dinamismo, o que torna o ativismo judicial um instrumento legítimo e hábil na persecução da eficácia da prestação estatal.”

(SOUZA, 2013)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo fazer compreender a relação entre o ativismo judicial na concretização dos valores preconizados pelo Estado Democrático de Direito, bem como estabelecer os limites constitucionais para tal atuação judicial. Tal temática se mostra relevante na sociedade extremamente complexa em que se vive, visto que cada vez mais as relações se transformam em um ritmo impossível de ser acompanhado pelo legislador ordinário, que tem a função de regular os conflitos surgidos de tais relações. Além do mais, seria impossível prever todas as situações de litígio, o que, por certo, engessaria o Direito. É válido ressaltar que o ativismo judicial surge da aplicação direta da Constituição para a concreção de direitos fundamentais nela previstos. Assim, não é qualquer ausência ou insuficiência de regulamentação que justifica a postura ativa dos juízes. Por tal razão, é necessário que haja certa discricionariedade para a atuação jurisdicional. No entanto, certo é que essa atuação deve ser limitada para que não se invada competência dos demais agentes políticos na concretização dos direitos previstos constitucionalmente. É nesse ponto que reside o objetivo do presente trabalho, qual seja, fixar os limites para a atuação dos magistrados para que profiram decisões justas e legítimas com o fim de concretizar os valores constitucionais, respeitando os princípios que regem o modelo de Estado em que se vive.

Palavras-chave: ativismo judicial – neoconstitucionalismo – limites.

ABSTRACT

This study aims to understand the relationship between judicial activism in pursuit of the values espoused by the democratic rule of law, as well as establishing constitutional limits to such judicial action . The theme is relevant given the complex society in which we live. Relations become impossible to quickly be accompanied by legislative power, a power which has the function of regulating these conflicts. Moreover, it would be impossible to predict all cases of dispute, which, of course, stifle law. It is worth noting that the judicial activism arises from the direct application of the Constitution for the concretion of the fundamental rights laid down. So it is not any absence or lack of regulation that justifies the active attitude of the judges. For this reason, there needs to be some discretion for the court action. However, it is certain that this action must be limited so as not to invade competence of other political actors in implementing the rights provided by the Constitution. This is the purpose of this study to define the limits for judges to issue fair and legitimate decisions in order to achieve the constitutional values, respecting the principles governing the model State you live.

Key-words: judicial activism - neoconstitutionalism – limits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	9
2.1 DEFINIÇÃO	9
2.2 AFINAL, EXISTE DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO?.....	11
2.3. O QUE SE DENOMINA POR JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?	13
2.4 DECISÕES CONTRA LEGEM COMO FORMA DE ATIVISMO JUDICIAL.....	14
3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL.....	18
4 PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO BALIZADORES DO ATIVISMO JUDICIAL	25
4.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	26
4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	28
4.3 PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
5 CONCLUSÃO	31
6 BIBLIOGRAFIA	33

1 INTRODUÇÃO

A temática adotada insere-se em grande medida no campo do Direito Constitucional, referindo-se ao esforço para a compreensão de como o ativismo judicial serve para concretizar os valores constitucionais previstos dentro de um Estado Democrático de Direito e quais os seus limites.

O fator que deu início a essa postura ativa dos magistrados é a redemocratização do país, que culminou com a Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização do Direito (BARROSO, sem data, página 03).

Desse modo, o ativismo judicial tem por escopo concretizar direitos fundamentais através da aplicação direta da Constituição Federal e da interpretação das demais normas do direito conforme a constituição, a fim de alcançar uma decisão justa.

Questiona-se se no anseio por efetivar os direitos fundamentais assegurados pela Magna Carta os magistrados não estariam ultrapassando os limites por ela próprios fixados, usurpando funções que pertencem a outros poderes ou se tal atuação refere-se somente a uma busca pelo poder.

Enfim, tal trabalho abordará o primeiro questionamento, buscando entender qual a melhor atuação do Poder Judiciário nesses casos.

A evolução da sociedade faz surgir a necessidade de absorção das mudanças ocorridas, função tal que acaba, por muitas vezes, diante a inércia dos poderes legislativos e executivos, sendo transferida para o poder judiciário, o qual se vale do ativismo judicial.

Igualmente já escreveu Saul Tourinho em seu curso sobre o ativismo judicial (sem data, sem página):

Diante de uma sociedade complexa e de textos constitucionais gerais fica cada vez mais difícil marginalizar princípios e afastar valores da interpretação constitucional. A sociedade de hoje se depara com conflitos anteriormente reprimidos.

Diante da aventura de concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes a jurisdição constitucional terá de se valer de criatividade. Trata-se de conseguir concretizar direitos fundamentais negados pelo Estado ou esquecidos pela própria sociedade.

Repisa-se, o fundamental é estabelecer limites para que a atuação dos magistrados não fira os preceitos constitucionais e permitam a satisfação dos direitos da sociedade também previstos na constituição.

Um ponto de consenso é a insuficiência do positivismo em resolver as crescentes necessidades da sociedade. Principalmente após a segunda guerra mundial, quando foram cometidas diversas atrocidades. Desse modo, surge a necessidade de um ordenamento em que primasse por direitos fundamentais, os quais também servissem de limite a atuação estatal (MORAIS, 2010, páginas 55/98). Nas palavras do autor acima citado:

Após tais afrontas contra direitos básicos dos homens, autorizadas por dispositivos legais positivados, percebeu-se que a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento jurídico esclarecido.

É assim que se confere força normativa a uma constituição com valores essenciais da sociedade positivados. A superioridade jurídica dessa nova constituição não se dá somente pelo aspecto formal, mas principalmente material. No Brasil essa superioridade foi afirmada no final da década de 90, mais tarde que na Europa, que ocorreu por volta da metade do século XX. (*idem*).

Essa constitucionalização do direito pós Segunda Guerra Mundial, também conhecida por neoconstitucionalismo, levou a uma mudança de postura do poder judiciário, que acaba por dar a última interpretação ao direito, no Brasil, muito em razão do princípio insculpido no artigo 5º, XXXV da nossa constituição do livre acesso a justiça.

Assim, qualquer cidadão pode ter afeto ao seu caso uma questão constitucional e caso leve-a a juízo, o magistrado decidirá sobre a questão diretamente (*idem* – página 68).

Com a proeminência adquirida pelo Poder Judiciário na sociedade, alguns enxergam nele a solução para os problemas, e os demais poderes perderam força no cenário mundial, especialmente no Brasil, devido a diversos fatores, os mais eloquentes são a quebra de representatividade e escândalos de corrupção.

Ao longo do trabalho será feita uma exposição sobre fatores que levaram a nova postura dos magistrados e se tentará estabelecer limites para tanto.

2 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 DEFINIÇÃO

Conceituar ativismo judicial não é das tarefas mais simples, é uma expressão vaga, que por muitas vezes pode induzir ao uso de forma inadequada.

Uma forma simples de conceituar o ativismo judicial é defini-lo como uma atuação criativa dos juízes com a aplicação direta da constituição federal com o fim de efetivar os direitos constitucionalmente previstos. Isto é, o ativismo é uma jurisdição constitucional.

Essa postura proativa pode ser observada através da aplicação direta da Constituição Federal em casos não previstos expressamente, declaração de inconstitucionalidade pautada em parâmetros mais flexíveis e ordens para o Poder Público fazer ou deixar de fazer algo, máxime quando se tratar de políticas públicas (BARROSO, Luis Roberto, 2009.)

Porém, a rápida definição dada acima não resolve o problema da imprecisão semântica que a expressão possui, ora o ativismo judicial pode ser definido como algo positivo, ora como algo negativo, a depender do ponto de vista de quem o define.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, página 394) tanto os que tecem críticas quanto aqueles que elogiam o ativismo judicial consideram que o juiz se afasta de suas atividades típicas quando atuam ativamente.

Aqueles que criticam afirmam que há ruptura do princípio da separação dos poderes em prejuízo do Estado Democrático de Direito. Já os que defendem afirmam que o ativismo é uma forma de concertar os desvios cometidos na repartição de tarefas entre os poderes (*idem*).

Dizer apenas que o ativismo advém de uma postura não esperada de um juiz e que uma decisão tomada dessa forma fere o princípio da separação dos poderes também não resolve a questão.

Primeiro, dizer se o juiz agiu ativamente vai depender da constituição de cada Estado e, segundo, sabe-se que o princípio da separação dos poderes não é tão rígido quanto era em sua origem.

No Brasil, em que a constituição deu a Suprema Corte o dever de guardá-la e que os direitos fundamentais devem ser resguardados por todos os entes políticos, de certo, espera-se uma postura mais ativa dos magistrados em defesa da Magna Carta, com decisões políticas, recheadas de valores, sem que tal postura represente uma anormalidade na realidade institucional brasileira. De toda forma não deixa de ser uma postura ativa no sentido positivo do termo.

Destarte, essa análise dependerá do tipo de Constituição a qual decisão está vinculada.

Na Constituição da República Federativa do Brasil estão positivados valores políticos e morais e diversos princípios jurídicos. Assim, em cada caso concreto deverá ser feita uma ponderação de princípios e valores. O ativismo judicial utilizado na defesa dos valores presentes na nossa constituição não é reprovável.

Inclusive a utilização dos métodos hermenêuticos (literal, sistemático, histórico e teleológico) pode evidenciar soluções distintas para o mesmo caso, já que não existe hierarquia entre eles, e nem por isso as diversas soluções deixam de ser legítimas.

Ter várias soluções possíveis para o mesmo caso concreto não se confunde com decisão errada. Essa não pode ser taxada de ativista, o erro deve ser corrigido. A decisão tida por ativista é correta, o que pode por vezes ocorrer é que os magistrados se excedem em seu julgamento, ultrapassam os limites toleráveis, mas não se pode falar que essa decisão é materialmente incorreta.

Entretanto, nesses casos em que há diversas possibilidades, ambas corretas, os órgãos representativos são os mais indicados para decidir qual é a melhor decisão para o caso, devendo prevalecer aqui a autocontenção judicial.

Se ainda assim o julgador insistir em julgar cometerá excesso, é um claro exemplo de decisão materialmente correta e conforme a Constituição, mas que não deverá prevalecer dentro de um Estado Democrático de Direito, vez que o legislador é que detém a competência para optar por uma ou outra solução em razão da discricionariedade que lhe compete. Seria uma decisão “impropriamente ativista”. (*idem*, página 401.)

Certo é que a linha que separa a atuação devida do magistrado, mesmo que suprimindo omissão dos demais poderes e daquela indevida, quando deverá prevalecer a contenção judicial, em razão dos princípios que regem nosso Estado é tênue, deverá ser avaliada caso a caso.

Destarte, conceituar adequadamente ativismo judicial se torna cada vez mais difícil no contexto de uma sociedade hipercomplexa. Razão pela qual fico com aquela definição singela dada linhas acima. Os contornos da postura desejável do magistrado deverão ser avaliados concretamente, sempre respeitando os princípios jurídicos positivados em cada ordenamento.

2.2 AFINAL, HÁ DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO?

Inicialmente, cabe ressaltar que ativismo judicial não é propriamente uma atividade nova, há quem diga que é sinônimo da chamada de criação judicial do direito.

Será que ativismo judicial e criação judicial do direito são realmente sinônimos? Ainda é preciso tecer algumas considerações para se chegar a essa conclusão.

Caso se leve a cabo o princípio da separação dos poderes da forma como imaginada na sua origem, a conclusão seria de que o ativismo judicial não seria tolerável, uma vez que atuando na criação do direito o juiz usurpa competências do poder legislativo.

No entanto, sabe-se que essa divisão de tarefas não é tão estanque quanto aparenta ser. Ademais, é necessária certa proatividade dos juízes na defesa dos direitos fundamentais, que se ficar por conta apenas dos poderes legislativo e executivo não haverá efetividade, por diversos motivos.

Implacável é a atuação criativa dos juízes em qualquer decisão que profiram. Decerto, quando eles proferem uma decisão, o direito há de ser interpretado, criado, construído, formulado, entendido, enfim, os juízes dão a palavra final, assim, mesmo que em grau bem reduzido há uma atividade criativa.

Alguns chegam a questionar se a partir de relevância adquirida pelo poder judiciário, em que os juízes cada vez mais criam o direito, se não houve transferência do poder político para o judiciário, transmudando a atual forma de um Estado constitucional de Direito para um “Estado judicial de Direito” (COELHO, 2011, página 480).

Segundo o mesmo autor, alguns juristas vêem ativismo judicial como algo ruim, que não é cabível no Estado Democrático de Direito, por se tratar de uma conduta em que o juiz vai além de suas competências. Já a criação judicial de direito é visto como algo positivo, em que os magistrados apenas interpretam e aplicam o direito posto pelo legislador. (COELHO, 2011, páginas 481/482).

Entretanto, o aplicador do direito deve ser contido na interpretação das normas, sabe-se que as normas (objeto) transcendem o sujeito, ou seja, é vedado ao intérprete incluir na norma o resultado que ele deseja. É preciso encontrar o seu real resultado utilizando os critérios hermenêuticos de forma lógica, racional e independente.

Enfim, o juiz é quem possui competência para interpretar e aplicar o direito, é ele quem dá o contorno final das normas, desse modo, o direito posto pelo legislador que é abstrato e geral serve de ponto de partida para a decisão do juiz. Desse modo, o juiz vai além daquele significado literal, isso não pode ser definido como mera aplicação da lei, claramente é criação judicial do direito.

Outro ponto relevante que evidencia, de forma ainda mais clara, a criação judicial do direito é quando há ausência de regulação, visto que o juiz não pode se eximir de julgar em razão do princípio do *non liquet*, logo, é obrigado a dizer o direito.

O exemplo mais claro no ordenamento nacional de que as decisões judiciais possuem força normativa é a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Na prática, o poder legislativo acaba não possuindo forças suficientes para legislar contra essas súmulas, caso isso aconteça, ressalte-se que a súmula vinculante vincula somente o poder judiciário, a lei poderá futuramente ser invalidada pela corte suprema em controle de constitucionalidade (*idem* - página 489).

Em verdade, o ativismo judicial não representa exorbitância de funções do poder judiciário. O que ocorre é a construção conjunta do direito pelos magistrados e legisladores com vistas a ordenar as relações sociais de uma sociedade hipercomplexa (*idem* – páginas 495/495).

Em suma, a diferenciação entre ativismo judicial e criação judicial do direito é inócua, visto que os casos de ativismo judicial são exemplos de criação judicial do direito. Além do mais, ativismo judicial representa apenas uma nova denominação para criação judicial do direito.

2.3 O QUE SE DENOMINA POR JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

A judicialização da política surge da aproximação entre Direito e política. Nas palavras de Daniel Giotti de Paula “*essa perspectiva de análise institucional do direito levou à judicialização da política e das relações sociais.*” (2011)

Nessa toada, passam a ser submetidas ao Poder Judiciário questões de ordem política, quando os poderes legislativo e executivo deixam de agir quando deveriam, dificultando a distinção entre o que é jurídico e o que é político. (MORAIS, 2010, página 69)

Dessa forma, diante da inércia dos poderes competentes para decidir tais questões e da necessidade de uma tomada de posição, os magistrados se vêem instados a resolver questões políticas, havendo transferência do poder decisório para o judiciário.

Esse fenômeno é cada vez mais frequente na sociedade atual, que a cada dia é mais complexa e mais carente de políticas públicas, onde os agentes democrático-representativos se esquivam de atuar, seja por questões políticas ou até mesmo pessoais.

Segundo Luis Roberto Barroso (sem data, página 6), ativismo judicial e judicialização da política são próximos, mas não são sinônimos, veja-se a diferenciação trazida pelo autor:

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 um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A distinção entre judicialização e ativismo judicial pode ser considerada para efeitos didáticos, mas não surte grandes efeitos na prática, já que o resultado alcançado por ambos os fenômenos é o mesmo.

Enfim, qualquer que seja o fenômeno em análise, ativismo judicial, criação judicial do direito ou judicialização da política, não pode se dar um sentido negativo sem antes conhecer de seus fundamentos e analisar seus resultados.

Aqui, defendem-se esses fenômenos, visto que sua utilização efetiva a vontade constitucional, assegurando direitos para toda a sociedade. Entretanto, prega-se a fixação de limites, para que essa atuação seja legítima.

2.4 DECISÕES CONTRA LEGEM COMO FORMA DE ATIVISMO JUDICIAL.

Tanto se fala em ativismo judicial e sua repercussão na sociedade, mas o que teria originado esse fenômeno?

De acordo com Luis Roberto Barroso, em “JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA” (sem data, página 07) o ativismo judicial tem sua origem na atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, inicialmente para a invalidação das leis que garantiam direitos sociais (Era Lochner, 1905-1937), o que findou com o confronto entre o então presidente Roosevelt e a Corte; posteriormente, a partir da década de 50, com a era Warren (1953-1969) e no início da era da Corte Burger (até 1973), quando foi produzida jurisprudência progressista com relação a direitos fundamentais, como, por exemplo, dos negros.

Já segundo Daniel Giotti de Paula, em “Uma Leitura Crítica sobre o ativismo e a judicialização da política” (2011, páginas 15-28), dois são os motivos que originaram a atividade criativa dos juízes.

O primeiro motivo adveio da constatação da impossibilidade de um direito puro, separado da moral.

Os valores éticos inevitavelmente fazem parte do mundo jurídico. As constituições social-democráticas possuem positivados diversos princípios jurídicos abertos com grande carga axiológica, os quais os juízes se utilizam para fundamentar as decisões. Impossível é também um juiz alheio aos valores, tais como ética e justiça, muito em razão de sua vivência.

O segundo motivo seria a impotência dos representantes do povo resolver os problemas da sociedade, o que faz com que o judiciário seja instado a resolvê-los.

Pensa-se que não houve um motivo isolado que originou o ativismo judicial, vários fatores conjugados, como os acima expostos, proporcionaram a proeminência do Poder Judiciário. Além disso, é preciso levar em conta a realidade de cada país, visto que essa conduta ativa dos juizes teve início em momentos diferentes.

Não obstante, um desses fatores é, sem dúvida, as decisões *contra legem*, embora cause estranheza afirmar que tais decisões possam ser uma forma de ativismo judicial. Certamente, tal afirmação dá a expressão em exame uma conotação negativa. No entanto, é necessário explicar o que se entende por decisão *contra legem*, para posteriormente se fazer um juízo de valor sobre a afirmação.

Conforme estudo feito por Bustamente em seu artigo “Conflitos normativos e decisões *contra legem*: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas” (2011, páginas 115-134) as normas jurídicas são superáveis, logo, abre-se a possibilidade de o magistrado proferir uma decisão *contra legem* em casos excepcionais, ou seja, deixa-se de aplicar a regra jurídica sem questionar sua validade.

Para Bustamente (*idem*), de acordo com o exposto por Alexy (2005) e Peczenik (2000), a regra jurídica resulta em ponderação de princípios feita pelo seu criador. Desse modo, elas não podem ser interpretadas sem referência aos princípios que lhes são a base e em razão da indeterminação das consequências jurídicas dos princípios, ressalte-se que são em sua maioria vagos e abertos, surge a necessidade de concretização legislativa dos direitos, em especial os direitos fundamentais.

Dessa maneira, as regras jurídicas representam apenas uma pretensão de definitividade, o que nem sempre ocorrerá, evidenciando a superabilidade das regras jurídicas, já que sempre pode ser introduzida uma cláusula de exceção à regra jurídica através da motivação judicial (*idem*).

Explica o autor que para Alexy um princípio nunca pode ser superado, porque eles não possuem consequências preestabelecidas para determinado fato, assim como ocorre com as regras jurídicas, razão pela qual um princípio não é superável, mas para a regra jurídica sempre é possível encontrar uma hipótese de exceção de sua aplicação, daí surge a superabilidade. Além disso, os princípios e as regras são interdependentes (*idem*).

Para que exista a referida hipótese de exceção a uma regra jurídica é necessário que se incluam princípios institucionais ou formais na fundamentação dessa hipótese, isto é, princípios positivados no ordenamento.

A diferença entre regra e princípio consiste na intensidade do processo de institucionalização. A institucionalização da regra é mais forte, já quem vem previsto o fim/valor a ser atingido, enquanto o princípio apenas sugere, indica os fins/valores, segundo Alexy, estes são “mandados de otimização” (2008. Páginas 85-144).

Com a introdução das hipóteses de exceção às regras jurídicas, são proferidas decisões *contra legem*, uma vez que a regra inicialmente aplicável ao caso deixará de incidir. Proferir esse tipo de decisão demanda do aplicador do direito uma forte motivação, baseada sempre em princípios.

Diante o exposto, pode-se concluir que há criação judicial do direito em decisões proferidas contra o que dispõe a lei, uma vez que a aplicação de uma regra jurídica válida foi excluída de determinado caso.

De sorte, uma decisão *contra legem* precisa, necessariamente, ser bem fundamentada com base em princípios, pois uma lei, além de ter presunção de legitimidade, é resultado do princípio democrático.

Desse modo, os princípios que fundamentam a superabilidade das regras jurídicas adquirem uma carga axiológica forte e não há mais conseqüências jurídicas perfeitamente previsíveis, nesse ponto entra a criação judicial.

A simples aplicação de princípios e interpretação jurídica tradicional, em que o juiz representa tão somente a boca da lei, não dá conta da realidade dos dias atuais, daí a necessidade de se (re)inserir a moral, com toda sua carga axiológica, na aplicação do direito (BUSTAMANTE, obra já citada).

No entanto, é preciso ter cuidado para que os juízes não abusem da utilização da moral e se esqueçam da real vontade das normas, as quais foram emanadas através da representação democrática.

Diante tais considerações, não se pode mais considerar que todas as decisões *contra legem* são malélicas.

É preciso ter em mente que adicionar uma hipótese de exceção a aplicação de uma regra jurídica deve ser excepcional, só se justifica naqueles casos em que a regra já não representa mais os valores mais caros a sociedade, os quais devem ser acompanhados pela Constituição.

E, além do mais, os magistrados não podem se esquivar de decidir, mais que isso, eles devem proferir a decisão mais legítima e justa possível; uma decisão proferida de uma regra que não mais representa a realidade da sociedade não atende aos ideais de justiça.

Destarte, excepcionalmente podem ser admitidas decisões que vão de encontro com a norma posta em nosso ordenamento, com o fim de efetivar a real vontade da sociedade, sempre com fulcro na vontade constitucional e isso não soa negativo, muito pelo contrário.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL.

A era do neoconstitucionalismo surgiu após a Segunda Guerra Mundial, época em que o mundo vivenciou horrores contra a humanidade, quando vigia em diversos países regimes totalitários, como o nazismo na Alemanha e o Fascismo na Itália.

A partir desse momento, percebeu-se a insuficiência do constitucionalismo tradicional, onde o legislador era o protagonista, cabendo ao juiz somente a mera aplicação da lei.

A constituição, que antes era tido como uma orientação política da atuação do legislativo, ganha força como norma fundamental de um país. Surgem, então, as constituições sociais democráticas, podem ser citadas como exemplo as constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976), da Espanha (1978) e do Brasil (1988) (FALCONI, 2010).

Com a crescente importância das Constituições e com a supervalorização de princípios jurídicos, ela deixa de ser mera orientação política e passa a vincular a atuação de todos os agentes políticos, com o fim de concretizar os direitos fundamentais nela previstos. Desse modo, a mera subsunção do fato à norma feita pelos juízes não é mais suficiente para solucionar os litígios de forma adequada.

Os juízes passam a dar uma interpretação mais ampla, extensiva das normas da constituição, promovendo a constitucionalização de toda a ordem jurídica, elevando, assim, a força da constituição e sua aplicação nos demais ramos do direito.

Sabe-se que, em regra, as constituições possuem normas abertas, indefinidas, as quais representam os valores de toda a sociedade e orientam o legislador no momento da produção normativa, bem como serve ao poder judiciário para possibilitar a concretização de direitos fundamentais, tais normas são chamadas de princípios (FAZOLI, 2007, página 17).

Dessa forma, em razão do seu grau de indeterminação, para que os princípios sejam diretamente aplicados pelo Poder Judiciário são necessárias técnicas diversas e mais aprimoradas que a tradicional subsunção.

Além do mais, em razão dos inúmeros princípios positivados nas constituições, é possível que haja conflito entre eles e a melhor solução a ser adotada é a ponderação. Ainda cumpre ressaltar que para a aplicação direta dos princípios jurídicos pelo poder judiciário seja legítima é preciso fundamentação, para tanto, o aplicador poderá se valer da argumentação jurídica (*idem*).

Outro fator que contribui para a proeminência do Poder Judiciário no cenário político é a ineficiência dos outros poderes, tanto em razão da impossibilidade de modificar os valores imprimidos no ordenamento na mesma velocidade que eles são modificados na sociedade, quanto em razão de interesses próprios.

Diante o exposto, vê-se o judiciário ganhou grande importância no cenário político, vez que passou a decidir questões políticas relevantes em prol da concreção dos direitos da sociedade.

No entanto, dar um conceito para a expressão ainda é uma tarefa complicada, já que entre os que se dizem neoconstitucionalista é possível encontrar todo tipo de jurista, que se filiam as mais diversas posições e correntes (Sarmiento, 2011).

Mas, segundo o referido autor (2011 – páginas 73/74), o neoconstitucionalismo envolve os seguintes fenômenos:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Observe que o neoconstitucionalismo modifica todo um desenho institucional e tem influência direta na transformação de princípios clássicos e na elevação de outros valores a princípios constitucionais.

Explica-se. Veja-se o princípio da separação dos poderes, que na sua origem deixava a atuação de cada poder enrijecida. Contemporaneamente, a atuação do judiciário não é mais limitada somente a aplicação das leis, dá azo a criação judicial, que é objeto de estudo do presente trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que hoje representa o valor máximo a ser atingido/efetivado em uma sociedade, foi insculpido em paralelo com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo.

Outro princípio que sofreu modificações foi o princípio democrático, visto que atualmente volta seu olhar para os direitos fundamentais e para a proteção das minorias.

Alguns princípios que se relacionam com o ativismo judicial serão tratados com maior detalhamento ao decorrer deste trabalho.

Ao erigir uma constituição recheada de valores a norma fundamental de um Estado, torna-se mais evidente a inexistência de um Direito puro. Fato é que o Direito não pode ser separado da moral e tais regras são sim jurídicas e devem produzir resultados na sociedade.

No entanto, ainda existem divergências entre as diversas “espécies” de neoconstitucionalistas, fato que descamba em várias leituras sobre a aplicação de valores morais introduzidos no corpo da constituição.

O fato é que a partir daqui o Poder Judiciário virou o personagem central da vida política, de modo que os demais poderes ficam relegados a funções mínimas.

Voltando o olhar para o cenário nacional, segundo Daniel Sarmiento em seu artigo intitulado “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, a mudança se iniciou com o advento da Constituição Federal de 1988 (2011

As constituições anteriores (1824, 1891, 1937, 1969) previam alguns direitos à sociedade, porém tais direitos não eram concretizados em razão de a constituição não possuir força, vez que dependiam dos governantes para fazer valer suas previsões e, tão pouco, o judiciário tinha condições para tanto, sequer era um poder independente como nos dias atuais (SARMENTO, 2011, páginas 73-114).

Esse quadro se alterou profundamente com a promulgação da Magna Carta de 1988, nela vieram previstos diversos direitos, como sociais, difusos, políticos e o mais importante, esses direitos são passíveis de aplicação imediata, isto é, independem da boa vontade dos agentes representativos para que sejam concretizados. Ademais, o Poder Judiciário ganhou um relevante papel na defesa de qualquer direito que seja violado.

O constituinte foi além, regulou diversos assuntos que sequer já estiveram sob a proteção de uma Constituição, bem como recheou o texto de princípios com forte carga axiológica.

O inchaço da constituição com a positivação de direitos, princípios e outros assuntos contribui para a constitucionalização do direito, já que antes os juízes não se utilizavam da constituição em suas decisões, o que tinha influência direta do momento político vivido no país.

Vê-se que a própria doutrina modifica seus pensamentos, com a inclusão do estudo sobre os princípios jurídicos, ponderação, proporcionalidade, argumentação jurídica, entre outros, tal estudo é levado aos demais ramos do Direito, que passam a ser relidos sob uma ótica do Direito Constitucional.

Com esse novo enfoque dado ao direito, surgem diversos posicionamentos, o que mais se coaduna com o ativismo judicial é o substancialista, que confere legitimidade ao ativismo judicial na concreção dos valores constitucionais (SARMENTO, 2011, página 91).

É possível enxergar em diversas decisões pátrias, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a mudança de postura dos magistrados. Entretanto, essa mudança é mais sentida em primeiro grau, uma vez que os juízes já se formaram sob a égide do novo constitucionalismo. Contudo, a tendência dessa postura proativa é de se espalhar por todo o poder judiciário, tanto em razão da consolidação dos valores constitucionais, quanto em razão da renovação dos magistrados.

Outro fator, já referido acima, que colabora com o ativismo judicial é o descrédito sofrido pelos agentes representativos, isto é, Poder Executivo e Legislativo, seja pelos escândalos de corrupção, seja pela inércia em atuar, o que faz com que seja creditada ao Poder Judiciário a solução dos problemas de interesse da sociedade.

Certamente, essa nova forma de enxergar o Direito sob um enfoque constitucional traz vantagens à sociedade, visto que há chances concretas de serem atingidos os tão almejados direitos fundamentais, com vistas a propiciar uma vida melhor a todos através da atuação dos magistrados.

Entretanto, também é possível tecer críticas a esse sistema. Mais importante que criticar o neoconstitucionalismo, é estabelecer seus limites, em razão dos benefícios que ele traz a sociedade. Passa-se as críticas.

A primeira delas se refere a possível carga antidemocrática das decisões judiciais provindas de uma postura ativa, já que somente os representantes do poder legislativo e executivo são eleitos pelo povo (*idem* - paginas 96/97).

Isso ocorre porque as decisões políticas mais relevantes da sociedade deveriam ser tomadas pelo próprio povo através dos governantes eleitos e não pelos aplicadores do direito, retirando a possibilidade do povo fazer valer suas próprias escolhas.

No entanto, hoje temos que levar em consideração que as decisões tomadas pelos representantes do povo nem sempre representam sua vontade, atualmente vivencia-se a chamada crise de representatividade sofrida pelos poderes representativos.

Ademais, os pensadores atuais pregam que toda democracia deve ter instituições políticas sólidas (são elas: representantes eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; informação alternativa, autonomia para as associações e cidadania inclusiva), sem as quais não se pode realmente ter uma democracia, ainda mais se considerarmos que o contingente populacional é cada vez maior, o que dificulta sobremaneira o exercício da democracia como antigamente (DAHL, 2001, páginas 97-113).

Inevitavelmente, para se ter democracia nos dias atuais as instituições acima citadas são necessárias, inclusive o próprio poder judiciário é investido de poder decisório pela Constituição Federal, é o aceite das regras do jogo.

Isto implica dizer que as grandes decisões tomadas pelo poder judiciário podem ser tão legítimas quanto aquelas tomadas pelos demais poderes.

Não se pretende que o judiciário resolva toda e qualquer questão de cunho político, até porque existem áreas que exigem conhecimento específico não dominado pelos magistrados. Porém, as decisões que protegem os direitos fundamentais, os quais inclusive fortalecem a democracia, são necessárias e legítimas.

Em suma, para que a atuação ativa dos magistrados não seja antidemocrática é necessário, além de instituições democráticas fortes, bom senso. O judiciário deve ser ativo no julgamento de decisões que lhe competem, isto é, que envolvem direitos fundamentais, ressalte-se, desde que sejam bem fundamentadas. Quanto as áreas que exigem conhecimento técnico, como por exemplo, economia, bioética, deve prevalecer a contenção judicial, preservando o equilíbrio entre as instituições políticas.

Segundo Daniel Sarmiento (2011, página 104), outra crítica que se faz é que as decisões judiciais não estão sendo acompanhadas das devidas fundamentações

jurídicas. Isso porque uma decisão de cunho ativista necessita de uma forte fundamentação e não somente com a utilização dos princípios jurídicos, ponderação e teorias da argumentação de forma aleatória.

Segundo o mesmo autor (*idem*), no Brasil houve um aumento dos intelectuais e, por conseguinte, uma tendência de super valorizar os princípios em detrimento das regras nas decisões judiciais, tudo porque são contra o positivismo.

Entretanto, é preciso equilíbrio, pois ambos são necessários ao sistema jurídico. Sabe-se que as regras jurídicas são necessárias, trazem previsibilidade e segurança jurídica ao serem aplicadas, além do que resolvem a grande massa dos litígios. Já os princípios jurídicos envolvem uma grande carga valorativa de cada julgador, necessitam de pesada fundamentação, já que o aplicador poderá julgar conforme a sua vontade, além de lhe conferir poder decisório, que, via de regra, pertence ao legislativo.

A medida é simples, deverão ser identificados aqueles casos em que é preciso utilizar princípios jurídicos, após, deve-se identificar os princípios a serem utilizados. Aqui vale uma regra, quanto maior a vagueza do princípio utilizado, maior é o poder decisório do julgador, logo, maior a carga argumentativa.

Caso contrário, será contrariada toda a lógica estatal em que vivemos, podendo essas decisões descambar para a arbitrariedade (*idem*, página 106)

A dificuldade reside justamente na fundamentação, é preciso que a argumentação seja lógica e racional e que seja no sentido de fazer valer a vontade constitucional, sem tendências volitivas.

Lembre-se ainda que em áreas não afetas ao Direito, como política, religião, economia, não há que se falar em ativismo judicial, visto que o aplicador não possui conhecimento técnico para decidir sobre esses assuntos, prevalecendo a contenção judicial.

De acordo com o já citado autor (*idem*, páginas 108-111), outra crítica que se faz é que o excesso de constitucionalização do direito possui um lado antidemocrático, isso porque transforma o legislador ordinário em simples executor da vontade constitucional, uma vez que tudo já está decidido pela norma principal.

Conforme já sedimentado na doutrina nacional, os direitos fundamentais produzem seus efeitos contra o Estado e os particulares de forma direta e imediata.

Entretanto, essa produção de efeitos contra os particulares enseja cautela. Isso porque pode ser imposto a essas pessoas condutas com as quais elas não concordam, retirando-lhes a liberdade de agir conforme suas convicções.

Em resumo, é preciso resguardar a margem de atuação do poder legislativo que é o representante do povo, assim como resguardar a liberdade das pessoas contra imposições estatais em nome da vontade constitucional, liberdade esta protegida constitucionalmente.

Enfim, o neoconstitucionalismo é extremamente válido quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais de forma racional. Isto é, com a utilização de regras quando elas se fizerem necessárias, dos princípios jurídicos com a devida fundamentação e sempre que necessário se utilizar da ponderação.

Diante o exposto, conclui-se que o neoconstitucionalismo contribui em grande medida para o ativismo judicial, já que o primeiro dá ensejo a uma constitucionalização de todo o direito e o segundo enseja a aplicação direta da constituição pelos magistrados. Para que o neoconstitucionalismo cumpra com o seu fim, é necessária a atuação ativa dos magistrados com grande utilização dos valores inseridos em nossa ordem constitucional.

4 PRINCÍPIOS

Após o advento do neoconstitucionalismo, a constituição adquiriu força normativa e com ela, os princípios jurídicos positivados passaram a permear grande parte das decisões judiciais, de modo que essa nova forma de se entender e aplicar o direito dá ensejo a uma postura mais ativa dos juízes com o fim dar efetividade a vontade constitucional.

Assim, os princípios não servem mais apenas para orientação política, a partir da Constituição Federal de 1988 passaram a ser dotados de efetividade e devem ser aplicados por todos os agentes com o fim de satisfazer os direitos previstos na Magna Carta (FAZOLI, 2007, página 14).

Mais uma vez nos é apresentado um termo de difícil definição, que pode ser utilizado em diversas situações com diversos significados.

Vários autores procuram definir o termo, cada qual com sua peculiaridade, mas todos com a mesma ideia central de que princípio jurídico é uma norma abrangente, geral, aberta, abstrata, precedentes sobre as demais normas e que guardam pertinência com os valores pregados pela sociedade, os quais têm a capacidade de se irradiar para todo o ordenamento jurídico.

Dessa forma, os princípios devem ser observados por todos que deles se utilizam, ou seja, eles são dotados de imperatividade. As funções principais dos princípios são: normatizar, integrar e interpretar, isto é, são normas que devem ser concretizadas, são utilizados para preencher lacunas e utilizados na interpretação das demais normas (FAZOLI, 2007, páginas 17/18).

Ressalte-se que princípios e regras são espécies de normas, a diferença principal entre eles é que os princípios são abstratos, não possuem não possuem âmbito de incidência preestabelecido, já as regras são fechadas e já vem previsto o âmbito de incidência na própria regra.

Na solução dos litígios que lhes são apresentados, os magistrados podem encontrar conflitos entre regras e regras, princípios e princípios e regras e princípios, cada qual possui uma solução diferente.

Aqui o foco é no conflito entre princípios e princípios, que é o mais relevante para o trabalho em questão.

Parafrazeando Alexy, em “Teoria dos direitos Fundamentais” (2008 – páginas 88/144) os princípios são mandados de otimização e devem produzir seus efeitos o máximo possível. Quando dois princípios entram em colisão, eles não se excluem, o que ocorre é que em determinadas situações, um princípio tem precedência sobre o outro.

Atualmente os princípios ganharam grande relevância no mundo jurídico e são eles os grandes protagonistas das decisões judiciais. No entanto, os princípios, apesar de representar os valores mais importantes de uma sociedade, são carentes de efetivação, são abertos e vagos, portanto, exige dos juízes pesada fundamentação.

Em razão da abertura e vagueza que são característicos dos princípios, é conferido aos juízes grande discricionariedade na sua utilização, por isso lhes é conferido grande poder decisório, propiciando o ativismo judicial.

Entretanto, os princípios também funcionam como baliza dessa atuação ativa. Eles funcionam como parâmetro da atuação judicial. Ambos os princípios são relevantes para a concreção dos valores do Estado Democrático de Direito, mas os mais importantes para conferir esses parâmetros ao ativismo judicial são: o princípio da separação dos poderes, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do estado democrático de direito.

4.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes voltou a ser discutido a partir da aproximação entre Direito e Política. Com essa linha divisória diminuída, abriu-se espaço para que os magistrados proferissem decisões de cunho político, o que é severamente criticado por alguns e elogiado por outros.

Como afirmado ao longo do trabalho, não é simplesmente uma invasão por parte do poder judiciário em áreas que não lhe compete.

O ativismo judicial se caracteriza por uma postura ativa dos juízes na aplicação direta da constituição com o fim de concretizar os direitos fundamentais nela previstos, os quais, como já dito, gozam de autoexecutoriedade. Tal atuação se

justifica em razão das omissões em realizar políticas públicas ou legislar pelos demais poderes.

Voltando ao princípio da separação dos poderes, segundo o significado que lhe foi dado por Montesquieu, no livro “O espírito das leis”, citado por Daniel Cavalcanti da Silva, deveria haver uma distribuição de tarefas entre os poderes, uma só pessoa não poderia assumir mais de uma função (SILVA, 2012).

De acordo com o modelo clássico, em que havia separação rígida de poderes, o judiciário tinha a função apenas de revelar o direito e as instâncias políticas que tinham a função de decidir as questões sociais e morais (PAULA, 2011, página 273).

Posteriormente ao modelo de separação rígida dos poderes, adveio um segundo modelo que admitia funções típicas e atípicas de cada poder e nenhum era hegemônico dentro do Estado. Aqui surgiu o sistema de freios e contrapesos, em que o excesso de um poder poderia ser contido pelo outro, já que ambos detinham legitimidade para tanto (PAULA, 2011, página 275).

Desse modo, o sistema de freios e contrapesos tem a função de contrabalancear a atuação dos poderes e evitar usurpação de funções de um poder pelo outro, é como se um poder freasse o outro (SILVA, 2012).

Sabe-se que esse sistema não funciona como imaginado nos dias atuais, isso porque o controle advém de poderes representativos, mas a representação na atualidade é falha, muito em razão da complexidade da sociedade, o que torna inviável que a sociedade seja realmente representada através das instituições políticas. Um segundo motivo seria o papel conferido ao judiciário de controlador das instâncias políticas e, por fim, a tensão entre ambos os setores representantes da sociedade poderia inviabilizar a votação de projetos importantes ou, então, ocorrer das minorias serem cooptados pela maioria (*idem*, páginas 276- 280).

Para se criticar o modelo de separação dos poderes, é necessário analisar cada desenho institucional. Voltando o olhar para o cenário brasileiro, vê-se que o desenho institucional insculpido na Magna Carta deixa claro que há três poderes (legislativo, executivo e judiciário), no qual cada um possui suas funções típicas e atípicas postas, as quais deveriam ser respeitadas.

Todavia, a cultura nacional evidencia uma preponderância do poder judiciário, aliado a um descrédito que os dois outros poderes vêm sofrendo ao longo dos tempos, é creditado aquele primeiro poder a solução de diversos problemas sociais,

inclusive os políticos, de modo que se enxerga-se uma separação de poderes desequilibrada, que não corresponde à previsão constitucional.

Diante tal constatação, cabe questionar se ainda há divisão clássica de tarefas entre os poderes, se o significado do princípio em comento continua sendo aquele que remonta as suas origens ou, ainda, se ele continua a existir.

Hoje se vê um cenário complexo, não é possível mais admitir que somente um poder seja legítimo para a defesa dos interesses sociais. Inclusive pode se defender um aumento dos agentes legitimados à defesa dos direitos fundamentais, entre eles inclui-se a própria sociedade (PAULA, 2011, páginas 307-309).

Dessa maneira, não há uma simples invasão por parte do Judiciário a tarefas próprias dos outros poderes. A criação judicial não se justifica somente pela ineficiência dos outros poderes desenvolverem suas funções regulares e em implantar políticas públicas, justifica-se também pela crescente necessidade da sociedade em ter efetivado seus direitos.

Dessa forma, o ativismo judicial não significa o desrespeito a tal princípio, o qual constitui um dos valores estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Isso porque o Judiciário não usurpa uma função que não lhe pertence, apenas concretiza direitos fundamentais previstos constitucionalmente, os quais não foram concretizados pelos agentes político-representativos, valendo-se da ponderação de princípios, atingindo, assim, uma das funções do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação dos poderes não deixou de existir, ele apenas é visualizado de uma maneira mais ampla, em que diversos setores e, não somente os três poderes instituídos são competentes e legítimos para fazer valer os direitos previstos em nossa constituição.

Conclui-se, portanto, que o Judiciário também é competente para satisfazer os direitos assegurados pela Constituição Federal, sem que isso signifique afronta aos demais poderes.

4.2 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo narrado, o Direito vive sua fase neoconstitucionalista, é a partir daqui que as constituições ganham força normativa e com elas os princípios jurídicos que a permeiam. Um dos princípios fundamentais pregados por essa era é o princípio da dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2013).

O princípio da pessoa humana vem positivado na Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III, CRF), assim, constitui um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

Dessa forma, atuação do Poder Judiciário deve ser no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana, não se pretende discutir aqui o que se entende por dignidade da pessoa humana, até porque haveria discussão que daria azo a outro trabalho. O que se pretende é definir o alcance dos magistrados na defesa desse super princípio.

Certo é que tal princípio surge em meio a positivação de diversos dos direitos fundamentais e como tal, deve ser efetivado o máximo possível. Isso não retira a possibilidade de um possível confronto com outros princípios jurídicos.

Havendo o confronto, a solução é a ponderação. Entretanto, há aqueles que não admitem a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, já outros admitem certa relativização em prol da coletividade, veja-se um trecho da obra de Alexandre Moraes, citado por Fernando Silva Machado (2012):

(...) o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhantes tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria".(Moraes. Alexandre, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, Atlas, 2002, pág. 60/61)

Assim, cabe a todos os agentes políticos, inclusive o Poder Judiciário, defender a dignidade da pessoa humana. Em uma ponderação de valores, a dignidade da pessoa humana tende a prevalecer, visto que é valor supremo de nosso Estado, aqui o ativismo judicial pode atingir seu grau máximo.

4.3 – PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado Democrático de Direito foi erigido a princípio constitucional e escolhido como a forma de Estado vigente em nosso país, veja-se:

Art. 1º A **República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifo próprio).

Segundo a definição trazida por Inocêncio Mártires Coelho (2009, página 171):

(...) entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

Portanto, o Estado Democrático de Direito é a forma estatal escolhida pelo constituinte originário e todos os agentes políticos devem contribuir para o melhor desenvolvimento possível de nosso país.

Assim, o papel do ativismo judicial seria contribuir para a concretização dos valores estruturantes da forma de estado escolhida, os quais estão presentes nos incisos do referido artigo.

Em suma, o que deve ser feito é a garantia desses valores e de todos os direitos fundamentais previstos na Magna Carta por todos os agentes envolvidos, máxime os três poderes da república e a sociedade. Dessa maneira, é também tarefa primordial do judiciário fazer justiça através da efetivação dos valores aqui referidos, razão pela qual o ativismo judicial resta plenamente justificável.

5 CONCLUSÃO

Rotineiramente tem-se notícia de que os direitos previstos na Constituição Federal estão muito longe de sair do papel e outros são violados com frequência, as relações estão hipercomplexas, bem como é revelada a impotência dos poderes democrático-representativos em solucionar as questões de ordem política referente aos direitos fundamentais.

Essas razões levam ao acionamento do Poder Judiciário para solucionar a falta de efetividade dos preceitos constitucionais e no afã de fazer justiça e na impossibilidade de não decidir, os juízes se valem do ativismo judicial para procurar a melhor solução possível.

Certo é que a sociedade não pode ficar a mercê do descaso dos poderes que seriam, ao menos há tempos atrás, os mais indicados para solucionar essas questões.

Com essa premente necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, essa atuação ativa dos magistrados se faz extremamente necessária.

Desse modo, o Poder Judiciário vem fazendo o seu papel em prol da efetivação da vontade constitucional, visto que a Constituição pode e deve ser aplicada diretamente, sem intermediação do legislador ordinário.

Contudo, somente com a atuação do judiciário não será possível resolver todos os problemas, é preciso uma ação conjunta de todos os poderes e da sociedade.

Ademais, tal atuação é sempre limitada para que não sejam feridos os valores estruturantes da forma estatal positivada na Magna Carta.

6 BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição. São Paulo. Editores Malheiros. 2008. Páginas 85-144. Disponível em http://www.alberto.pro.br/sao-francisco/2008_2/textos/fundamentais/Texto%2002%20Teoria%20dos%20direitos%20Fundamentais%20-%20Robert%20Alexy.pdf. Acesso em: 06/01/14.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva. **Ativismo judicial: Um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes?** 2012. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=7468. Acesso em: 03/01/2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. In *As novas faces do ativismo judicial*. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 387-402.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24/01/14.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Sem data. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742_18181901.pdf. Acesso em: 03/01/2014.

BUSTAMANTE, Thomas. **Conflitos normativos e decisões contra legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas**. In *As novas faces do ativismo judicial*. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 115-134.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** In *As novas faces do ativismo judicial*. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 475-498.

DAHL, Robert A.. **Sobre a democracia**. Traduzido por Beatriz Sidou. Editora UNB. Brasília. 2001. Páginas 97-113. Disponível em <http://oidmercosul.files.wordpress.com/2012/11/63830651-dahl-robert-sobre-a-democracia.pdf>. Acesso em: 14/01/14.

FALCONI, Francisco. **O que é o neoconstitucionalismo**. 2010. Disponível em <http://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 06/01/14.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **Princípios Jurídicos**. In Revista Uniara, n. 20, 2007. Disponível em http://www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf. Acesso em: 12/01/14.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010. Disponível em <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/1802>. Acesso em: 13/01/14.

LEAL, Saul Tourinho. **Curso ativismo judicial**. Sem data. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/SAL_TOURINHO.pdf. Acesso em: 09/09/2013.

MALDONADO, Maurílio. **Separação Dos Poderes E Sistema De Freios e Contrapesos: Desenvolvimento No Estado Brasileiro**. Sem data. Disponível em http://www.al.sp.gov.br/arquivos/documentacao/estudos-e-manuais/estudos-ILP/sep_poderes.pdf. Acesso em: 03/01/14.

MACHADO, Fernanda Silva. **Breves nuances sobre Dignidade Humana e Ativismo Judicial**. 2012. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9241. Acesso em 28/01/14.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2009. Páginas 108-119 e 170.

MORAIS, Danton Santos. **A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídicos-constitucionais**. In Revista de Processo. Ano 35, nº180, fevereiro/ 2010. Páginas 55-98.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In As novas faces do ativismo judicial. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 271-312.

PAULA, Daniel Giotti de. **Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política.** In *As novas faces do ativismo judicial*. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 15-28.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral.** In *As novas faces do ativismo judicial*. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 29-73

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In *As novas faces do ativismo judicial*. Editora *Jus Podivm*. Bahia. 2011. Páginas 73-114.

SILVA, Daniel Cavalcanti. **Entendendo o sistema de freios e contrapesos (checks and balances).** 2012. Disponível em <http://odireitodediscordar.blogspot.com.br/2012/09/entendendo-o-sistema-de-freios-e.html>. Acesso em: 03/01/2014.

SILVA, José Afonso da. **Os princípios Constitucionais fundamentais.** In *Revista do Tribunal Regional 1º Região*. Volume 6, número 4. 1994. Brasília. Páginas 17/22. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/principios_constitucionais_fundamentais.pdf. Acesso em: 24/01/14.

SOUZA, Valdelio Assis de. **A função do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito.** 2013. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/24257/a-funcao-do-ativismo-judicial-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 06/01/14.