

ASPECTOS DOUTRINÁRIOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO ATIVISMO E À AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Gerson Ziebarth Camargo¹

CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

RESUMO: O presente artigo teve por fim analisar os institutos do ativismo judicial e da autocontenção judicial relacionados à separação dos poderes diante das crescentes demandas judiciais e da influência do Poder Judiciário nas relações sociais. Consistiu em uma pesquisa qualitativa e partiu de uma abordagem dedutiva. Com relação às técnicas de coleta, basicamente buscou-se na doutrina a discussão da temática apresentada. Concluiu que, a despeito da teoria clássica da repartição de poderes, o Poder Judiciário se mostra atualmente como aquele que possui maior capacidade institucional, razão pela qual o ativismo judicial se mostra necessário para concretização dos direitos fundamentais e manutenção da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Autocontenção judicial; Separação de poderes.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade de litigantes (informação verbal²). É no contexto dessa expressão e da Constituição de 1988 que o Poder Judiciário adquire maior atenção no ordenamento jurídico.

De Aristóteles e do Iluminismo aos dias atuais, defende-se a tese de que o detentor do poder é o povo e de que todo aquele que detém o poder tende a dele abusar. Por isso, a necessidade de um sistema de freios e contrapesos entre os órgãos que, autorizados pelo titular do poder constituinte, exercem o poder.

Entretanto, a concepção clássica dos poderes já não consegue mais explicar as complexas relações em seu exercício. Já se fala hodiernamente, a des-

DOI: <https://doi.org/10.25110/rcejs.v19i2.2016.6470>

¹Licenciatura em Português pela Universidade Federal do Paraná (2004). Possui Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Ponta Porã-MS (2015). Pós-graduando (especialização lato sensu) em Direito Processual Penal pela FAEL-PR. Mestrando em Direito Processual e Cidadania, Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Cidadania, na UNIPAR-PR. Atualmente é Técnico Judiciário da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul - TRF3. gersondemolay@gmail.com

²Informação coletada do Professor Zulmar Antonio Fachin, Professor da Universidade Estadual de Londrina, ao proferir palestra no XI Simpósio de Direito Constitucional, 2014, Curitiba-PR.

peito do tradicional sistema de freios e contrapesos, em preponderância de um poder sobre o outro.

Isso porque as exigências sociais fizeram o Estado mudar, alterando, por sua vez, a relação entre os poderes.

Em uma época em que o Estado assumia uma essência liberal, claramente se constatou o Poder Legislativo como protagonista das relações sociais. Por sua vez, quando o Estado avocou prestações positivas, o que se chamou de Estado social, o Poder Executivo atraiu as expectativas sociais para si.

Hoje, em um cenário de Estado democrático de direito, o foco volta-se contundentemente para o Judiciário. Assim, é possível verificar que, em nenhum momento da história do direito houve um equilíbrio formal e uma justa distribuição entre as atribuições dos poderes, pois as demandas e reivindicações da sociedade ora requeriam maior participação de um poder, ora de outro.

Discute-se, portanto, uma nova teoria de separação de poderes que não se resume tão somente à aparência formal e historicamente a ela. Mas, essa proposta só pode ser bem compreendida à luz do neoconstitucionalismo.

Esse movimento jurídico, filosófico, sociológico e político – cuja principal finalidade é justamente limitar o poder do Estado por meio da inserção de direitos fundamentais compilados em uma Constituição – caracteriza-se por uma série de fatores que, em suma, aproximam o direito da moral e conferem ao destinatário das normas constitucionais a força normativa da Constituição, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o fortalecimento do Poder Judiciário, constatando, para muitos, o fracasso do Estado legislativo de direito.

Como consequência desse fenômeno e considerando uma aparente supremacia do Poder Judiciário em detrimento, principalmente, do Legislativo, emerge o ativismo judicial. Pelo fato de os juizes e desembargadores - agentes públicos não eleitos - exercerem fatalmente poder político que por vezes contraria as disposições oriundas do Poder Executivo ou Legislativo cujos membros representam a vontade popular, surgem controvérsias e questionamentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, ter ou não legitimidade para inovar o ordenamento jurídico ou invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pelo povo.

Assim, se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial que, para alguns críticos, deveria comedir o ativismo judicial. Nesse contexto, deveria o Judiciário, portanto restringir sua atuação em prol dos órgãos tipicamente políticos.

O ativismo, defendem alguns, desprestigiaria o Poder Legislativo, que teria enfraquecida sua atividade de inovar o ordenamento jurídico, pois as leis criadas perderiam sua força para a interpretação constitucional realizada pelos

tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas, a doutrina se mostra dividida quanto ao assunto. Por isso, o objetivo deste trabalho se limita a analisar os institutos do ativismo judicial e da autocontenção judicial relacionados à separação dos poderes,

Busca-se explicar e apontar as diferenças entre o ativismo judicial e autocontenção judicial, verificar qual é a contemporânea visão sobre divisão de poderes e questionar os argumentos favoráveis, desfavoráveis e conciliadores dos dois institutos.

O tema a ser estudado revela-se de suma importância na medida em que se pode vislumbrar ou constatar novas tendências no papel do Poder Judiciário brasileiro, o que, por sua vez, repercutirá em todas as esferas do Direito e em todas as relações sociais.

O acesso à justiça é cada vez mais expressivo no Brasil, e as relações jurídicas se revelam mais complexas em um momento histórico em que o Poder Legislativo é objeto de descrédito e crise democrática.

2 NOVOS PAPÉIS DO JUDICIÁRIO EM FUNÇÃO DE UM CENÁRIO NEOCONSTITUCIONALISTA

Realizadas as críticas iniciais quanto ao fato de um poder preponderar sobre o outro, o professor Dalmo de Abreu Dalari confirma essa ideia ao ensinar que:

(...) a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes. (DALLARI, 1995, p. 186)

A tese de Dallari de que existe uma aparência de separação é irrefutável, na medida em que, com a judicialização da política, é inevitável a politização da justiça. Barroso bem observa esse risco à democracia quanto à legitimidade

democrática ao ponderar sobre a existência de um conflito entre o próprio (neo) constitucionalismo e a democracia, cabendo à Constituição dois grandes papéis:

Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2012, p. 14)

Nessas palavras, fica mais uma vez clara a busca do Estado pela eficiência na proteção dos valores e direitos fundamentais, mesmo que para isso um poder prepondere sobre o outro e que algumas decisões judiciais sejam contra-majoritárias.

Assim, o mais importante a ser destacado na tentativa de ponderação em relação às críticas realizadas pelo professor Dallari é a proposta de uma nova teoria de separação de poderes que não se resume tão somente à aparência historicamente conferida de Aristóteles a Montesquieu. Para isso, Barroso destaca a ideia da Capacidade institucional e a dos efeitos sistêmicos:

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas idéias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. [...] Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. (BARROSO, 2008, p. 16)

Significa dizer que nem sempre caberá ao Judiciário a resolução de determinados conflitos, pois pode faltar ao juiz qualificação ou informação para tal. (Barroso, 2008). Nesse sentido, igualmente assevera Sarlet que a capacidade institucional:

em apertada síntese, busca cobrar do Poder Judiciário de modo especial em áreas sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo admi-

nistrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal e mesmo propondo um produtivo “diálogo institucional” (SARLET, 2013, p. 231).

Assim, quando o Judiciário se revelar o Poder apto para resolução dos conflitos, deve ser realizada uma avaliação de sua própria capacidade institucional. Afinal, como arremata Barroso (2008, p. 16), “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”.

Como visto, a teoria clássica da separação dos poderes não é mais suficiente para justificar um Estado democrático, razão pela qual hodiernamente se elencam novos papéis legítimos e genuínos atribuídos ao Poder Judiciário, quais sejam: a) defender a supremacia da Constituição por meio do controle de constitucionalidade; b) controlar os demais poderes, pois é essência da repartição a limitação do poder; c) garantir o estado constitucional democrático; d) proteger e concretizar direitos fundamentais; e) buscar a defesa e a concretização dos direitos fundamentais; f) buscar o autogoverno: para manutenção da independência do Poder Judiciário como órgão do Estado, a própria Constituição lhe confere autonomia funcional, administrativa e financeira.

Soma-se a isso o fato de que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem exercido papel ativo na vida do brasileiro, papel este que decorre no neoconstitucionalismo – movimento jurídico, filosófico, sociológico e político com o escopo principal de limitar o poder do Estado por meio da inserção de direitos fundamentais compilados em uma Constituição – que possui, como características marcantes: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicado do direito; b) atenção maior à ponderação do que à simples subsunção; c) participação, cada vez mais frequente, da filosofia nos debates jurídicos; judicialismo ético-jurídico, exigindo dos operadores do direito a comunhão de técnicas substantivo-jurídicas e ética; d) onipresença da Constituição, ou seja, a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do direito (constitucionalização do direito).

Com essa passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, ela passa a ser o instrumento de transformação social pela atuação do Judiciário, atribuindo características bastante peculiares ao cenário constitucional, quando se constatam, por exemplo, constituições mais analíticas, justiça constitucional por meio dos tribunais e, como já mencionado, significativa ascensão do Poder Judiciário.

Nesse ambiente, surge uma nova interpretação, que, de acordo com Luis Roberto Barroso (2014), não foi criada por desfastio dos juristas. Ocorreu porque a vida é que foi progressivamente mais complexa e plural, e juízes e tri-

bunais passaram a ter que discutir sobre *hard cases* – aqueles para os quais não se tem uma solução pronta (informação verbal³).

Dessa forma, para resolver os referidos casos difíceis, surgem, em um ambiente neoconstitucionalista, termos como normatividade dos princípios, colisões de direitos, princípios instrumentais de interpretação, técnica da ponderação, argumentação jurídica. Assim, baseado nesses institutos, o juiz que escolhe a melhor solução para um caso seria considerado um legítimo pós-positivista.

Em suma, constata-se, de acordo com Paula (2014, p. 40), que a atividade jurisdicional “apresenta uma nova face: a de um órgão público que faz a re-interpretação crítica da sociedade, para definir fatos, exprimir valores e estabelecer a verdade apta a receber a vestimenta jurídica”. Aduz ainda o autor:

A atividade jurisdicional não se resume uma operação técnica de declaração da lei ao caso concreto, como tradicionalmente proclamava um segmento doutrinário montesquiano. Os tempo mudaram e a atividade jurisdicional também se permitiu criar o direito, não apenas nos casos de complementação de lacunas da lei, mas, num primeiro momento em criar conceitos e estendê-los aos princípios jurídicos, e num segundo momento em definir fatos, exprimir valores sociais e estabelecer a verdade sociológica dentro de um processo para aplicar tecnicamente a norma jurídica e imputar sanções jurídicas. (PAULA, 2014, p. 40).

O papel do Poder Judiciário nesse contexto e diferentemente da noção de mero aplicador da lei, seria o de, aliado àqueles já apresentados, valer-se da interpretação constitucional, da aproximação do direito com a moral e do objetivo essencial de se fazer garantir a força normativa da Constituição para a efetivação dos direitos fundamentais

3 ATIVISMO JUDICIAL

3.1 ORIGEM

O embrião terminológico do ativismo é atribuído ao ordenamento norte-americano. Em 1947, o jornalista estadunidense Arthur Schlesinger publicou um artigo na revista *Fortune*, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, em que descreveu a atuação dos magistrados e os classificou em dois grupos: “ativistas” (*activists*) e “campeões de restritividade” (*champions of judicial restraint*), ou ‘passivistas’ (*selfrestrain*).

De acordo com Barroso (2010):

³Informação colhida em palestra durante XI Simpósio de Direito Constitucional, 2014, Curitiba-PR.

A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, California Law Review 92:1441, 2004, p. 1446. (BARROSO, 2010, p. 9)

Barroso faz questão de transcrever a descrição feita pelo jornalista ao analisar as posturas dos juízes da Suprema Corte:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano. (BARROSO, 2010, p. 9)

A origem do termo, portanto, remete à análise da postura do juiz ao tomar suas decisões. O passivista julgava adstritamente aos dispositivos legais, sem convicções pessoais, tudo em prol da fidelidade ao instituído pelo legislador. Já os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir.

Ocorre, porém, que o conceito original mitigou-se ao longo do tempo, e hodiernamente, principalmente no Brasil, são várias as teorias encontradas, nacionais ou internacionais, sobre a expressão “ativismo judicial”, razão pela qual é necessário delimitar seu conceito de modo a não se estabelecerem contradições quanto aos aspectos positivos e negativos do ativismo.

3.2 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

Conforme alertado, é necessário destacar o viés sob o qual será abordado o título deste trabalho ao se referir ao ativismo judicial, isso porque não há um

consenso doutrinário acerca da definição desse instituto.

Na lição de Luis Roberto Barroso (2008), ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.

Não se trata, pois, de uma interpretação completamente livre do magistrado ao julgar o caso concreto, valendo-se de fontes desconhecidas ou com o escopo de fixar uma posição pessoal. Pelo contrário, consiste em uma postura menos severa e rígida em aplicar o direito positivo, pois se baseia, principalmente, na força normativa dos princípios constitucionais e da ponderação, a despeito de uma aplicação meramente consubstanciada na subsunção.

Em sua tese de doutoramento, Teodolina Batista da Silva Cândido Vitorio também confere o mesmo viés a essa atividade:

Primacialmente, vale estabelecer uma análise em torno da conceituação de ATIVISMO JUDICIAL, movimento que se encontra associado a uma interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como: *a)* Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas; *b)* Controle de constitucionalidade (*the power judicial review*); *c)* Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas. (VITORIO, 2011, p. 75)

A partir dessa perspectiva, imperioso se faz distinguir ativismo judicial de judicialização da política, expressões por muito utilizadas como sinônimos por significativa parte da doutrina, mas que não se confundem, principalmente no tocante a este trabalho.

De acordo com Barroso (2008, p. 2), “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Esse fenômeno adveio da a) redemocratização do país; b) da constitucionalização abrangente que, pelo fato de contemplar as mais variadas e amplas matérias, antes dispostas apenas na legislação ordinária, permite se levar ao Judiciário as discussões sobre ações e políticas atinentes à área contemplada; c) do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que, por ser misto, permite que um sem-número de órgãos e entidades ajuíze ações diretas de inconstitucionalidade (BARROSO, 2008).

Aduz ainda o professor Luis Roberto Barroso quando se refere à judicialização e ao ativismo judicial:

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 idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2008, p.3)

Frise-se, também, no mesmo plano de distinção, o ensinamento de Lenio Luiz Streck, segundo o qual fica evidente que ativismo e judicialização não são expressões sinônimas, embora a primeira seja consequência da segunda:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos. (STRECK, 2009, p. 15)

Dessa forma, tem-se que, enquanto o ativismo judicial representa uma atividade do magistrado ou da Corte, uma escolha baseada em critérios menos rígidos de interpretação, para alguns, ou em pura discricionariedade, para outros, a judicialização expressa um fenômeno mais amplo ao revelar que a decisão de políticas públicas são tomadas por aqueles que não foram eleitos para essa importante missão, ocorrendo, portanto, uma obstrução da política pela omissão do Legislativo, bem como pela falta de efetividade do Executivo. Em suma, a

judicialização se revela como um fato, um fenômeno, e o ativismo judicial, uma atitude decorrente daquele fenômeno.

Realizada essa importante distinção, limita-se este artigo a discorrer sobre o ativismo judicial conforme o apresentado.

Para Barroso (2012), a ideia de ativismo “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Ainda, de acordo com o autor:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do constituinte originário; (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. (BARROSO, 2008, p.6)

Nesse sentido, Perez (2012) apresenta fatores complementares de impulsão do ativismo judicial no Brasil: exigências do Estado-providência - modelo intervencionista- direitos fundamentais de segunda geração; ênfase do papel político do Poder Judiciário; atuação deficiente do Poder Legislativo; desvalorização da lei; texto constitucional caracterizado pela fluidez e ambiguidade, pois a Constituição “não oferece amarras precisas à interpretação, bem como expõe o juiz à pressão imediata para concretizar programa que a Constituição delineou sem eficácia normativa imediata” (PEREZ, 2012, p. 128).

Em função dessas condutas manifestadas pela postura ativista, têm-se, como exemplos no Brasil, decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de fidelidade partidária, verticalização, distribuição de medicamentos e determinação de terapias por determinação judicial, dentre outras, que maculariam o Poder Legislativo e ameaçariam sua legitimidade para inovar o ordenamento jurídico.

Esse cenário, portanto, praticamente permite que qualquer assunto relevante para a sociedade seja lançado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, obrigado a decidir questões sobre biossegurança, imprensa, nepotismo, quebra de sigilo por CPI, disputas por terras indígenas, uso de algemas, políticas governamentais, relação entre poderes, dentre inúmeros outros, sob pena de infringir princípios constitucionais como acesso à justiça.

3.3 ASPECTOS NEGATIVOS

Para muitos doutrinadores, o ativismo judicial pode ser considerado ameaçador pelas razões que se passa a expor.

3.3.1 PAMPRINCIPIOLOGISMO

Como primeiro argumento contrário ao ativismo, tem-se o e que o Poder Legislativo perderia sua legitimidade, porque o Judiciário desrespeitaria as próprias inovações jurídicas advindas do Parlamento com base no emprego de inúmeros princípios de interpretação e aplicação constitucional que se sobrepõem às próprias leis. É o que se chama de panprincipiologismo.

De acordo com Streck (2012, p. 221), a autonomia de um direito marcado pelo positivismo restaria enfraquecida pelo abuso de princípios nas decisões judiciais. Ainda, de acordo com o autor:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, uma álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. (STRECK, 2012, p. 221)

Da mesma forma, Daniel Sarmiento tece críticas a essa banalização dos princípios pelo fato de fortalecerem o que chama de decisionismo judicial, enfraquecendo, por sua vez, a democracia:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juizes, 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. (SARMENTO, 2007, p. 144)

Nesse quadro, os princípios constitucionais, continua o autor:

(...) 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. (SARMENTO, 2007, p. 144)

O ativismo e o uso dessa panprincipiologia, portanto, desprestigiariam o Poder Legislativo, que teria combalida sua atividade de inovar o ordenamento jurídico, pois as leis criadas teriam sua rigidez corrompida pela decisionismo realizado pelos magistrados, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.2 DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR

Como ilustrado, da delimitação conceitual de ativismo, verificou-se que não se trata de “atividade completamente livre do magistrado ao julgar o caso concreto”. No entanto, outra faceta passível de crítica à atividade judicial advinda da judicialização das relações sociais é, sem dúvida, a discricionariedade do julgador. Discricionariedade é entendida como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para, à vista de determinada situação, escolher uma entre as várias soluções juridicamente possíveis e admitidas. Com base nesse poder, a Administração, no manejo de suas atribuições, desfruta da possibilidade de fazer opções, de deliberar, com uma margem de liberdade quanto à conveniência a oportunidade, o interesse, o conteúdo e os motivos do ato administrativo (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 72).

Trata-se, portanto, de um conceito oriundo do direito administrativo e que constitui uma permissão legal ao administrador para que daquela forma proceda. Entretanto, no âmbito judicial, a concepção do termo é substancialmente diversa na medida em que, “o termo discricionariedade se refere a um espaço a

partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento” (STRECK, 2013, p. 81). Entretanto, significaria dizer que “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no ordenamento ou ultrapassa os limites semânticos e ingressa na arbitrariedade, coisa que ocorre frequentemente”. (STRECK, 2013, p. 81).

Assim, a discricionariedade revela forma de agir em que não há no agente qualquer restrição ou limite, havendo, inclusive, certa arbitrariedade.

Um dos autores que mais se destaca no combate a essa atividade é o Professor Lenio Luiz Streck. Em suas obras “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”, “Verdade e Consenso” e “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, o autor desenvolve essa temática.

Em se tratando especificamente da última obra citada, na qual o autor defende veementemente que “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que seja” (STRECK, 2013, p. 20), suas críticas à discricionariedade se revelam de várias maneiras, quais sejam:

A doutrina indica o caminho para a interpretação colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na: a) Interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como sentire”; b) Interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) Interpretação como produto da consciência do julgador; d) Crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus valores”; e) Razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) Crença de que os “casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) Cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (STRECK, 2013, p. 30)

Essas formas de manifestação de discricionariedade, portanto, feririam a tradição, a coerência e a integridade do direito, cuja consequência fatal seria a inevitável submissão de tudo, inclusive da democracia, à vontade do juiz (STRECK, 2013).

Outra maneira de a discricionariedade se manifestar na atividade do juiz reside no uso da ponderação como forma de preenchimento das cláusulas gerais por sua textura aberta, pois, igualmente restaria configurado o caráter antidemocrático daquela atividade. Assim arremata Streck:

Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, “princípios” (sic) que autorizassem o juiz

a buscar, em outros “espaços” ou fora dele, as fontes para complementar a lei.

É como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo complementar (portanto à revelia do princípio democrático). Isso seria uma “autorização” para ativismos, que, ao fim e a cabo, deságuam em decisionismos. (STRECK, 2013, p. 43)

Isso porque os tribunais poderiam tecer teses que derrogassem até mesmo dispositivos constitucionais, ferindo a autonomia do direito no estado democrático.

Ademais, a ponderação poderia chegar ao cúmulo de atribuir para casos difíceis idênticas decisões diferentes (STRECK, 2013).

Em suma, a discricionariedade que poderia advir do ativismo judicial pode constituir significativo entrave à democracia, razão pela qual “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que “a convicção pessoal do juiz” seja o “critério” para resolver as indeterminações da lei, enfim, os “casos difíceis”. (STRECK, 2013, p. 51).

Por óbvio, Lenio Luiz Streck não é o único autor a se preocupar com a problemática da discricionariedade. Na mesma linha de raciocínio, o professor Néviton Guedes, desembargador federal do TRF da 1ª Região e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, em artigo intitulado “O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção” (2012), apresenta os riscos oferecidos pela discricionariedade do julgador em suas decisões. De acordo, com esse autor, compromete-se, em especial, a segurança jurídica quando o juiz se vale da discricionariedade:

Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça. (GUEDES, 2012, p. 4-5)

Nesse cenário contramajoritário, a discricionariedade do magistrado constitui uma verdadeira ditadura do Judiciário, pois os magistrados “mudam” a Constituição. Em entrevista concedida ao sítio “Consultor Jurídico”, Streck, ao responder se “os princípios estão substituindo as leis”, faz menção ao prejuízo democrático causado pelo ativismo:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? [...] Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. (STRECK, 2009, p. 1)

Frise-se, ainda, que, pelo fato de o ativismo judicial constituir uma atividade decorrente de um cenário neoconstitucionalista, a doutrina ilustra preocupações com eventual conflito entre constitucionalismo (limitação de poder) e democracia. Nesse sentido, preleciona Streck que a disputa entre constitucionalismo e democracia suscita uma “tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação”, pelo que assim elucida:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2008, p. 17).

Assevera ainda o autor:

Relevante é também salientar que admitir que se traduza democracia simplesmente como a sujeição de um povo às vontades da maioria

induz a uma conseqüente conclusão de que o Constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. (STRECK, 2008, p. 18-19)

Constata-se, a partir disso, que a visão do intérprete da Constituição, a depender de como age, pode consistir em uma afronta aos próprios princípios democráticos, razão pela qual mister se faz a discussão em um tópico específico para tal na presente pesquisa.

3.3.3 DESRESPEITO À REPARTIÇÃO DE PODERES E, CONSEQUENTEMENTE, À DEMOCRACIA

Embora já se constate que em um cenário constitucional contemporâneo a relação entre os poderes se mostre extremamente complexa, conforme já abordado, a principal tese contrária ao ativismo judicial reside nessa contenda, pois ensejaria danos à democracia. Assim, necessário se faz apresentar seus conceitos.

A democracia constitui “o meio, a condição, o ambiente em que se efetua um governo, republicano ou monárquico, no sentido de atingir o Estado, qualquer que seja também a forma por que se apresente, à sua destinação”. (MEZES, 1996, p. 268). Para o mesmo ator, trata-se ainda de um:

ambiente em que um governo de feição constitucional garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através do domínio da maioria em favor do bem público, sob fiscalização e crítica da minoria atuante. (Menezes, 1996, p. 277).

As concepções são múltiplas, portanto, traçando-se ideias de governo da maioria ou da vontade geral, igualdade entre os cidadãos e como exercício de liberdade.

É possível falar, ainda, em democracia sob o aspecto formal e material. O primeiro representaria “todo o procedimento adotado para a aquisição e exercício legítimo de poder político”; já o segundo é tido como “todas as realizações de promoção econômica, social, política, educacional, cidadania, ambiental etc., do indivíduo ou de grupos sociais”. (PAULA, 2014, p. 49). Os dois aspectos, portanto, relembram a clássica noção de um governo do povo (aspecto formal) e

para o povo (aspecto material).

Somando-se a isso, em uma acepção contemporânea, tem-se o tratado como “democracia consensualizada”, que, de acordo com Paula (2014):

A concepção contemporânea de democracia a coloca na sua forma consensual, ou seja, pressupondo-a que ela se exterioriza na forma representativa e conforme o governo da maioria do povo, em contraposição, ocorre a difusão do poder através de órgãos públicos independentes (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; Banco Central; Ministério Público; Receita Federal; os estados e municípios federados) ou órgãos privados independentes (partidos políticos; imprensa; instituições de pesquisa; grupos econômicos; ONGs; OSCIPs) (PAULA, 2014, p. 20)

A democracia, nesse modelo no modelo consensual, pressupõe, no âmbito do relacionamento com o poder político, o direito ao voto; o direito a ser eleito; o direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos; eleições livres e honestas; liberdade de reunião; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; e instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam de voto e de outras manifestações de vontade popular.

No Brasil contemporâneo, esse modelo restaria revelado, segundo Paula (2014) pelas seguintes constatações: partilha do Poder Executivo com ampla coalizão para garantir a governabilidade e a estabilidade política no Parlamento; b) equilíbrio de poder entre Executivo e o Legislativo; sistema multipartidário; representação proporcional; corporativismo de grupos de interesse; governo federal descentralizado; forte presença do bicameralismo; rigidez constitucional; revisão judicial; independência do Banco Central.

Nessa acepção e diante dessas constatações, significa dizer, portanto, que a democracia, segundo Paula (2014) constitui bem jurídico a ser tutelado na medida em que se revela como direito fundamental. Isso porque apresenta três dimensões a serem protegidas/promovidas:

Democracia como regime de relacionamento entre os poderes da República, conforme artigo 2º da Constituição Federal, entre os entes e seu relacionamento com a sociedade por meio dos fundamentos da República Federativa do Brasil previstos no artigo 1º e dos seus objetivos (artigo 3º). (PAULA, 2014, p. 37).

Outra justificativa, ainda de acordo com Paula (2014) para o fato de a democracia ser considerada direito fundamental reside em outras manifestações inseridas na Constituição, tais como nos artigos 14 a 17 (direitos políticos), 23,

inciso I (zelo comum a ser observado por todos os entes federativos para guarda da Constituição e das instituições democráticas), 90, inciso II (papel do Conselho da República em relação às instituições democráticas), 91 (papel do Conselho de Defesa em relação ao Estado democrático, 127 (papel do Ministério Público), 194, VI (administração da seguridade social, 206, inciso VI (ensino público), 215, §3º (acesso aos bens de cultura).

Tudo isso porque, arremata Paula:

os horizontes democráticos do Brasil ao final da década de 70 se resumia na anistia política e em dar cabo ao regime militar; na década de 1980 centrava na promulgação de uma nova Constituição Federal; na década de 1990 na remoção jurídica do entulho autoritário; já no século XXI a democracia concentra-se na realização da promoção social. (PAULA, 2014, p. 39).

Ilustrada a amplitude que de atribui ao conceito de democracia, passa-se a apresentar sua relação com a repartição de poderes no ativismo judicial.

Conforme Teoldina Batista Cândido Vitória:

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes. (VITÓRIO, 2011, p. 224)

Por esse argumento, estabelece-se certo receio, por parte de alguns doutrinadores, por uma “ditadura do Judiciário”.

Segundo Hirschell apud Vitória (2011), sustenta-se ainda:

Entretanto, temores existem, conforme já se disse, de que se erija um “governo de toga” ou uma “juristocracia” decorrente de uma falsa interpretação normativa: A expansão da província de tribunais na determinação dos resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos, e / ou da população não só se tornou mais do que nunca difundida mundialmente, como também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se estende bem além do atual conceito padrão de discricionariedade da polícia, através da jurisprudência de direitos constitucionais e redefinição judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a

transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de “ativismo judicial” se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A nova ordem política - juristocracia - rapidamente se estabeleceu em todo o mundo - (HIRSCHEL, 2004, p. 222, tradução nossa, grifo nosso) (VITÓRIO, 2011, p. 58)

Assim, à luz das ideias de capacidades institucionais e dos riscos de efeitos sistêmicos, o ativismo judicial poderia se revelar como fator prejudicial à harmonia entre os poderes na medida em que o Judiciário interferiria na gestão pública e no poder constituinte.

3.4 ASPECTOS POSITIVOS

3.4.1 ATIVISMO CONSTITUI FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno da filtragem constitucional ou constitucionalização do direito faz com que a Constituição Federal passe a ser um filtro por meio do qual se deve ler e interpretar todos os institutos do Direito.

Em decorrência disso, toda a interpretação jurídica passa a ser interpretação constitucional, já que a Carta Magna efetivamente constitui instrumento operacional indispensável à operacionalização do Direito.

Com esse *status*, cabe ao juiz a garantia dos direitos fundamentais, seja pela ausência de leis que regulem esses direitos ao jurisdicionado, seja pela proteção contra lei, ato normativo ou ato de governo que contrariam a Constituição. Nesse último caso, sabe-se que, por grande parte da história do direito constitucional, na relação Estado-cidadão, este recorria ao Poder Judiciário para que determinasse ou garantisse a aplicação da lei ao caso concreto. Hodiernamente, no entanto, constata-se que o cidadão reclama abrigo ao Judiciário em detrimento de uma “hiperinflação legislativa”, conforme atesta Perez:

A hiperinflação legislativa traduz malefícios não só para o próprio instituto jurídico, mas também para a sociedade sobre a qual o ato normativo tende a incidir. Para o instituto jurídico “lei”, a transitoriedade e a abundância retiram-lhe a importância e a observância cogente. Para a sociedade, ensejam incerteza e insegurança nas relações travadas sob sua égide. (PEREZ, 2012, p. 139)

Há que se considerar, ainda, a despeito das teses segundo as quais o

ativismo judicial é contramajoritário, que, em um contexto de neoconstitucionalismo, em homenagem à dignidade da pessoa humana, há que se preservar um mínimo existencial, ou seja, uma eficácia mínima de direitos fundamentais, nem que para isso sejam necessárias intervenções *a priori* contramajoritárias porque, em verdade, questões políticas fundamentais se judicializaram.

Como destacado na introdução da presente pesquisa, questões polêmicas de grande interesse social ensejam uma transferência de poder ao Judiciário porque as instâncias políticas tradicionais não atendem às expectativas da sociedade, sofrendo crises de legitimidade e representatividade. Para contextualizar essa judicialização, apresenta-se o rol destacado pelo ex-presidente da OAB, Cezar Britto, no artigo “A judicialização da política e a politização do Judiciário”:

Escrevendo em outras palavras, o Judiciário, com as suas contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tornou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre a exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável, a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve, os tetos e pisos remuneratórios dos servidores públicos, as isenções fiscais ou legalidade dos tributos, o uso de algemas nas atividades policiais, a importância do direito de defesa, os confiscos salariais e milhares de outras. Não custa lembrar que já consta da pauta do Judiciário a ratificação ou rejeição da política de inclusão social (quotas sociais ou raciais), os contornos e alcance da saúde pública, os investimentos em infraestrutura (obras públicas, licitações), a política fiscal (inconstitucionalidade ou ilegalidade de tributos e incentivos). (BRITTO, 2010, p. 1)

Perceba-se que o rol de celeumas apresentado envolve direitos fundamentais à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade, os quais, por imposição constitucional, são levados à apreciação e à proteção pelo Judiciário. Portanto, o ativismo como atividade decorrente da judicialização das relações sociais representa, na verdade, garantia dos direitos fundamentais e proteção contra omissões ou excessos oriundos do Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, ensinam Medeiros e Nelson:

Dessa forma, a judicialização da política faz parte do próprio processo democrático, pois que constitui mecanismo de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando forem eles sonegados, quer seja pelo Poder Executivo, quer seja pelo Poder Legislativo. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 212)

Corroborando com o mesmo entendimento, Paula (2005, p. 205) igualmente lembra que a dinâmica das relações sociais legitima a atividade jurisdicional como “poder político não eleito diretamente pelo povo, porque realiza os fins sociais que o Estado de Direito se estabeleceu para o povo brasileiro, nos termos do artigo 3º, da CF”. Assim, de acordo com o autor, a atividade jurisdicional “se torna a vocalização dos anseios e valores sociais”, sendo por isso a primeira manifestação da mutação social a que o sistema jurídico deve ajustar-se”.

Se o artigo 3º da Constituição Federal representa o vetor para que o Estado concretize os objetivos a que se propôs, a atuação do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas no Brasil ocorre, em verdade, com autorização da própria Constituição.

Isso poderia, em tese, significar preponderância da esfera jurídica sobre a esfera política, pois os tribunais são chamados a funcionar como “árbitros” na solução de questões que poderiam muito mais adequadamente serem trabalhadas na esfera política do que na esfera judicial.

No entanto, como lembra Kozicki (2012), o que existe hoje é uma preponderância do discurso jurídico, e a dimensão do debate levado a cabo na esfera política vem se tornando cada vez menos importante, fazendo com que o direito – e não a política – seja o principal meio de resolução de conflitos.

3.4.2 LEGITIMIDADE PARA INVALIDAR ATOS DAQUELES QUE EXERCEM MANDATO POPULAR

Segundo Luis Roberto Barroso, a legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais”:

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro

grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2008, p. 11)

Justificar-se-ia, por isso, segundo Barroso, um caráter muito mais protetivo do Judiciário em relação à democracia do que a representação de alguma afronta a ela, conforme conclui:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição — e do Judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios — como ninguém deve, aliás, nessa vida — impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2008, p.12)

Por conseguinte, a atividade judicial de invalidar atos, decisões e normas oriundas do Poder Executivo e Legislativo não ensejaria afronta à divisão de poderes, pois a própria Constituição assim permite. Ademais, os magistrados não exercem suas atividades em nome próprio e dotados de subjetivismo, mas de acordo com a lei e com autorização da própria Constituição, em prol dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Retomando aquela noção de democracia, em sua dimensão de relacionamento com o cidadão, constata-se que, quando o Judiciário atua em conformidade com os fins prescritos no artigo 3º da Constituição Federal, “reafirma o caminho único e democrático da jurisdição como atividade estatal em contrapartida à instituição do estado brasileiro”. (PAULA, 2014, p. 39).

3.4.3 PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA SOBREVIVÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Já se ilustrou, no capítulo anterior, que o Judiciário é portador de novos papéis no cenário constitucional atual. Como visto também o ativismo judicial é atividade decorrente da judicialização das relações sociais, “fenômeno” que ocorreu no Brasil, conforme ensina Paula (2014, p. 201) “a partir da redemocratização e da assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal sobre as diversas formas de relacionamento”.

O casamento do constitucionalismo com a democracia produz tensões (informação verbal)⁴. Essa advertência de Barroso justifica uma legítima missão do Poder Judiciário: atuar com a finalidade de garantir que a Constituição de fato seja um instrumento de transformação social.

Indo ao encontro dessas ideias, Medeiros e Nelson entendem que o ativismo, nesse escopo, não compromete a divisão de poderes:

Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Pois, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que os pilares fundamentais do texto constitucional precisam restar satisfeitos em todas as situações fáticas, logo, o Poder Judiciário não pode fugir de tal missão de concretização dos valores constitucionais. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 215)

Igualmente, segundos os autores, por isso não há que se falar em ativismo judicial como atividade arbitrária:

O ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, tampouco com violação ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Isso fica claro ao se perceber que a atuação da jurisdição constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão constitucional. O Poder Judiciário segue o mandamento constitucional da inércia, determinando esse princípio que a atuação do Judiciário, no exercício da jurisdição, só será exercida quando ele for provocado. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 216)

⁴Informação coletada do Professor e Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, ao proferir palestra no XI Simpósio de Direito Constitucional, 2014, Curitiba-PR.

Não diferente é o pensamento de Dworkin, que, em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, entende que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não apenas constitui um padrão de poder democrático, mas também um veículo adequado que se evidencia efetivo à democracia:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo. (DWORKIN, 1997)

Logo, constata-se, pelo viés apresentado pelos autores neste tópico, que o ativismo consistente em entrave à democracia é o mesmo condizente a sua preservação.

4 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial, que pode ser conceituada, de acordo com Barroso (2012, p.7) como “o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”. Por isso, de acordo com o autor, os juízes e tribunais:

(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; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 7)

Nesse mesmo sentido, definindo o caráter oposto do ativismo judicial, Vitório assevera:

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao *Judicial activism*, a qual é denominada *self restraint* (autorrestrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do

Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes pelo povo. (VITÓRIO, 2011, p. 76)

Por sua vez, explicam Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto, em artigo intitulado “Ativismo e autoconção judicial no controle de constitucionalidade”:

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e freqüentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autoconção (*self-restraint*) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a “regra do caso duvidoso”. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 468)

Desse conceito, portanto, vislumbra-se o extremo oposto de ativismo judicial, e é nesse sentido que surgem as polêmicas acerca das atividades judiciais, afinal, o sujeito, seja do ativismo, seja da autoconção é o mesmo: o juiz, que, diante de uma decisão, deve se valer de uma dessas posturas. Mas, qualquer escolha que fizesse seria passível de críticas. Para evitá-las, sugerem Dimoulis e Gasparetto:

Na substância, a proposta de autolimitação do Judiciário apresenta um argumento quantitativo (...). Segundo a visão da autolimitação quantitativa, o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura passivista que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. Evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 468)

Nesse contexto, deveria o Judiciário, portanto restringir sua atuação em prol dos órgãos tipicamente políticos, o que, porém, pode ser comprometido pelo crescente ativismo judicial oriundo, principalmente, do sistema de controle de constitucionalidade.

No entanto, são poucos os autores que sugerem a abolição do controle judicial de constitucionalidade, que inegavelmente carrega traços de ativismo judicial. Mas, ao mesmo tempo, existe uma espécie de inquietação acerca dos

seus limites. Disso resultam visões intermediárias que tentam conciliar ativismo e autocontenção judiciais.

Para se chegar a essas visões, portanto, necessária se faz uma digressão de forma a apresentar os motivos pelos quais os pontos positivos e negativos do ativismo e a própria autocontenção são objetos de tantas divergências. Nesse contexto, o Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto apresentam três justificativas para a discrepância apresentada:

Se todos os fiscais da Constituição interpretam a mesma Constituição como se explicam as contínuas divergências de opinião? Do ponto de vista da teoria do direito, essas divergências são devidas a três fatores. Primeiro, aos interesses políticos conflitantes que influenciam as decisões dos aplicadores. Dando um exemplo simples. O estudante que deve dez reais ao seu colega de sala dificilmente negará a dívida. O empresário que deve dez milhões de reais à Previdência Social encontrará dezenas de argumentos jurídicos para questionar sua dívida. Segundo, à baixa densidade normativa da maioria dos dispositivos constitucionais que favorece a apresentação de variados argumentos a favor ou contra determinada tese. Terceiro, à falta de consenso sobre os métodos de interpretação jurídica, sendo possível embasar entendimentos divergentes em métodos diferentes. (Dimoulis; Gasparetto, 2011, p. 466)

A partir disso, os autores sugerem que, em se tratando de controle de constitucionalidade, é necessário conceber ao Poder Judiciário tão somente o controle judicial de forma plural e em reciprocidade com outros poderes, mas não uma supremacia judicial no sentido de que caberia exclusivamente aos Tribunais, em especial ao STF, proferir a “última palavra” em controle de constitucionalidade:

[...] é muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O Supremo Tribunal Federal se considera “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”. Entende que sua função “de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102 ‘caput’), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”. E com uma formulação mais simples: “Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”. A tese da “última palavra” é adotada por alguns autores como forma de ordenação e pacificação definitiva das relações jurídicas, propiciando segurança jurídica. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 467)

No entanto, essa tese da última palavra, segundo os mesmos autores, podem apresentar riscos à democracia, conforme aduzem:

Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público e transformando a democracia representativa em “governo de juízes” ou em “juristocracia”. Nos EUA, os críticos do controle judicial lamentam a confusão entre o exercício do controle judicial e a tese da “supremacia judicial”. Temos supremacia judicial quando o Judiciário reivindica não somente o exercício de suas competências, mas também o poder da última palavra (the final say). Ao fazer isso, o Judiciário não respeita as divergentes interpretações constitucionais dadas pelos demais poderes no legítimo exercício de suas competências, mas insiste que só ele pode enunciar a “lei suprema” mediante interpretação. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 467)

Para evitar o desrespeito às divergentes interpretações oriundas dos poderes, os autores lembram a necessidade de entender e aplicar o direito constitucional com base na equivalência dos poderes estatais em assuntos de interpretação constitucional. Assim:

[...] permitir-se-ia preservar o poder do povo contra um possível “despotismo” do Judiciário, mostrando que todas as interpretações dadas por poderes estatais são igualmente respeitáveis, cada uma em seu momento e âmbito de competência. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, P. 468)

Na eventualidade de não se verificar a preservação contra o mencionado “despotismo”, o próprio Poder Judiciário poderia ser enfraquecido por um perigoso conflito de poderes, em que o Legislativo. Por exemplo, poderia se valer do devido processo legislativo para anular ou reverter decisões do Judiciário, que por sua vez poderia realizar o controle repressivo de constitucionalidade, situação flagrante de instabilidade institucional, porém afastaria possível “ditadura judicial” ou, por outro lado, legislativa, consubstanciando-se, portanto, um legítimo sistema de freios e contrapesos, conforme asseveram Dimoulis e Gasparetto:

Juridicamente, tal poder de última palavra inexistente no Brasil e em muitos outros países, onde o Legislador não é vinculado pelas declarações judiciais de inconstitucionalidade. E ainda que o legislador se submetesse a elas, como ocorre na Colômbia, seria sempre possível ele aprovar uma Emenda constitucional para reverter decisões do

Judiciário. Também seria possível o Legislativo aprovar lei idêntica após certo prazo, na expectativa de que a mudança na composição da Corte e no contexto político modifique a orientação jurisprudencial. Isso gera riscos de insegurança e de instabilidade institucional, mas apresenta uma forte vantagem: afasta o autoritarismo que consistiria na criação de um Estado judicial (Jurisdiktionstaat) ou na supremacia plena do “Estado legislativo” (Gesetzgebungsstaat). (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, P. 468)

Trata-se, portanto, de uma questão de postura do juiz. O problema, no entanto, reside no fato de que sempre haverá receios pela predominância de uma ou outra postura judicial, conforme aduz Teoldina Vitória:

Portanto, críticos indicam aspectos positivos, bem como imperfeições tanto no *judicial activism* quanto no *self restraint*. Receiam, ainda, a exemplo de Carvalho (2009), que tribunais ativistas se tornem excessivamente paternalistas e sepultem, assim, a cidadania, ocupando os espaços dos processos políticos democráticos. Temem, também, que pela legitimidade democrática conferida pela força esmagadora da maioria ao Legislativo e ao Executivo, estes passem a governar impondo obrigações desproporcionais a grupos socialmente minoritários. (VITÓRIO, 2011, p. 59)

Apresentada a ideia de autocontenção como postura diametralmente oposta à do ativismo, por óbvio tem-se que as críticas ao ativismo constituem os aspectos positivos da autocontenção, e que as críticas à autocontenção revelam os aspectos positivos do ativismo.

Com efeito, embora as divergências entre ativismo e autocontenção sejam incontestáveis, há que se tomar cautela para que não se confunda ativismo judicial com supremacia judicial. Ademais, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite tanto controle judicial quanto legislativo, vislumbrando-se, portanto, certo contrapeso entre ativismo e autocontenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo consistiu na investigação acerca das posturas de ativismo de autocontenção judicial relacionadas à repartição de poderes, a partir do que se conclui que a doutrina apresenta visões diametralmente opostas acerca do tema. Ora valorizando a repartição formal dos poderes ao defender que o juiz, ao construir sua decisão, deve assumir posição de deferência aos Poderes Executivo e Legislativo, ora legitimando o magistrado a, a despeito dos outros dois Pode-

res, concretizar os direitos fundamentais.

Igualmente, chega-se à conclusão de que, em verdade, a divisão de poderes sempre se mostrou, ao longo da história do direito, como imperativo meramente formal, pois diferentes momentos históricos mostram que um Poder prevalecia sobre o outro. Nesse sentido, a atual realidade constitucional brasileira revela que existe, sim, preponderância do Poder Judiciário, não como forma de desrespeito aos outros Poderes, mas sim porque é o que mostra maior capacidade institucional para efetivar os direitos do cidadão e manter a democracia.

Em relação ao ativismo judicial e à autocontenção, constata-se que o ativismo judicial é uma realidade decorrente da judicialização das relações sociais, razão pela qual os juízes figuram como protagonistas da resolução de conflitos porque os poderes Legislativo e Executivo sofrem de crise de representatividade. No entanto, esse ativismo pode apresentar riscos à democracia pelo fato de as decisões judiciais estarem eivadas de discricionariedade, razão pela qual a autocontenção judicial surge como atividade oposta.

O ativismo, realidade proveniente da judicialização das relações sociais e da crise de representatividade do Legislativo, em especial, em que pesem os entendimentos de que possa constituir atividade antidemocrática, é, ao mesmo tempo, fundamental para a estabilidade institucional e para a própria democracia. Entretanto, há ressalvas no sentido de que, diante de críticas e elogios ao ativismo, não se perca de vista um problema muito maior: a crise do Legislativo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Interpretação constitucional como interpretação específica.** In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.

BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 14 fev 2014.

BARROSO, L. R. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** 2010. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudici>

al.pdf>. Acesso em: 16 fev 2014.

BRITTO, C. **A judicialização da política e a politização do Judiciário**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. 2010. Acesso em: 17 maio 2014.

CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Rev. Atual. e Ampl. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19. ed. 1995. Saraiva, São Paulo.

KOZICKI, K, **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade social. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012,

CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GUEDES, N. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>> Acesso em: 16 jun. 2014.

LUNARDI, S.; DIMOULIS, D. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade** In: As novas faces do ativismo judicial Salvador : Juspodium, 2011.

MEDEIROS, J. T. da S.; NELSON, R. A. R. R. Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 21, n. 84, 2013.

MENEZES, A. de. **Teoria geral do Estado**. [atualização por José Lindoso.]. – e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

PAULA, J. L. M. de. **Democracia e jurisdição**. 1. ed. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PEREZ, C. A. N. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012.

SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

STRECK, L. L. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista” In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

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

STRECK, L. L. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-leniestreck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 03.04.2009.

STRECK, L. L. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

VITÓRIO, T. B. da S. C. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

FAVORABLE AND UNFAVORABLE DOCTRINAL ASPECTS TO ACTIVISM AND JUDICIAL SELF-RESTRAINT

ABSTRACT: This paper has the purpose of analyzing the judicial activism and judicial self-restraint institutions related to the separation of powers considering the growing judicial demands and the power of the Department of Justice in social relations. It consists of a qualitative research originated from a deductive approach. The collection techniques consisted basically in seeking discussions on the matter in the doctrine. It was concluded that, despite the classical theory of separation of powers, the Judiciary is currently seen as the one presenting the greatest institutional capacity, and thus, the judicial activism is necessary to complete the fundamental rights and the maintenance of the democracy.

KEYWORDS: Judicial activism; Judicial self-restraint; Separation of powers.

ASPECTOS DOCTRINALES FAVORABLES Y DESFAVORABLES AL ACTIVISMO Y A LA AUTOCONTENCIÓN JUDICIAL

RESUMEN: En este artículo se ha tenido el propósito de analizar los institutos de activismo judicial y de la autocontención judicial, relacionados a la separación de los poderes delante de las crecientes demandas judiciales y de la influencia del Poder Judicial en las relaciones sociales. Consistió en una investigación cualitativa y vino de un enfoque deductivo. En cuanto a las técnicas de recolección, básicamente se ha buscado en la doctrina la discusión del tema presentado. Se llegó a la conclusión de que, a pesar de la teoría clásica de la división de poderes, el Poder Judicial se muestra actualmente como aquel que posee mayor capacidad institucional, razón por lo que el activismo judicial se muestra necesario para concretización de los derechos fundamentales y mantenimiento de la democracia.

PALABRAS CLAVE: Activismo judicial; Autocontención judicial; Separación de poderes.