



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

DOUGLASHENRIQUE BEZERRA DUARTE DE OLIVEIRA

**OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL, NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA
JATO, PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONTEXTO DA
CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS.**

**CAMPINA GRANDE – PB
2018**

DOUGLASHENRIQUE BEZERRA DUARTE DE OLIVEIRA

**OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL, NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA
JATO, PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONTEXTO DA
CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito, para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Me. Harrison
Alexandre Targino.

**CAMPINA GRANDE - PB
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

O48r Oliveira, Douglas Henrique Bezerra Duarte de.
Os riscos do ativismo judicial, no âmbito da Operação Lava Jato, para o estado democrático de direito no contexto da crise de legitimidade ética das instituições públicas [manuscrito] / Douglas Henrique Bezerra Duarte de Oliveira. - 2018.
40 p. : il. colorido.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.
"Orientação : Prof. Me. Harrison Alexandre Targino, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Ativismo Judicial. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Operação Lava Jato. I. Título

21. ed. CDD 342

DOUGLAS HENRIQUE BEZERRA DUARTE DE OLIVIERA

OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL, NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO, PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONTEXTO DA CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em: 07/12/2018

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Harrison Alexandre Turgino (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me concedido saúde, sabedoria e força para me conduzir ao longo dessa desafiante jornada.

Ao professor Harrison Alexandre Targino por ter aceito o convite de ser o meu orientador nesse trabalho.

A minha mãe, Queila Bezerra, por ter sido a grande incentivadora.

As minhas filhas, Kathleen Lorrana e Kamilly Lorrayne, pela compreensão diante dos momentos de ausência.

A minha tia Tamar Bezerra, por suas palavras de motivação.

A minha noiva, Natália Monteiro, que surgiu na minha vida em um momento tão importante e que me deu força e incentivos quando precisava.

Aos professores do curso que contribuíram ao longo desses anos por meio das disciplinas e debates, para o meu desenvolvimento intelectual e profissional.

Aos funcionários da UEPB, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	05
2	CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL.....	06
3	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	09
3.1	Os conceitos de Estado e Estado de direito.....	10
3.2	O conceito de Estado democrático de direito.....	16
4	RELAÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	21
5	A CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL.....	24
6	OS PERIGOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA E MORAL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	27
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
	ABSTRACT.....	37
	REFERÊNCIAS.....	38

OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL, NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO, PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO CONTEXTO DA CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS.

Douglas Henrique Bezerra Duarte de
Oliveira

RESUMO

O trabalho procura trazer à tona uma discussão bastante atual a respeito dos riscos do ativismo judicial, no âmbito da operação Lava Jato, para o Estado democrático de Direito. A pesquisa se justifica na medida em que há uma efetiva necessidade de se refletir sobre possíveis danos ao Estado democrático de direito por meio do ativismo judicial operado durante a operação Lava Jato, com vistas a despertar o senso crítico sobre a temática e, dessa forma, estimular para que haja uma maior fiscalização por parte dos operadores do direito. A pesquisa utilizou como metodologia o método hipotético-dedutivo, isso porque o referido método permite verificar se as hipóteses levantadas em torno da problemática são verdadeiras, por meio da discussão crítica e confronto com fatos. E se adotou como meio a pesquisa bibliográfica. O trabalho conseguiu identificar que a maneira ativa como os juízes da Lava Jato estão operando o direito pode representar riscos para o estado democrático de direito, na medida em que os juízes criam uma exceção para não aplicação do princípio da legalidade, gerando insegurança jurídica e atentando contra o princípio da isonomia e o sistema de separação dos poderes que visa proteger os direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Estado Democrático de Direito. Perigos do ativismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo intitulado “Os riscos do ativismo judicial, no âmbito da Operação Lava Jato, para o Estado Democrático de Direito no contexto da crise de legitimidade ética das instituições públicas”, tem como objetivo central analisar se o ativismo judicial, no âmbito da operação Lava Jato, pode causar algum dano à estrutura do Estado Democrático Direito.

Nos últimos anos, após os grandes escândalos envolvendo personalidades políticas e do mundo empresarial, tem se falado muito sobre a crise de legitimidade ética e moral que assola as diversas instituições públicas. À medida que os escândalos de corrupção começaram a ser investigados e muitos políticos passaram a ser presos o Poder Judiciário começou a ganhar notoriedade. Todavia, junto com a grande notoriedade do Poder Judiciário vieram às críticas sobre a maneira ativa como os juízes estavam operando o direito. À luz do presente contexto esse artigo visa responder a

seguinte indagação: quais os perigos da prática do ativismo judicial, no âmbito da Operação Lava Jato, para o Estado Democrático de Direito no momento em que as instituições públicas vivenciam uma crise de Legitimidade ética?

Para a resolução da problemática em questão a pesquisa propõe as seguintes hipóteses: comprometimento da soberania popular, por meio do esvaziamento da democracia representativa; desvirtuamento do sistema de freios e contrapesos e comprometimento da imparcialidade judicial tão importante para a segurança jurídica e aplicação da justiça.

Para a elaboração desse trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo, isso porque o referido método permite verificar se as hipóteses levantadas em torno da problemática são verdadeiras, por meio da discussão crítica e confronto com fatos. Adotou-se como meio a pesquisa bibliográfica.

Diante do exposto este artigo se justifica na medida em que ele poderá esclarecer fatos que podem contribuir para uma melhor fiscalização por parte da sociedade em relação à atuação da Justiça no momento em que as instituições democráticas vivenciam uma onda de incredibilidade, com vistas à preservação do Estado Democrático de Direito.

Quanto à organização, este trabalho acadêmico encontra-se dividido em 6 (seis) tópicos. O primeiro, abordaremos o conceito de ativismo judicial na concepção de vários autores. No segundo tópico trataremos sobre o conceito de Estado Democrático de Direito. No terceiro, trabalharemos a relação entre o Estado Democrático de Direito e sua relação com o ativismo judicial. No quarto, abordaremos a crise de legitimidade ética do Estado Democrático de Direito e sua relação com o ativismo judicial. No quinto tópico, foco do trabalho em questão, trabalharemos os perigos do ativismo judicial no contexto da crise de legitimidade ética e moral para o Estado democrático de Direito. Por fim, faremos as considerações finais sobre a pesquisa.

2 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Antes de falarmos sobre o conceito de ativismo judicial se faz pertinente que entendamos o fenômeno da judicialização. Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se uma nova fase para o poder judiciário. Com vistas a superar e evitar as atrocidades cometidas durante a referida Guerra houve todo um movimento de valorização e proteção aos direitos fundamentais. Paralelamente a esses fatos ocorreu o chamado

fenômeno da Constitucionalização, que visava evitar que novos regimes totalitários, como aqueles desenvolvidos durante a Grande Guerra, voltassem a ocorrer.

O fenômeno da Constitucionalização, que se caracteriza pela valorização e proteção aos direitos fundamentais, possibilitou que o Poder Judiciário ganhasse mais notoriedade na medida em que este estaria encarregado de promover a referida proteção. A própria Constituição de 88, em seu artigo 5º, inciso XXXV, traz a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Ou seja, a Constituição estabelece ao Judiciário o poder e a competência para dirimir conflitos que estejam lesando ou ameaçando direitos. Dessa forma, qualquer pessoa que se sinta ameaçado em seus direitos pode recorrer a Justiça para que tenha seu pleito analisado e, se for o caso, tenha seu direito reconhecido e efetivado. O Judiciário, por sua vez, tem o dever constitucional de apreciar os casos que lhes são trazidos, julgando-os procedentes ou não, de acordo com os critérios legais de julgamento.

A judicialização, por tanto, é algo perfeitamente natural em um Estado democrático de direito e pode ser entendida como sendo o direito que cada cidadão tem de recorrer ao judiciário para dirimir os conflitos que lesam ou ameaçam seus direitos, bem como o dever e o poder do Judiciário de dizer o direito no caso concreto com vistas à pacificação social. Não obstante, quando o judiciário extrapola os limites atribuídos pelo legislador constituinte e passa agir como se legislador fosse, entra em cena o fenômeno do ativismo judicial. Mas o que é ativismo judicial?

O ativismo judicial é um tema que, embora não tenha surgido recentemente, têm sido alvo de críticas e discussões desde que o termo ativismo judicial foi cunhado. Recentemente esse tema volta a ser debatido com muita intensidade por causa da postura ativa dos magistrados, no âmbito da Operação Lava Jato, dentro de um contexto de crise de legitimidade ética e moral que assola as instituições democráticas dos três Poderes. Mas não se pode discorrer sobre o ativismo judicial e sua relação com o contexto de crise de legitimidade ética sem que se tenha ao menos uma noção do que seja efetivamente ativismo judicial.

O termo ativismo judicial não possui um conceito unívoco, fechado, limitando-se a apenas a uma moldura, mas apresenta variações que retratam as diferentes perspectivas e visões de mundo daqueles que procuram defini-lo. As várias definições não são opostas em si mesmas, ou seja, elas não excluem umas as outras, ao contrário, as diferentes definições apenas ampliam o alcance do que seja ativismo judicial.

Nesse diapasão Barroso, em seu artigo: “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática”¹ define ativismo da seguinte forma: “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance.”¹ Tal conceito é bastante objetivo, revelando uma das formas de enxergar o que seja o ativismo judicial, contudo, embora o conceito não esteja errado, podemos dizer que seja apenas parte do prisma do que seja realmente o ativismo Judicial.

Já para Gomes, citado por Reis em seu artigo: “Ativismo Judicial, conceito e diferenciações”, ativismo judicial é:

[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa de legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição.²

Esse conceito amplia a visão do que seja ativismo judicial, pois ele não se limita a dizer que é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, mas expande o seu alcance e revela um aspecto negativo que outrora não foi abordado pelo conceito anterior, qual seja, o de que o juiz usurpa a função do legislador a partir do momento em que inventa uma norma não contemplada na lei ou na Constituição. Esse novo aspecto colocado por Gomes é fundamental, pois é o cerne da questão envolvendo o ativismo judicial.

Corroborando com as linhas defendidas por Gomes é possível citar o conceito de Elival da Silva Ramos, para este o ativismo judicial seria a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa, e até mesmo, da função de governo”³. Percebe-se, nesse conceito, um elemento em comum com aquele apresentado por Gomes, a saber, o fato de haver uma interferência, por parte do Poder Judiciário, na competência do Poder Legislativo. Somando-se a essa perspectiva do que

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: >https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf<. Acesso em: 19 de set. de 2018.

² REIS, Bárbara Emile Alves. **Ativismo judicial: conceito e diferenciações**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-conceito-e-diferenciacoes,56618.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Savaira, p. 116.

seja ativismo judicial Ramos, em outro momento, esmiúça ainda mais o conceito de ativismo:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (Conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁴

Apesar de Ramos introduzir novos elementos não abordados nos conceitos anteriores é possível perceber que também há convergência com esses mesmos conceitos na medida em que revela que o ativismo seria o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento. Nesse sentido, a partir dos conceitos apresentados é possível perceber que a característica marcante do ativismo judicial seria a invasão dos limites de atuação dos outros Poderes por parte do Poder Judiciário. É essa característica que representa o cerne de toda discussão quando se fala em ativismo judicial e será essa mesma questão que, de certa forma, vai orbitar em torno da problemática desse trabalho.

Por fim, outro conceito de ativismo judicial que se alinha aos conceitos anteriormente apresentados é o de Costa em seu artigo “Ativismo Judicial: a crescente supremacia da alta Corte.” Para a referida autora ativismo judicial é “uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em primeiro momento, está reservado aos outros poderes”⁵. Ou seja, o ativismo judicial tem como seu principal elemento caracterizador a “invasão”, por parte do Poder judiciário, na esfera de atuação dos outros poderes.

Ao invadir a competência dos outros poderes o Poder Judiciário estaria flagrantemente indo de encontro à clássica estrutura da divisão dos três poderes que foi estabelecida pelo ordenamento. Só por esse fato já se poderia pensar em consequências nocivas para o Estado Democrático de Direito, pois a representatividade democrática, que legitima a competência dos outros Poderes, a saber, o Legislativo e o Executivo estariam sendo ameaçados, contudo, essa nocividade pode ainda ser mais agravada a partir do momento que as instituições vivenciam uma crise de legitimidade ética e moral, o que se procurará demonstrar ao longo do trabalho.

⁴ Ibid., p. 129

⁵ VILELA, Raphael. **Ativismo judicial: a crescente supremacia da alta Corte**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9559/Ativismo-judicial-a-crescente-supremacia-da-alta-Corte>>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nós pudemos perceber, a partir da perspectiva de diferentes autores, que a expressão ativismo judicial possui vários conceitos sem que estes, necessariamente, se contraponham entre si e que, apesar das múltiplas características apresentadas por cada conceito, a principal dentre elas é a de que o ativismo judicial é a invasão, por parte do Poder Judiciário, na esfera dos outros poderes. Mas uma pergunta fundamental para os propósitos desse trabalho é: existe alguma relação entre o ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito?

Antes de discorrermos sobre essa relação se faz necessário que examinemos, de forma mais detalhada, o que significa Estado Democrático de Direito. Para tanto, faz-se necessário que estudemos essa expressão por partes, analisando o significado de cada termo para, só assim, termos condições de compreendermos a relação entre ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito, compreensão essa que será de grande valia para examinarmos o foco do trabalho em questão, a saber, investigar os possíveis perigos do ativismo judicial, no âmbito da Operação Lava Jato, dentro do contexto da crise de legitimidade ética no Estado Democrático de Direito.

3.1 OS CONCEITOS DE ESTADO E ESTADO DE DIREITO

Muito se fala sobre o Estado Democrático de Direito e por vezes essa expressão é evocada para legitimar um discurso ou defender um determinado posicionamento político ou fundamentar uma determinada tese em debate, contudo, muitas vezes aquele que faz menção dessa expressão não sabe o seu significado e, por conseguinte, suas implicações com o contexto em que é usado. Deste modo, o nosso propósito aqui não é fazer uma exposição exaustiva do que seja o Estado Democrático de Direito, mas apenas discorrer de forma objetiva e sintética sobre o que realmente se entende por Estado Democrático de Direito e, dessa forma, permitir que o leitor possa correlacionar tal expressão com o tema do ativismo outrora abordado.

Para tanto, a partir de então, vamos fragmentar a expressão Estado Democrático de Direito, procurando examinar o significado de cada palavra e, a partir disso, extrairmos a sua essência.

De acordo com Morais⁶ o Estado é resultado de uma lenta graduação na organização do poder. Para ele essa organização se deu em função da organização humana em círculos cada vez maiores, ou seja, com o passar do tempo os seres humanos foram melhorando seu nível organizacional de convivência, tornando-o cada vez mais complexo.

Ainda, segundo Morais⁷, não se pode pensar no Estado Moderno à luz dos Estados Antigos, como o Egípcio ou o Romano. Quando hoje se usa o termo Estado se pretende evocar as características inerentes ao seu significado à luz do conceito formado durante a Idade Moderna. Qual era então o conceito de Estado na Idade Média?

Antes do Mercantilismo não havia a ideia de Estado da forma como se conhece hoje, pois, naquele período, não havia uma centralização do poder e nem uma forma de organização que pudesse fazer com que as pessoas pertencessem a um determinado território regido por um poder, ou seja, não havia uma ideia de nacionalidade, pois os feudos tinham uma limitada atuação sobre uma determinada área, e as pessoas que ali viviam não se sentiam pertencentes a um Estado, mas apenas ao feudo, lugar de seu nascimento e de sua vivência.

Essa realidade só vai mudar por volta do surgimento e desenvolvimento do Mercantilismo. É possível perceber isso como base no que escreve Barros, citado por Morais:

O desenvolvimento do mercantilismo integrou a poliarquia feudal nesse monopólio soberano, o que definiu a organização política por essa nova forma: o Estado, que assim nasceu como Estado nacional, Estado-nação, no contexto de uma nova idade histórica, que foi à sua época chamada moderna.⁸

Como visto o Mercantilismo integrou o poder, que antes se encontrava descentralizado entre os senhores feudais, em torno de uma só pessoa, a figura do monarca. Dava-se os primeiros passos para formação do Estado aos moldes que o conhecemos hoje. Contudo, o conceito de Estado não surgira de forma instantânea apenas pela centralização do poder em torno da figura real, mas tal conceito foi fruto de toda uma racionalização teórica que passou a traduzir em palavras o fenômeno que estava ocorrendo na prática.

⁶ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 32. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 52

⁷ Ibid. p. 52

⁸ BARROS, Sérgio Resende. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**, p. 12.

De acordo com Miranda⁹, foi apenas no século XV que o Estado surge da forma como o conhecemos atualmente. Para o notável jurista o Estado é “o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si.” Para o referido autor não havendo essa relação o Estado desaparece.

Embora o conceito de Miranda seja interessante para vislumbrarmos o que seja o Estado, é o clássico conceito de Jellinek que vai lançar as bases teóricas para que possamos entender o que seja realmente o Estado na moldura atual. Para aquele o Estado é formado por três elementos básicos, quais sejam: poder/soberania, povo e território. Com base nessa tríade Morais conclui que o Estado é:

[...] a forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com a população definida e dotado de soberania, que em termos gerais o sentido moderno configura-se em um poder supremo no plano interno e num poder independente do plano internacional.¹⁰

O conceito apresentado por Morais parece retratar bem o que seja o Estado atual, embora devamos admitir que existam outros que também enriquecem e ampliam a percepção sobre o que seja Estado, todavia, o referido conceito parece conter os elementos fundamentais que servirão de lastro para as reflexões que serão feitas ao longo desse trabalho.

Quando se analisa o conceito de Estado à luz da perspectiva de Jellinek é possível perceber três partes que merecem uma rápida reflexão. Primeira, “organização jurídica”, essa expressão parece demonstrar que o Estado é regido ou organizado por meio de leis; Segunda, que essa organização por meio de leis está limitada a um determinado território; Terceira, que o poder ou soberania encontra seu fundamento no povo ao mesmo tempo em que o rege. Dessa forma podemos dizer que o Estado é um ente abstrato que se organiza por meio de leis dentro de um determinado território onde o povo representa o fundamento dessas mesmas leis. Ou seja, o Estado é um produto da vontade e racionalização humana.

Agora que temos noções do que seja Estado se faz necessário que saibamos o que seja Estado de Direito. Segundo Morais¹¹ o Estado de Direito nada mais é que a supremacia da legalidade, ou seja, num Estado de Direito todas as instituições, públicas ou privadas, bem como a própria sociedade está vinculada a lei. Dessa forma, nem os

⁹ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**, v. I, p. 39.

¹⁰ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 32. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 53

¹¹ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 32. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 56

governantes e nem os cidadãos estão à vontade para fazer o que quiserem, pois a lei estabelece os limites de atuação para ambos.

Já para Jorge Miranda o Estado de Direito tem a seguinte definição:

[...] o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes.¹²

Como se pode notar Miranda destaca como características inerentes ao Estado De Direito: a divisão do poder e o respeito à legalidade. A divisão do poder citada por Miranda têm haver com a clássica divisão de poderes que remonta ao jurista e filósofo francês Montesquieu. Foi ele quem lapidou a teoria da divisão dos poderes, embora outros teóricos tenham dado sua contribuição. Como o foco desse trabalho não visa deter-se sobre a referida teoria resta saber que a teoria da divisão do poderes, também chamada de sistema de freios e contrapesos, tinha como propósito limitar o poder do monarca que, na época de sua criação, manifestava-se de forma absoluta.

A atuação conjunta de três poderes, agindo de forma autônoma, impediria que uma só pessoa concentrasse em torno de si todos os poderes, o que levaria a um estado de autoritarismo e supressão dos direitos individuais.

No tocante ao respeito à legalidade poderíamos dizer que nada mais é do que a observância das leis previamente definidas. Ou seja, o governante não mais ficaria a vontade para agir conforme o seu entendimento ou desejos, mas estaria limitado por um conjunto de leis. Por meio da divisão de Poder o governante não mais é responsável, sozinho, por elaborar as leis e nem por fiscalizá-las, o que implicou na limitação de seu poder, outrora absoluto. Em síntese, na visão de Miranda, a divisão do Poder associado ao respeito à legalidade constituem as características do Estado de Direito.

De outro modo Jorge Novais trás a seguinte definição para o Estado de Direito:

Estado e Direito será, então, o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem com indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado.¹³

¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** - Tomo I. 6.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 86.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 26.

Como se pode notar Novais, em seu conceito, destaca a limitação jurídica do poder dos governantes, com vistas à proteção dos direitos fundamentais, como sendo uma característica fundamental do Estado de Direito. Dessa forma, o que se pode perceber em comum nos conceitos até então abordados é que o Estado de Direito se caracteriza pela limitação dos poderes do governante por meio de uma ordem jurídica que, em função da divisão dos poderes, está desvinculada da vontade do governante e que visa preservar os direitos fundamentais.

Por fim, Morais¹⁴ elenca as principais características desse Estado: primazia da lei; sistema hierárquico de normas; observância obrigatória da legalidade pela administração pública; separação de poderes, reconhecimento da personalidade jurídica do Estado; reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais; e existência do controle de constitucionalidade. Embora todas essas características façam parte do feixe que representa o Estado de Direito, faz-se mister, para os propósitos desse trabalho, tecermos comentários apenas sobre duas características: a primazia da lei e a separação dos poderes.

O que vem a ser primazia da lei? Antes de tudo se faz necessário ter em mente que o termo lei, aqui referido, é usado em seu sentido lato senso, ou seja, em seu sentido amplo, logo, a expressão lei, nesse contexto, inclui a ideia de Emendas, decretos, e outras espécies normativas. Voltando agora para o significado da expressão primazia da Lei podemos dizer que nada mais é do que a ideia de que a Lei (sentido amplo) disciplinará não só o agir dos agentes públicos nas três esferas do Poder, a saber, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como o comportamento da vida em sociedade.

De acordo com Silva o princípio da primazia ou prevalência da lei se trata, pois, de uma verdadeira “submissão e respeito à lei ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”¹⁵ Isso significa dizer que a lei exerce um papel de prevalência sobre toda a nação de um país, quer seja em relação ao Poder Público, e os três Poderes a ele associado; quer sobre a sociedade em geral. Dessa forma, tanto o Estado como a sociedade deve se pautar pelo que a lei prescreve.

É importante, para os propósitos desse trabalho, não só saber que a primazia da lei é uma das características do Estado de Direito, mas também conhecer qual a

¹⁴ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 32. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 56.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 721-722.

importância desse princípio para uma nação. Para que possamos ter um vislumbre da importância do princípio da primazia se faz importante refletir nas palavras de Nader:

Para promover a ordem social, o Direito Positivo deve ser prático, ou seja, revelar-se mediante normas orientadoras das condutas interindividuais. Não é suficiente, para se alcançar o equilíbrio na sociedade, que os homens estejam dispostos à prática da justiça; é necessário que se lhes indique a fórmula de justiça que satisfaça a sociedade em determinado momento histórico. A norma jurídica exerce justamente esse papel de ser o instrumento de definição da conduta exigida pelo Estado.¹⁶

De acordo com Nader a Lei (a norma) é fundamental para promover a ordem social. Isso nos faz pensar que sem ela haveria o inverso, ou seja, o caos social. Na ausência da Lei não só o governante agiria segundo a sua própria vontade, o que ameaçaria os direitos fundamentais da população, como o próprio povo não conseguiria conviver dentro de limites harmônicos. A lei, por tanto, estabelece os limites de atuação não só para o Poder do Estado, como para a população em geral, promovendo a ordem social.

É importante ainda dizer que a lei não surge de forma ocasional ou aleatória, mas surge após um amplo debate no espaço reservado para isso, a saber, no Poder Legislativo, ou seja, os representantes do povo: senadores, deputados e vereadores. Estes estão encarregados de analisar os fatos sociais e captar os valores que traduzem a vontade da maioria com o propósito de originar o regramento que vai regular o comportamento social. Dessa forma, o que queremos dizer é que a lei, para poder produzir seus efeitos práticos, obedece todo um procedimento formal. Isso é assim como forma de garantir certa segurança, evitando, por tanto, que surjam regramentos arbitrários que sejam prejudiciais para população.

Agora que discorreremos sobre o princípio da primazia da lei, uma das características do Estado de Direito, faz-se necessário trabalharmos a outra característica fundamental do Estado de Direito: a Separação dos Poderes. A separação dos Poderes, embora já discutida de forma sucinta no corpo desse trabalho, merece ser explorada com mais atenção, não só porque é uma das características do Estado de Direito, mais também porque é um dos pontos que estabelecem uma relação com o ativismo judicial.

¹⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 83.

Para termos uma ideia do que seja a separação de poderes se faz pertinente que resgatemos, de forma rápida, o processo histórico que originou esse sistema. Para isso, faz-se muito pertinente a citação de Dallari:

A teoria da separação de poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio Montesquieu que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranamente.¹⁷

Como se pode perceber nas palavras de Dallari a separação de poderes nasceu com o propósito de assegurar a liberdade dos indivíduos. Esse fato só pode ser entendido à luz da compreensão dos fatos históricos da época. No período de surgimento dessa teoria imperava o Estado absoluto, onde o rei concentrava em si todos os poderes, dessa forma, a tendência natural era o monarca governar de forma tirânica em detrimento do povo.

Com a divisão de Poderes passou a existir o que hoje se conhece como sistema de freios e contrapesos. Embora o poder do estado seja uno a divisão em três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário faria com que cada poder limitasse a atuação dos demais, fazendo com que se criasse um ambiente propício para o equilíbrio. Nesse sistema cada poder recebe funções específicas: o Legislativo, elaborar normas de caráter geral e abstrato; o Executivo, por realizar políticas públicas e gerenciar a serviço público; o Judiciário, fiscalizar as ações do Executivo e Legislativo por meio da aplicação das leis previamente definidas por meio de um processo formal.

Como se pode perceber os princípios da primazia da lei e da separação de poderes estão diretamente correlacionados, de forma que um não existe sem o outro. Ou seja, não existe Estado de Direito sem a presença de tais princípios, embora existam outras características que o integram.

3.2 O CONCEITO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Já discorreremos sobre o conceito de Estado, de forma isolada, e o conceito de Estado de Direito. Agora, resta-nos saber o que é Estado Democrático de Direito para,

¹⁷ Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 214.

só depois, termos condições de correlacionar esse tipo de Estado com o ativismo judicial.

Antes de analisarmos a expressão “Estado Democrático de Direito” se faz pertinente termos uma noção do significado da palavra democracia. A palavra democracia é formada pela junção de duas outras: demo e cracia. O termo “demo” remete a povo; já a termo “cracia” remete a poder. Dessa forma, a junção das duas palavras resulta no seguinte significado: poder (governo) do povo, ou seja, é um governo dirigido pelo e para o povo.

Para que possamos ter uma compreensão mais ampla do que seja o Estado Democrático de Direito não basta que conheçamos o significado do termo democracia, embora tal conhecimento seja relevante para esse propósito. Tão importante quanto conhecer o significado do termo democracia é conhecer o contexto do surgimento desse regime de governo.

O governo democrático nasce na Grécia antiga, sendo parte de um processo evolutivo dos modelos governamentais desenvolvidos em períodos específicos da história. Antes do governo democrático a Grécia, sobretudo, Atenas, experimentou outros modelos, tais como: a monarquia e a oligarquia. Tanto o governo monárquico como oligárquico privilegiava uma camada limitada da sociedade grega, a saber, os ricos e grandes proprietários de terra. Essa situação de exclusão levou a vários conflitos o que, de certa forma, propiciou o surgimento do regime democrático. Nele os cidadãos poderiam participar diretamente dos debates que deliberariam sobre os rumos da polis.

Com a derrocada dos gregos por causa do domínio romano o modelo democrático aos moldes daquele desenvolvido na Grécia Antiga basicamente desapareceu, só vindo a retomar por volta do contexto do século XVIII. Na ocasião o modelo governamental era o absolutismo, ou seja, o monarca concentrava em torno de si todos os poderes, usando-os em proveito próprio e em detrimento do povo. Nessa época a classe burguesa estava em ascensão e desejava diluir o poder do Monarca como forma de satisfazer suas aspirações.

Para retratar bem esse período se faz pertinente citar Dallari: “O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jus naturalistas, como Locke e Rousseau.”¹⁸ Ou seja, o modelo democrático de governo

¹⁸ Dallari, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

surgiu inspirado na realidade marcada pela opressão dos governantes em relação ao povo, contexto bem parecido com aquele que inspirou o surgimento do modelo democrático na Grécia Antiga.

De acordo com Dallari três grandes movimentos político-sociais conduziram ao Estado democrático: “o primeiro a Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke, teve sua expressão mais significativa no Bill os Rights de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias américas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 [...]”¹⁹

Todos esses movimentos históricos, apesar de cada um ter as suas peculiaridades, tiveram pontos em comuns: a luta contra o modelo absolutista de governo. Para expressar bem os sentimentos que serviram de inspiração para o desencadeamento desses movimentos, Dallari escreve:

Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é a expressão da vontade geral. E todos os cidadãos tem o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, para formação dessa vontade geral. Assim, pois, a base da organização do Estado deve ser a preservação dessa possibilidade de participação popular no governo, a fim de que sejam garantidos os direitos naturais.²⁰

Nas palavras de Dallari é possível perceber as ideias latentes na época que determinaram as diretrizes na organização do Estado a partir de então. Para os teóricos da época não se concebia mais um Estado que não se fundamentasse em um governo aonde o povo não pudesse participar.

Como esse trabalho não tem como foco se aprofundar na temática do Estado Democrático de Direito, e sim, apresentar um vislumbre do que seja esse Estado para fins de melhor correlacioná-lo com o ativismo judicial, faz-se pertinente apresentarmos uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia. Dallari os sintetiza da seguinte forma:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo [...] [...] quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.

¹⁹ Ibid., p. 147

²⁰ Ibid, p. 150

A preservação da liberdade, [...] o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.

Igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos.²¹

Como se pode notar são vários os princípios que caracterizam o Estado Democrático, contudo, para os fins desse trabalho, vamos discorrer sobre apenas um deles: a supremacia da vontade popular, que se desdobra no sufrágio e nos sistemas eleitorais.

Já vimos que o sistema democrático se caracteriza pela participação do povo no governo, ou seja, o poder é regido pelo povo e para o povo. Mas a grande pergunta que se faz é: de que forma o povo exerce esse poder? Na Grécia antiga existia a democracia direta, ou seja, aqueles que eram considerados cidadãos podiam participar diretamente dos debates, aprovando ou rejeitando as propostas feitas e tendo a oportunidade de apresentar novas propostas. Todavia, esse modelo não é mais viável para os dias atuais, tendo em vista o grande número de pessoas que compõe os colégios eleitorais. Logo, torna-se impraticável o modelo democrático que era adotado na Antiga Grécia.

Hoje, ao invés de se adotar a democracia direta, como na Grécia antiga, pratica-se a democracia representativa, salvo, algumas exceções em casos específicos. Mas o que seria a democracia representativa? Na democracia representativa o povo escolhe pessoas para representá-las nos cargos eletivos. Estes representantes, eleitos pela maioria dos votos válidos dos cidadãos, são investidos com um poder que os autoriza a agir em nome do povo. Tais representantes são enquadrados em duas categorias do Poder do Estado: os representantes do Poder Legislativo e os representantes do Poder Executivo. Para os fins desse artigo iremos discorrer apenas sobre os representantes do Poder Legislativo.

Quem seriam os representantes do Poder Legislativo e quais suas prerrogativas? Na Constituição Federal de 1988²², título IV, Da organização dos Poderes; capítulo 1, Do Poder Legislativo; vem dispor quem compõe o Poder Legislativo Nacional e quais as suas prerrogativas. Dentre as múltiplas atribuições dos representantes do Poder Legislativo está a de ter um olhar sensível para a dinâmica social de forma a captar os

²¹ Dallari, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

valores e necessidades que a sociedade está necessitando em um dado período de tempo, de forma que tais valores sejam preservados ou mudados e as necessidades sejam supridas por meio da elaboração de normas que incidirão sobre o comportamento social.

É bem certo que o Presidente da República também tem a possibilidade de atuar como legislador, no caso da emissão de medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; da Carta Magna de 88. Contudo, essa situação não é uma atribuição típica do Presidente, e sim, atípica, lançando mão desse recurso apenas em circunstâncias específicas de acordo com os pré-requisitos estabelecidos na própria Constituição. Ou seja, isso quer dizer que a elaboração de normas é uma atividade típica do Poder Legislativo, embora, não exclusiva, como se pôde notar.

Então após os devidos esclarecimentos é possível dizer que o Estado Democrático de Direito é uma pessoa jurídica de Direito Público, uma espécie de ficção jurídica, formada por três elementos, a saber, povo, território e poder soberano; em que as bases estruturais desse Estado são balizadas por meio de leis, e onde o povo representa a fonte de legitimidade do poder desse Estado, que se perfaz por meio dos representantes legais.

A Constituição Federal de 1988 trás, em seus primeiros artigos, os chamados princípios fundamentais que estabelecem os contornos do Estado Democrático de Direito. No Art. 1º há uma referência direta ao tipo de regime de governo adotado pelo Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático” [...]”²³. No parágrafo único desse mesmo artigo trás as bases legais da soberania popular, outra característica fundamental do Estado democrático: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”²⁴ Já o artigo segundo trás outro elemento fundamental do Estado Democrático de direito, a separação dos poderes: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”²⁵

Esses elementos encontrados nos primeiros artigos da Constituição Federal de 1988 somados a outros já abordados no corpo desse trabalho representam a engenharia que forma o Estado Democrático de Direito. Qualquer mudança nessa estrutura poderá

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

²⁴ Ibid.,p. 9

²⁵ Ibid.,p. 9

comprometer o Estado Democrático de Direito da forma como ele foi concebido para ser de acordo com os contornos dados pelos constituintes originários.

4 A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL

Após essa exposição do que seja o Estado Democrático de Direito podemos perguntar: qual a relação entre esse Estado com o ativismo judicial? O Poder judiciário tem, atualmente, se pronunciado sobre quase todos os temas e tem feito de modo abrangente, interferindo na atuação do Poder Executivo, aplicando a Constituição em casos não contemplados expressamente em seu texto, independentemente da existência de legislação ordinária, e até produzindo normas em abstrato.

Tal posicionamento é interpretado por muitos doutrinadores de forma positiva e necessária à efetivação dos direitos fundamentais, por outros é considerada como algo nocivo à organização do Estado e ofensivo ao princípio da separação dos poderes. É justamente nesses pontos que o ativismo judicial se relaciona como o Estado Democrático de Direito. Por um lado, dentro de uma perspectiva positiva na medida em que o ativismo tem servido para materialização dos direitos fundamentais; por outro, por uma perspectiva negativa na medida em que o ativismo judicial compromete o princípio da separação dos poderes e usurpa a soberania popular que legitima os representantes legais do povo.

Como se pôde notar um dos aspectos mais nocivos do ativismo judicial segundo vários doutrinadores é o comprometimento da separação dos poderes. Segundo esses estudiosos o fato de os juízes fazerem às vezes de legisladores estariam usurpando a representatividade democrática a eles conferida pelo povo o que, por sua vez, representaria um atentado a soberania popular e uma tendência à concentração de poder, tão combatida ao longo da história.

Corroborando com essa perspectiva é possível citar o que compartilha Koerner em seu artigo intitulado: “Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós- 88”:

o ativismo seria contrário à Constituição e ao direito, pois seria descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado. Os juízes passariam a fazer lei e não mais a interpretá-la, violariam a separação dos poderes e a delegação constitucional

que receberam, sem serem responsáveis perante os representados e, ainda, provocariam a mudança da Constituição sem a alteração do seu texto.²⁶

Ao se analisar as colocações de Ramos, citado por Koerner, é possível perceber que há uma preocupação, por parte dos estudiosos do direito, em relação à nocividade do ativismo judicial no momento em que este atenta contra o princípio da separação dos Poderes tão fundamental para a conservação do Estado democrático de direito. Essa preocupação se justifica na medida em que por muito tempo, como já foi apresentando no corpo desse trabalho, o povo ficou refém da vontade de alguns déspotas, tendo seus direitos e garantias fundamentais ameaçados ou restringidos.

Todavia, nos dias atuais essa visão parece que está um pouco flexibilizada, o que não quer dizer que o princípio da separação dos poderes deixou de existir. Para demonstrar esse processo de flexibilização se faz pertinente citar o pensamento de Freixo, em seu artigo intitulado “O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes”:

A separação rígida dos poderes tornou-se, na prática, inviável, restando superada. Atualmente, fala-se em separação de poderes flexível, havendo uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes. Cada poder exerce sua função predominante, mas, também, de modo acessório, funções que seriam típicas dos outros poderes.²⁷

Em outras palavras, nos dias atuais, de acordo com a referida autora, ao invés de uma completa separação entre os poderes, o que há é uma relação harmônica entre eles, de forma que eles se completam, como forma de alcançar o mesmo fim, a saber, o bem estar social da população. Uma prova disso é que o art. 2º da Constituição da República Brasileira de 1988 trás a seguinte redação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” O termo “harmônico” expressa bem essa relação mais flexível de separação de poderes.

Nesse diapasão Freixo, ainda no mesmo artigo, trás a seguinte declaração:

A ideia de harmonia é oposta à ideia de separação. Assim, os entes estatais somente atuarão de modo eficaz quando houver entre eles consciente

²⁶ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? **Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006> Acesso em: 7 de ago. de 2018.

²⁷ FREIXO, Marcia Aparecida de Andradade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes** Revista intervenção, Estado e Sociedade. V 1, n. 1, p. 59-83, jan/jun. 2014.

colaboração e controles recíprocos, dentro do princípio da harmonia, para a consecução dos objetivos do Estado.²⁸

De acordo com Freixo no modelo de separação dos poderes à época das revoluções liberais havia uma predominância das casas legislativas para criar o direito novo. Cabendo aos magistrados e aos administradores a competência para aplicação desse direito criado pelos legisladores. De acordo com o referido autor “esse modelo ideal, contudo, não se adapta à realidade ao longo do tempo.”²⁹

O Ministro Luís Roberto Barroso comenta essa transição de um estado de direito baseado na lei (com supremacia do Poder Legislativo) para um estado constitucional de direito, em que o Poder Judiciário adquire maior importância, tendo em vista ser o órgão que detém a guarda da Constituição, fiscaliza sua aplicação e é quem a interpreta com caráter vinculante.

O Estado Constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado Legislativo de direito. [...] Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.³⁰

Como se pode perceber a interpretação da norma jurídica não está mais vinculada apenas à vontade do legislador, mas a todo um conjunto valorativo trazido pela Constituição. Segundo Freixo:

O mecanismo da filtragem constitucional permite (e impõe) que toda e qualquer lei ou ato legislativo seja interpretado à luz da Constituição. [...] forçoso concluir que a tarefa de intérprete não é objetiva, sendo pautada por seu valores morais, convicções pessoais e políticas.³¹

O que se pode inferir, a partir das palavras da autora, é que a o ativismo judicial é possível dentro de uma nova forma de enxergar o ordenamento jurídico a partir de uma

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 228

³¹ FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes** Revista Intervenção, Estado e Sociedade. São Paulo, V.1, n.1, p. 59-83, jan./jun. 2014.

perspectiva constitucional. Essa ideia de que o ativismo judicial não é de todo nocivo e até necessário em certas circunstâncias é defendido pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal:

práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.³²

Nas palavras do Ministro a prática do ativismo judicial não é só possível como também necessária quando os outros poderes se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações que estão sujeitos pelo próprio texto constitucional. Esse pensamento não é novo, pois o próprio Rui Barbosa³³ no julgamento do HC 300, impetrado em 18 de abril de 1892, defendia que se o caso toca em questões de interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser desfeitos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo.

Como se pode perceber há uma polarização entre os estudiosos do direito a respeito da aceitação ou não da prática do ativismo judicial. De um lado há aqueles que defendem que o ativismo judicial representa uma ameaça para o Estado democrático de Direito. Do outro, há aqueles que defendem que o ativismo judicial até certo ponto é necessário para defender o mesmo Estado Democrático de direito. Por fim, resta dizer que hoje o ativismo judicial é uma realidade cada vez mais presente no dia a dia forense e que há toda uma construção teórica para legitimar a sua prática. A questão agora não é mais se o ativismo judicial cabe dentro do contexto do Estado Democrático, e sim, os limites desse ativismo judicial.

5 A CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL

As instituições públicas vivenciam uma crise de legitimidade ética e moral, fato esse que parece ficar cada vez mais claro na medida em que a operação Lava Jato

³² MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 32. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016, p 1196.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 9. Ed. Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. 386 p.

prossegue em suas investidas e descobre que há o envolvimento cada vez maior de políticos em esquemas de corrupção. A grande pergunta que se faz e que representa um dos pontos fundamentais desse trabalho é: qual a relação dessa crise de legitimidade ética e moral das instituições públicas com o ativismo judicial?

Conforme já exposto em outro momento nesse trabalho uma das características fundamentais do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, conforme a redação do art. 2º, caput, da Constituição Federal de 1988. Segundo o referido artigo “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”³⁴ Conforme a teoria da separação dos poderes, também chamada de sistema de freios e contra pesos, cada poder é independente e têm funções próprias, contudo, trabalham em harmonia com vistas a promover os objetivos do Estado.

Uma das funções da divisão dos poderes no Estado Democrático de Direito é justamente promover o equilíbrio entre eles, ou seja, evitar que um se sobreponha sobre os demais de forma que haja um comprometimento da estrutura do Estado no tocante à conservação dos direitos fundamentais, um dos pressupostos basilares do Estado de Direito. Dessa forma, dentro de um contexto em que os dois Poderes, a saber, o Executivo e Legislativo, estão mergulhados em uma crise de legitimidade ética e moral cabe ao poder Judiciário se contrapor a essa realidade por meio da aplicação de leis que visam justamente coibir ou punir as práticas ilícitas cometidas, inclusive, pelos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Dentro desse contexto, na medida em que as investigações da Operação Lava Jato iam avançando e revelando que os representantes do Legislativo e Executivo estavam envolvidos em um grande esquema de corrupção e, por tanto, que o país estava mergulhado em uma grande crise de legitimidade ética e moral, a sociedade começou a enxergar no Poder Judiciário uma alternativa para tentar corrigir essa grave crise. Impulsionado por esse contexto o judiciário aos poucos começou a ganhar um papel de protagonista agindo, não raras vezes, de forma ativa com o propósito de fazer justiça e combater a corrupção.

A despeito dos benefícios trazidos pela Operação Lava Jato no combate a corrupção muitos teóricos do direito criticam as medidas ativistas adotadas pelo

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 9 p.

judiciário na condução da operação. Segundo estes não se pode, mesmo em nome do combate a corrupção, agir de forma excepcional sob a justificativa de se fazer “justiça”.

Uma das críticas ao ativismo judicial no tocante especificamente à Operação Lava Jato está relacionada ao desrespeito as regras processuais que deveriam nortear a condução dos processos por parte dos juízes. Para muitos críticos os juízes ignoram regras processuais sob a alegação de que tais medidas são necessárias como forma de combater a impunidade.

Como forma de demonstrar esse sentimento se faz necessário expor o que pensam Hireche e Santos no artigo intitulado “Ativismo judicial agora permite que juízes digam quando as normas valem”. De acordo com estes autores:

O discurso da emergência é usado para legitimar arbitrariedades; em tese, a quebra de garantias (ou incorporação, a depender do ponto de vista) é fundamentada em uma situação excepcional, como, por exemplo, um atentado terrorista, ou, no país, um caso rumoroso de corrupção. O (maior) problema é que cessada a emergência, as garantias não são restabelecidas.³⁵

Na citação acima é possível perceber que existe um grande temor de que o judiciário deixe de se guiar pelas normas que regem os atos processuais que, por sua vez, tem como propósitos a preservação dos direitos e garantias fundamentais. De acordo com os autores não se pode ignorar tais regras mesmo sob a alegação de que tais medidas sejam situações excepcionais necessárias ao combate efetivo da corrupção. A citação também expõe o receio de que a situação de exceção acabe ser tornando regra, ou seja, de que as garantias que as regras processuais visam assegurar não sejam mais restabelecidas.

O que parece ser o cerne da questão é o desrespeito ao princípio da legalidade que, por sua vez, é uma das características fundamentais do Estado Democrático de Direito conforme já demonstrado em outro momento nesse trabalho. Os juízes, fundamentados na tese de combate a impunidade e impulsionados pelo clamor social que busca justiça, flexibilizam as regras processuais de forma a dar eficácia às ações de combate à corrupção. Nesse contexto de tensão política e grave crise de legitimidade ética e moral em que a sociedade clama por justiça o ativismo judicial parece ter ganho

• ³⁵ HIRECHE, Gamil Foppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Ativismo judicial agora permite que juízes digam quando as normas valem**. Consulto Jurídico, 26 de set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/ativismo-judicial-agora-permite-juiz-diga-quando-normas-valem>>. Acesso em: 30 set. 2018.

um grande impulso. Nesse diapasão é que se pode perceber a relação entre o ativismo judicial e a atual crise de legitimidade ética e moral do Estado Democrático de Direito.

6 OS PERIGOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA CRISE DE LEGITIMIDADE ÉTICA E MORAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inegavelmente as instituições públicas no Brasil vivenciam uma profunda crise de legitimidade ética e moral materializada por uma realidade marcada por um estado de corrupção sistêmico que envolve figuras poderosas do cenário político nacional. Frente a essa situação se assiste a um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário que se perfaz por meio do ativismo judicial. Embora o ativismo judicial não seja uma realidade nova dentro do contexto jurídico nacional a forma e a intensidade como ele tem sido usado durante essa crise tem sido alvo de inúmeras críticas por parte de relevantes juristas. Diante desse cenário se criou um ambiente de grande tensão gerado pela desconfiança frente aos perigos que podem advir dessa realidade. Desse modo, esse tópico, que representa o foco desse trabalho, visa identificar esses possíveis perigos, se é que eles de fato existem.

Para começarmos esse processo de investigação com vistas à identificação ou não de perigos representado pelo ativismo judicial na atual crise de legitimidade ética e moral das instituições brasileiras, faz-se necessário, em um primeiro momento, definirmos um objeto de pesquisa específico, qual seja, a “Operação Lava Jato”. Isso porque as principais críticas ao ativismo judicial na atual crise de legitimidade ética e moral de certa forma está relacionada à maneira como o Judiciário tem lidado com a operação.

Um dos pontos que é criticado por parte de muitos juristas é o desrespeito, por parte dos magistrados, às regras processuais. Pois, segundo estes, em nome da moralização e da busca por fazer justiça os magistrados estariam, por meio de um posicionamento ativista, passando por alto as normas processuais que visam garantir direitos fundamentais amparados pela Constituição.

O Estado, ente soberano, tem o poder de ditar e aplicar regras com vistas a garantir a paz e proteção aos bens jurídicos considerados relevantes, tais como: a vida, incolumidade física, a honra, a saúde pública, o patrimônio, a fé pública, etc. Estas regras, de caráter penal, estabelecem previamente punições para os infratores. Dessa

maneira, no momento em que ela é desrespeitada pela prática concreta do delito, surge para o Estado o direito de punir. Este, no entanto, não pode impor imediata e arbitrariamente uma pena, sem conferir ao acusado as devidas oportunidades de defesa. Dessa maneira, é necessário que os órgãos do estado incumbidos da persecução penal obtenham provas da prática do crime e de sua autoria e que as demonstrem perante o Poder Judiciário, só assim, poderá declarar o réu culpado e condená-lo a determinada espécie de pena.

Como forma de sistematizar todos os atos da persecução penal visando alcançar as finalidades outrora expostas é que existem normas e princípios que vão constituir o ramo do direito público denominado de Direito Processual Penal. Esse ramo encontra seu fundamento em princípios constitucionais, como se pode perceber nas palavras de Gonçalves:

Uma parte consistente dos dispositivos que regulamentam o Processo Penal encontra-se na Constituição Federal, que contém diversos princípios que garantem o pleno direito de defesa do acusado (princípio do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da vedação das provas ilícitas etc.), regras que disciplinam os órgãos encarregados da persecução penal e o âmbito de sua atuação (política judiciária, Ministério Público), bem como o alcance da competência de certos órgãos jurisdicionais (Juizado Especial Criminal, Tribunal do Júri, Tribunais de Justiça e Superiores nos casos de foro especial por prerrogativa de função etc.) [...] ³⁶

Como se pode notar o Direito processual Penal que disciplina a persecução penal encontra seu amparo na Constituição Federal de 1988, de forma a garantir o pleno direito de defesa do acusado. Dessa forma, as regras processuais não são opcionais, conforme a conveniência do magistrado, aplicando-as a alguns casos e desconsiderando-as em outros, ao contrário, ela é vinculante para o juiz, ou seja, o magistrado está obrigado a aplicá-las independentemente do caso concreto considerado, obedecendo aos princípios da legalidade e da isonomia.

Podemos nos perguntar qual a relação do princípio da legalidade com o Direito Processual. De acordo com Bitencourt ³⁷ o Estado, objetivando a repressão do delito, intervém nos direitos fundamentais da pessoa, dessa maneira, o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem a necessidade de controlar o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso

³⁶ REIS, Alexandre Cebrian Araújo e Gonçalves, Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. – 17. Ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2012. (pag. 89)

do poder punitivo. Desse modo, para combater essa realidade, surge então o princípio da legalidade que, segundo Bitencour, consiste: “uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal.” Ainda segundo Bitencour: “O Princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.”³⁸

À luz do exposto se pode apreender que o princípio da legalidade limita a atuação do juiz aos contornos dado pela lei. Isso vale tanto para o direito penal material como para o direito processual penal. Ou seja, o princípio da legalidade obriga o juiz agir pautado pelo que rege a legislação e não segundo o seu senso de justiça ou sua visão ideológica ou política. Ao agir contrário a esse princípio o juiz estaria indo de encontro ao Estado Democrático de Direito, já que a legalidade, conforme outrara já abordado nesse trabalho é uma das características desse Estado.

Não obstante, outro princípio importante para persecução penal e indispensável para o processo é o da isonomia. De acordo com Guterres, em seu artigo intitulado: “Princípio da Isonomia/igualdade” a igualdade perante a lei é “premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual.”³⁹ Ou seja, da mesma forma que deve haver isonomia no tocante a aplicação das normas do direito material, deve haver para o direito processual.

Para tornar ainda mais claro o que seja o princípio da isonomia Guterres cita Pellegrini:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer **tratamento igualitário**, para que tenham as **mesmas oportunidades** de fazer valer em juízo as suas razões.⁴⁰

O que fica claro a partir da análise da citação acima é que o princípio da igualdade objetiva evitar um tratamento desigual entre as partes, ou seja, que as partes sejam tratadas de forma diferentes no tocante a fazer valer em juízo as suas razões.

³⁸ Ibid.

³⁹ GUTERRES, Cleber Santos. **Princípio da isonomia/igualdade**, Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2851/Principio-da-Isonomia-Igualdade>>. Acesso em: 23 de out. 2018

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.353 p.

Todavia, o princípio da isonomia não é válido apenas entre as partes em um processo, mas também é válido para assegurar que independentemente de quem o indivíduo seja ou tenha feito a ele seja aplicado um tratamento igual no tocante a aplicação das regras processuais. Isso significa dizer que não se pode aplicar as regras processuais para uns e para outros não. Dessa forma, a não observância do princípio da isonomia no tocante a aplicação das regras processuais insurgiria contra o Estado Democrático de Direito.

A grande questão é: que postura ativista pode ser apontada na Operação Lava Jato que pode representar um desrespeito às regras processuais e, por sua vez, uma ameaça ao Estado Democrático de Direito?

Um dos casos que pode ser apontado como sendo um ato ativista, no âmbito da operação Lava Jato, e que ganhou grande repercussão, por causa das implicações políticas no âmbito nacional, foi a condução coercitiva do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

No dia 4 de março de 2016 o ex-presidente foi conduzido coercitivamente para depor sob forte aparato policial e sob os holofotes da mídia nacional⁴¹. A princípio, o fato de um ex-presidente ser intimado para depor não representa nenhum problema em termos jurídicos, a final, todos são iguais perante a lei, o problema está na maneira como esse fato se deu. Então, quais as supostas irregularidades em torno da condução coercitiva do ex-presidente Lula que, por reflexo, estende-se para outras conduções coercitivas realizadas no âmbito da Operação Lava Jato em relação a outras pessoas?

A primeira questão é: existe previsibilidade legal para a condução coercitiva? Para responder a essa indagação se faz pertinente citar dois artigos do Código Processual Penal⁴²:

Art. 218 Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 260 - Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Parágrafo único: o mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no artigo 352, no que lhes for aplicável.

⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. **Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>. Acesso em: 20 de nov. 2018.

⁴² BRASIL, **Código Processual Penal**. Brasília: Congresso Nacional, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 de nov. 2018.

Como se poder perceber, nos artigos citados acima, existe sim a previsibilidade legal para a condução coercitiva, contudo, o que se poder notar é que a mesma deve acontecer dentro dos limites que a própria redação dos respectivos artigos estabelecem. Quais seriam então esses limites? O art. 218 do CPP preconiza que a condução coercitiva deve ocorrer em caso de a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado. No mesmo diapasão o art. 260 do mesmo CPP também prevê a possibilidade em caso de o acusado não atender à intimação. Dessa forma, com base nos referidos critérios, pode-se dizer que a condução coercitiva, imposta ao ex-presidente Lula, foi ilegal na medida em que ela não atendeu aos critérios estipulados pela norma. Isso porque o ex-presidente, enquanto testemunha, não deixou de comparecer à audiência a qual foi intimado a comparecer e não havia, naquele momento, qualquer indicação de que o investigado pudesse fugir ou representar uma ameaça para as pessoas que estariam ouvindo seu depoimento.

Com base nesse contexto o professor Streck faz a seguinte observação: “a condução coercitiva, feita fora da lei, é uma prisão por algumas horas. E prisão por um segundo já é prisão.”⁴³ Desse modo, à luz desse raciocínio, a condução coercitiva, nos termos que foi empregada no caso concreto em questão, representa um desrespeito aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito de ir e vir, pautado pelo art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal que trás a seguinte redação: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”⁴⁴ bem como ao direito previsto no inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”⁴⁵

Todo esse desrespeito aos direitos fundamentais outrora expostos deriva da prática ativista do judiciário, na medida em que a autorização para prática da condução coercitiva partiu de um juiz e este não levou em consideração os claros critérios para implantação de tal medida agindo, desse modo, não segundo preconiza a lei, e sim, conforme a sua própria vontade e seu entendimento.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. **Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>. Acesso em: 20 de nov. 2018.

⁴⁴ _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

⁴⁵ _____. Ibid.

Diante do exposto se faz pertinente refletir sobre as críticas pontuadas por Lênio Streck sobre a maneira ativa como o judiciário tem se portado diante Operação Lava jato. Em um de seus artigos⁴⁶ Streck critica as falas do Juiz Sérgio Moro, juiz responsável pela Operação Lava jato, e do Juiz Federal César Bochenek, Presidente da Associação dos Juízes Federais (Ajufe). Os dois juízes escreveram um artigo⁴⁷ cujo título foi “O problema é o processo”. Nele os juízes criticam as atuais regras processuais do direito Processual Penal pois, na visão deles “Não adianta ter boas leis penais se a sua aplicação é deficiente, morosa e errática. [...] [...]Em regra, os processos duram décadas para ao final ser reconhecida alguma nulidade arcana ou a prescrição pelo excesso de tempo transcorrido.”

No mesmo artigo os magistrados argumentam: “sem embargo de propostas de alterações do Direito Penal, o problema principal é óbvio e reside no processo.” Ou seja, para eles as atuais regras processuais no âmbito penal representam um entrave para eficácia da justiça e para o combate a corrupção. Por outro lado, o professor Streck se pronuncia criticando o posicionamento dos mesmos: “os juízes Moro e Bochenek fragilizam a autonomia do Direito, expondo-o à predação pela Moral e pela Economia”.⁴⁸ O que se pode apreender da fala do professor Streck é que o mesmo critica o fato de que os juízes, em nome de defender os princípios morais e a saúde financeira do Estado, atentem contra o direito.

Para o professor Streck os “juristas devem lutar dentro das regras do jogo a la Constituição. A democracia, do mesmo modo, mesmo quando não funciona bem, não pode ser vista como um problema.”⁴⁹ Ou seja, para Streck o ativismo judicial empreendido no âmbito da Lava Jato e fundamentado sob o discurso de fazer justiça e preservar os valores morais atenta contra a ordem jurídica. Dessa forma, como a ordem jurídica vigente é um espelho do Estado Democrático de Direito, atentar contra essa ordem é ir de encontro a esse mesmo Estado, descaracterizando-o à luz do que deve ser de acordo com o que pensou o legislador constituinte.

⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. “**O problema é o processo**” Dr. Moura? Até Reinaldo Azevedo saque que não! Disponível em:< <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-problema-e-o-processo-dr-moro-ate-reinaldo-azevedo-sabe-que-nao>> Acesso em: 16 de out. 2018

⁴⁷ MORO, Fernando Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. O Estado de S. Paulo, edição de domingo, p. 2, mar. 2015. Disponível em:< <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>> Acesso em 16 de out. de 2018.

⁴⁸ MORO, Fernando Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. O Estado de S. Paulo, edição de domingo, p. 2, mar. 2015. Disponível em:< <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>> Acesso em 16 de out. de 2018.

⁴⁹ Ibid

Ainda criticando o posicionamento ativista do judiciário em relação à Lava Jato Streck cita o professor Rogério Dutra, que cunhou a expressão “jurista Lava Jato”. Para o referido professor:

O jurista Lava jato, que nasceu com as características que simbolizam esse imaginário punitivista, em que a moral substitui o Direito e em que os fins justificam os meios. Em fim, o jurista Lava-Jato assume um lado: o de que os argumentos morais e políticos (que, ao fim e ao cabo, são moralismos) valem mais do que a própria Constituição.⁵⁰

A citação acima só reforça a crítica ao modo operandi dos magistrados no âmbito da Lava-Jato no tocante ao ativismo judicial fundamentado no discurso da moral. Nela é possível perceber uma preocupação com o desrespeito a Constituição que, por sua vez, representa um perigo ao Estado democrático de Direito e as garantias a ele atreladas. Como pensar que o estado de exceção adotado por tais magistrados, em nome de se fazer justiça e combater a corrupção, limitar-se-á a operação Lava Jato? Além disso, é razoável pensar em flexibilizar a norma para se fazer justiça sem, contudo, cometer novas injustiças?

Fato é que não existem garantias de que a flexibilização as normas postas se limitarão aos casos relacionados a operação Lava jato, ou seja, isso representa uma verdadeira insegurança jurídica, o que parece uma verdadeira ameaça ao Estado de Direito, sendo que a essência deste Estado é justamente o fato de que os limites e seu modo operandi são encontrados na lei, sobretudo, na Constituição. Mesmo que tal flexibilização ou estado de exceção fosse usado apenas na operação Lava-Jato ainda sim continuaria sendo um atentado às regras do Estado Democrático de Direito, representando, por tanto, um risco para existência de tal Estado.

Outra situação que também é criticada por parte dos juristas é o fato do ativismo judicial, no âmbito da Lava Jato, atentar contra outro pilar do Estado Democrático de Direito, a saber, a divisão dos poderes. Mas a questão é: de que forma o ativismo judicial, no âmbito da Lava Jato, pode ser nocivo ao Estado Democrático de Direito por meio do comprometimento da divisão de poderes?

Como já foi demonstrado o juiz deve agir segundo os limites da lei de acordo com o princípio da legalidade, todavia, os magistrados da Operação Lava Jato tem passado por auto varias regras processuais sob a justificativa de que tais regras retardam

⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. **A lavajatolatria, o Carnaval e os Habeas Corpus de Gilmar Mendes**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-lavajatolatria-o-carnaval-e-os-habeas-corpus-de-gilmar-mendes>>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

e em certos casos até impedem a efetiva aplicação da justiça, o que dá margem para que haja impunidade em relação àqueles que praticaram e praticam atos de corrupção. Dessa forma, tais magistrados agem de forma ativa desconsiderando a norma processual vigente e passando a adotar uma medida que julgam necessária e razoável para atender a necessidade do momento, fundamentados no argumento de que tais medidas são necessárias para moralização do país por meio do combate efetivo da corrupção sistêmica.

A grande questão é que ao agir dessa forma o juiz deixa de ser um mero aplicador da lei, passando a se tornar um super legislador, comprometendo, por tanto, a clássica separação dos poderes. Lima em seu artigo intitulado “Ativismo judicial e separação dos poderes” faz uma reflexão com base na teoria da separação dos poderes de Montesquieu:

O filósofo francês acreditava que as três funções estatais seriam melhor administradas se fossem independentes e autônomas entre si. Dessa forma, seria evitada a tirania de um só governante, distribuindo o poder de mando entre os demais. Se o poder de julgar e legislar reunir-se ao executivo, não há liberdade, pois há de se temer que leis tirânicas sejam criadas.⁵¹

O que se pode apreender da citação acima é que a separação dos poderes visa combater a tirania e que sem tal divisão não haveria liberdade, ao contrário, haveria um ambiente propício para implantação de leis tirânicas. Com base nisso Lima aplica um raciocínio análogo para dizer que o mesmo pode ser dirigido àquele que elabora as leis, tornando-o, por tanto, opressor a figura do juiz. Ou seja, a partir do momento em que o juiz desconsidera a lei, que é a moldura que norteia seus limites, e age segundo o seu próprio entendimento, mesmo que seja com o nobre propósito de combater a corrupção e moralizar o país, esse juiz estaria atentando contra o Estado Democrático de Direito.

Isso pode ser entendido dessa forma na medida em que os juízes, ao desconsiderarem a norma processual posta pelo legislador e agirem com base em suas próprias convicções pessoais (morais e políticas), estão desconsiderando a vontade do povo na medida em que a lei é produto dos representantes deste. Além do que o surgimento da lei não se dá de forma instantânea, mas obedece todo um rito formal, dentre os quais está o profundo debate entre os diferentes posicionamentos e pontos de vista dos representantes do povo, a saber, os parlamentares, tornando a lei ou norma

⁵¹ LIMA, Lucas rodrigues de. **Ativismo Judicial e separação dos poderes**. Disponível em: <[HTTPS://MONOGRAFIAS.BRASILECOLA.UOL.COM.BR/DIREITO/ATIVISMO-JUDICIAL-SEPARACAO-DOS-PODERES.HTM](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/ativismo-judicial-separacao-dos-poderes.htm)>. Acesso em: 23 de out. 2018.

mais legítima na medida em que esta não deriva de apenas uma só pessoa, mas da convergência de várias ideias, pontos de vistas e ideologias.

Desse modo a prática ativista judicial, no âmbito da Lava Jato, que se materializa por meio da substituição do texto da norma processual pela vontade do Juiz, cria uma situação de exceção na medida em que rompe com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, e acaba transformando o juiz em um verdadeiro tirano a partir do momento em que ele fundamenta sua decisão nele mesmo, ou seja, na sua própria vontade e não na lei. A partir desse momento não há garantias de que os direitos fundamentais serão respeitados, pois são as normas que lhes servem de escudo e proteção. Vê-se, por tanto, nessa ótica, que o ativismo judicial praticado no âmbito da Lava Jato, pelo menos, na perspectiva trabalhada, representa um risco para o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, não se pode deixar de admitir que a despeito dos riscos trazidos pelo ativismo judicial a Operação Lava Jato trouxe uma grande contribuição para país na medida em que representa um marco histórico no combate a corrupção sistêmica no país e, por conseguinte, age no sentido de moralização e fortalecimento das instituições públicas do país.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa foi de suma importância na medida em que o mesmo visa ampliar os conhecimentos do autor sobre um tema tão atual para a realidade do profissional do direito, que é o ativismo judicial no contexto da Lava Jato, pois somente compreendendo com mais afinco a realidade que o cerca é possível interagir com ela de forma mais eficiente. Refletir sobre os perigos do ativismo judicial no âmbito da operação Lava Jato é muito relevante na medida em que tal operação representa um marco para a sociedade brasileira no que diz respeito ao combate a corrupção sistêmica nas instituições públicas e simboliza uma busca pela moralização dessas mesmas instituições.

As diversas críticas dirigidas ao judiciário pela maneira como está conduzindo a operação Lava Jato, mesmo diante do grande apoio popular que tal operação vem recebendo, parece sinalizar que algo de muito grave está acontecendo. Desse modo, entender quais os perigos que podem está por detrás dessa operação pode contribuir para impedir que algo aparentemente tão benéfico para a sociedade brasileira, a saber, a

operação Lava Jato, acabe se tornando em algo nocivo para o Estado Democrático de Direito tanto no presente como no futuro, daí o porquê a presente pesquisa se justifica. Pois a mesma contribuirá para que os profissionais do direito, bem como a sociedade de um modo geral, possam ter condições de fiscalizar e até combater possíveis ameaças à estrutura do já referido Estado.

Ao pesquisar os possíveis perigos do ativismo judicial para o Estado Democrático de Direito, no contexto da operação Lava Jato, à luz da crise de legitimidade ética e moral das instituições públicas, foi possível perceber que a prática do ativismo judicial, operada pelos magistrados responsáveis por tal operação, que tem se configurado pela substituição do texto normativo, no tocante as regras processuais, pela vontade do magistrado, sob a justificativa de que essa medida é necessária com vistas a dar efetividade ao combate à corrupção, representa, de fato, um perigo para o Estado democrático de Direito.

Esse entendimento foi possível na medida em que se constatou que ao desconsiderarem a norma processual e adotarem um posicionamento pessoal para fazerem valer atos dentro da persecução penal, os magistrados da Lava Jato estão criando um estado de exceção que gera uma insegurança jurídica pelo desrespeito ao princípio da legalidade que visa estabelecer a moldura da atuação do juiz com vistas a proteger os direitos fundamentais. Além disso, foi possível constatar que ao agirem de forma ativa os juízes da já referida operação atentam contra o sistema de separação dos poderes, outro pilar do Estado Democrático de direito. Isso pôde ser percebido porque ao desconsiderarem a norma processual e fazerem valer a sua própria vontade os magistrados estão usurpando a legitimidade de representatividade do parlamentar e, por tanto, estão esvaziando o poder de escolha do povo na medida em que a vontade popular e, desse modo, de uma coletividade, está sendo substituída pela vontade do magistrado. Dessa forma, percebeu-se que tal postura é análoga a comportamentos ditatórias que expõem ao risco os direitos e garantias fundamentais na medida em que coloca em xeque o sistema de freios e contra pesos que tem como função protegê-los.

Por outro lado, não se pode negar que as amarras processuais constituem, em muitos casos, entraves para que haja o efetivo combate a corrupção e, deste modo, acabam impedindo o tão necessário e urgente processo de moralização das instituições públicas brasileiras. Contudo, não se pode, em nome de se fazer justiça, fragilizar ou atentar contra pilares que sustentam o Estado Democrático de direito sem colocar em risco tal estado. Desse modo, há uma necessidade de novas pesquisas que procurem

encontrar meios de como preservar as regras processuais e, por tanto, os princípios que regem o Estado democrático de Direito e, ao mesmo tempo, promover, de forma eficiente, o combate à corrupção sistêmica que afeta as instituições públicas e, por conseguinte, também atentam contra esse mesmo Estado.

ABSTRACT

The work has already been presented as a bit of discussion about the risks of judicial activism, within the framework of the Lava Jato operation, for the democratic State of Law. The investigation is justified insofar as there is a right to carry out a law on the democratic State of law to the operational judicial exercise during a Lava Jato operation, in order to arouse the critical sense on the subject and, thus, stimulation for that there is a major fiscalization of the part of the operators of right. A research using the rules of the hypothetical-dissuasive process, which can be used as a reference, can be carried out based on hypotheses raised on the subject. And it was adopted as the medium the bibliographic research. The official got an active way as the Lava judges The executive began to operate the risk to the democratic state of law, insofar as the judgments create an exception to the exercise of legality, generating legal uncertainty and attacking the principle of isometric and the system of digital monitoring is the fundamental rights.

Keywords: Judicial activism. Democratic state. Dangers of activism.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “**Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 228

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 03 de out. 2018.

BARROS, **Sérgio Resende**. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**, p. 12.

BITENCOUR, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. – 17. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. BRASIL, Código Processual Penal. Brasília: Congresso Nacional, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 de nov. 2018.

_____. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 353 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade. São Paulo, V.1, n.1, p. 59-83, jan./jun. 2014

HIRECHE, Gamil Föppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Ativismo judicial agora permite que juízes digam quando as normas valem**. Consultor Jurídico, set. de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/ativismo-judicial-agora-permite-juiz-diga-quando-normas-valem>>. Acesso em: 16 de out. 2018.

LIMA, Lucas Rodrigues de. **Ativismo Judicial e separação dos poderes**. Disponível em: <[HTTPS://MONOGRAFIAS.BRASILOLA.UOL.COM.BR/DIREITO/ATIVISMO-JUDICIAL-SEPARACAO-DOS-PODERES.HTM](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/ativismo-judicial-separacao-dos-poderes.htm)>. Acesso em: 23 de out. 2018

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 9. Ed. Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. 386 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** - Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 86.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**, v. I, p. 39.

MORAIS, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 32. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

MORO, Fernando Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. O Estado de S. Paulo, edição de domingo, p. 2, mar. 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>> Acesso em 16 de out. 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p.26.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos** São Paulo: Saraiva, p. 116.

REIS, Bárbara Emilie Alves dos. **Ativismo Judicial: conceito e diferenciações**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-conceito-e-diferenciacoes,56618.html>>. Acesso em: 23 de set. 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo e Gonçalves, Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Do Estado democrático de direito**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 25 de set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 721-722.

STRECK, Lênio Luiz. **A Lavajatolatria, o Carnaval e os Habeas Corpus de Gilmar Mendes** Conjur, jan. de 2018. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-lavajatolatria-o-carnaval-e-os-habeas-corpus-de-gilmar-mendes>>. Acesso em: 16 de out. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>. Acesso em: 20 de nov. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **O problema é o processo, Dr. Moro? Até Reinaldo sabe que não**. Cunsultor Jurídico, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-problema-e-o-processo-dr-moro-ate-reinaldo-azevedo-sabe-que-nao>>. Acesso em 16 de out. 2018.

VENTURI, Lilian; ARAGÃO, Alexandre. **Lava Jato: a origem e o destino da maior operação anticorrupção do país**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/03/16/Lava-Jato-a-origem-e-o-destino-da-maior-opera%C3%A7%C3%A3o-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-do-pa%C3%ADs>>. Acesso em: 03 de out. 2018.

VILELA, Raphael. **Ativismo judicial: a crescente supremacia da alta Corte.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9559/Ativismo-judicial-a-crescente-supremacia-da-alta-Corte>>. Acesso em: 23 de mar. 2018.