



ATIVISMO JUDICIAL E CONSEQUÊNCIAS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

JUDICIAL ACTIVISM AND CONSEQUENCES TO THE JUDGE'S IMPARTIALITY

Taiane Woiciechovski¹
Nelson Vidal²

RESUMO

O ativismo judicial compreende como a forma de concretizar direitos, sendo o judiciário o protagonista desta expressão, tendo uma participação proativa perante os outros poderes em questões relevantes que versem sobre a política. A moral e o social estão sendo determinados no fim, pelo sistema judiciário, bem como sua influência à imparcialidade do julgador. O papel do juiz diante deste cenário gera incógnitas sobre sua imparcialidade nas decisões tomadas, de modo que ocorre vício de interpretação, norteadas pelas suas convicções pessoais. O objetivo do presente trabalho é entender a relação entre o ativismo judicial e como isto pode afetar a imparcialidade do juiz na hora de uma decisão, trazendo também o princípio da razoabilidade e proporcionalidade como caminho correto a se percorrer para obter uma coerente e assertiva decisão. Nessa toada utiliza-se pelo método dedutivo e por meio de consultas bibliográficas, leitura de artigos e interdisciplinaridade, a partir da compreensão do ativismo judicial e consequências à imparcialidade do julgador.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Poder Judiciário. Imparcialidade. Julgador. Proporcionalidade.

ABSTRACT

Judicial activism is understood as the way to realize rights, with the judiciary being the protagonist of this expression, having a proactive participation before the other powers in relevant issues that deal with politics. The moral and the social are ultimately being determined by the court system, as well as its influence on the judge's impartiality. The role of the judge in this scenario generates questions about his impartiality in the decisions taken, so that there is a vice of interpretation, guided by his personal convictions. The aim of this paper is to understand the relationship between judicial activism and how it can affect the judge's impartiality at the time of a decision, also bringing the principle of reasonableness and proportionality as the correct path to follow to obtain a coherent and assertive decision. This article was carried out by the

¹Acadêmica do Curso de Direito. Universidade do Contestado, Campus de Mafra, Santa Catarina. Brasil. E-mail: taianewoiciechovski@gmail.com

²Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Taubaté (UNITAU). Professor de Direito na Universidade do Contestado (UnC). Campus Mafra. Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina. Santa Catarina. Brasil. E-mail: delegadovidal@gmail.com

deductive method and through bibliographical consultations, reading of articles and interdisciplinarity, from the understanding of judicial activism and consequences to the impartiality of the judge.

Keywords: Judicial activism. Judicial power. Impartiality. Judge. Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Desde o início, o Estado de Direito tem como forma de manter a ordem e garantir os direitos fundamentais com a égide da Constituição Federal, dividindo-os em três poderes, o Executivo, Legislativo e Judiciário. Poderes independentes e harmônicos entre si, cada um desempenhando sua autonomia, mas sem exceder limites abusivos no exercício de suas atribuições.

Desde a égide da Constituição Federal, o Estado de Direito busca manter a ordem e garantir os direitos fundamentais, através do secular princípio da divisão dos poderes, o Executivo, Legislativo e Judiciário. Poderes independentes e harmônicos entre si, cada um desempenhando sua autonomia, mas sem exceder os limites no exercício de suas atribuições.

Surge o ativismo judicial como forma de concretizar direitos, sendo o Poder Judiciário o protagonista desta expressão, tendo uma participação proativa perante os outros poderes. Questões relevantes que versem sobre a política, a moral e o social estão sendo determinados no fim, pelo sistema judiciário.

O papel do juiz diante deste novo cenário gera incógnitas sobre a imparcialidade nas decisões tomadas, se ocorre vício de interpretação norteadas pelas suas convicções pessoais, neste sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar a problemática na relação entre o ativismo judicial e como isto pode impactar na imparcialidade dos juízes na tomada de decisões.

Na primeira seção, será apresentado o contexto sobre o ativismo judicial como conceito, historicidade e suas implicações. Na seção subsequente, será abordada a imparcialidade do julgador. Por conseguinte, será indagada a relação entre o ativismo judicial e como isso pode afetar a imparcialidade do juiz na hora de uma decisão e na derradeira seção será exposto o princípio da razoabilidade e proporcionalidade como equilíbrio para o assunto acima citado.

Ante o exposto, esta pesquisa busca compreender a indagação citada acima, por meio de método indutivo, pesquisas bibliográficas, doutrinárias e leitura de artigos.

2 ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente, para debater a respeito do ativismo judicial e consequências à imparcialidade do julgador, há indispensabilidade de contextualizar alguns conceitos basilares para a compreensão do que se refere ao assunto aqui debatido. De imediato, é importante salientar a origem do ativismo judicial. Para dar prosseguimento a sua definição, e determinar suas inferências desse conceito.

2.1 HISTÓRICO

O conceito de ativismo judicial teve seus primeiros passos desencadeados com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*³ em 1947, pelo historiador Arthur Schlesinger, no qual traçava o perfil de julgadores e maneiras de atuação na Corte Americana (CAMPOS, 2016).

Sob esse viés Madeira e Amorim (2013, p. 378) aludem:

O artigo escrito por Arthur Schlesinger traz pela primeira vez a expressão 'ativismo jurídico', mencionando e narrando a postura tomada por alguns juízes da Suprema Corte naquele período, que diante de um comportamento de jurisdição defensiva (*judicial restraint*), oriunda de um pensamento eminentemente positivista, se esquivavam de enfrentar casos relevantes e essenciais à sociedade.

Houveram duas maneiras de entendimento, a primeira era baseada na postura ativista da suprema corte, que atuaria em políticas para o bem-estar da sociedade, amparada pela convicção dos juízes; e a segunda discorria o oposto, ponderando para a postura de autocontenção judicial, deixando as decisões sobre o bem-estar social aos poderes eleitos pela população. A primeira maneira de entendimento foi denominada de ativismo judicial (DIAS, 2016).

³ Revista dos Estados Unidos, com conteúdo relacionado ao mundo dos negócios nacionais (dos EUA) e internacionais.

Neste sentido, Valle (2009, p. 21) preceitua o seguinte:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary* e *Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência as visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais [...].

Outrossim, o ativismo judicial, não possuía o método de hermenêutica ou interpretação, mas sim transpassava a postura abordada pelos julgadores, sobre questões políticas subjugadas a apreciação do poder judiciário (MADEIRA; AMORIM, 2013).

2.2 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Não há consenso entre os juristas sobre o conceito de ativismo judicial, um dos fatores é a polêmica que tal conceito exerce no meio jurídico, assim como por suscitar uma tensão entre o Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, prejudicando o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal (MADEIRA; AMORIM, 2013).

De acordo com Campos (2016, p. 61):

Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno da atuação de juízes e cortes no sistema político em que estão inseridos e do qual fazem parte; em especial, sobre o papel que uma corte suprema pode cumprir nesse sistema. Na realidade, a discussão sobre os limites e possibilidades de atuação da Suprema Corte norte-americana antecede em muito à própria criação do termo ‘ativismo judicial’ [...].

Conforme Luís Roberto Barroso (2012, p. 23-32), foi conceituada que a “ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Neste contexto, o ativismo judicial é uma atuação expansiva e proativa do poder judiciário sobre os demais poderes, visando o cumprimento dos direitos fundamentais, e das políticas públicas.

Sobre o tema, Elival da Silva Ramos (2013, p. 116-117) discorre:

Ativismo Judicial é 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. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

A particularidade do ativismo judicial segundo Eliaval Ramos (2013, p. 142) está essencialmente relacionada aos aspectos de interpretação e aplicabilidade da constituição, que compõe a prevalência hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento jurídico, invalidando-as em caso de dissidência.

Pontuado por Ramos (2013, p. 143):

Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.

Segundo Ronald Dworkin (1999) o ativismo judicial é decorrente da intensa participação do judiciário na materialização dos preceitos constitucionais, no qual é concretizado de diferentes formas, um exemplo é a aplicabilidade direta da constituição, para asseverar os direitos constitucionalmente prenunciados, esta interpretação do poder judiciário aduzido aos "padrões vagos", possuem um parecer teológico de preservar direitos fundamentais.

Neste sentido, Celso Fernandes Campilongo (2005, p. 45), discorre:

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativo no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da

atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.

Nota-se que o ativismo judicial apresenta uma crescente deliberação pela busca da efetividade da constituição, para aplicabilidade dos direitos fundamentais, fazendo com que o Judiciário supra lacunas com êxito (OLIVEIRA; LIPPI, 2020).

3 IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A figura do julgador, tem princípios e garantias norteadores, como, por exemplo, o princípio do juiz natural, que garante aos cidadãos um julgamento justo e imparcial, conforme Art. 5º, XXXVII da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção (BRASIL, 1988).

No código de processo civil, a imparcialidade é tratada nos artigos 144 e 145, nestes, consta as disposições referente ao impedimento e à suspeição do juiz, buscando evitar a quebra da imparcialidade no processo. Este princípio é o endosso essencial da justiça para as partes, e também pressuposto para o bom andamento da relação processual. O princípio da imparcialidade pode ter sua conceituação acolhida por Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p .451) que preceitua:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico.

A imparcialidade indica ao togado o posicionamento igualitário entre as partes, bem como, a sua percepção externa do fato levado até ele. Deste modo, não há um juízo de valor sobre o assunto diligenciado antes do juízo de sentença no processo. Nas palavras de, Alexandre Magno Vasconcelos Alves (2000, p. 34) “o Imparcial é,

pois, aquele que não se expõe às conveniências de outrem, senão à sua própria consciência e aos comandos de racionalidade do processo e do direito”

Nas palavras de Antônio do Passo Cabral (2007, p. 343-344):

[...] a justificativa processual para a preservação da imparcialidade do juiz ou do membro do MP é a cláusula do Estado de Direito, o Estado que edita as normas, mas a elas se vincula. Em um Estado de Direito, as decisões devem refletir o império da lei (*rule of Law*), e não serem fruto do arbítrio judicial, do decisionismo parcial de uma pessoa, que transfere, à solução do caso, seus interesses, paixões e preferências pessoais [...].

No processo penal a função do juiz é exercer a jurisdição, a imparcialidade é pressuposto de validade processual, de modo que sua atuação parcial pode causar a nulidade de todo o processo. A imparcialidade é tratada no artigo 254 do Código de Processo Penal, no qual ilustra quais as hipóteses que o juiz deve ser dado por suspeito, vejamos:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, 1941).

A figura do magistrado imparcial no processo é elemento imprescindível para concretização da jurisdição, existindo na Constituição condições de independência, a fim de impossibilitar qualquer prática que possa colocar em risco a imparcialidade do juiz, denotando assim a segurança de que as garantias englobadas no texto constitucional sejam exercidas, ensejando a independência do julgador e assim distanciá-lo dos vínculos e influências subjetivas, para garantir a juricidade das decisões (FAYET; POLL, 2018).

4 CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL PARA À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

O ativismo judicial pode ser visto como um segmento obscuro, com muitas incertezas jurídicas, pois o julgador pode suscitar interpretações que ecoam seu posicionamento do que corresponde a justiça.

De acordo com Gisele Cittadino (2002, p. 17):

A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

É evidenciado que, no ordenamento jurídico brasileiro, em algumas situações ocorre a desconformidade com o texto normativo, bem como, podem ocorrer lacunas, uma vez que a norma jurídica, por mais abrangente que seja, não prevê a totalidade de situações que se submetem aos seus dispositivos. São nestas situações que o julgador, em sua análise de fatos, apresenta a decisão à luz da constituição, em verdade, isto é, a judicialização.

Outrossim, segundo Madeira e Amorim (2013, p. 379):

Por exemplo, um argumento utilizado por alguns juristas, é o de que, mesmo no 'vácuo legislativo', o julgador em sua análise interpretativa, não pode extrapolar a mens legis, ou seja, o intérprete constitucional ou legal não pode atuar de qualquer maneira, deve-se evitar de qualquer forma o subjetivismo, para eles toda norma já traz implícita um comando normativo que não pode ser deturpado, principalmente por ser expressão da vontade popular representada pelo poder legislativo.

Todavia, um magistrado que se beneficia da lei para concluir a decisão desejada no processo, nulificando uma das bases do sistema judicial, como a segurança jurídica, não se enquadra no sistema democrático, pois este requer um julgador estritamente imparcial e vinculado a regras constitucionais, em específico, o contraditório e a ampla defesa (CASTILHOS; POLL, 2018).

Em artigos e livros de autores renomados, relatam que em decisões de acórdãos, os juízes estão deixando transparente o seu julgamento de acordo com sua consciência ou por seu entendimento pessoal. Neste contexto o autor complementa “não se pode olvidar a ‘tendência’ contemporânea brasileira de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos” (STRECK, 2013).

Quando se permite que a atividade jurisdicional se expanda a partir de juízos de valores calcados em uma subjetividade intrínseca do julgador, não há como olvidar que, concepções pessoais estão fundamentando decisões em detrimento de um sistema jurídico lastreado em princípios fundamentais, como a imparcialidade do julgador (NUNES; LUD; PEDRON, 2020, p. 193).

Para Lênio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira (2009) não compete ao poder judiciário suprir lacunas do poder constituinte. Ocorrendo estes traços de decisões, acaba incentivando que o judiciário crie uma Constituição "paralela", determinando assim, a partir da subjetividade dos julgadores. Ainda nesse contexto, conceitua-se:

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador. ‘Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira ‘Constituição do B’), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? ‘Chame-se o Judiciário [...]’ Ou ‘criemos um princípio’, que ‘valerá’ mais do que a Constituição. Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer ‘antipáticas’ aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador [...] (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009).

No que diz respeito ao togado, em suas decisões, está envolto por seu viés ideológico e consciente da interferência no processo de decisão, seu entendimento de mundo é definido pelos valores sociais resultantes de seu tempo e espaço (LEITE, 2020, p. 136).

De acordo com Abboud e Lunelli (2015, p. 4):

Em tal contexto, a interpretação e as decisões judiciais acabam viciadas pela vontade dos julgadores, não detentores de qualquer legitimidade democrática. Interpretação, então, passa a se confundir com criação e, nesse ponto, sem sombra de dúvidas, descansa a pedra-chave para compreensão da problemática por detrás do ativismo judicial: o perigo que decisões norteadas pela vontade (e, portanto, alheias ao Direito) representam para a Democracia.

No Superior Tribunal Federal, há inúmeros precedentes da ocorrência do ativismo judicial expressado por distintas linhas de decisão, um exemplo compreende em aplicações direta da Carta Magna em situações não expressamente observadas no texto normativo e independentemente de manifestação do legislador, outro caso é declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios com menor rigidez que a patente e ostensiva da Constituição Federal, estas circunstâncias afastam juízes e tribunais da sua atribuição típica de aplicação do Direito (BARROSO, 2014, p. 9).

Por conseguinte, debates públicos transferidos ao poder judiciário portam uma dose demasiada de politização dos tribunais, os processos transpassam para manchetes de jornais e juízes trocam a racionalidade do argumento jurídico por visões políticas pessoais contrapostas e concorrentes (BARROSO, 2014. p. 13).

Neste viés, ocorrendo um excessivo poder do judiciário perante os outros poderes, tem-se um exemplo do inquérito nº 4.781 conhecido como “inquérito das Fakes News” que foi instaurado pelo ministro Dias Toffoli, de ofício, para a investigação sobre ataques sofridos contra os ministros do STF, por meio de redes sociais, na qual incluía a participação de empresários, políticos (STRECK; OLIVEIRA; SILVA, 2020).

Neste cenário, o referido inquérito possui como relator e presidente o ministro Alexandre de Moraes, sendo um procedimento de competência discricionária por parte do Presidente da Corte, e sem oitiva dos colegas. Por conseguinte, a argumentação dos críticos é baseada no grave comprometimento da imparcialidade, pois o mesmo órgão que conduz a investigação será a autoridade que irá julgar tal feito (STRECK; OLIVEIRA; SILVA, 2020).

Diante disso, a ex Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, em sua manifestação para o arquivamento da investigação, enuncia que o ministro relator

deve ser escolhido de maneira aleatória pelo sistema de distribuição regular. Dodge ainda menciona que juiz não é investigador, este posto existia no sistema inquisitorial abolido pela CF de 1988, o qual foi substituído pelo sistema penal acusatório (BRASIL. Ministério Público Federal, 2019).

A vista disso, Raquel Dodge (BRASIL. Ministério Público Federal, 2019) discorre sobre a perspectiva constitucional e garantia do devido processo legal, a decisão que determinou o relator sem a observância do princípio da livre distribuição e concedendo-o poderes instrutórios, quebrando o princípio da imparcialidade na atuação criminal, subsequente ferindo o sistema penal acusatório e a CF/88.

Ainda, Raquel Dodge disserta "O ordenamento jurídico vigente não prevê a hipótese de o mesmo juiz que entende que um fato é criminoso determinar a instauração da investigação e designar o responsável por essa investigação" (BRASIL. Ministério Público Federal, 2019).

Neste sentido, Nunes, Lud e Pedron (2020, p. 35) preceituam o seguinte:

Entretanto, em face da percepção de que a suposta racionalidade decisória do sujeito da modernidade muitas vezes sofre deturpações e ilusões cognitivas que o prolator do pronunciamento desconhece, torna-se necessário revisitar pressupostos como da imparcialidade e imparcialidade dos decisores no campo jurídico, em especial no campo do processo judicial.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010) salienta que a aceitação racional das decisões judiciais deve ser pautada pela qualidade dos argumentos apresentados, não podendo a chamada "constitucionalização" pretexto para que os juízes decidam com base nas suas convicções pessoais.

É necessário ter a compreensão de que ainda exista a boa-fé, o juiz pode ser direcionado a averiguar argumentos que confirmem seu ponto de vista inicial sobre determinado assunto, ainda, decidir antes de considerar e avaliar todo contexto relevante, se deixando influenciar por estereótipos (NUNES; LUD; PEDRON, 2020).

Ainda Juarez Freitas observa que "todo cérebro humano ostenta desvios cognitivos que, não raro, afetam negativamente a qualidade da interpretação" (NUNES; LUD; PEDRON, 2020, p. 63).

Desta forma, é interessante ter em mente que existe correntes ideológicas baseadas no inconsciente da psique humana e na sociologia do conhecimento, pondo em risco a concretização da garantia constitucional da imparcialidade, presumida na

parcialidade positiva do juiz para a legitimação da legalidade (NUNES; LUD; PEDRON, 2020).

5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO ATIVISMO JUDICIAL

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade é a prudência e adequação das necessidades dos indivíduos, deste modo a atitude que irá ser definida deve ocorrer de maneira adequada aos objetivos pretendidos, sobretudo quando versa direitos fundamentais na esfera de medidas restritivas ou punitivas (VIEIRA, 2006, p. 195).

Do ponto de vista de Katherine Santos Vieira (2006, p. 196):

O princípio da razoabilidade obriga sempre a seguinte pergunta: 'será que não haveria um meio menos gravoso e igualmente eficaz? Em síntese, deve-se sempre utilizar aquele meio que se mostre menos gravoso. Por isso, tal princípio é também chamado de princípio da proibição do excesso'. 'Tem por fim avaliar a compatibilidade entre os meios e os fins de qualquer ato, especialmente os do poder público, para que se evite restrições desnecessárias, arbitrárias ou abusivas, para que se tenha uma conduta adequada'. Então, a razoabilidade acaba sendo considerada um limite, pois exige este comportamento adequado, compatível.

Ademais, este princípio está sendo notoriamente utilizado como fundamento nas decisões judiciais, em especial pelo STF, uma vez que a Constituição Federal traz os direitos fundamentais elencados, os quais devem receber aplicação plena e eficaz (ZAVASKI *apud* ROBERTO; SILVA, 2012).

Todavia, não será possível a harmonia em todos os direitos fundamentais, sendo indispensável determinar parâmetros para a resolução de conflitos entre eles. Um exemplo para o entendimento mais claro sobre o assunto, é a discordância entre direito à intimidade e a liberdade de informação, os dois contidos na CF, qual deverá predominar? (ZAVASKI *apud* ROBERTO; SILVA, 2012).

Segundo Roberto e Silva (2012) "[...] a correta aplicação da regra da proporcionalidade que poderá solucionar todos esses conflitos, por isso ela se faz imprescindível para harmonia de todo universo jurídico."

Desta forma, entende-se que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, não necessita estar escrito no texto normativo para ser positivado, porém no que

precede sua obediência é obrigatória, pois é por meio dos direitos fundamentais que obtém grande relevância para ponderar os interesses e garantir máxima de eficácia nos assuntos relacionados ao direito constitucional (VIEIRA, 2006. p. 195).

Porquanto o princípio da razoabilidade Katherine Santos Vieira, exprime a observância a critérios e condutas racionais, na qual objetiva que posicionamentos divergentes com este princípio serão ilegítimas e juridicamente inválidos, por serem consideradas incongruentes em relação aos direitos fundamentais (VIEIRA, 2006, p. 197).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Constituição Federal em seu artigo 2º, estabelece que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são harmônicos e independentes entre si, com isto cada um exerce sua determinada e específica função, tendo assim a teoria dos freios e contrapesos, para não ocorrer o excesso de atribuições em um só poder, conseqüentemente evitando condutas incompatíveis com o sistema democrático de direito regido pela Constituição Federal.

O ativismo judicial é uma prática que está consistente no sistema jurídico brasileiro com participação mais extensa do judiciário na concretização dos valores constitucionais procurando aproveitar as potencialidades das normas e estruturando regras intrínsecas que supram as lacunas. Sendo assim, a atuação ativista é uma predileção de maneira específica e proativa para a interpretação da Carta Magna, estendendo sua abrangência em demandas sociais.

Entretanto o magistrado não cria a lei, ele a aplica dentro da esfera permitida pela interpretação, a necessidade de elidir lacunas e interpretar a lei, não significa que o magistrado pode assim interferir na atividade dos outros poderes. O juiz deve atuar dentro da legalidade, e não motivado por vontade política própria, uma vez que exerce um poder representativo. O Estado é uno, e o poder judiciário é apenas uma expressão do poder estatal.

Os magistrados são pessoas sociais, com ambições, opiniões, com conhecimento de mundo, ocorre que é quase impossível que as decisões não apresentem juízos de valores sobre as indagações que lhe são subjugados.

Ademais, para ocorrer uma condizente harmonia com os princípios constitucionalmente expostos e o ativismo judicial vê-se a necessidade do princípio da razoabilidade e proporcionalidade para que o juiz desempenhe de forma mais assertiva as decisões que lhes são expostas. O posicionamento do juiz deve estar pautado neste princípio para justificar sua decisão de forma coerente, amparado pelas diretrizes do sistema, para garantir a legitimidade de sua decisão.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, v. 242, abr. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ALVES, Alexandre Magno Vasconcelos. A imparcialidade do juiz. **THEMIS: Revista da Esmeac**, v. 3, n. 1, p. 21–51, 2000. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/305/286>. Acesso em: 03 maio 2021.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN)THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 19 abr. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **Jurisdição constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. 05 fev. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Raquel Dodge arquiva inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília: MPF, 16 abr. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 11 ago. 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 60, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em 01 nov. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, Jose Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-51

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, p. 1217-1246, 31 out. 2018. Doi: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.153>.

CASTRO, Adriana Silva. O comprometimento da imparcialidade do juiz diante da possibilidade de produção de provas “ex officio” frente ao modelo processual penal brasileiro. **Âmbito Jurídico**, 19 jul. 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-comprometimento-da-imparcialidade-do-juiz-diante-da-possibilidade-de-producao-de-provas-ex-officio-frente-ao-modelo-processual-penal-brasileiro/#_ftn1. Acesso em: 29 jun. 2021.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Luperj/Faperj, 2002. p. 17-42.

DIAS, Lucas Albuquerque. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>. Acesso em: 14 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, p. 645-667, 17 jun. 2018. Doi: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.143>.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial. Instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos poderes? In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI; 22. 2013. Curitiba. **Anais...** Curitiba: UNICURITIBA, 2013. p. 376-396. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Borota de; LIPPI, Marcia Clara. Judicialización y activismo judicial sobre las demandas de salud pública en Brasil. **Revista Derecho del Estado**, n. 45, p. 245-274, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6335/8361>. Acesso em: 25 ago. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 2, 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5637/3039>. Acesso em: 18 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 21 jun. 2021.

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

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e. Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou “juiz das garantias”? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/opiniao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias>. Acesso em: 11 ago. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Ed., 2009.

VIEIRA, Katherine Santos. A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade. **Revista diálogo jurídico**, Fortaleza, v. 5, n. 5, set. 2006. Disponível em: http://fbuni.edu.br/sites/default/files/dialogo_juridico_no_5.pdf#page=189. Acesso em: 23. ago. 2021.

Artigo recebido em: 30/08/2021

Artigo aceito em: 11/11/2021

Artigo publicado em: 04/05/2022