

## ATIVISMO JUDICIAL: FATORES DE IMPULSIONAMENTO E SUA REAL LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.

## JUDICIAL ACTIVISM: IMPULSIONATION FACTORS AND THEIR REAL DEMOCRATIC LEGITIMACY.

<sup>1</sup>SANTOS, G. M. R.

<sup>1</sup>Curso de Direito - Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM

### RESUMO

Entre os países que adotam o modelo de Corte Constitucional, à exemplo do Brasil, o Tribunal Supremo exerce, além de uma função essencialmente jurisdicional, uma função política, seja pela maneira que ocorre a escolha de seus Ministros, seja pela presença de uma Constituição caracterizada como sendo um instrumento político por excelência. A interpretação da norma constitucional é tarefa precípua da Corte Constitucional, o que traduz sua incumbência de efetivar a supremacia da Constituição, vez que não se deseja um Judiciário descompromissado, especialmente perante às constantes transformações sociais, somadas às diversidades culturais e ideológicas existentes em todo território nacional. Neste sentido, e, por influências do Neoconstitucionalismo, nasce o Ativismo Judicial, em um contexto no qual os princípios constitucionais passaram a servir como parâmetros às decisões da mais alta Corte constitucional brasileira. Citado fenômeno, alvo de muitos questionamentos, especialmente, quanto à sua real legitimidade, ganha espaço na sociedade hodierna, seja diante das visíveis falhas dos Poderes Executivo e Legislativo, seja quando da necessidade de efetivação de direitos fundamentais. Pode-se questionar, então: estariam as decisões ativistas ultrapassando os limites impostos à função jurisdicional? Quais limites o Supremo Tribunal Federal deve observar, no desempenho de sua atividade judicante, para que esta detenha legitimidade democrática? O presente artigo propõe realizar uma análise acerca do ativismo judicial, bem como avaliações a respeito da jurisdição constitucional ativista, no contexto da atual Constituição Federal brasileira.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Constitucionalismo. Jurisdição constitucional.

### ABSTRACT

Among the countries that adopt the model of Constitutional Court, like Brazil, the Supreme Court exercises, in addition to a primarily jurisdictional function, a political function, either by the way the choice of its Ministers occurs or by the presence of a constitution characterized As a political instrument par excellence. The interpretation of the constitutional norm is the primary task of the Constitutional Court, which translates its duty to effect the supremacy of the Constitution, since we do not want a uncommitted Judiciary, especially in the face of constant social transformations, added to the cultural and ideological diversity existing in all territory national. In this sense, and through influences of Neo-constitutionalism, Judicial Activism is born, in a context in which the constitutional principles began to serve as parameters for the decisions of the highest Brazilian Constitutional Court. Quite a phenomenon, the subject of many questions, especially as to its real legitimacy, gains space in today's society, either in the face of the visible failures of the Executive and Legislative Powers, or when the need to realize fundamental rights. One might question, then: are the activist decisions going beyond the limits imposed on the jurisdictional function? What limits does the Federal Supreme Court have to observe, in the performance of its judicial activity, in order for it to have democratic legitimacy? The present article proposes to make an analysis about the judicial activism, as well as evaluations regarding the constitutional jurisdiction activist, in the context of the current Brazilian Federal Constitution.

**Keywords:** Judicial activism. Constitutionalism. Constitutional Jurisdiction.

### INTRODUÇÃO

Entre as nações que adotam o modelo de Corte Constitucional, entre elas o Brasil, o Tribunal Supremo exerce, além da função jurisdicional, também função

política, notadamente, porque a Constituição, que concede tal poder ao Tribunal Superior, é um documento político por excelência.

Sabe-se que a interpretação de norma constitucional é tarefa da Corte Constitucional, bem como suas decisões possuem caráter vinculante e eficácia *erga omnes*. Sendo assim, a incumbência de efetivar a supremacia da Constituição transformou a função jurisdicional estatal na protagonista das modificações ambicionadas pelo Constituinte Originário, vez que não se deseja um Judiciário descompromissado, especialmente, perante as constantes transformações sociais e políticas.

Veio à tona, então, o fenômeno do ativismo judicial, em um contexto no qual os princípios constitucionais passaram a servir como parâmetros às decisões da mais alta Corte Constitucional brasileira, abrangendo questões de ordem econômica, social, individual, política, científica, racial, ambiental, cultural e moral.

Neste sentido, surgem os seguintes questionamentos: quais os fatores de impulsionamento do ativismo judicial no Brasil? Estariam as decisões ativistas ultrapassando os limites impostos ao exercício da função jurisdicional? Quais os limites a serem observados pelo Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua atividade judicante, para que esta detenha legitimidade democrática?

Nota-se que a sociedade hodierna, por conta da sua própria configuração e, principalmente, por conta das visíveis falhas dos Poderes Executivo e Legislativo, carece, certos momentos, de uma postura proativa do Poder Judiciário, o qual necessita sair de sua condição de passividade, especialmente, quando se trata de efetivação e resguardo aos direitos fundamentais.

Feitas estas considerações, o presente artigo propõe-se a realizar uma análise jurídica acerca do ativismo judicial, bem como uma avaliação a respeito da jurisdição constitucional proativa no contexto da superação do positivismo jurídico, buscando entender, assim, os limites para uma atuação com real legitimidade democrática, por parte do Poder Judiciário.

## **Da Análise Histórica do Constitucionalismo**

Inicialmente à análise do tema central deste artigo, necessária se faz uma análise histórica acerca do Constitucionalismo. Nessa linha, pode-se inferir que, o texto Constitucional é o elemento responsável por refletir as características e as

ideologias de um povo determinante, sendo compreendido, entre as diversas nações, pela forma escrita, ou costumeira, relativa ao contexto de sua origem.

Nesse sentido, o arcabouço histórico das constituições dá-se, basicamente, em períodos temporais, os quais dividem-se dentre as preexistentes formas de local e época respectiva. Em decorrência, pois, três são os principais e básicos contextos do constitucionalismo, sendo eles: o Antigo, o Moderno e o Contemporâneo.

Em linhas evolutivas, pois, primeiramente, é compreendido o Período do Constitucionalismo Antigo, fundamentado nas bases da evolução constitucional entre as nações, que compreendeu entre toda a Antiguidade Clássica até o século XVIII.

Nessa linha, conforme deixa claro Gustavo Benenbojm, citando Nelson Saldanha:

Não seria equivocado dizer que as origens remotas do constitucionalismo são anteriores ao liberalismo. Como anota Nelson Saldanha, as concepções medievais já contemplam uma certa noção de limitação do poder, sempre compartilhando, naquele período, entre imperador e papa, entre reis e senhores, e controlado aqui e ali por cortes e parlamentos. Há autores que enxergam no movimento pontifício as raízes ancestrais do moderno constitucionalismo. É esta limitação que autoriza os historiadores a falar de um constitucionalismo medieval e mesmo a enxergar nas experiências medievais os germes do liberalismo moderno e da teoria constitucional (BENENBOJM, 2010, p. 16).

Assim, tem-se que referido período compreende toda a Antiguidade, e, inclusive, o conhecido período do Estado Liberal, em que imperavam as Monarquias Absolutistas, período este caracterizado pela existência de leis protetivas de interesses particulares, desvinculadas, por completo, dos interesses gerais do povo. Como consequência, as normas constitucionais surgidas em referido período buscavam limitar, racionalizar e relativizar o poder concentrado nas mãos do monarca.

Posteriormente, tem-se o Período Constitucional Moderno, que, para muitos estudiosos, marca o início, em si, dos períodos constitucionais.

Este período é influenciado por ideologias dos Estados Unidos da América e da França, e contempla o início dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão. Compreendeu, também, as constituições da Alemanha, de 1919, e a Constituição de República Federativa do Brasil, do ano de 1934.

Finalmente, há o Período Constitucional Contemporâneo, conhecido, por muitos, como Neoconstitucionalismo. É característica deste período a presença de textos constitucionais lastreados por direitos e garantias fundamentais, que se

irradiam sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, marcando a atuação dos Três Poderes, e influenciando, diretamente, no surgimento das legislações, na hermenêutica e na aplicabilidade das leis.

O Neoconstitucionalismo é compreendido como um fenômeno constitucional que criou um novo sistema jurídico, onde todo o ordenamento é visto com olhos constitucionais, com novas fundamentações e novas ideologias, sendo um dos grandes e fundamentais precursores da existência do ativismo judicial.

### **A Jurisdição Constitucional e a Superação do Positivismo Jurídico**

O direito positivo possui como fonte, em suas bases, a legislação positivada, sendo, o Estado, o determinante do que é direito, e, “interessam ao direito positivo as normas produzidas pelas autoridades competentes e vigentes em determinado Estado” (ALONSO, 2012, p. 72). Assim, é o Direito que se perfaz no ordenamento jurídico, sendo considerado um sistema único de normas positivadas. Todavia, esse ideal, de forma isolada, é insuscetível de concretização.

Neste contexto, pois, surge o Neoconstitucionalismo, com o objetivo básico de unificar os pontos benéficos presentes no Direito Positivo e no Direito Natural, quais sejam: a positivação da norma, e a garantia e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, respectivamente.

A sociedade pátria vive num momento de novas perspectivas constitucionais, caracterizada pelas influências do movimento neoconstitucional. Por conseguinte, a Constituição passa a ser o ponto central de todo o sistema jurídico, dotada de relevante e respeitável caráter normativo, e provida de uma grande gama de valores, direitos e garantias fundamentais, sendo o ponto irradiador de todo ordenamento. Tal movimento constitucional, ainda, é responsável pela conhecida “expansão da jurisdição constitucional”.

É o que afirma Eduardo Cambi, veja-se:

O magistrado, desde o recém-ingresso na carreira (juiz substituto), até o mais experiente Ministro do Supremo Tribunal Federal pode, no caso concreto, verificar se a lei ou o ato normativo está em consonância com a Constituição (CAMBI, 2007, p. 8-9).

Tem-se, dessa forma, que o termo “jurisdição”, amplamente conhecido no meio jurídico, é conceituado como sendo o “poder-dever de dizer o direito no caso

concreto”, impedindo que qualquer magistrado se escuse de sua realização funcional. Na mesma premissa, a expressão “constitucional”, como o próprio nome já explicita, traduz a ideia de ligação (vinculação) aos mandamentos e determinações dos textos constitucionais, igualmente vinculando a atuação dos magistrados.

Assim, tem-se que a jurisdição constitucional, preliminarmente, pode ser tida como “um poder-dever de dizer, de forma constitucionalizada, o direito no caso concreto”, mas a isto não se limita. Ou seja, o termo “jurisdição constitucional” também engloba o poder-dever, do Judiciário, de realizar o controle de constitucionalidade das leis em geral.

A expansão da jurisdição constitucional, por sua vez, tida como uma das consequências da superação do positivismo jurídico, expressa-se no sentido de que o Judiciário, ao realizar o seu poder-dever jurisdicional, deve fazê-lo observando a constituição, dando sentido constitucional às suas decisões, e realizando, se for o caso, o controle constitucional das normas jurídicas que lhe forem apresentadas.

Destarte, nota-se que referida expansão ocorre à luz da própria organização do Poder Judiciário, estabelecida pela Constituição pátria, na medida em que o poder-dever de atuar, de forma constitucionalizada, no exercício da Função Jurisdicional, não se aplica, de maneira única e exclusiva ao Supremo Tribunal Federal, expandindo-se à todo o organizado poder judiciário.

Deste modo, seja em atuações dos tribunais superiores, dos tribunais dos Estados, ou mesmo de um juiz singular, encontrar-se-á sempre a necessidade da realização de uma atuação jurisdicional que seja, de fato, constitucional.

Nota-se, nessa linha de raciocínio, que, aplicando-se as normas constitucionais, quando da atuação jurisdicional, concretizados encontrar-se-ão, a Constituição, em si, as suas normas, e os seus valores, garantindo-se o resguardo aos direitos, a proteção às garantias fundamentais, e a efetivação à paz social e à democracia.

### **Passivismo, Ativismo Judicial e Interpretação Criativa**

Até o presente momento, foram abordadas questões históricas referentes ao constitucionalismo, abrangendo a evolução da jurisdição constitucional, seu contexto na superação do positivismo jurídico.

Nota-se que, de acordo com os apontamentos realizados, o ativismo judicial já fora previamente analisado, seja com breves apontamentos e com diversos exemplos

práticos. Todavia, necessária se faz uma conceituação juridicamente fundamentada do que apresenta, de fato, ser o ativismo judicial, a qual traga uma proximidade ainda maior com a real ideologia ativista frente o presente contexto vivido.

Entretanto, anteriormente à análise do disposto, sob uma outra ótica, convém analisar o conhecido “passivismo judicial”. Pois bem.

Conforme o próprio nome diz, o passivismo traduz uma atuação jurisdicional passiva, desvinculada da liberdade de atuação ou da vontade própria. Nesse viés, o passivismo é reduzido a uma aplicação legislativa única, caracterizado pela subsunção fática às normas previamente editadas, na qual o Judiciário limita-se apenas em aplicar objetivamente as normas aos casos em que lhe são apresentados. Observa-se que, com a expansão da jurisdição constitucional, o passivismo judicial, apesar de ainda se fazer presente nas atividades judicantes, possui menores influências, especialmente pelo contexto jurídico vivenciado após a Constituição Federal de 1988.

O ativismo judicial, em contrapartida ao passivismo, nas palavras de Elival da Silva Ramos, pode ser conceituado da seguinte forma:

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). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010, p. 128).

Dessa forma, percebe-se que o ativismo judicial pode ser conceituado como sendo uma atuação jurisdicional que abrange temas e atribuições que se encontram, em tese, além das previamente estabelecidas como de competência do Poder Judiciário. Para tanto, utiliza-se de uma atividade jurisdicional essencialmente proativa, repercutindo-se de maneira inovadora e criativa. A atividade jurisdicional passa a identificar e resolver, por si só, questões anteriormente não vislumbradas, ou que, em tese, seriam de competência do Poder Legislativo, o qual não o fez, ou o fez de maneira diversa.

O ativismo também pode manifestar-se em questões diversas do contexto de conflito de interesses, estando presente no momento do controle de constitucionalidade. Assim, quando se determina a inconstitucionalidade de uma

norma criada pelo Poder Legislativo, fica demonstrada a manifestação de uma ideologia ativista, com decisões essencialmente criativas.

Nota-se, nessa análise, que a doutrina apresenta duplo sentido no termo ativismo judicial, trazido por Elival da Silva Ramos como uma “ambiguidade”, o qual deixa claro que:

A expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do liberalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo, é ativista, apresentando ao termo conotação negativa [...]. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado na Hermenêutica contemporânea (2010, p. 133).

Conforme observado nos ensinamentos do autor, à sistemática constitucional brasileira, aplica-se o ativismo judicial sob seu viés positivo, abrangente de um ativismo judicial oriundo de influências e ideologias do próprio sistema Neoconstitucional.

Dessa forma, as atuações ativistas são oriundas de influências referentes à força normativa da Constituição, bem como à temas ligados à nova hermenêutica constitucional e à expansão da jurisdição constitucional. Torna-se notável que a conduta proativa do Judiciário, para o caráter positivo do ativismo judicial, apresenta-se com um cunho de inevitabilidade, ou seja, necessário, indispensável e contemporâneo, frente à hodierna realidade neoconstitucional.

Nota-se que para os defensores do viés ativista positivo, busca-se a atuação da força normativa constitucional, junto da expressão de uma jurisdição constitucional expansiva, que traga novas construções interpretativas, bem como a quebra de paradigmas. Para tanto, necessita-se, obviamente, do respeito às normas e determinações constitucionais.

Por fim, nesse sentido, Miguel Reale, buscando conciliar a criatividade jurisdicional frente a obediência ao direito, deixou claro que:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo [...]. A interpretação jurídica,

visando o *sentido objetivamente válido* de um preceito, 'não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro' observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento jurídico (2010, p. 137).

Assim, diante das citadas palavras de Miguel Reale, fica simples compreender o verdadeiro sentido da interpretação criativa, atrelada ao ativismo judicial. Destarte, o magistrado, ao analisar um conflito posto à sua apreciação, deve agir de maneira conciliatória entre os dois extremos a ele dispostos, qual seja, sua livre vontade e a vontade expressa em lei.

Retira-se como entendimento das citadas palavras, ainda, que, quando do momento de uma atividade jurisdicional, o julgador não irá única e simplesmente aplicar uma lei, repetindo aquilo que já fora previsto pelo legislador. Dessa forma, em seu exercício, o magistrado, voltado à todas as formas interpretativas e ao próprio contexto social e político no qual está vinculado, irá colocar fim a um processo até então iniciado pelo legislador, com o condão de finalizar e concretizar o sentido que a norma passa a deter frente àquele caso, em específico, colocado a sua apreciação.

"A legitimidade da atuação da jurisdição constitucional demanda a demonstração de consciência de sua atividade" (MORO, 2004, p. 262). Não basta apenas aplicar a lei de maneira objetiva. Deve-se "pensar a lei", de forma consciente, utilizando-se dos métodos hermenêuticos, de todos os aparatos dispostos e, especialmente, da boa percepção legislativa quando de uma atuação criativa, frente à um contexto específico, então disposto ao magistrado.

## **Os Fatores de Impulsão do Ativismo Judicial no Brasil**

De acordo com o demonstrado até o momento, pode-se questionar quais foram, e ainda são, os fatos que impulsionaram a implementação das influências jurisdicionais ativistas no Brasil

Conforme deixa claro Elival da Silva Ramos, tem-se que:

O primeiro elemento de impulsão do ativismo judicial está relacionado ao modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio vem prestigiando desde a Carta de 1934: o do Estado democrático-social, de perfil intervencionista (...). Em diversas passagens, a Carta de 1988 indica que a qualificação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) teve o propósito de conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã (2010, p. 268).

Nota-se, que o próprio sistema constitucional brasileiro, com as influências no Neoconstitucionalismo, e com as influências do Estado Democrático de Direito, demonstram um dos fatores impulsionadores à um sistema ativista no Brasil.

Analizando os textos da Constituição Federal de 1988, percebe-se, por exemplo, um grande rol de direitos fundamentais, uma grande gama de princípios, todos dispostos de forma explícita ou implícita. Por se tratarem de princípios que admitem diversas formas de interpretações e grande aplicação nos mais variados contextos, há uma maior facilidade de se implementar um ideal ativista às atuações jurisdicionais. Pegue-se, como exemplo, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, como se sabe, possui grandes ramos de interpretação e aplicações, havendo, inclusive, dificuldade na sua própria conceituação.

Nesse sentido, em sábias e bem colocadas palavras, Mauro Capelletti aduz que:

O principal fato de levar juízes a atuarem de modo mais criativo (no limite, chegando ao ativismo) é a grande transformação do papel do direito e do Estado na moderna “sociedade do bem-estar”: Mais cedo ou mais tarde, os juízes deverão aceitar a realização da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar (CAPELLETI, 1984, p. 42).

Das palavras de Capelletti, nota-se a necessidade de atuação jurisdicional, aclarando o ideal da ideologia proativa, no sentido de o próprio Judiciário, influenciado pelo sistema, acaba por atuar no sentido de busca por maior e melhor aplicabilidade e respeito aos programas estatais dispostos à uma realidade social. Os juízes, portanto, de forma natural e constitucionalmente disposta, atuam com o condão de proteção e busca por maior efetividade aos direitos e determinações do próprio sistema, guiado pela Constituição Federal.

Destaca-se, porém, que os fatores de impulsionamento do ativismo não se limitam a isto. Assim, nota-se, igualmente, fator que enseja à uma atuação proativa, a própria possibilidade e necessidade de controle jurisdicional de atos e atuações dos demais poderes. Dessa forma, por exemplo, no caso de controle de constitucionalidade, seja por meio da via difusa ou no viés da via abstrata, o Judiciário

acaba, em certa medida, controlando os atos relativos ao Poder Legislativo. Ora, se o Poder Judiciário está examinando uma lei, até então, editada pelo legislador, há, de fato, uma atuação proativa, no sentido de controle e adequação de um ato praticado por um outro poder.

O mesmo se aplica em relação ao Poder Executivo. Analisando, pois, os próprios fundamentos do Direito Administrativo, estes demonstram a adoção de um sistema inglês conhecido como “Sistema judiciário ou de Jurisdição una”, o qual estabelece e permite o controle jurisdicional aos atos praticados pela administração pública.

Nessa premissa de atuação dos Três Poderes, nota-se que, se a possibilidade de um controle jurisdicional aos demais poderes é tido como um fator de impulsão do ativismo judicial, a inércia de algum deles, também o é. Assim, pode-se dizer que a falha ou, em outras palavras, a inércia de atuação de um outro poder, também pode impulsionar a ideologia proativa. Isso pode ser demonstrado, por exemplo, em casos de lacunas legislativas, onde cabe ao judiciário atuar de forma integrativa, buscando, analogicamente, regular a situação à ele disposta.

Por fim, também merecedoras de análise, encontram-se as normas portadoras de conceitos indeterminados, vagos, ambíguos ou amplos, assim como os princípios constitucionais ensejadores de atividades criativas. Dessa forma, uma norma indeterminada, por exemplo, permite uma atuação proativa do Judiciário, no sentido de determinar uma atividade criativa estabelecadora de um sentido à mesma.

Percebe-se, pois, que amplos são os fatores impulsionadores da ideologia ativista no sistema jurídico brasileiro. Seja por influências do Estado Democrático de Direito, seja por conta da forma de estruturação e atuação dos Três Poderes, ou das presentes normas caracterizadas pela extensa amplitude, o ativismo judicial é uma realidade jurídica brasileira. Pode-se dizer, assim, que o Judiciário vive o seu momento, e diga-se, um momento sem igual, ensejador e condizente às influências e ideologias ativistas, especialmente frente aos fatores a ele impulsionante, somados à hodierna realidade jurídico-social brasileira.

### **A Real Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional Proativa**

Uma postura ativista dos magistrados, embora desejável e, por vezes, frequente, deve ser modulada aos variados contextos, haja vista que a sua atuação demasiada e juridicamente inconsciente pode causar insegurança jurídica, o que é

rejeitado em um Estado Democrático de Direito. Nessa linha, muitos questionamentos acerca do ativismo judicial passaram a surgir, os quais acabam por fundamentar-se na incompatibilidade do ativismo judicial e a democracia. Veja-se:

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional poderia ser equacionada, assim, em dois pontos básicos: (*primeiro*) a circunstância de as Cortes Constitucionais serem compostas de juízes não eleitos – embora nomeados, em regra, pelos agentes que detêm mandato popular – que não se submetem aos controles periódicos de aferição da legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa; (*segundo*) a circunstância de as decisões de Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático (BENENBOJM, 2010, p. 52).

Por esse viés, para os defensores da ideologia contrária ao ativismo, o fundamento básico é que os magistrados não possuem vontade política própria, devendo atuar de maneira predominantemente técnica e imparcial e, por tal razão, rejeitam o ativismo judicial, que é, para eles, considerado um risco, especialmente diante de questões envolvente aos direitos fundamentais.

Por outro lado, existem alguns argumentos que acabam, de certa forma, explicando o real motivo do ativismo, destacando que este ganha respaldo no momento em que a função jurisdicional, atua de forma proativa em nome da própria Constituição Federal. Tal atuação, assim, se dá quando o Supremo Tribunal Federal age no sentido resguardando ao próprio procedimento democrático, bem quando promove a defesa aos direitos fundamentais.

Nessa sequência, estabelece Gustavo Benenbojm:

Os princípios fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional (2010, p. 278).

A esse respeito, também, explicam os autores Fernando de Brito Alves e Guilherme Fonseca de Oliveira, que:

O ativismo não deve medir esforços na defesa de direitos de primeira dimensão, porque, se são direitos que não impõe ônus ao Estado (ou seja, são direitos baratos), a negação desses direitos pelas maiorias eventuais contraria o pluralismo que exsurge da Carta de 88 (2014, p. 40).

Dessa forma, “mesmo não eleitos, os juízes podem traduzir aspirações populares” (HARKENHOFF, 2001, p. 116). Por esse ângulo, a própria Constituição Federal estabelece aos juízes a competência para anular ou não aplicar as normas inconstitucionais ao caso concreto a eles apresentado, os quais o fazem por meio do controle abstrato ou concreto de constitucionalidade. Tal sistema tem como fundamento o próprio sistema de Freios e Contrapesos aplicado ao Sistema Jurídico brasileiro.

Ressalta-se, ainda, que a atividade jurisdicional, conforme já estabelecido neste estudo, clama por posturas proativas por parte do Poder Judiciário, seja por conta das diversidades sociais brasileiras, pelo hodierno contexto do país, pelas inércias legislativas, pela necessidade de resguardo de direitos fundamentais, e, até mesmo, pelas mais variadas expressões vagas ou ambíguas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Então, nota-se, claramente, que:

Não se faz necessária uma análise mais aprofundada para perceber que, com muita frequência, os textos constitucionais possuem linguagem aberta, termos ambíguos, polissêmicos. Logo, os juízes poderão atribuir sentidos diferentes, por exemplo, às expressões calamidade pública, relevância e urgência, dignidade da pessoa humana, interesse social etc (PADILHA, 2011, p. 34).

Não raros são os momentos em que, no ordenamento jurídico, encontram-se expressões vagas, interpretações variadas ou, até mesmo, incompreensíveis, em que não haverá uma solução facilmente determinada com uma simples leitura textual. Consequentemente, o juiz se tornará também protagonista do processo de criação normativa, no sentido de construir, de forma argumentada e juridicamente pensada, o sentido pelo qual a norma vai vigorar, naquele contexto em concreto a ele disposto. O que se exige, porém, é uma atuação jurisdicional que esteja dentro da ordem legal.

É o que estabelece Daniel Marques de Camargo:

(...) Não se tem nem se deseja um indivíduo e um magistrado sem história, sem emoções, sem memória, sem desejos, mas sim que tais elementos, na prática jurídica, estejam resguardados pelos parâmetros essenciais de nossa ordem legal (2010, p. 98).

O autor ainda deixa claro que:

A Constituição Federal de 1988 precisa ser tomada e aplicada em toda a sua substancialidade e essencialidade. É necessário dizer o óbvio: precisamos constitucionalizar o direito infraconstitucional, fazer com que a Constituição seja realmente o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, caminhar na direção de um direito promovedor-transformador, e não mais somente de um direito ordenador (2010, p. 70).

Assim, questiona-se: até que ponto pode-se dizer que a jurisdição constitucional ativista encontra-se democraticamente legitimada? Apesar das grandes discussões e posicionamentos diversificados a respeito da questão e, não obstante parecer algo complexo, a resposta é bastante simples.

É sabido que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, são, justamente, nos casos de real necessidade de atuação judiciária ativista, que esta encontra sua legitimidade democrática, onde a recusa ou a inércia de atuação por parte do Poder Judiciário acabaria por causar ferimento à direitos constitucionais.

Conforme dito por inúmeras vezes, a diversificada sociedade brasileira hodierna depara-se, constantemente, com inúmeras “situações”, sejam elas relativas à própria lei em si, à própria atuação falha do poder legislativo e executivo, ou, até mesmo, à própria impossibilidade de previsões legislativas de determinados casos concretos. Tais situações, somadas ao contexto populacional brasileiro, demandam por atuações jurisdicionais ativistas e, por si só, acabam legitimando-as, frente à necessidade de manutenção e proteção da Constituição, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Assim, pode-se dizer que, todos os fatores de impulsionamento do ativismo judicial, acabam sendo, por si só, fatores que acabam o legitimando. Nestes casos, a inércia do Poder Judiciário, de uma resposta estatal, acabaria causando o ferimento de direitos constitucionais.

O que se deve ressaltar, no entanto, é que tal legitimidade somente possui razão de ser a partir do momento em que os magistrados ou qualquer tribunal brasileiro atua de maneira fundamentada, com resguardo aos princípios, valores, mandamentos e determinações constitucionais, de modo a pensar de maneira consciente o Direito em si, deixando de lado certas subjetividades desnecessárias. Somente desta forma com resguardo e respeito em suas atuações, pode-se dizer que a necessária atuação jurisdicional ativista encontra-se legitimada pelos princípios, ideologias e valores do Estado Democrático de Direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ativismo judicial é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, especialmente após o fenômeno do Neoconstitucionalismo, responsável por novas ideologias e atuações jurisdicionais. Dessa forma, não obstante às severas críticas e posicionamentos contrários, percebe-se, claramente, que o contexto social, político e jurídico, vivido pelo Brasil, clama por posturas proativas por parte da Função Jurisdicional.

Nessa linha, a atuação jurisdicional, com bases no ativismo, representa uma atividade jurisdicional caracterizada por uma exploração e aplicação constitucional extensiva, seja com o condão de corrigir certas falhas legislativas e administrativas, seja diante das conhecidas lacunas, bem como por conta das divergências populacionais compreendidas pelas extensões do território nacional.

Nessa toada, muito se questiona, no entanto, a respeito da segurança jurídica e dos riscos trazidos pelo ativismo, especialmente pelo fato dos membros do Poder Judiciário não serem escolhidos pelo povo por meio das votações, como ocorre com os demais Poderes. Deve-se compreender, porém, que, o fato dos membros do Poder Judiciário estarem desvinculados da escolha por meio do voto, não traz riscos à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o que ocorre, justamente, pelo fato deste Poder atuar de forma a tutelar os interesses e garantias estabelecidos constitucionalmente.

Assim, pode-se dizer, que a jurisdição constitucional, especialmente em suas atuações ativistas, encontra seu espaço, permissão e legitimidade, no momento em que o contexto ora apresentado ao magistrado enseja a uma postura ativista por sua parte, onde a recusa ou a inércia jurisdicional podem compreender em ferimento à direitos e princípios constitucionais. Deve-se ressaltar a necessidade de uma atuação fundamentada, com respeito e aplicação dos direitos e garantias fundamentais, de maneira a se pensar, de forma consciente, o Direito a ser aplicado ao contexto em análise, desvinculando-se de certas subjetividades desnecessárias.

É clarividente que, em certa medida, o ativismo judicial pode trazer riscos, como toda atividade jurisdicional que se realiza, seja por conta de arbitrariedades, ou por interesses subjetivos por parte de magistrados. Entretanto, é preciso considerar que a expansão da jurisdição constitucional serviu bem à Democracia como um todo.

Deste modo, considera-se que a atuação da jurisdição constitucional ativista encontra respaldo e legitimação nos princípios, necessidades, valores e ideologias do

próprio Estado Democrático de Direito, da própria Constituição Federal, o que, claramente, demonstra o grande avanço para a manutenção do resguardo aos mandamentos, determinações, direitos e garantias constitucionalmente dispostas.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas**. 2012. 172 páginas. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Puc-SP, São Paulo-SP.

ALVES, Fernando de Brito. OLIVEIRA, Guilherme Fonseca. Democracia e Ativismo Judicial: Atuação Contramajoritária do Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais das Minorias. **Argumenta**, Jacarezinho-PR, n. 20, p. 33-45, 2014.

BENENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. São Paulo: RENOVAR, 3. ed., 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Documento eletrônico (onlile). Disponível em Internet, via WWW.URL

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PADILHA, Elisângela. **Ativismo judicial e judicialização da política no Brasil**. 2011. 55 páginas. 3º grau - Direito Constitucional. FIO, Ourinhos-SP.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.