

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE JUDICIAL ACTIVISM TO THE CONCRETION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

*Makena MARCHESI**

*Leonardo Alvarenga da FONSECA***

SUMÁRIO: Introdução; 2 Direitos fundamentais; 2.1 Conceito e evolução; 2.2 Direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988; 3 Democracia e direitos fundamentais; 3.1 Estado Democrático de Direito; 3.2 Neoconstitucionalismo; 3.2 Judicialização; 4 Ativismo judicial; Uma democracia real *versus* uma democracia ideal; 5 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente artigo analisa a legitimidade democrática do Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais encartados na Constituição. Para tanto, discorre sobre o conceito e a evolução histórica dos direitos fundamentais. Sequencialmente, busca demonstrar que o movimento teórico-filosófico do neoconstitucionalismo produziu o fenômeno da judicialização, com acréscimo da demanda social pela atuação do Poder Judiciário, muitas vezes acionado para suprir as lacunas deixadas pela retração dos demais Poderes. Por fim, defende que a postura ativista do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais encontra apoio na Constituição da República e se legitima como expressão lúdica de uma democracia real.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Democracia. Ativismo judicial.

* Mestranda em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Ministério Público e defesa da ordem jurídica pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. E-mail: makmarchesi@hotmail.com

** Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado pela Universidade Federal do Espírito Santo e pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo. E-mail: leon-alva@hotmail.com - Artigo submetido em 28/10/2013. Aprovado em 08/01/2014.

ABSTRACT: The present article analysis the democratic legitimacy of the judiciary to realize the fundamental rights inserted in the Federal Constitution. Therefore, it discusses about the concept and historical evolution of the fundamental rights. Sequentially, has sought to demonstrate that the theoretical-philosophical new constitutionalism movement produced the judicialization phenomenon, increasing the social demand for the judiciary performance, often activated to fill the administrative and legislative gaps. Finally, it defends that the judiciary's activist attitude to realize the fundamental rights finds support in the Federal Constitution and legitimizes itself as authentic expression of a real democracy.

KEYWORDS: Fundamental rights. Democracy. Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

Diante do crescente número de decisões proferidas pelo Judiciário em que se verifica uma postura proativa a fim de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, cresce a discussão acerca do ativismo judicial, tema que vem sendo debatido nos Estados Unidos desde meados do século passado, contudo ainda pouco estudado no cenário jurídico brasileiro.

Para a correta compreensão e análise do tema é necessário conhecer as circunstâncias históricas que ensejaram seu desenvolvimento, sendo importante, ainda, sua diferenciação da chamada judicialização, fenômeno com o qual muitas vezes é confundido.

Com efeito, a judicialização abriu as portas para o ativismo judicial, na medida em que deslocou para o Judiciário a decisão acerca de questões relevantes dos pontos de vista político, social e moral, nada obstante diferencie-se deles em relação ao elemento voluntarista do julgador.

Superada a delimitação conceitual do que vem a ser ativismo judicial, questiona-se acerca da possibilidade de implementação de tal conduta num Estado Democrático de Direito, demonstrando-se não somente a legitimidade do ativismo judicial para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, como a necessidade da adoção de tal postura pelo Poder Judiciário, notadamente ante ao vazio deixado pelos demais Poderes, bem como em face da necessidade de proteção dos direitos das minorias.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito e evolução

A partir de uma verdadeira afirmação histórica, os direitos humanos foram sendo incorporados aos textos constitucionais, passando a representar, mais do que abstenções, obrigações de caráter concreto do Estado.

Grande parte da doutrina afirma que ao serem reconhecidos por determinada

ordem constitucional, expressa ou implicitamente, tais direitos passam a ser denominados “direitos fundamentais”⁷ (CANOTILHO, 2000, p. 393).

Consoante J.J Gomes Canotilho (2000, p. 381), a origem dos direitos fundamentais remonta à antiguidade clássica, na medida em que o pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade.

Na Idade Média, as concepções cristãs, ao distinguir a lei divina da lei natural e da lei positiva, abriram o caminho para submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens.

Sem embargo, foi a secularização do direito pelos valores objetivos da escolástica espanhola que deu origem a uma concepção secular do direito natural, uma vez que substituiu a vontade divina pela natureza ou razão das coisas.

Canotilho (2000, p. 382-383) afirma que a doutrina dos direitos fundamentais costuma destacar também a *Magna Charta Libertatum* de 1215, contudo, segundo o autor, não se tratava de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos da aristocracia feudal em face do seu suserano.

Contudo, o constitucionalista admite que embora esse preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais, acabou por ter uma dimensão mais geral quando se tornou extensivo a todos os ingleses (CANOTILHO, 2000, p. 382-383).

Por sua vez, o surgimento das teorias contratualistas do Estado não só colaborou para a queda do feudalismo, mas também para o reconhecimento dos direitos do homem, na medida em que a burguesia, marginalizada pelo sistema absolutista em que a nobreza detinha privilégios, passou a lutar por seus direitos políticos.

Com efeito, se as ideias contratuais de Hobbes acabaram com a legitimação do poder absoluto, a teoria de Locke conduziu à defesa da autonomia privada, influenciando na teoria liberal dos direitos fundamentais, que os considera sempre como direitos de defesa do cidadão em face do Estado.

Nesse contexto, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, os quais dizem respeito a direitos fundados na vida, liberdade, propriedade, enfim direitos de conteúdo negativo, isto é, que impõem a abstenção do Estado, o qual, por intermédio das leis, passou a interferir nas relações sociais somente para garantir a segurança jurídica.

Nada obstante, a abstenção do Estado propiciou a exploração do proletariado pelo detentor do capital, fazendo com que a criminalidade e a miséria se acentuassem nos grandes centros industriais, ocasionando graves problemas sociais.

⁷ No mesmo sentido, leciona Fábio Konder Comparato (2013, p. 71) ao afirmar que: “É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”.

O descaso com os problemas sociais associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades internas da sociedade geraram novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social (MENDES; BRANCO, 2012, p. 155).

Diante da situação de miséria, o capitalismo entrou em crise, principalmente após a Revolução Industrial, ganhando espaço a doutrina socialista, que se contrapunha aos ideais liberais ao propor o fim da propriedade privada e das classes sociais.

Nesse contexto, surgiu o Estado social como reflexo das mudanças socioeconômicas e políticas ocorridas no primeiro pós-guerra, o qual se evidenciou desde a Constituição mexicana de 1917, passando pela Constituição de Weimar, na Alemanha (1919), Polônia e Jugoslávia (1921) até 1989, que marcou o fim da guerra fria.

Sobre o tema, leciona Fábio Konder Comparato (2013, p. 65-66):

[...] em contrapartida a ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Com efeito, o Estado Social se funda no intervencionismo estatal destinado à proteção, preservação e promoção do mercado, bem como à satisfação das reivindicações da sociedade de massa, à proteção dos direitos humanos,

especialmente após o desaparecimento dos regimes nazifascistas.

Assim, o Estado espectador se torna atuante, transformando-se em agente criador e prestador de serviços. Sobre o tema, observa Paulo Bonavides (apud CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 18):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos de trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social.

Nesse contexto, surgem os direitos de segunda geração ou dimensão, que buscam a isonomia material por meio das prestações positivas do Estado, os quais dominaram o século XX.

A partir da década de 1960, o forte impacto tecnológico, o estado de beligerância e o processo de descolonização do segundo pós-guerra acarretaram reflexos no campo dos direitos fundamentais.

Surge uma nova categoria de direitos humanos, os chamados direitos de terceira geração ou dimensão, denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que não se restringem a individualidade de cada um, transportando-se para uma dimensão coletiva, transindividual e indivisível. Decorrem da reflexão acerca de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A doutrina constitucionalista aponta ainda a existência dos direitos de quarta dimensão surgidos como resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. São citados como exemplos o direito à democracia, à informação e, ainda, ao pluralismo.

À evidência, a distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem, não significando dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte.

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das

concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais (MENDES; BRANCO, 2012, p. 156).

No Brasil, embora seja possível identificar a evolução dos direitos fundamentais em momentos anteriores da história pátria, sobretudo com os marcos do fim da escravidão e do estabelecimento da República, seguidos de conquistas sociais no campo do trabalho na Era Vargas, é notadamente com a Constituição de 1988 que se estabelecem e consolidam.

2.2 Direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988

A Constituição de 1988 formatou um catálogo de direitos fundamentais na toada de um processo de redemocratização do país após mais de 20 (vinte) anos de ditadura militar. Desse modo, o constituinte reconheceu grande número de direitos sociais ao lado de direitos clássicos e diversos direitos de liberdade, direitos políticos e outros (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 34-35).

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (apud CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 34-35), a Constituição brasileira de 1988 se caracteriza como analítica, pluralista, com forte cunho programático e dirigente. Analítica porque possui grande número de dispositivos legais, a exemplo do Título II, nomeado “dos Direitos e Garantias Fundamentais”, onde se reflete um caráter regulamentista, que dá a entender que o constituinte buscou resguardar as conquistas alcançadas contra o próprio legislador ordinário.

O pluralismo advém do caráter compromissário, pois o constituinte buscou conciliar posições e reivindicações resultantes de fortes pressões políticas exercidas pelas tendências envolvidas no processo constituinte.

O cunho programático e dirigente resulta da grande quantidade de disposições que requerem regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidas, implementadas e asseguradas pelos poderes públicos.

Esse último aspecto foi mitigado em face da redação do § 1º do artigo 5º da Constituição da República, que estabelece a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais são protegidos formalmente (procedimento) e materialmente, por intermédio das chamadas cláusulas pétreas (art. 60 da CF).

A propósito, o § 2º do artigo 5º da Constituição prevê um conceito aberto de direitos fundamentais no Direito constitucional brasileiro, na medida em que estabelece que os direitos e garantias previstos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte, constituindo a chamada cláusula geral inclusiva.

Especificamente no que tange aos tratados ou convenções internacionais

sobre direitos humanos, o § 3º do artigo 5º da Constituição da República dispõe ainda que, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.²

À evidência, a localização topográfica dos direitos fundamentais logo no início da Constituição brasileira de 1988 faz com que esse conjunto sirva de parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.

Quadra salientar que os direitos previstos na Constituição da República possuem uma dupla dimensão da fundamentalidade: direitos objetivos e subjetivos. Sob a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais possibilita-se à coletividade exigir ações positivas e negativas do Estado relacionadas aos direitos fundamentais e às liberdades em geral. Já no que tange à perspectiva objetiva, os direitos fundamentais representam uma diretiva de atuação para o Estado, iluminando suas atividades típicas (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 46).

Além disso, os direitos fundamentais possuem eficácias vertical e horizontal. A primeira diz respeito à relação Estado-cidadão, vinculando o legislador, o administrador e o juiz aos direitos fundamentais. Por sua vez, a eficácia horizontal concerne à esfera privada, isto é, entre particulares detentores de direitos fundamentais.

3 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Estado Democrático de Direito

O contexto da evolução dos direitos fundamentais necessariamente se imbrica com a democracia, como regime político, e com o Estado de Direito, como estrutura política de organização estatal, de cujo amálgama se extrai o conceito de Estado Democrático de Direito, do qual a Constituição declara ser constituída a República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, *caput*).

A democracia, como regime político, é um conceito de difícil equação, e se situa muito além da significativa, mas, por si só insuficiente, definição etimológica de “governo do povo”, dadas as dificuldades em obter consonância entre a vontade popular e a atividade de seus representantes, resultando em ações estatais desconectadas com a realidade social ou em políticas públicas de baixo reflexo sobre as condições de vida da população³.

² Para Fábio Konder Comparato, (2013, p. 74) a referida disposição constitucional representa um retrocesso, na medida em que “[...] a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. [...] O Brasil veio, porém, contrariar essa tendência com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual introduziu no art. 5º da Constituição Federal, um § 3º [...]”.

³ Michele Pereira (2009, p.12), com apoio em Fernando Moro, aponta que “[...] a essência do Estado Democrático envolveria sempre a legitimação do exercício do poder pelo povo, o qual atualmente é representado por meio de seus governantes, uma vez que se tornou inviável aos estados modernos o exercício da democracia direta”, fato que se encontra na gênese da insatisfação de parcelas expressivas da população com os mandatários do poder político.

Muito mais do que sua identificação histórica como forma ideal de governo – da qual há poucos exemplos na era moderna – a democracia contemporânea se qualifica como autêntico “valor-meio”, em constante aperfeiçoamento e construção, não podendo ser concebida senão para a concretização dos direitos fundamentais, girando em torno do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana⁴ e impondo observância das suas regras e normas instituidoras, tanto para os exercentes de funções estatais quanto para os particulares.

Estado de Direito, por sua vez, é expressão cunhada pela doutrina alemã, de inegável cunho liberal e que em poucas linhas pode ser definido como Estado da razão, Estado do entendimento, centrado na laicidade e na racionalidade, preocupado com a contenção da intervenção estatal sobre a esfera jurídica dos cidadãos e estruturado politicamente para viabilizar o autodesenvolvimento dos indivíduos, garantido por um plexo de direitos básicos da cidadania (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p.23).

O Estado de Direito, que não nasceu democrático e tampouco constitucional, viu-se irreversivelmente lançado para o interior das Cartas Políticas e fundido ao princípio da soberania popular, após a segunda metade do Século XX, em fenômeno que forjou tão indissolivelmente os conceitos a ponto de já não mais se cogitar a configuração do Estado senão como Estado Democrático de Direito, que se legitima na exata medida em que prevê - e subordina à lei e à participação popular- os processos de ascensão e exercício do poder, em quaisquer das funções estatais.

Muitas são as doutrinas que elencam as características do Estado Democrático de Direito, mas há consenso de que, na Constituição brasileira, sua existência está bem definida por princípios estruturantes, assim identificados por José Afonso da Silva (2000, p. 126):

Princípio da constitucionalidade; princípio democrático (art. 1º); sistema de Direitos Fundamentais (títulos II, VII e VIII); princípio da justiça social (art.170, *caput* e no art.193); princípio da igualdade (art.5º, *caput* e I); princípio da divisão dos poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95); princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI e LXXIII).

A concretização dos direitos fundamentais, portanto, representa escopo tão próximo à democracia que não se pode falar em um deles sem a presença do outro, cuja fusão, por síntese dialética (MIRANDA, 2002, p.534), representa o Estado Democrático de Direito.

⁴ Nesse aspecto, ressalta-se a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.48), para quem, no Estado Democrático de Direito, “...a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e cada um, condição dúplce esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”.

3.2 Neoconstitucionalismo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, contemporaneamente aos direitos fundamentais de segunda geração, surgiu o Neoconstitucionalismo, movimento que reconfigurou sensivelmente os paradigmas do direito constitucional clássico, estabelecendo novos marcos teóricos que, em síntese, impuseram a supremacia e a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a dogmática interpretativa a partir dos princípios e os métodos de ponderação e argumentação para solucionar a colisão de normas fundamentais.

No campo filosófico, o neoconstitucionalismo tem por esteio o pós-positivismo, com centralidade nos direitos fundamentais e na reaproximação entre Direito e ética, resultando em um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, p.15).

Dentre as transformações do neoconstitucionalismo, conseqüência da filtragem constitucional pela qual necessariamente passa toda a interpretação do Direito, encontra-se a pretensão de construir uma sociedade de intérpretes da Constituição, ganhando o Poder Judiciário notável relevo nesse contexto, uma vez que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro lhe remete o poder-dever de exercer, tanto na via difusa, por todos os juízes nas causas individuais ou coletivas, como na via concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante as ações constitucionais precipuamente previstas para tal fim, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Mais do que isso: a redemocratização do País, o princípio do acesso à Justiça, concretizado na prática dos Tribunais, o incremento de meios processuais difusos e coletivos, a conscientização quanto aos direitos incorporados na Constituição, tudo como expressão do neoconstitucionalismo⁵ provocou um aumento significativo da demanda do Poder Judiciário, conclamando-o a assumir papel verdadeiramente político e não apenas institucional técnico na construção do Estado Democrático de Direito, tornando-se permeável aos anseios da população e passando a intervir, de forma contundente, nas questões mais candentes da sociedade pós-moderna de massa, sobretudo nas políticas públicas e nas questões privadas outrora postas à margem de sua atuação, gerando o fenômeno batizado como “judicialização”.

3.2 Judicialização

O neoconstitucionalismo acabou por gerar como consequência a ascensão

⁵ Com muita propriedade apontam Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Bunchaft (2011, p. 37) que o neoconstitucionalismo pretende alcançar o status de filosofia política do Estado, “[...] modelo teórico delineado a partir de um repensar da filosofia política pelo vértice inovador da Filosofia Constitucional, modelo de comprometimento constitucional que se anuncia”. A perspectiva é a de que, a despeito das desigualdades e das fragilidades das instituições, construa-se no Brasil, a partir deste modelo, uma consciência constitucional como nos “[...]Países que já adquiriram a percepção da importância dos seus direitos básicos e da defesa de sua Constituição, que podem ser manifestados por meio de um patriotismo constitucional, conseguem, pela Constituição desenvolver novos direitos, novas disposições constitucionais. É a aposta político-civilizatória mais viável que já encontra exemplos, no século XXI, na Alemanha e em países nórdicos”.

institucional do Judiciário, na medida em que questões relevantes sob o aspecto político, social e moral passaram a ser decididas pelos julgadores.

Assim, houve uma verdadeira transferência de parcela de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, o que gerou uma mudança substancial no modo de pensar e efetivar o Direito.

A jurisdição passou a desenvolver duas atuações, a primeira de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas, e a segunda através da aplicação indireta da Constituição para aferir a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional (BARROSO, 2012, p. 365).

De acordo com Luis Roberto Barroso (2012, p. 367-368), tal fenômeno, chamado judicialização, se deu por diversos motivos. O primeiro deles é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas. O segundo, a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. E, por fim, a própria preferência dos atores políticos de que certos temas controversos moralmente sejam decididos pelo judiciário.

4 ATIVISMO JUDICIAL

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez em 1947, por Arthur M. Schlesinger, autor de um artigo sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado na revista *Fortune* (FERNANDES, 2013).

Após a aludida publicação, a locução se popularizou e adquiriu uma conotação depreciativa, indicando o exercício impróprio do poder judicial (BARROSO, 2012, p. 370). Contudo, não se trata de expressão unívoca, sendo utilizada com diversas conotações.

Keenan D. Kmiec (2013) reconhece cinco principais conceitos: a) prática utilizada para atacar atos emanados de outros Poderes, com constitucionalidade defensável; b) estratégia de não aplicação de precedentes, de baixa aplicação no sistema romano-germânico (*civil law*); c) conduta de legislar a partir do Tribunal; d) afastamento dos cânones interpretativos; e) julgamento predeterminado a um fim.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 372), a expressão indica uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes, pontuando que em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação. Esse será o conceito adotado no presente trabalho.

Registre-se que o ativismo judicial se difere substancialmente da judicialização, haja vista que esta se trata de um fato, uma circunstância do desenho institucional e não de uma atuação política. Cuida-se de uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo, com o aumento quantitativo e qualitativo de matérias sobre as quais o Judiciário passa a ter a última palavra (FERNANDES, 2013). Já o

ativismo consiste em uma postura, uma atitude, um modo proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance, sendo um comportamento dos participantes do Judiciário (BARROSO, 2012, p. 372).

O ativismo pode ocorrer tanto na interpretação legal quanto na interpretação constitucional, embora seja mais comum a discussão do tema no que tange às Cortes Constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 372), o ativismo judicial se instala normalmente em situações de retração do Legislativo, de distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que certas demandas sociais sejam plenamente atendidas.

Para o autor, ocorrerá o aludido fenômeno a) na aplicação direta da Constituição a situações não contempladas no seu texto e independentemente de *interpositio legislatoris*; b) na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo, a partir de critérios menos rígidos que os de violação literal da Constituição; e, c) na imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Por sua vez, Evandro Gueiros Leite (2013) aponta as seguintes causas: 1) o incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para balanceamento do sistema; 2) a insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder; 3) a evolução social, política e cultural dos tempos atuais.

O ativismo judicial é contraposto pela autocontenção judicial, a qual se caracteriza pela deferência judicial em relação à omissão dos demais poderes, deixando um espaço amplo para a atuação dos mesmos.

5 UMA DEMOCRACIA REAL VERSUS UMA DEMOCRACIA IDEAL

Em que pese o quadro constitucional brasileiro delineado desde 1988 com a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, abrangendo de forma exaustiva os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, não se verifica o acesso da totalidade da população sequer aos direitos fundamentais mais básicos, como saúde, educação, moradia, entre outros tantos.

Desse modo, conforme afirma Norberto Bobbio (2004, p. 43), o problema fundamental em relação aos direitos fundamentais no Brasil, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

Desta feita, em uma sociedade desigual como a brasileira, em que a garantia formal da igualdade não basta para que a população viva com dignidade, o povo busca o Judiciário a fim de que sejam garantidos os direitos fundamentais não efetivados pelo Poder Executivo em razão de problemas operacionais, orçamentários ou, ainda, pela ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

Desse modo, diante da deficiência dos demais Poderes, exsurge o Poder Judiciário como promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas (LEAL, 2007, p. 47), por meio de uma atuação proativa em prol da concretização dos direitos constitucionalmente garantidos.

Assim, tendo em vista o vazio deixado pelo Legislativo e Executivo, a atuação jurisdicional auxilia na implementação dos pontos fundamentais para a construção do Estado democrático, os quais, consoante Dallari (apud CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 27), são três:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acasas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.
A preservação da liberdade, entendida, sobretudo como poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.
A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo, por motivos econômicos ou de discriminação de classes sociais.

Nesse contexto, faz-se necessária a atuação ativista do julgador a fim de permitir a concretização dos direitos fundamentais garantidos na Carta Constitucional, comunicando-lhes plena eficácia.

A esse respeito, observa Victor Augusto Passos Villani Côrtes (2010, p. 558):

Relevante se faz observar que atualmente o Poder Judiciário Brasileiro tem demonstrado uma posição límpida em relação ao ativismo. Pode-se citar como exemplo mais contundente deste fenômeno a distribuição de medicamentos e determinações de tratamentos mediante decisão judicial. Isto são imposições de condutas ou abstenções do Poder Público. O Executivo vem, em diversos casos, perdendo demandas e sendo obrigado a custear medicamentos que não constam dos protocolos do Ministério da Saúde.

Um fenômeno positivo decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade. Como nem o Poder Executivo nem o parlamento tem tomado frente das situações o Poder Judiciário passou ser a vis atrativa desses problemas que normalmente seriam casos a serem solucionados pelos outros dois Poderes.

Sem embargo, o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos

direitos fundamentais é alvo de críticas. Haveria uma violação da tripartição dos poderes? Trata-se de uma postura antidemocrática?

À evidência, a teoria da separação dos poderes não constitui óbice à atuação ativista, pois não possui caráter absoluto, sendo notório que todos os poderes exercem atividades administrativas, legislativas e julgadoras, sendo os poderes definidos, em verdade, pela atividade que adquire preponderância.

Com efeito, Amílcar Araújo Carneiro (2012, p. 311) esclarece que embora as circunstâncias históricas tenham exigido uma rígida separação dos poderes quando da implantação da teoria da tripartição, nos dias atuais deve haver um entendimento adequado acerca dos papéis dos poderes:

Sem dúvida, há uma nova acepção da teoria da separação dos poderes, ou, mais apropriadamente, teoria da tripartição das funções do poder, rente com os postulados do neoconstitucionalismo. Há uma partilha de poder diferenciada da rígida separação dos poderes, que deve ser abandonada (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 311).

A separação dos poderes hoje não está jungida a um temor de invasão de um Poder pelo outro, mas sim numa finalidade utilitária, dividindo tarefas no interior do próprio Estado, visando a melhorar sua eficiência.

[...]

Diz-se que o poder é uno, mas as suas funções típicas são divididas e distintas, '[...] embora não em compartimentos estanques – o Estado julgador, o administrador e o legislador' (MANCUSO apud CARNEIRO JÚNIOR, p. 311).

Ademais, o próprio ofício dos julgadores atua na criação do Direito, uma vez que a norma, como texto que é, via de regra requer que seja interpretada, o que consiste na complementação do sentido do texto normativo, levando em consideração os contextos espacial e temporal vividos e as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, o julgador ativista apenas desenvolve tal atividade interpretativa a partir do viés constitucional, isto é, buscando compatibilizar o resultado da aplicação normativa com os fins da Constituição.

A propósito, não se trata de uma invenção judicial, uma vez que encontra amplo amparo na doutrina. Citando Ferrari, Amílcar Araújo Carneiro Júnior (2012, p. 323) afirma que o princípio da legalidade abrange, além da lei formal, outras espécies normativas a ela equiparadas pela Constituição, sendo substituído pelo princípio da constitucionalidade, o que faz emergir a necessidade de diferenciá-lo do princípio da reserva legal.

Quanto à legitimidade do Judiciário, há que se observar que é a própria Constituição que concede a tal Poder o dever de controle da interpretação das leis federais e das normas constitucionais, bem como a tarefa do controle de

constitucionalidade. *Ex vi*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Isso se dá porque é sabido pelo Constituinte que a “vontade da maioria” pode ir de encontro aos direitos fundamentais ou conduzir a arbitrariedades, o que requer a atuação do Excelso Pretório, guardião da Constituição Federal, a fim de que sejam resguardados os direitos fundamentais, ainda que contrariada a deliberação democraticamente realizada pelos representantes do povo (RAMOS, 2010).

Há que se notar ainda que atividade do Judiciário não é arbitrária e ilimitada, estando adstrita a balizas legais e objetivando a promoção da Justiça, da segurança jurídica e do bem-estar social.

Sob esse prisma, observe-se que o julgador deve demonstrar racionalmente as razões de sua decisão por meio da motivação, constitucionalmente garantida aos jurisdicionados como elemento de controle democrático dos delegatários da atividade jurisdicional, funcionando também como mecanismo de aperfeiçoamento das demais funções estatais, pois não inibe – antes incentiva – o Legislativo e o Executivo, que tiveram seus espaços de decisão supridos pelo Judiciário, a vencer a inércia e preenchê-los com suas atividades precípua, o que não poucas vezes ocorre com a integração do exato conteúdo da decisão judicial à legislação ou aos regulamentos administrativos.

A esse respeito, afirma Cappelletti (1993, p. 98-99) que:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade

de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. [...] Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.

A propósito, a tese da autocontenção judicial também é problemática, porque em muitos casos nela repousa um Judiciário subserviente aos demais Poderes. O ativismo é intimamente correlato à judicialização da política, pois à medida que cada vez mais questões políticas chegam ao Poder Judiciário para serem resolvidas, reduz-se a separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porque este deve controlar os atos do governo e não ficar inerte diante deles.

Sobre o tema, observe-se mais uma vez a lição de Mauro Cappelletti (1993, p. 92):

[...] Mas esse imperativo [do ativismo judicial] pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (*‘restraint’*) ou cautela conservadora dos juízes. Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso de derrogação daquelas ‘virtudes’ – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores.

Com efeito, diante de omissões legislativas que deixam o povo impossibilitado de exercer seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Do mesmo modo, não pode o julgador aplicar cegamente a lei permitindo que ocorram no mundo fático resultados incompatíveis com os princípios e fins constitucionais, uma vez que a finalidade do Direito não é a determinação e a calculabilidade racional-formal de uma regulação, senão a justiça. A segurança jurídica só existe quando a legislação e a jurisprudência são tidas como justas pela comunidade e não por um partido (VERDÚ, 2004, p. 178-179).

Quanto ao suposto aspecto antidemocrático, afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza (apud PEREIRA, 2009) que a democracia fundada na Constituição Federal de 1988 não se reduz a uma democracia da vontade da maioria, mas sim a uma democracia comprometida com o direito das minorias, o qual está garantido como direitos fundamentais.

Destarte, portanto, a definição do conteúdo substantivo de uma norma ou

de um ato Executivo ou Legislativo por parte do Judiciário não fere o princípio democrático, ao contrário, dá-lhe ainda mais força, uma vez que existe a proteção das minorias e a aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte, tornando-a mais justa e solidária (PEREIRA, 2009).

Nesse contexto, o ativismo judicial não pode ser considerado antidemocrático simplesmente por ser contramajoritário, pois os Tribunais podem dar voz às minorias ou solucionar graves problemas decorrentes da ausência de consenso político do governo (LUCAS, 2005, p. 207).

À evidência, os supostos empecilhos colocados à atuação proativa do Poder Judiciário, em razão de se tratar de postura antidemocrática, não encontra apoio na realidade histórica, conforme preleciona Lênio Luiz Streck (STRECK; BOLZAN, 2008, p. 138):

Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia, cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência dos valores”, ‘ativismo judicial’, etc.

Assim sendo, a atuação ativista do Poder Judiciário em prol da concretização dos direitos fundamentais é democrática, haja vista a insuficiência do princípio majoritário para a tomada de decisões, na medida em que a democracia não se restringe ao conceito de ‘governo do povo’, devendo ser entendida como um ‘valor-meio’, a partir do qual deve ocorrer a concretização de valores essenciais à vida humana.

6 CONCLUSÃO

Ao que se depreende do exposto, mesmo com a força adquirida pela Constituição após a emergência do neoconstitucionalismo, há um enorme espaço que separa o ideal constitucional da realidade social. Parece que a simples definição de Direitos Fundamentais em normas constitucionais não tem o condão de se fazerem cumprir por si só.

Desse modo, diante da retração dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas, o Poder Judiciário assume relevante papel de transformação do ideário constitucional em realidade.

Nada obstante, muitas vezes para efetivar os direitos dos cidadãos é necessário que o julgador ultrapasse o liame da mera aplicação estrita da lei, antevendo os resultados concretos de sua decisão e, nesse contexto, adotando uma postura proativa a fim de efetivar a expectativa de justiça que pesa sobre a jurisdição, trata-se do chamado ativismo judicial.

Tal prática é alvo de críticas constantes, sendo caracterizada por alguns como antidemocrática. Nada obstante, é a própria Constituição que traça a forma de escolha dos juízes e ainda confere ao Poder Judiciário a tarefa de guardar a Constituição e interpretá-la, bem como à lei federal, não merecendo amparo o argumento falacioso de que as decisões ativistas carecem de legitimidade democrática.

Desse modo, diante de omissões legislativas que deixam o povo impossibilitado de exercer seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais, sendo não só legítima como também necessária a atuação proativa do julgador.

O ativismo muitas vezes é uma necessidade, não sendo plausível que se exija do cidadão o aguardo da atividade legislativa para a realização de seu direito. Sob esse prisma, o contramajoritarismo é um mecanismo a favor da democracia, na medida em que proporciona a efetivação de direitos renegados pelo legislador.

Nada obstante, é evidente que seria mais interessante que cada Poder cumprisse de maneira satisfatória a parcela de deveres que lhe incumbe, não sendo plausível que se coloque como regra o ativismo judicial.

Ademais, não se pode confundir interpretação proativa com discricionária substituição das escolhas realizadas pelo legislador constituinte, estando o julgador adstrito aos princípios e fins constitucionais, o que pode ser controlado através das exigências de fundamentação e publicidade das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. n. 4, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-Direito>>. Acesso em 08 ago. 2013.

_____. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUNCHAFT, Maria e MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Filosofia constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 19, n. 74, p. 37-80, jan./mar. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessoalimento. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 546-571, jul./dez. 2010.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11991>. Acesso em 18 mai. 2013.

FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>>. Acesso em 19 mai. 2013.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. In: *California Law Review*, Califórnia, p. 1441-1477, out. 2004. Disponível em <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em 19 mai. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. BDJur: Brasília, 5 mai. 2008. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 mai. 2013.

ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO Nº 19 P. 139 – 157 2013

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: *O Estado e suas crises*. MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

PEREIRA, Micheli. Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. In: *Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, n. 06, jul. 2009.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. In: *Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, n. 07, p. 233-246, jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 18 ed., 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

