



Recebido em 5 mar. 2015

Aceito em 30 abr. 2015

O ESTADO DE DIREITO, A QUEBRA DO PARADIGMA POSITIVISTA E O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

*Fábio Antônio Correia Filgueira Filho**

*Gabriel Lucas Moura de Souza***

RESUMO: O presente artigo objetiva fazer uma análise do surgimento, da evolução histórica, dos motivos e dos efeitos do fenômeno, comum não só no Brasil como também no exterior, do ativismo judicial. Para tanto, estuda-se o nascimento e transformação do Estado Democrático de Direito, a influência do Positivismo e a tripartição dos Poderes, com base nos ensinamentos de doutrinadores modernos e contemporâneos. Percebe-se que, atualmente, o referido fenômeno é fruto de demandas sociais não atendidas pelo Estado que acabam sendo pleiteadas ao Poder Judiciário, o qual, a princípio, não deveria intervir nas ações ou omissões do Legislativo e Executivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Estado de direito. Tripartição dos poderes. Demanda social não atendida. Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do Poder Judiciário encontra lugar de destaque no atual contexto democrático. Tal afirmação é atestada pela simples observação da conjuntura político-social que nos cerca, na qual – visivelmente – o papel da Justiça é tema central, preenchendo cotidianamente os debates dentro e fora das academias.

Nessa conjuntura, deposita-se, nas chamadas “democracias modernas”, grande esperança, respeito e confiança no papel do magistrado como representante fidedigno do Poder

* Graduando pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 7º período.

** Graduando pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 7º período.

Judiciário, fato que culmina em verdadeiro crescimento do seu papel político-social. Ademais, atribui-se ao Poder Judiciário um estigma heroico, do qual duas básicas problemáticas são extraídas: i) seus limites ii) sua legitimação.

No presente escrito pretende-se perquirir algumas das nuances que versam sobre os limites de atuação do Poder Judiciário em confronto com o seu papel de destaque na construção, concretização e efetivação do Estado Democrático de Direito. Além disso, cumpre destacar alguns argumentos da (in)existência de legitimidade democrática quando da prática daquilo que se alcunhou de “ativismo judicial”.

Inicialmente, far-se-á uma análise genérica acerca do surgimento do Estado de Direito, afinal, como será demonstrado, é a partir dessa construção política que o papel do Judiciário passa a merecer acuidade na análise. Posteriormente, baseando-se na construção teórica de Locke e Montesquieu, situar-se-á o Poder Judiciário quando do início do Estado de Direito. Dessa forma, tal divagação histórica culmina na análise atual do Judiciário sob a ótica do Estado Constitucional e o consequente enfrentamento das problemáticas acerca da legitimação e limites do “ativismo judicial”.

2 A INFLUÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO NO JUDICIÁRIO

Desde que organizada socialmente, sempre consistiu uma inquietude humana a indagação: “é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?” (BOBBIO, 2007, p. 95-96).

Nessa perspectiva, máximas como *the king can do no wrong* (o rei não pode errar), *quod principi placuit leges habet vigorem* (o que agrada ao príncipe tem vigor de lei), *princeps a legibus solutus* (o príncipe está livre da lei) demonstram que a resposta da questão que inaugura o presente tópico, historicamente, consistiu na primazia do “governo dos homens”, em quase absoluto desrespeito às leis. O monarca encarnava a soberania, não lhe sendo ninguém superior, “seja por sua alegada origem divina, seja por sua qualidade régia e soberana” (FERNANDES, 2010, p. 233-252).

É nesse contexto de demasiada opressão política – no qual a segurança jurídica inexistia, como consequência da concentração de todo poder pelo Estado – que os pensadores da modernidade estavam inseridos, fato que desembocou numa produção teórica cuja diretriz mostrava-se voltada à formulação e defesa de formas de governo que impedissem o despotismo.

Nesse sentido, a insegurança promovida por esse tipo de governo arbitrário fez com que os pensadores da época reformulassem a resposta para a pergunta retromencionada. É a partir de então que a opção do governo das leis materializou-se, fundamentada nos escritos, dentre outros, de Locke e Montesquieu.

Assim, com a ascensão das correntes filosóficas que inaugurariam o iluminismo, começa-se a notar a busca *racional* pela legitimação e pelo exercício do poder. Notadamente, a partir do século XVIII, as consequências desse racionalismo político já se erigem, inclusive, no plano jurídico, com a formação das primeiras *Constituições* escritas no sentido moderno do ter-

mo, especialmente nas colônias inglesas na América (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 39).

E, com o surgimento dos Estados Modernos, a figura do monarca todo poderoso deixou de existir, uma vez que essa forma de governo já não mais agradava à burguesia liberal, a qual impulsionou a criação do modelo institucional com os poderes tripartidos e regidos pelas normas constitucionais (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p.47).

Em que pese desde Platão e Aristóteles ser possível encontrar claras manifestações de adesão ao império legal, é na tradição jurídica inglesa de subordinação à lei que se encontra a materialização da gênese do Estado de Direito, tal concepção conduz à doutrina do “*rule of Law*”, ou *governos das leis*, consistente na mais pura representação em sentido estrito do Estado de Direito, isto é, o “Estado cujos poderes são exercidos no âmbito de leis preestabelecidas” (BOBBIO, 2007, p. 96). Acerca desse fenômeno, com primazia atentam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 39):

Dentre tantos outros aspectos dignos de nota, enfatiza-se aqui a afirmação do primado da lei em detrimento do costume como fonte do direito (movimento de codificação), além da alteração da concepção até então vigente de soberania, como centrada na figura do príncipe, para um conceito de soberania nacional, onde a lei era concebida como a expressão máxima da vontade geral.

Com efeito, o nascimento do Estado de Direito está simbioticamente atrelado à ideia de constitucionalismo moderno, afinal, esse Estado é subordinado ao império da lei, que – por sua vez – encontra representação máxima no documento constitucional. A Lei Magna referida consiste na concepção ocidental de Constituição, cuja origem remete à Revolução Inglesa, evento histórico marcante na formação do Estado de Direito.

Sobre o tema, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 653): “de fato, a ‘gloriosa revolução’ pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes”.

Nasce, assim, um novo paradigma de organização do poder. O Estado de Direito, portanto, inaugura – basicamente – três elementos que lhe conferem originalidade, conforme leciona José Afonso da Silva (2012, p. 112-113): *i) a submissão ao império da lei*, consistente em sua mais elementar característica; *ii) a divisão dos poderes*, técnica voltada, precipuamente, a extirpar chances de concentração demasiada de poder; e *iii) o enunciado e garantia dos direitos individuais*, cujo exemplo latente é o *Habeas Corpus Act* de 1679.

Como consequência dessa primazia legal, além da garantia daquilo que a lei entoava enquanto veículo de imperatividade da vontade social, mister seria a institucionalização da estrutura que assegura tais premissas. Nesse diapasão, o Judiciário sobressai como Poder a ser analisado para – assim – entender-se o fenômeno jurídico.

3 O JUDICIÁRIO NA MODERNIDADE

O perfil do Judiciário na modernidade deve ser entendido de forma reflexa. Isso significa que, para se compreender a forma em que o Poder Judiciário se apresenta no referido contexto histórico, faz-se necessário entender o Poder Legislativo, a dimensão e importância conferidas à função legiferante.

A princípio, após a queda do sistema monarquista e consolidação do pensamento republicano dos iluministas, sobre a atuação do Poder Judiciário, defendia-se que a possível discricionariedade do magistrado era sinônimo de tirania, estabelecendo-se, portanto, uma relação entre liberdade frente à lei como causa e consequência do rejeitado despotismo. Nota-se tal entendimento na passagem de Montesquieu (2000, p. 38) ao afirmar que: “nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra”.

Com esse viés interpretativo dos Poderes, inaugura-se a ideia de um Poder Judiciário, que – frente ao caráter absoluto que a lei assume – passa a adotar a garantia de imparcialidade e a extirpação da discricionariedade. Para um aprofundamento de tais aspectos, pontuar-se-ão, doravante, as principais concepções de John Locke e Montesquieu com o escopo de expor a construção teórica que em muito influenciou a criação de um dogma sobre a imparcialidade do juiz.

Nesse cenário, John Locke é considerado por escritores proeminentes da literatura especializada¹ como o primeiro autor moderno que se debruçou no “desenho institucional do Estado”. Para o pensador inglês (LOCKE, 2001, p. 37), deveria haver: um Poder Supremo, que é o Legislativo, cuja função é a de constituir leis; o Poder Executivo, destinado a executar aquilo pensado pelo Legislativo e formalizado em leis; e o Poder Federativo, cuja função voltava-se para as relações internacionais (guerra e paz, alianças, tratados). Nota-se que, pela teoria lockeana, o Legislativo é o poder responsável por assegurar aos homens o desfrute de sua liberdade (vista como usufruto da propriedade e de sua vida), objetivo este que os leva a abandonar o *Estado de natureza*.

Apesar de, na leitura de seus escritos não se encontrar referência direta ao Poder Judiciário, Locke (2001, p. 69) fornece-nos algumas ideias no que tange a sua concepção do sistema judicial. Primeiramente, o mencionado pensador atribui à “inexistência de um árbitro imparcial” como uma das causas de insegurança e violência no estado pré-político (Estado de natureza). Essa assertiva deixa claro que – na concepção lockeana – a resolução dos conflitos insurgidos na sociedade civil deve se dar mediante a atuação de um árbitro imparcial, sob pena de cometer-se o erro do Estado de natureza, qual seja, a existência de parcialidade quando dos julgamentos. Extrai-se daí a busca pelo magistrado politicamente inerte e tolhido de discricionariedade.

Nesse sentido, elucidativa e incontroversa é a passagem da obra de John Locke ao

¹ Norberto Bobbio (2007) considera a teoria política lockeana desenvolvida no *segundo tratado* a primeira e a mais completa formulação do estado liberal.

afirmar que a igualdade só é alcançada “por juízes imparciais e íntegros, que irão decidir as controvérsias conforme estas leis” (LOCKE, 2001, p.70). Nessa visão clássica, o Judiciário contrapõe-se ao Poder Legislativo. Enquanto este é criativo e proativo, aquele é passivo e inerte. Resta ao juiz, em resumo, dizer o direito existente com vistas à solução do caso concreto. O temor de Locke é evidente: a lei é a medida que divide a legítima atuação da autoridade e o tão temido despotismo.

O outro pensador que deve ser lembrado é Charles-Louis de Secondat, ou – como de conhecimento geral – Barão de Montesquieu. A doutrina de Montesquieu parte da premissa de que o homem tem natural propensão para abusar do poder quando nele se encontra investido. Sua concepção afirma ser a concentração do poder um fator determinante para a instalação do governo despótico, ao passo que sua fragmentariedade, exercido por diversos atores, torna improvável a tirania, equilibrando a sociedade e tornando-a livre. “Tudo estaria perdido”, afirma o pensador referindo-se ao despotismo, “se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes” (2000, p. 75).

Essa concepção que o pensador francês ora em tela detinha do Legislativo sofreu maciça influência de John Locke. Montesquieu (2000) na sua obra, “O espírito das Leis”, ainda que considere o Legislativo a expressão da vontade popular, reconhece, que assim como os outros Poderes, deve ser controlado.

Sobre o Judiciário, Montesquieu (2000, p. 78) foi direto: “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados (...)”. Nota-se, novamente, o repúdio à atividade criativa do magistrado que é mero componente de um Poder “politicamente nulo”. À guisa de ilustração, vale a menção à obra de Cesare Beccaria (2011, p. 29-30), que – contemporâneo de Montesquieu, compartilhava dessa desconfiança dos juízes:

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constringido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro. (...) Nada mais perigoso que o axioma comum, de que é preciso consultar o espírito da lei. Adotar tal máxima é romper todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões.

Além disso, da famosa ideia de equipotência ou equivalência dos Poderes formulada por Montesquieu não se erige uma igualdade ou paridade entre eles. Há, tão somente, uma organização de funções. Embora esse entendimento seja contestado por parcela dos estudiosos, parece claro, ao afirmar que a expressão política do Judiciário é nula e a ele cumpre apenas aplicação estéril da lei, a intenção de Montesquieu em retirar os juízes do panorama político, como bem sintetiza Ferraz Júnior (2007, p. 15): “ao sublinhar a subsunção como método de aplicação do direito, neutraliza-se para o juiz o jogo de interesses concretos na formação do direito (se esses interesses serão atendidos ou decepcionados não é problema do juiz, que apenas aplica a lei)”.

Em síntese, enquanto Locke defende de forma suprema o Legislativo, Montesquieu, temendo que esse Poder possa se sobrepor ao Executivo (e tão somente ao Executivo, pois, ao afirmar ser nulo o Judiciário – reitere-se – o pensador desconsidera seu papel político) defende que este último tenha poder de veto sobre a legislatura, sempre que isso for necessário, o que permite uma negociação constante entre os *dois* Poderes.

Nota-se, portanto, que o Poder Judiciário na Modernidade (SOUSA, 1995, p. 9-10) tem caráter reativo (devendo, sempre, agir somente quando provocado); caráter casuístico (atuando no plano concreto, específico e individualista); presta veneração absoluta à segurança jurídica (com extrema observância aos formalismos processuais e total sujeição à coisa julgada). Essas características, não poderia ser diferente, tornaram politicamente estéreis os tribunais, reduzindo (ou mesmo anulando) o peso político do Judiciário frente aos demais Poderes.

4 A NOVA VISÃO SOBRE A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO

O constitucionalismo positivista pós-revolução francesa, cujas premissas alcançaram até a metade do século XX, não permitia aos juízes nada além de reafirmar o que dizia a lei (criada exclusivamente pelo Legislativo), pois só assim seria afastada a insegurança jurídica e a parcialidade características do sistema monárquico.

De acordo com essa linha de pensadores, a tripartição deveria configurar-se estática, uma vez que, segundo o Barão francês (MONTESSQUIEU, 2000), em “O espírito das leis”, com uma delimitação recíproca e precisa dos Poderes, tornando-os, ao mesmo tempo, harmônicos e independentes, garantir-se-ia a desejada impossibilidade de retorno à concentração de poder, contrária ao pensamento então em voga. Essa é a essência do que cunhou-se de *cheks and balances* (freios e contrapesos).

Contudo, hodiernamente, a herança de Montesquieu não se mantém inalterada. É o que se extrai do pensamento do constitucionalista José Afonso da Silva (2012, p. 109-110) o qual adota viés diferente da doutrina da época das luzes, uma vez que não considera a divisão completamente estática:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Ademais, o início da mutação nos ensinamentos dos estudiosos franceses quanto à organização dos Poderes do Estado se deu a partir das críticas dos pensadores norte-americanos federalistas. Segundo Limonge, analisando os textos dos artigos de “O federalista” (LIMON-

GE, 2000, p. 243-286), para James Madison e Alexander Hamilton, era inegável que o Poder Legislativo possuía uma preponderância nessa forma de divisão e, mais clara ainda, era a posição inferior do Judiciário que não detinha instrumentos para, de fato, controlar eventuais abusos dos Legislativo e Executivo.

Sendo assim, destaca o supracitado autor (2000, p. 249-250), parafraseando Madison em “Federalista nº 48”, “não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe foram fixados”. A limitação do Poder na forma desejada só pode ser obtida pela contraposição equânime de um pelo outro, no qual um apresenta reais capacidades de frear os demais.

Para tanto, a concretização dessa reformulação deveria ser inserida à Constituição de forma que, paritariamente, fossem distribuídas atribuições aos Poderes, conferindo-lhes instrumentos e prerrogativas capazes de impedir possíveis excessos alheios. E uma das inovações propostas concederia ao antes atrofiado Judiciário foi a capacidade de, proativamente, limitar o exercício dos outros Poderes com base no texto constitucional.

A partir desse pensamento dos federalistas, o Judiciário recebeu, tendo em vista a sua ausência de poder de iniciativa (presente nos demais), cuidados especiais para que sua participação no sistema de freios e contrapesos fosse garantida. É a conclusão que se chega da leitura do “Federalista nº 78”, no qual, com ênfase, Hamilton atribui à Corte Suprema o poder de interpretação final do texto constitucional (2000, p. 252).

Nesse mesmo diapasão, o mencionado vanguardista também inovou ao defender a inamovibilidade dos juízes, bem como a já mencionada prerrogativa de controle de constitucionalidade. Assim, a institucionalização do *controle de constitucionalidade* contribuiu decisivamente para a politização do direito, ampliando a atuação do Judiciário que deixou de ser um poder nulo e limitado à aplicação silogística da lei. A partir daí (HAMILTON; MADISON; JAY, 1979, p. 164): “(...)os tribunais de justiça devem ser considerados como baluartes de uma Constituição limitada contra as usurpações do poder do corpo legislativo”

Outros dois momentos merecem destaque para demonstrar como o Poder Judiciário rompeu os dogmas positivistas e traçou sua caminhada para a situação atual. São, pois, os eventos históricos da Segunda Guerra Mundial e do Estado de bem estar social.

4.1 Da segunda guerra

É praticamente consenso na doutrina especializada (BARROSO, 2012, p. 120; GUERRA FILHO, 2007, p. 143; PÉRES LUÑO, 1999, p. 122) que o pós-guerra foi o período que marcou o início das críticas à teoria positivista, predominante na Europa. Até então, o juiz ainda era limitado a ser “a boca da lei”; o Legislativo continuava fonte quase exclusiva do direito e as constituições eram tratadas como planos políticos que deveriam influenciar o sistema legislativo, mas não podiam ser invocadas em juízo.

Essa divisão estática terminou possibilitando o desequilíbrio entre os Poderes quando líderes do Executivo, muito influentes, aproveitaram-se do formalismo liberal positivista para

legitimar seus regimes totalitários. Observando tal fenômeno, o constitucionalista Rodrigo Padilha em seu “Curso de Direito Constitucional” (2014, p. 40) muito bem demonstra, o quanto Hitler agiu legalmente na execução de suas atrocidades:

Através de Decreto expedido em 7/4/1933 os Judeus foram afastados do funcionalismo público, do exército e das universidades; através de Lei publicada em 14/7/1933 foram retirados os direitos de cidadão dos Judeus imigrantes no Leste Europeu; a chamada “Lei da Cidadania” tirou aos judeus alemães a cidadania alemã; a “Lei da Proteção da Honra e Sangue Alemão” proibia os casamentos dos Judeus com não Judeus, proibia o emprego de Judeus na Alemanha e proibia os Judeus de exibirem a bandeira Alemã entre outras medidas. Por fim através de Decreto assinado pelo então presidente Paul Von Hindenburg foram suspensos sete seções da Constituição de 1919 da República de Weimar que garantiam liberdades individuais e civis ao povo.

Portanto, a aplicação das regras sem uma interpretação crítica, parcial, moral e humanista da situação fática foi instrumento responsável pela legitimação de diversas barbáries como o extermínio das minorias pelos nazistas. A partir desse momento, ressurgiu a preocupação de se evitar a repetição de atrocidades patrocinadas pelos próprios Estados. Novamente, é enaltecido o papel da Constituição, entretanto, dessa vez é defendida sua aplicação mais concreta tornando os direitos fundamentais nelas elencados balizadores da atividade estatal.

4.2 Do Estado de bem estar social

O Estado de bem-estar social é uma forma de organização político-econômica que impõe ao Estado o papel de agente responsável pelos avanços e melhorias públicos. Essa política social, conforme acentua Aquino (2010, p. 462) foi bem acolhida por grande parte da Europa no período pós Segunda Guerra, tendo em vista a situação de grande pobreza e desigualdade que o conflito acarretou.

Sobre essa nova roupagem estatal, bem discute o civilista Nelson Rosendal (2012, p. 34) que, se no Estado liberal o bem estar da população só dependia da caridade dos particulares, no Estado social a caridade virou um dever estatal que buscava garantir a igualdade material e o acesso ao mínimo existencial para todos.

Nesse sentido, a nova posição de ator do Estado na busca do respeito à dignidade humana, introduzida pela institucionalização do *Estado de bem estar social* foi uma inovação legislativa, que a princípio tratou sobre o direito do trabalho, saúde e segurança social. Com o passar do tempo, o intervencionismo cresceu na esfera econômica, com o objetivo de eliminar monopólios, “garantir” a livre concorrência, incentivar a agricultura e melhorar a infraestrutura dos transportes. As medidas estatais chegaram, então, ao nível de assumirem responsabilidades na criação de empregos, elaboração de planos de assistência social e financiamento de eventos artísticos, obras públicas, etc.

Por outro lado, mesmo com a adoção do *Estado de bem estar social* em muitos países, a concretização de todas as suas promessas, que foram constitucionalizadas (como aconteceu

no Brasil em 1988), não foi tão ampla.

Esse é, na verdade, um fenômeno que está bem longe de ser resolvido e, como grande parte desses direitos estão previstos nas Constituições, o Judiciário passou a ser buscado pelos cidadãos como meio de exigir do governo o que a constituição consagrou mas os demais Poderes não regulamentaram ou implementaram.

Assim, o pensamento anterior se coaduna com as conclusões dos estudos do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2007, p.17). O Judiciário passou a assumir funções relativas à prestação social que deveriam ter sido espontaneamente executadas pela administração pública, tanto é que, em países onde a questão social era efetivada, não aconteceram aumentos das demandas no Judiciário.

Por esse motivo, a discussão que surge com esse novo papel da Justiça, acarretado pelo Estado-providência, *é até que ponto os juízes podem ser inovadores na interpretação das leis de cunho garantista*, uma vez que, em sua maioria, elas são “programáticas” (no sentido de que determinam um fim mas não o meio, não no sentido de que elas são apenas planos políticos ideais), com conceitos vagos e indeterminados, o que exige dos magistrado uma “interpretação criativa”, nos termos do italiano Mauro Cappelletti (1993, p. 20-21), que, dependendo da sua intensidade, pode ser equivalente a criação de uma lei.

5 ATIVISMO JUDICIAL

É nesse contexto de um exercício funcional do Judiciário mais politizado enquanto Poder que – paritariamente aos demais – é imbuído de deveres e obrigações no que tange à concretização e à garantia do Estado (Constitucional) de Direito, em que se erigem as vicissitudes do ativismo judicial.

Desse modo, pode-se caracterizar o ativismo judicial como o fenômeno da invasão (para alguns, indevida) do Judiciário no âmbito dos demais Poderes, em especial no tocante à criação normativa (incumbência específica e típica do Legislativo) e à designação orçamentária referente à imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público (atribuição não só do Legislativo, como – principalmente – do Executivo) (APPIO, 2006, p. 150-152).

Nesse sentido, o professor Barroso preleciona (2008, p. 6): “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.”

Por isso, é importante ressaltar que a origem desse “fenômeno jurídico-político” intitulado de *ativismo judicial* remonta à já analisada quebra do paradigma positivista e concomitante intervenção estatal em prol do cidadão (*Estado de bem estar social*). Contudo, ao contrário do que se extrai de uma visão imediatista do tema, a gênese do ativismo não está atrelada à concretização, fundamentação e garantia de direitos fundamentais.

A proatividade do Judiciário ora em análise lançou suas bases iniciais no território

norte-americano. Nesse primeiro momento, o ativismo mostrou-se conservador, respaldando os desejos das camadas reacionárias a partir da legitimação da segregação social e da invalidação de medidas sociais (BARROSO, 2008, p. 7).

O ativismo judicial, destarte, consiste numa forma atuante de interpretar o texto constitucional. É esse o entendimento de Ronald Dworkin (1999, p. 451-453), para quem o ativismo tem umbilical relação com a concretização dos valores constitucionais. O referido jurista norte-americano pontua que a aplicação direta da constituição independentemente da manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos; e a imposição de condutas ao Poder Público são claros exemplos do *ativismo*.

Assim, essa forma ativa do Judiciário interpretar a Constituição, estabelecendo políticas públicas e garantindo a preponderância constitucional frente às ações (e principalmente inações) dos outros Poderes, seria irrestritamente benéfica, não fosse o risco que o mau uso dela representa ao Estado de Direito.

Por outro viés, o próprio Estado de Direito poderia ser afetado caso, mediante a *auto-contenção judicial*, diretrizes e garantias constitucionais restassem ignoradas e transgredidas por ações ou abstenções dos outros Poderes, sendo sobre essas inquietudes acerca da legitimidade e dos benefícios/malefícios do ativismo que o presente escrito debruçar-se-á doravante.

6 OBJEÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial não pode ser considerado lugar comum no contexto de uma democracia representativa que funcione de forma eficaz. Assim, é sempre elencada a preocupação de que ocorra uma potencializada “queda de braço” entre os Poderes, fato que – malgrado seja constatado no contexto político atual – pode criar danos ao Estado Constitucional de Direito e à sociedade.

De plano, a crítica se apresenta frente à “ultratividade” judiciária que gravita entorno da tripartição do poder, alegando-se que o Judiciário *ativista* transpassa a sua esfera de atuação, interferindo – ilegitimamente – nas atribuições, inclusive constitucionais, dos demais Poderes. Para os adeptos dessa crítica – portanto – é extremamente perigoso permitir a intervenção judiciária (*ativismo judicial*) na competência de outros poderes, havendo – hodiernamente – verdadeira mácula ao Estado Constitucional de Direito disfarçada pelo discurso da “efetivação dos direitos”. Para tal concepção crítica (a conhecida doutrina da “questão política”), conforme atenta Costa (2010, p. 59), os juízes, sob o esteio de aplicar a Constituição, negam a ela própria.

Outro argumento contrário à atividade criativa dos juízes, em demasia, permeia o ponto da legitimidade democrática para a tomada de decisões de políticas públicas. Essa concepção considera que o fato de os magistrados não serem agentes públicos eleitos, não terem sido – portanto – “batizados pelo voto popular” (BARROSO, 2008, p.18), deslegitimá-los-ia de tomar decisões negando medidas políticas dos representantes escolhidos democraticamente, ou impondo deveres a esses.

Tal tese se justificaria, pois, quando do proferimento de uma sentença de viés ativista, restaria suprimida a vontade popular que é representada pelas decisões dos outros dois Poderes, seja na atividade legislativa, seja na coordenação de políticas públicas. A essa falta de legitimidade democrática para tais ações do Judiciário cunhou-se o termo “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2012, p. 38).

Baseada na mesma ideia, surge outra condenação ao ativismo a qual alega que, com sua ocorrência, o direito torna-se política. A vontade popular (representada pelos poderes eleitos) fica subjugada à ideologia respaldada pelo subjetivismo típico do ativismo judicial.

Nesse sentido, é precisa a crítica do professor Lenio Streck (2009)²:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por *juízos subjetivos do julgador*. (...) Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.

Observa-se que o pensamento dos que criticam a atual situação ativista do Judiciário ou é lastreado numa ideia antiga, menos fluida, que supervaloriza a tripartição dos Poderes, semelhante ao defendido pelos iluministas. Ou é demasiadamente positivista e esquece que qualquer interpretação, inevitavelmente, exige uma criação dos juízes.

7 NECESSIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

Num posicionamento contrário aos elencados anteriormente, poder-se-ia considerar a jurisdição intervencionista lastreada nos preceitos fundamentais mais uma garantia à democracia do que um risco.

Certamente, um ponto positivo do ativismo é que ele é mais uma forma de serem concretizadas as demandas sociais, como foi atestado no julgamento da ADPF número 45³. Na referida arguição, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, advogou que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas não pode ser por completo arbitrária e desmedida. Segundo o arresto, existem três situações em que caberia a intervenção: a) quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; b) se o pedido de intervenção for razoável, e; c) do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada.

Concluiu o Ministro em seu voto que:

² STRECK, Lenio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 04 abril 2015.

³ STF. ADPF N°45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. j. 29.04.2004. DJU 04.05.2004. Notícia veiculada pelo Informativo/ STF n° 345/2004.

[...] implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o legislativo e o executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na constituição.

Por outro lado, um aspecto negativo do ativismo seria o fato de sua existência atestar uma clara necessidade de uma reforma política com o objetivo de que os outros Poderes efetivamente reaproximem-se da sociedade.

Além disso, poderia erigir um pensamento crítico ao ativismo afirmando que ele seria contra a democracia, pelo fato de um Poder não político e sem representantes eleitos pelo povo estar tomando decisões, regulando as escolhas dos próprios representantes dos cidadãos. Ocorre que, no exercício do ativismo, há sim um controle social, pois a Justiça é regida pelos princípios da publicidade e necessidade de fundamentação, ou seja, as sentenças de cunho ativista passam por instrumentos de controle constitucionalmente definidos.

É por isso que a literatura processualista especializada (DIDIER, 2013, p. 321-322; MARINONI; ARENHART, 2013, p. 407) afirma ser a motivação um dos requisitos essenciais da sentença com função extraprocessual, uma vez que essa viabiliza o controle das decisões do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo, afinal, é em nome deste que a sentença é pronunciada.

Ainda, ao lado da motivação das decisões, a publicidade das mesmas figura como outra fonte de legitimidade que proporciona o controle pelas partes e pela sociedade dos pronunciamentos judiciais. Fenômeno esse intitulado por Ferrajoli (2002, p. 492) de *garantia de segundo grau* ou *garantia de garantia*, isto é, a participação popular atua como mecanismo de controle, cobrando a manutenção dos institutos jurídicos garantidores do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a importância de tais requisitos do pronunciamento judicial é tamanha que, como foi dito, o legislador constituinte sedimentou-os como direitos fundamentais os quais devem ser respeitados sob pena de nulidade, o que se observa na interpretação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

Todavia, ao negarmos o atentado à democracia com base na publicidade e na necessária fundamentação das sentenças dos magistrados, já esperamos o inevitável contra argumento que defende ser o problema do ativismo, ainda, o subjetivismo presente na fundamentação dos juízes (STRECK, 2013, p. 62). Sendo assim, para responder a esse questionamento, é necessário adentrar na etimologia de uma das condutas principais do juiz, a interpretação, e entender que tal ato é indissociável de uma influencia subjetiva de quem a executa.

Segundo Cappelletti (1993, p. 22), por exemplo, interpretação “significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e - no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo - reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar”.

A interpretação do juiz, entretanto, deve observar sempre as normas constitucionais, considerando que o Direito posto é formado por um sistema no qual a Constituição Federal de 1988 encontra-se no topo da hierarquia de importância, não só com relação às suas regras como também aos seus princípios.

Por estar nessa posição proeminente, a Constituição Federal de 1988, além de servir como norma diretamente aplicável aos casos concretos, representa um conjunto de valores eleitos como fundamentais para a coesão social. Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 exprime uma ética no sentido de agrupamento de valores voltados para o melhor relacionamento em sociedade.

Por isso, é possível dizer que o juiz está fadado a mostrar seu subjetivismo em suas decisões, mas, quando se utiliza de elementos abstratos na sua fundamentação, ele está vinculado a uma ética/moral, todavia, não a uma ética/moral subjetiva, criada a partir de sua própria interpretação do que seria moralmente aceito e melhor para a sociedade, mas à ética/moral extraída da interpretação axiológica e sistemática da Constituição Federal de 1988.

Portanto, se existirem normas jurídicas em desconformidade com a moral, o parâmetro para aferir tal desconformidade deve ser os valores constitucionais, valores esses que também devem ser aplicados para sanar tal desacordo.

Mostra-se, assim, inevitável e até positivo o subjetivismo limitado pela Constituição Federal de 1988 quando esse é utilizado para afastar a frieza da regra e aplica a nova norma formulada com base na interpretação constitucional do caso concreto.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dessas posições antagônicas, capazes de gerar acalorados debates com convincentes argumentos para ambos os lados, a experiência demonstra que, sempre que houver dois radicalismos, é preciso construir um ponto de equilíbrio.

Assim sendo, o “meio termo” deve ser a permissão da atuação “ativista” do Judiciário visando sanar uma política já implementada que não se mostrou suficiente na concretização de direitos fundamentais ou uma omissão dos outros dois Poderes que esteja desrespeitando diretamente garantias constitucionais.

Então, inserido no presente contexto jurídico neoconstitucional, o qual enaltece a aplicação direta da Constituição e a irradiação dos seus princípios na interpretação das normas de todo ordenamento, pode-se afirmar que é mais do que necessária a atuação da Justiça constitucional interventora nas situações onde se identificam opções políticas omissivas ou insuficientes para a proteção dos direitos dos cidadãos.

Todavia, isso não deve servir como justificativa para que toda escolha política tenha que passar por um filtro de aprovação do Judiciário. Reafirma-se: devem os juízes agir estritamente quando direitos constitucionais estiverem sendo ofendidos por políticas desarrazoadas ou omissivas.

Nessa esteira teórica, não há como olvidar-se dos avanços trazidos pelo fenômeno do ativismo judicial. A consciência de um Estado de Direito que consagra e efetiva a nova concepção constitucionalista (e a conseqüente ampliação das conquistas sociais) é suficiente para justificar a postura atual do Judiciário, que, por sua vez, não pode nem deve restar absolutamente limitado por concepções vetustas da separação de Poderes, dentre outras críticas puramente teóricas que desconsideram a realidade prática que preserva e oportuniza o exercício de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006. 2. reimp.

AQUINO, Rubim Santos Leão de e outros. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Paulo Marcelo Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade: para uma teoria geral da política**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto alegre: safE, 1993.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 8.ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2013. v. 2.

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

FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 233-250.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, Eestado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. 2.ed. Trad. de Leônidas de Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LIMONGE, Fernando Papaterra. **O clássicos da política**. Francisco Correia Weffort (org.). 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. v. 1.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. 2001. Disponível em: < http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. de Cistina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PADILHA, Rodrigo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Madrid: Ed. Techos, 1999. RCS Editora, 2007.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. V. 4. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA, Boaventura, e outros. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>>. Acesso em: 04 abril 2015.

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

THE STATE OF LAW, BREAKING THE POSITIVIST PARADIGM AND THE EMERGENCE OF JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: This article aims to analyze the emergence, the historical evolution, the reasons and the effects of the phenomenon, common not only in Brazil but also abroad, called judicial activism. Therefore, studying the origins and the transformation of the State of Law, the influence of positivism and the State's tripartition, based on the teachings of Modern and contemporary scholars. It is noticed that, currently, that phenomenon is the result of social demands unmet by the State to end up being pled to the Judiciary which, in principle, should not intervene in the actions or omissions of the Legislative and Executive.

Keywords: Judicial activism. State of law. Tripartition of powers. Social unmet demand. Judiciary.