

ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

***Vitor Luís de Almeida**

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PT; Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT; Especialista em Direito Público Municipal e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UMIMONTES/MG; Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito e em cursos de formação da PMMG. E-mail: vitor.almeida@tjmg.jus.br

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo abordar questões inerentes ao fenômeno do ativismo judicial, bem como alguns polêmicos aspectos afetos à atuação do Poder Judiciário, especialmente através de decisões adjetivadas de “ativistas”, no âmbito de um Estado democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Separação dos poderes. Legitimação democrática.

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, assim como ocorre na grande maioria dos países ocidentais, passou e ainda passa, no momento atual, pelo fenômeno da constitucionalização, que é um aspecto do chamado neoconstitucionalismo, surgido em meados do século XX.

Neste ínterim, a consagração dos princípios como normas jurídicas, bem como o reconhecimento da necessidade de um novo modelo de processo, impôs uma adequação da atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais.

Acompanhando o desenvolvimento no direito comparado, o ativismo judicial surge no Brasil com o principal objetivo de persecução de um justo processo, que garanta de forma mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais.

Apresenta-se assim, como fenômeno necessário à garantia de uma adequada atuação do Estado, através do Poder Judiciário, no desempenho de suas funções primordiais perante a sociedade.

2 OS PARADIGMAS DO DIREITO

Antes de adentrarmos efetivamente à discussão sobre o ativismo¹ judicial e suas consequências no âmbito processual e, para uma melhor compreensão da questão, mostra-se necessário tecermos algumas considerações sobre os paradigmas no direito.

A teor dos ensinamentos dispostos por Marcelo Benacchio e Sávio Ibrahim Viana (2013, p.147 a 169), os paradigmas são instrumentos destinados à resolução de problemas. Enquanto válidos, a ciência avança e se aprofunda por meio de sua utilização.

Antônio Junqueira de Azevedo (2000, p.123 a 129), lecionando sobre a utilização de paradigmas no campo jurídico, sem remontar a épocas mais remotas, reconhece a presença de três paradigmas evolutivos e sequenciais de interpretação e aplicação do direito:

O primeiro deles seria o paradigma da lei. Segundo o autor, sob este paradigma o Direito e a lei eram tidos por coincidentes. A lei, enquanto expressão da vontade geral decorrente do contrato social, continha a verdade. Por consequência, o Direito limitava-se à lei. Era o tempo da subsunção, da exegese, do racionalismo iluminista, do juiz como “mera boca da lei”².

O segundo, o paradigma do juiz. Com o advento das mudanças sociais e políticas ocorridas na primeira metade do século XX, restou demonstrado o

¹ Consoante a lição de MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM e MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA. ***Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no processo civil brasileiro. Ativismo judicial e garantismo processual.*** FREDIE DIDIER JÚNIOR, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 478/479, a palavra ativismo, em sentido filosófico, de acordo com Houaiss, significa “qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa”. Em outras palavras, ativismo, conduz a ideia de atuação direta sobre a realidade.

² Explanado no raciocínio iluminista e liberal, cristalizado na célebre ideia de MONTESQUIEU de que o juiz nada mais é do que a *bouche de la loi* (a boca da lei). Teve uma definida função no período das Revoluções do século XVIII, visando à proteção dos interesses da coletividade contra os abusos da aristocracia, dominante do Executivo e Judiciário daquela época. Ficando o juiz cingido a verificar os fatos ocorridos e aplicar a eles o direito preestabelecido pelo Legislativo, jamais se poderia ter uma atuação ilegítima do Judiciário, que não seria mais do que um executor das diretrizes já estabelecidas pelo Legislativo. ***O espírito das leis.*** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

reconhecimento da incapacidade da lei para a solução de todos os problemas postos ao Direito. A simplicidade e frieza da letra da lei demonstraram sua insuficiência para tanto. Surgiu, então, a figura do juiz como elemento fundamental para o encontro e busca dos valores incidentes. Assim, a lei passa a ter cláusulas gerais com caráter aberto, competindo ao juiz o preenchimento de cada cláusula geral consoante permissão normativa. Esse é, inclusive, o modelo adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002, cujo conteúdo normativo depende, diretamente, da atividade judicial para sua compreensão, em muitos de seus dispositivos legais.

O terceiro e último, o paradigma do caso concreto. Como em todos os demais ramos do conhecimento científico, houve nova alteração, demonstrado nesta perspectiva a percepção do reducionismo na aplicação do paradigma do juiz. Além das dificuldades ínsitas na resolução sempre por meio da intervenção do juiz, observou-se a impossibilidade de soluções idênticas aos precedentes jurisdicionais invocados, porquanto uma particularidade do caso concreto redundava em resultado absolutamente diverso da linha decisória anterior. O constante diálogo entre fato e lei na concreção da norma jurídica incidente passa, pois, à presença de alguma particularidade que pode resultar na inversão da decisão tomada no caso anterior, ou seja, na impossibilidade de permanência do modelo decisório antecedente.

Com base no último paradigma, a centralidade do caso e o confronto entre o Direito e a lei passaram a exigir do Poder Judiciário, no momento da interpretação e aplicação - sem abandono da legislação, frise-se - o temperamento do aspecto político e jurídico, na busca da solução mais justa ao caso, em conformidade com os valores do Direito.

É certo que essa atuação do Poder Judiciário gerou dificuldades no grau de certeza do Direito, sobretudo em seu sentido oitocentista. Todavia, mostrou-se como a maneira mais efetiva de solucionar os conflitos gerados em decorrência da pluralidade de valores presentes no ordenamento jurídico e o conflito entre eles.

Portanto, é exatamente no âmbito do paradigma do caso concreto que surge o fenômeno do ativismo judicial. Em linhas genéricas, podemos entender por ativismo judicial tão somente o esforço do Poder Judiciário em materializar, no plano concreto, os princípios e regras constitucionais, mormente os direitos e garantias individuais, transformando-os em realidade. Ao fazê-lo, o magistrado estará exercendo uma parcela de poder e uma função democrática, tal como prescrita no texto constitucional, não incorrendo em qualquer ato de impropriedade.

3 ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* DECISIONISMO

Não se desconhece a posição doutrinária defensora de que a fronteira entre o ativismo judicial, no sentido positivo, e a prática do “decisionismo” é mesmo fluída. A interpretação judicial de normas constitucionais e infraconstitucionais envolve um embate entre valores competitivos, principalmente em uma sociedade democrática na qual a manifestação de opiniões divergentes é tão clara. Por conseguinte, a definição mais precisa do fenômeno do ativismo judicial passa, inicialmente, por sua distinção com o decisionismo judicial. Na doutrina clássica, Konrad Hesse (1991) tratou brilhantemente do tema ao opor-se de forma veemente à posição de Ferdinand Lassale (1998), para quem a Constituição de um país era uma “folha de papel”, cuja capacidade de regular e de motivar estaria limitada à sua compatibilidade com as relações de poder e os fatores reais de poder (Forças Armadas, interesses dos latifundiários, poderio da grande indústria e dos intelectuais, etc). Hesse admitiu que a eficácia da Constituição depende das condições históricas, técnicas, econômicas e sociais de um país, isto é, aspectos intrínsecos à realidade.

Concordou, também, com a ideia de que estes fatores não podem ser ignorados por ocasião das normas constitucionais, sob pena de comprometimento da eficácia das mesmas. Todavia, acentuou que a Constituição não configura apenas a expressão de um “ser”, mas de um “dever ser”, ou seja, embora seja reflexo da realidade, pode modificá-la ativamente e deve direcioná-la.

Para transformar a vontade da Constituição em realidade, Hesse ensinou ser necessário compreender a necessidade de uma ordem jurídica inquebrável, que proteja o Estado e a população contra o arbítrio desmedido e disforme. Defendeu que esta ordem reclama constante processo de legitimação e que o concurso da vontade humana é imprescindível na realização das tarefas constitucionais. Insistiu que o desenvolvimento da força normativa da Constituição depende de sua prática por todos os que participam da vida constitucional (governantes e governados), os quais, dotados desta especial consciência jurídica, ao interpretar as normas constitucionais, construirão um caminho adequado para concretizá-las diante de situações da realidade.

Nesta seara de discussão, Cappelletti (1984) também não faz clara oposição entre interpretação e criação do direito. Para ele, é intrínseco a todo grau de interpretação, certo grau de criatividade ou de discricionariedade, sendo fictícia a concepção de interpretação como atividade puramente cognitiva e mecânica, como se juiz fosse a *boca inanimada da lei*. Em conclusão, assevera que compete aos juízes escolher entre duas possibilidades: i) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível de outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador*. Também Canaris (1996), no âmbito dos métodos hermenêuticos de interpretação, leciona sobre a utilização conjunta dos métodos sistemático e teleológico, levando a uma “interpretação criativa do direito”, na qual reconhecem-se seus graus de obtenção através da complementação de lacunas e realização da adequação valorativa das diferentes normas e princípios norteadores do ordenamento jurídico. A seu turno, Hart (1994)³ manifesta posicionamento semelhante quando defende que a criação do direito implica sempre uma decisão política, sendo que em razão disso, ao menos nos “casos difíceis”, os juízes sempre farão uma eleição de normas, princípios e valores, o que resultará em um “ato criativo”, enquanto que nos casos fáceis o juiz deve sujeitar-se à lei. Esse grau de

³ **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1994. Leciona o autor que quando não há no caso concreto regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra solucionadora de tal caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e à coletividade, o magistrado então irá se deparar com o um caso difícil (*hard case*), diferente dos casos fáceis (*easy cases*), onde simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese, pragmática e analiticamente.

discricionariedade na atuação jurisdicional ganha evidência ainda em um contexto de legislação com finalidade social, própria das sociedades modernas. Isso porque, esta legislação não se limita a descrever o certo e o errado ou a permitir ou proibir. Estabelece, também, políticas públicas, que relembram ao Poder Executivo dar contornos de realidade ao objeto legislado e impõe ao Poder Judiciário efetivar o controle desses atos (MELLO, 2013, p. 41-42).

Sob esta perspectiva, o fenômeno do ativismo judicial deve ser compreendido e analisado. Afinal, uma magistratura mais atenta à realização dos princípios e valores constitucionais no plano da realidade, preocupada em purgar a ineficiência ou mesmo a mora dos demais poderes, é colimada e necessária.

Impende esclarecer que o fenômeno do ativismo judicial não se confunde com o “fazer políticas”, a pretexto de interpretar e aplicar a lei. Tampouco, consiste em conferir ao juiz uma “carta branca” ou poderes ilimitados ao decidir o caso concreto de acordo com sua exclusiva opinião, valores pessoais, preferências ideológicas e políticas. Esta prática, flagrantemente abusiva, seria nominada como “decisionismo judicial” e deve ser evitada (MELLO, 2013, p.50).

Mas o magistrado não incorrerá em abusos quando for chamado a decidir questões de larga repercussão política e social. Cumpre lembrar que, no Brasil, desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, responsável pela redemocratização do país e a constitucionalização abrangente, inúmeras matérias, até então deixadas ao critério do processo político majoritário e sua legislação, tornaram-se passíveis de apreciação judicial.

O abuso ou o excesso por parte do Poder Judiciário existirá apenas quando, segundo Ronald Dworkin (1986, p.378), o juiz ignorar o texto da Constituição, a história dos acontecimentos, os precedentes judiciais ou as tradições inerentes à política cultural, para impor aos outros Poderes a sua visão própria de justiça. Mesmo que o juiz tenha que decidir sobre questões políticas, não deverá se afastar dessas noções, sob pena de uma verdadeira tirania. Sob esta ótica, Gerson Amaro de Souza (2013, p. 219-244) defende uma determinada ditadura do judiciário, tendo em vista que ele pode desfazer atos dos outros poderes e

estes não podem desfazer os atos do Judiciário, o que ensejaria a inexistência de uma verdadeira independência.

A seu turno, entretanto, Jorge Miranda (2010, p.395) conclui, acertadamente, que o modelo de separação ótima entre as funções estatais, idealizado por Montesquieu, deve ser constantemente repensado, para que possa se adequar às exigências do mundo contemporâneo, bem distinto do cenário político e social do século XVIII. Anota o autor que em que pesem as transformações ocorridas nas relações entre Estado e sociedade, as crises econômicas, as novas ideologias, o peso da Administração pública de prestação, a inaptidão dos parlamentares para fazerem face a muitos dos problemas coletivos e as exigências da vida internacional (tudo surgido a partir do século XX) que afetaram o princípio da separação dos poderes, este permanece como princípio de organização ótima das funções estatais, de estruturação orgânica funcional. Deve existir uma reserva legal de legiferação, de administração e de jurisdição a cada um dos poderes, os quais possuem a obrigação de trabalhar em harmonia, mas de forma operacional e em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Contudo, muito bem disposta é a lição de Carlos Ayres Britto (2007, p.118,119) quando nega que a prática da Constituição termine por fazer do Poder Judiciário uma instância de governo da *polis*. Para ele, se o Poder Judiciário não é dado governar, é seu dever impedir o desgoverno. O limite ao exercício da defesa da Lei Fundamental pelo Judiciário é o “tensiômetro da consciência”, consciência esta que deve ter como ponto de partida, segundo ele, “não o Congresso Nacional, não o Palácio do Planalto, menos ainda a Casa Branca ou o Palácio de Buckingham, mas o sensível e ao mesmo destemido coração de cada juiz”.

Na esteira deste raciocínio, Eduardo Cambi (2010,p.195) leciona que o Poder Judiciário é chamado a exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social. O conceito de juiz social é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, fundadas em

postulados da justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. E continua ensinando que o exercício da jurisdição contemporânea depende, portanto, da sensível pré-compreensão social das questões envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais. Não está o magistrado, para isso, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

4 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

No âmbito dos registros históricos, em que pesem algumas divergências doutrinárias, Luis Roberto Barroso (2010) localiza o surgimento da expressão ativismo judicial no período do *New Deal* americano, em que a Suprema Corte era presidida por Earl Warren, de 1954 a 1969. Segundo ele, foi a época em que os Juízes do Supremo ianque elaboraram uma profunda revolução na jurisprudência, convertida em postura pioneira e progressista. A comprovação de que um texto constitucional de duzentos anos poderia servir a um país desenvolvido em pleno século XX, desde que sua leitura se adequasse às exigências contemporâneas.

Ainda consoante registros históricos versados por Alessandra Lopes Santana de Mello (2013, p.50,51), uma das decisões judiciais mais emblemáticas apontadas como fruto de ativismo judicial foi o julgamento pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *Brown v. Board of Education* (AL. 347 U.S. 483 de 1954). Ao final do século XVIII, a segregação racial tinha se tornado regra legislativa em quase toda a região sul dos Estados Unidos da América. As raças estavam separadas nas escolas, restaurantes, banheiros públicos, meios de transporte coletivos e até nas eleições. Nos idos de 1896, a Suprema Corte sustentou uma importante decisão proferida no caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537 de 1896). Homer Plessy, um homem negro da Louisiana, questionou a constitucionalidade da segregação racial nos vagões de trem. O juiz de primeiro grau decidiu que o Estado da Louisiana tinha direito de regular as companhias de trens, se elas operassem dentro dos limites do Estado. Neste

caso, a Suprema Corte decidiu que, desde que providenciados vagões separados e fossem prestados os mesmos serviços aos brancos e negros, o princípio constitucional da igualdade (*equal protection clause*), previsto na Emenda Constitucional 14, não restaria violado. Decidiu ainda que a Lei dos Direitos Civil, denominada, *Civil Rights Act of 1875*, que preconizava a igualdade de todos os homens perante a lei, estava fora da proteção judicial das Emendas Constitucionais 13 e 14, dirigindo-se às ações governamentais e não às empresas privadas.

Todavia, em 1952 a Suprema Corte Norte-Americana decidiu julgar coletivamente cinco outros casos, que versavam sobre a separação nas escolas entre crianças brancas e negras e a acusação de que as escolas para negros eram inferiores. Sustentava-se que a teoria *separate but equal* violava o princípio da igualdade. Por consequência, em maio de 1954 o Presidente da Suprema Corte, Earl Warren, anunciou, por unanimidade de votos, que a segregação racial em escolas públicas violava, sim, a Emenda Constitucional 14, sendo medida inconstitucional. Esta decisão histórica pôs fim à doutrina *separate but equal* e promoveu a expansão do movimento pelos direitos civis desde o final da década de 1950.

Tal precedente judicial foi reconhecido por muitos juristas como fruto de ativismo judicial, sob o argumento de que os precedentes judiciais anteriores haviam sido revogados sem fundamentação jurídica razoável, em manifesta violação à doutrina dos precedentes obrigatórios (*doctrine of stare decisis*) e mediante usurpação da função legislativa, cujos representantes ainda refletiam a vontade da maioria reacionária (MELLO,2013, p.52).

No ordenamento jurídico italiano, Steano Maria Cicconetti e Anderson Vichinkeski Teixeira (2013, p.94) defendem a existência de uma postura manifestamente ativista por parte da jurisprudência da Corte Constitucional, nas três últimas décadas, devido ao amplo poder hermenêutico garantido a este órgão jurisdicional, permitindo que ela subverta, inclusive, a supremacia do Parlamento na produção da normatividade jurídica a uma sorte de “soberania judicial-constitucional”.

Analisando o fenômeno do ativismo na América, especialmente do Sul, Adolfo Alvarado Velloso (2013, p.30-32) leciona ser extrema de dúvida que a Justiça da América se encontra em gravíssima crise. O número de juízes e de funcionários existentes nos diversos Poderes Judiciários não corresponde à magnitude do trabalho que devem cumprir diariamente. A crise persiste pela coexistência de um acúmulo enorme de outras causas que ninguém quer enfrentar e, conseqüentemente, reverter. Ressalta o desmensurado crescimento do índice de litigiosidade, tanto no processo civil, como no processo penal, registrando que em vários países do continente se exhibe uma clara e, às vezes, descarada ingerência do poder político no trabalho diário do Judiciário, numa indevida tentativa de controle dos conteúdos das sentenças dos magistrados. Para além disso, defende o autor argentino que a crise é alimentada por outros fatores como a inexplicável complacência do jurisdicionado em relação a casos não jurisdicionais; a aceitação imediata por parte dos juízes dos chamados direitos de terceira geração⁴, que se aplicam antes mesmo de sua regulamentação infraconstitucional; a indevida importação de soluções jurisprudenciais vigentes no sistema do *common law* e que resultam estranhas à ordem jurídica da *civil law*; o discurso constante, apaixonado e de boa-fé dos autores que se envolvem com a doutrina publicista; o desconhecimento quase generalizado da ordem dos valores jurídicos consagrados nas Constituições; a fascinação que sobre os homens de boa-fé e, particularmente, os juízes do ativismo, sempre desperta no sistema inquisitivo em homenagem ao valor “justiça” que ali se pode alcançar segundo o particular entendimento de cada um. Para o referido processualista, tudo isso, em conjunto, acabou por instalar na mente de muitos juízes, inclusive os argentinos, a ideia de um ativismo.

No Brasil, embora seja tema cada vez mais pesquisado, o chamado “ativismo judicial” não possui definição precisa, nem origem exata. Costuma-se vê-lo empregado, infelizmente, em sentido pejorativo nos momentos em que o juiz vai além dos limites da causa postos pelas partes ou decide com base em parâmetros extra-legais. Em outros momentos, um juiz dito ativista termina representando a personificação daquele “Juiz Hércules” do qual fala Dworkin.

⁴ Sobre a classificação dos direitos fundamentais vide ALEXANDRE DE MORAES. **Direito Constitucional**. 15.ed.; São Paulo: Atlas, 2004, pp. 61-62.

Resta certo, entretanto, que na doutrina brasileira a expressão em tela é mais recente, sendo os primeiros textos e decisões posteriores à promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 (CICCONETTI e TEIXEIRA, *Ob. cit.*, p. 80).

5 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E AS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Na doutrina argentina, apresentando sua posição de contrariedade ao ativismo judicial, Adolfo Alvarado Velloso (2013, p.32) leciona que sob o argumento de uma pretensa defesa da Constituição, alguns juízes com vocação a ser protagonista midiático começaram a intervir em toda sorte de assuntos, que em princípio são da esfera de atribuição de outros Poderes do Estado, interferindo, assim, na tarefa de governar ao assumir o cumprimento de funções que são privativas de outras autoridades. Aduz que, dessa forma, abandonam o acatamento à lei para entrar no campo do governo e, ainda por cima, ingressaram num terreno muito perigoso - o de um incrível desgoverno, já impossível de controlar. Para ele, quem assim atua não cumpre uma tarefa propriamente jurisdicional, uma vez que, com isso, não resolve conflitos intersubjetivos de interesses que é a essência da tarefa de outorgar justiça comutativa. A rigor, pratica-se justiça distributiva sem se ter os elementos para poder fazê-lo, como por exemplo, a legitimidade de votação popular.

Em que pese a argumentação exposta, não concordamos com o mencionado doutrinador, tendo em vista que, conforme anteriormente exposto, o ativismo judicial apresenta-se como uma figura correta e necessária, através da qual o Poder Judiciário, no cumprimento de suas funções como ente estatal, procura fazer valer, concretamente, direitos constitucionais e fundamentais dos cidadãos, ainda que perante as omissões do Legislativo ou Executivo, dentro de suas respectivas searas de competências e atribuições constitucionais.

Ademais, a questão da suposta falta de legitimação democrática do Poder Judiciário já resta devidamente ultrapassada, eis que o magistrado, ao cumprir

o dever de fundamentação de suas decisões, propicia o controle popular sobre sua atuação, o que a legitima, mesmo em um Estado Democrático. Com efeito, através da fundamentação das decisões permite-se o controle da atividade do julgador não apenas do ponto de vista jurídico, como também, de forma bem mais ampla, do ponto de vista da própria coletividade.

Ao contrário dos representantes dos poderes Executivo e Legislativo, que são eleitos através do voto popular e recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades, o magistrado, integrante do poder Judiciário, não é previamente legítimo, eis que, apesar de inserido em um sistema democrático, não tem sua ascensão ao cargo através de uma eleição. Sua legitimação só pode, portanto, ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle posterior e difuso da legitimidade da atuação do magistrado, mais uma garantia ligada à ideia de processo justo e de devido processo legal⁵.

Esse protagonismo judicial, “governo dos juízes” e ativismo judicial são expressões correntes atualmente nas diversas áreas do saber jurídico, em especial no Direito Constitucional e na Teoria Política. O ativismo judicial representa em última instância a deslegitimação da política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade em seu cotidiano. Corrupção, fisiologismos políticos e burocratização estatal são três componentes sociológicos que atuam para fortalecer o mito do “juiz Hércules” no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais.

Nesta esteira deste entendimento, Luís Roberto Barroso (2009, p.383) leciona que “uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário”. Aduz que recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a

⁵ Sobre a fundamentação da decisão judicial, abordando, inclusive, a relevância de suas justificativas endoprocessual e extraprocessual, bem como a consequente legitimação do Poder Judiciário, vide texto de nossa autoria: ***A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado***. RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, nº. 5. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 2497-2536.

desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e Executivo. Tal circunstância acarretou, então, uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

O ativismo judicial surgiu assim, nos últimos tempos, impregnado das melhores intenções, com a finalidade de atribuir maiores liberdades aos juízes para atuarem no sentido de se fazer com que os outros poderes, Executivo e Legislativo, cumpram as suas funções em conformidade com as disposições constitucionais. Neste sentido, felizmente, o Poder Judiciário tem atuado com presteza e procurado atender aos direitos fundamentais do cidadão, impondo obrigação de fazer aos órgãos responsáveis pela omissão. O ativismo é utilizado para o bem da população e está em perfeita consonância com os mandamentos constitucionais.

Nos dizeres de José Renato Nalini (2013, p.383-394), a figura do juiz passa a ocupar o centro do debate, de quem cada vez mais se exige posturas superlativas, para além da condição humana que lhe é natural. Nas múltiplas controvérsias em que atua, do magistrado é esperado que seja ativista quando se discute, por exemplo, o fornecimento de medicamentos aos hipossuficientes, e garantista, quando atua da jurisdição criminal.

É certo que o modelo brasileiro de *civil law*, observado com base na observância plena ao regramento legislativo, revela restrições à prática do ativismo judicial, na medida em que, em regra, ao adotar uma conduta supostamente ativista, o magistrado deixa de aplicar a lei *stricto sensu* ou a esta dá interpretação extensiva, permitindo-lhe chegar à decisão que melhor lhe convém para solucionar o caso. Bem por isso, nos regimes *civil law*, o ativismo judicial é bem mais criticado do que em outros regimes jurídicos, pois, em tese, o magistrado ativista desvirtua a função jurisdicional, aproximando à função legislativa.

Nos regimes de *common law*, o ativismo é justamente elogiado por proporcionar a adaptação do direito às novas exigências sociais e às novas

pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”⁶, que, guiado pelo propósito de respeitar as posições do legislador ou os precedentes passados⁷, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. À medida que, no âmbito da *common law*, franqueia-se ao Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa, a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí por que a discussão tende a se deslocar para o plano da filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário, mas sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática.

A teor do disposto na doutrina argentina já mencionada, também no Brasil avolumam-se críticas para essa postura ativista do juiz. A primeira, de cunho político-ideológico, decreta a falta de legitimidade do judiciário para tornar desvaliosa a atuação dos demais poderes. O juiz não é eleito e, mesmo sem esse respaldo do consentimento popular, desfaz políticas escolhidas por aquele sufragado pelo povo. A contra-argumentação a esse déficit de legitimidade é baseada, como já explanado, na obrigação constitucional que o juiz tem de fundamentar suas decisões. Ao fazê-lo, o juiz permite ao interessado e à sociedade acompanhar o raciocínio de seu convencimento e recorrer às instâncias superiores, com vistas à obtenção de resultados diversos.

Não é assim a eleição a única fonte de legitimidade. Obtém-se o consentimento da sociedade de destinatários também quando se evidenciam as razões conducentes de a consciência do juiz se inclinar por uma ou outra das teses ou por uma que só apareceu implicitamente na demanda. Bem por isso que, mesmo adotando-se postura ativista, não se pode perder de vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, conforme determina a própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, o que impede a conversão da

⁶GUSTAVO GONÇALVES GOMES. **Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 294.

⁷ Anote-se que na dinâmica iniciada pela vigência do Código de Processo Civil de 2015, o sistema brasileiro passa a demonstrar, também na normatização, uma efetiva valorização dos precedentes judiciais, aproximando-se, neste ponto, dos regimes de *common law*.

resposta do Estado-juiz em exercício arbitrário pautado por voluntarismos personalistas (NALINI, 2013, p.386).

Outra conhecida crítica é que o Poder Judiciário não pode ser convertido em indesejável instância hegemônica. Também neste íterim, a reposta de NALINI mostra-se pertinente, no sentido de que o juiz não é perito em todos os assuntos. Mas é, reconhecidamente, o árbitro dos árbitros, ou o *peritum peritorum*. Ele não precisa dominar, enciclopedicamente, a vastidão dos temas que chegam ao judiciário, mas saber escolher, dentre as várias propostas, aquela mais viável à solução, mediante outorga do justo concreto (NALINI, 2013, p.387).

A terceira é conhecida como a limitação do debate. O universo jurídico tem linguagem própria, desconhecida pelo jejuno. Isso priva uma discussão mais ampla, pois exclui dela o não técnico. E pode levar ao perigo de se produzir uma apatia na população que passaria a ficar na espera de que tudo fosse resolvido pelos juízes, formando uma sociedade puerilizada e tutelada pelo Judiciário, o que não atenderia à formação de uma cidadania participativa, que seria o ideal pensado pelo constituinte democrático (NALINI, 2013, p.388). Neste íterim, argumenta-se que o ativismo judicial possui também limites, os quais foram versados por Mello (2013, p.52-58) como materiais, formais e éticos. Segundo a autora, os limites materiais à interpretação do juiz estão previstos no próprio sistema jurídico, sendo os textos normativos, inclusive o constitucional, um dos primeiros limites, garantidor, inclusive, da segurança jurídica. O limite formal estaria previsto através do já mencionado dever de fundamentação, garantia da legitimação democrática de atuação do Poder Judiciário. Por fim, o limite ético estaria previsto no compromisso do juiz em realizar os anseios da comunidade de acordo com o ordenamento jurídico e, especialmente com o devido e justo processo.

Ainda no que se refere às críticas ao ativismo judicial proferidas em sede da doutrina brasileira, NELSON NERY JÚNIOR e GEORGES ABOUD⁸

⁸ ***Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. Ativismo judicial e garantismo processual.*** DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 525-546.

entendem que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mal ativismo. Para eles, ativismo é toda decisão que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.

Neste ponto, as situações aventadas por Pablo Manili (2008, p.1147-1153)⁹ como bom ativismo, não se tratariam de decisões ativistas, mas na realidade, de decisões que concretizam e aplicam diretamente o texto constitucional e sua principiologia. Alguns segmentos doutrinários preferem distinguir entre o bom e o mau ativismo, com o que não concordamos. O bom ativismo sustentado por Manili é na verdade a única manifestação daquilo que se pode identificar como “ativismo judicial” e proporciona, dentre outros, os seguintes benefícios ao jurisdicionado: 1) cria direitos, ou seja, assegura direitos não previstos expressamente em nenhum diploma normativo infraconstitucional; 2) amplia as garantias processuais para a proteção dos direitos; 3) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; 4) controla os excessos do poder em geral; 5) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos; 6) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.

O ativismo judicial, portanto, é efetivado através de uma efetiva e legítima atuação do Poder Judiciário, como poder constituído do Estado, mostrando-se perfeitamente possível o afastamento dos argumentos que objetivam criticar sua realização, taxando-o de um caráter injusto e, até mesmo, inconstitucional.

6 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Outro detalhe com relação ao regime jurídico brasileiro é que temos um Estado Democrático bem definido, que por opção política privilegia o princípio da separação dos poderes. Assim, de acordo com o regime constitucionalista, o

⁹ ***El activismo em la jurisprudência de la Corte Suprema.*** *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales.* Tomo I. n. II. QUINTANA, Linares/ FAYT, Carlos S. (Orgs). Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 1147/1153.

desenvolvimento do Estado deve ser acompanhado da delegação de poderes controlados, de forma tripartida, e visando, sobretudo, a supremacia do interesse público.

Sob este prisma, parte da doutrina argumenta que o ativismo judicial deveria ser coibido, na medida em que permite ao magistrado adotar iniciativas que são de competências exclusivas do Poder Legislativo ou até do Poder Executivo. O ideal montesquiano de separação dos poderes prevê a necessidade de independência, exatamente para permitir um maior equilíbrio na manutenção do Estado, viabilizando a adoção de estratégias diferenciadas e especiais para cada órgão que compõe a máquina estatal.

Para Montesquieu (1962, p.181), a liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo, e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Ao repartir as atribuições estatais entre vários órgãos, espera-se que possam especializar-se no exercício das suas funções, o que traria uma maior eficiência ao papel desempenhado pelo Estado. Esse modelo garantiria sustentabilidade à estrutura estatal e preservaria as características liberais e democráticas do regime político, na medida em que a independência entre os poderes acabaria gerando, indiretamente, um poder de fiscalização entre eles.

Não obstante, observamos que a função jurisdicional se consubstancia em um poderoso instrumento para a atuação completa do direito material, garantindo a manutenção da ordem e o respeito às leis. Por determinação constitucional, é dever do Poder Judiciário zelar pela manutenção da paz social, coibindo a prática de atos que não estejam alinhados com o ordenamento jurídico. Além de ser órgão fiscalizador da efetividade das leis, o Poder Judiciário deve ocupar-se da resolução de conflitos sociais, interferindo na relação entre os jurisdicionados, ou entre esses e o Estado, sempre que não conseguirem, por si só, resolver determinada situação litigiosa.

Diante de tais considerações, duas inferências emergem (GOMES, 2013, p. 297-298): uma coisa é admitirmos atuação de magistrados à margem da lei, com a prolação de decisões judiciais cujo conteúdo não tenha relação com o ordenamento jurídico pátrio, cujo *decisum* se denotem valores pessoais do julgador; outra coisa é concebermos que os magistrados são figuras de grande importância para o Poder Judiciário, para a população e para o Estado, e que devem, sempre que necessário e possível, inovar e atuar com criatividade na interpretação da lei.

A primeira situação não se mostra adequada, uma vez que o magistrado, ao julgar com força das próprias convicções, desprestigia e ignora o sistema jurídico, trazendo instabilidade e insegurança aos jurisdicionados. A segunda merece ser prestigiada ante ao entendimento de que o atual perfil do magistrado comporta exatamente uma postura pautada em iniciativas criativas e no compromisso de tentar buscar a melhor solução para o caso concreto, sem que isso signifique abdicação do dever de fundamentar as decisões, segundo a lei.

Assim, defende-se que os princípios da participação e da colaboração não se misturam com a discricionariedade. O ativismo é exercido com observância dos limites impostos à atividade do Poder Judiciário. A atuação criativa e participativa dos magistrados sempre deverá abarcar um conteúdo adstrito ao nosso sistema constitucional. Há uma nítida distinção entre magistrado arbitrário e magistrado ativista, sendo este último o modelo de magistrado que

melhor se enquadra no formato indicado pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Não se pode perder de vista que o Judiciário, ao decidir toda forma de lide a ele apresentada, já está previamente compromissado com a ordem constitucional vigente, o que lhe impõe ao efetuar sua motivação demonstrar os fundamentos jurídicos, legais ou principiológicos que o levaram a decidir daquela forma e porque a decisão é a mais consentânea com nosso ordenamento constitucional e legal.

A judicialização de um número cada vez maior de questões é o que fomenta a expansão do ativismo, em tempos contemporâneos. Judicialização, nos dizeres de Maria Fernanda de Toledo Rodovalho (2013, p. 489-500) é o termo cunhado para designar o fenômeno de transferência para o Judiciário, da resolução de questões que, tradicionalmente, eram resolvidas no âmbito social e político. Diz respeito à assunção, pelo Judiciário, de tarefas que, por definição decorrente do princípio da tripartição dos poderes, não deveriam depender de solução jurídica.

Judicialização não é, portanto, um fenômeno do Judiciário, mas do Estado como um todo. Na proporção em que o Legislativo deixa de ser instância típica da discussão política e em que ao Executivo se lhe retira o papel de único protagonista da implementação de políticas públicas, transfere-se para o Judiciário a discussão acerca das escolhas administrativas e até políticas. Assim considerado, o fenômeno da judicialização¹⁰ não se pode ligar à mera ideia de desprestígio do Legislativo ou de inércia do Executivo, mas a um reposicionamento de todas as funções e atividades do Estado.

Embora já existisse um movimento social no sentido de determinar a transferência dessas discussões políticas e administrativas para os tribunais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como “Carta Cidadã” apresenta-se como um o marco da redefinição do papel do

¹⁰ Registre-se que para MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO, Ob. cit., p. 496, a atuação judicial na garantia de direitos não pode ser confundida com o ativismo judicial. O ativismo vai além da judicialização, pois o ativista promove uma intervenção de forma a garantir a implementação de objetivos constitucionais.

Judiciário na divisão de poderes do Estado Brasileiro. Essa norma fundamental atribuiu ao Estado os objetivos de reduzir as disparidades sociais e erradicar a pobreza, além de garantir direitos fundamentais, como saúde, educação, habitação e meio ambiente. E como poder Estatal, o Judiciário passa também a ser responsável pela consecução desses propósitos.

Assim, passadas as primeiras duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988, um dos debates mais acesos na doutrina e na jurisprudência brasileiras refere-se à concretização dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Consoante as ponderações de Luiza Barros Rozas (2013, p.465), a jurisprudência brasileira, no que diz respeito ao controle jurisdicional de políticas públicas, consolidou-se mais em relação ao direito à saúde e ao direito à educação.

O ativismo apresenta-se, portanto e especialmente, como uma consequência do fenômeno da judicialização. Afinal, vigorando no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da inércia do Poder Judiciário, as apreciações desenvolvidas sob um perfil mais ativo dos magistrados só se mostram possíveis quando os detentores da legitimidade processual ajuizarem demandas questionando a necessidade de judicialização das questões envolvendo os direitos fundamentais, plano de fundo para as decisões judiciais a serem proferidas. Ativismo e judicialização implicam, portanto, em fenômenos contemporâneos que possuem ampla proximidade. Impende lembrar, como já ressaltado, que Konrad Hesse coloca a autonomia do Direito como condição de possibilidade. Daí a força normativa da Constituição. E nesse sentido os consideráveis avanços no campo da preservação dos direitos fundamentais em países periféricos como o Brasil, muitas vezes foram realizados através de decisões judiciais em matérias envolvendo a judicialização e, conseqüentemente, o ativismo judicial.

Concordamos com Daniel Giotti de Paula (2011, p.307), quando sustenta que estamos vivendo uma nova concepção e um novo modelo que nos faz refletir sobre o tradicional sistema de separação dos poderes. Na verdade, do início do século XX até hoje, um complexo cenário de transformação se processou no direito e na política. Vive-se sob a égide de uma crise de representação

parlamentar, de abandono de uma visão mítica de que a sociedade é homogênea. Além disso, passou-se de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, no qual aos princípios constitucionais se conferiu aplicação direta, o que, por consequência, implicou no abandono da subsunção como único método de resolução de impasses sobre a interpretação e aplicação do Direito. Instaurou-se um quadro em que agências e agentes dentro do âmbito governamental, mas com alguma independência, são aqueles que realmente decidem questões técnicas na sociedade, mudança que se dá em um quadro de desformalização do Direito. Consolidou-se, ainda, o presidencialismo de coalizão, em que às minorias sobra pouco espaço para participar da construção da agenda parlamentar. E esses ingredientes explicam, cada qual com sua intensidade, o porquê de o Judiciário muitas vezes invadir a esfera própria de competência de outros poderes constituídos, e ainda, o porquê de as minorias político-partidárias ou de a sociedade civil se dirigirem aos tribunais em relação a tantas e variadas questões.

Assim, contemporaneamente, na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p.91), seja por conta do chamado ativismo judicial ou por uma nova vertente da instrumentalidade do processo, foi-se gradualmente aceitando um alargamento da faixa de atuação do Judiciário, a este se reconhecendo em certos casos a legitimidade para um prudente criacionismo, justificado pelo propósito de interpretar os textos de regência por modo a deles extrair o máximo de significado, para além de sua singela literalidade, assim potencializando sua idoneidade para resolver o conflito em modo justo e tempestivo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A locução Estado-juiz deve ser utilizada, por conseguinte, com o intuito de enfatizar que o magistrado é parte integrante do Estado, detentor de parcela do poder estatal. Tal expressão nos remete à ideia de Montesquieu sobre a separação dos poderes, cunhada em momento histórico do liberalismo, cuja preocupação era garantir os direitos de primeira geração, baseados no ideal de liberdade contra todo poder tirano estatal. O desenvolvimento da humanidade, entretanto, alterou substancialmente a forma de atuação estatal, exigindo que o

Estado ampliasse sua intervenção nas relações privadas, restabelecendo a igualdade e o equilíbrio entre as partes. Com o desenvolvimento do poder estatal, o Estado-juiz deixou de ser apenas a *bouche de la loi* para garantia da liberdade da burguesia, passando a intervir mais diretamente tanto em outras funções do Estado como na vida das pessoas, exigência imposta pelos direitos econômico-sociais de segunda geração (BACARIM E NOGUEIRA, 2013, p. 477-478), e posteriormente, pelos direitos de terceira geração.

A visão moderna do Estado brasileiro tende a reconhecer a unicidade de poder dividido, onde cada membro exerce determinada função (GRAU, 1996, p. 175) (legislativa, executiva e judicial), mas sem perder de vista que o Estado como um todo deve atingir metas estabelecidas pela sociedade, e que cada atividade estatal deve concorrer para elas, de acordo com o as normas dispostas na própria Constituição Federal.

Nesse contexto, como bem conclui Ada Pellegrini Grinover (2011, p.129), “no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade”.

A partir dos ensinamentos de Konrad Hesse (1991), partidário do método concretista de interpretação, sublinhamos que compreender, interpretar e aplicar uma norma jurídica é um processo unitário e indivisível. A aplicação de uma norma é tão essencial e integrante do processo hermenêutico como sua compreensão e interpretação. Destacamos que o texto normativo sem a realidade é despido de qualquer propósito. O texto normativo existe justamente para conformá-la e condicioná-la, não podendo ser interpretado sem ela. A realidade, por sua vez, não tem relevância para a ciência do Direito quando analisada de “per si”. Os mundos do “ser” e do “dever ser” devem sempre estar conjugados na elaboração da norma de decisão, isto é, aquela que confere solução ao caso concreto.

Ocorre que o problema da eficácia dos direitos fundamentais tem levado ao Judiciário uma gama de questões que ultrapassam os limites do jurídico,

alcançando os foros da administração e, por vezes, da própria política, importando o que se convencionou chamar de judicialização.

Na prática do ativismo judicial os magistrados buscam solucionar esses problemas políticos com o apoio de critérios jurídicos. Mas vários são os motivos justificadores da prática do ativismo na atualidade. Dentre os principais, o desprestígio da lei, o descrédito da política, o sucateamento da administração pública, a ineficiência da gestão de recursos públicos. Dessa forma, observando a absoluta impossibilidade de o Poder Público resolver determinadas questões individuais ou até mesmo coletivas, o magistrado traz para si a responsabilidade de buscar soluções plausíveis para os casos que lhe são submetidos, sempre baseado, entretanto, no regramento constitucional do ordenamento jurídico.

A despeito desse aporte criativo na tarefa de concretização do Direito, ponderamos que o juiz não produz normas livremente. Há limites de ordem material, formal e ética, conforme já ressaltado. Não obstante, na esteira dos ensinamentos de Wilson Levy (2013, p.634), os juízes não podem ter medo da *fala autorizada*. Devem, pois, se insurgir contra o senso comum teórico¹¹ que estagna as possibilidades de interpretação a partir de um saber *standardizado*, fundado em mero silogismo lógico, pretensamente objetivo e imparcial, mas que esconde em seus meandros, ou revela na fragilidade metodológica dos trabalhos acadêmicos e, como já afirmado, potencial para produzir injustiças e descuido em relação aos direitos fundamentais.

Se já não há lugar para a democracia direta, por outro lado, a democracia indireta não tem sido palco apto a possibilitar a formação de instituições fortes o suficiente para lidar e sanar os problemas a que a sociedade brasileira está sujeita. Enquanto o Poder Executivo, seja em razão da insuficiência de recursos, seja por eventual má administração, não consegue concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Cidadã, o Poder Legislativo, por sua vez, também não se mostra capaz de produzir debates suficientemente

¹¹ Entendido como o conjunto de crenças cristalizadas, valores preconcebidos, dos quais o raciocínio jurídico parte sem que se questione as fontes, a legitimidade e a significação político-ideológica que elas encetam.

democráticos e tampouco uma normatividade que dê conta da complexa gama de relações que forma o Brasil contemporâneo.

Como resultado, tem-se que as mais variadas demandas sociais acabam por ser submetidas ao Poder Judiciário, a quem a população se socorre na busca de respostas pontuais aos seus problemas e a quem, até mesmo os demais poderes, bem como as instituições essenciais à justiça e outras associações e instituições também recorrem a fim de que grandes questões sejam decididas.

Diante desta inoperância ou ineficiência dos demais poderes republicanos, toda espécie de demanda tem chegado ao Poder Judiciário, o que tem resultado na judicialização de questões ligadas à saúde e educação, controle jurisdicional de políticas públicas e toda sorte de ativismo, vez que os magistrados, em razão do princípio de acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição não podem se furtar ao exame dos casos a eles submetidos, decidindo sempre de forma fundamentada, como garantia de legitimação democrática à sua atuação.

Se é certo que um juiz não pode converter-se em um “super-homem jurídico” que investiga, prova e decide a causa, também não pode permanecer passivo ao deparar-se com uma situação na qual os direitos fundamentais do cidadão restam violados em razão da inércia ou inexatidão da atuação dos poderes Legislativo ou Executivo no cumprimento de suas funções constitucionais.

Os magistrados devem, portanto, agir dentro dos limites constitucionais, mas de forma ativa, com fins à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e, conseqüentemente, da realização dos objetivos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado.** RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, nº. 5. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 2497-2536.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação.** Revista de direito do consumidor. n.33. Jan/Mar, 2000, pp. 123-129.

BACARIM, Maria Cristina de Almeida/ NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. **Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no processo civil brasileiro.** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 477-488.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo.** 2010. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br>.. Acesso em 05.11.2016.

BENACCHIO, Marcelo/ VIANA, Sávio Ibrahim. **O ativismo judicial e a ordem econômica.** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 147-169.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2.ed.; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

CICCONETTI, Stefano Maria/ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Os princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e o monopólio hermenêutico da corte constitucional: um caso de ativismo judicial?** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 79-96.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire [O Império da Lei].** Harvard University Press. Cambridge: Massachusetts, 1986.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno.** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 287-302.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas.** O controle jurisdicional de políticas públicas. GRINOVER, Ada Pellegrini/ WATANABE, Kazuo. Coords. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed.; Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1998.

LEVY, Wilson. **O ativismo judicial, o controle difuso de constitucionalidade e a “resposta correta”**. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 615-637.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MANILI, Pablo L.. **El activismo em la jurisprudência de la Corte Suprema**. Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales. Tomo I. n. II. QUINTANA, Linares/ FAYT, Carlos S. (Orgs). Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 1147/1153.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de. **Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los**. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 35-63.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo III, 6.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONSTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 15.ed.; São Paulo; Atlas, 2004.

NALINI, José Renato. **Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada?** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 383-394.

NERY JÚNIOR, Nelson/ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém**. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 525-546.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação dos poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. As novas faces do ativismo judicial. FELLET, André Luiz Fernandes/NOVELINO, Marcelo. Orgs. Salvador: Juspodivm, 2011.

RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. **Ativismo judicial e proteção de direitos**. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 489-500.

ROZAS, Luíza Barros. **Controle jurisdicional de políticas públicas urbanísticas: o direito a moradia no âmbito do poder judiciário.** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 465-475.

SOUZA, Gerson Amaro de. **Tiranía do judiciário.** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fedie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 219-244.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual.** Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 13-34.
