



JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE SOB O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JUDICIALIZATION AND JUDICIAL ACTIVISM: ANALYSIS UNDER THE SUPREME FEDERAL COURT

Giovana Grassi Francisco¹

RESUMO: A presente pesquisa bibliográfica visa analisar os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial frente às decisões proferidas especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, para a implementação de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição. Com a evolução para o Estado Democrático de Direito, o papel do juiz inerte e espectador da justiça não mais atenderia os anseios da sociedade uma vez que situações atípicas eram levantadas e a ausência de norma reguladora inviabiliza a concretização de uma resposta jurisdicional eficiente. Nesse cenário, surge o ativismo judicial, cujas principais objeções referem-se a falta de legitimação e violação a separação dos Poderes, mas em contrapartida concretiza e tutela direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Judicialização; Separação dos Poderes; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The presente bibliographic research aims at analyzing the phenomena of judicialization and judicial activism in relation to the decisions pronounced specifically by the Federal Supreme Court, for the implementation of fundamental rights and guarantees provided for in the Constitution. With the evolution to the Democratic State of Law, the role of the inert judge and spectator of justice would no longer serve the aspirations of society, since atypical situations were raised and the absence of a regulatory norm made

¹ Graduanda em Direito pelo Unitoledo de Araçatuba-SP.

impossible the effective judicial response. In this scenario, judicial activism arises, whose main objections refer to the lack of legitimation and violation of the separation of powers, but in counterpart, it concretizes and protects fundamental rights and guarantees.

Key words: Judicial Activism; Judicialization; Separation of Powers; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para a implementação de direitos e garantias trazidos pela Constituição Federal.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, cuja análise encontra amparo em discussões travadas pela doutrina e jurisprudência, especialmente em casos decididos pela Suprema Corte deste país, que ensejam dúvidas e controvérsias sobre a possibilidade de exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

A atuação de juízes e tribunais, como se verá no decorrer deste estudo, torna-se estritamente válida quando a interpretação e aplicação do direito seguem os critérios de razoabilidade e fundamentação, garantindo-se ao caso concreto, a efetiva prestação jurisdicional a que lhes incumbiu o constituinte ou o legislador ordinário.

Para dar início à temática é necessário pontuar brevemente o surgimento de um Estado Democrático de Direito, apto a legitimar direitos fundamentais e reconhecer o posicionamento do Poder Judiciário frente às omissões legislativas, além de capacitá-lo a exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático se consolida como ideal supremo a partir dos movimentos sociais do século XVIII, os quais tinham como objetivo assegurar determinados valores essenciais da pessoa humana, bem como a exigência de estruturação, organização e funcionamento do Estado. (DALLARI, 2015).

Conforme preleciona DALLARI (2015, p. 145): “a base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo do povo” e como ponto de partida para tal

discussão, há de se mencionar três grandes marcos históricos que encabeçavam os princípios de uma democracia: Revoluções Inglesas (século XVII), Revolução Americana (Independência das treze colônias da América do Norte, 1776), e a Revolução Francesa (século XVIII), cujas lutas contra o absolutismo e anseios por transformações, propiciaram o surgimento do Estado Democrático.

Dessa forma, salienta-se que como exigências da democracia, os Estados deveriam ser norteados pelos princípios da supremacia da vontade popular, entendido como a participação popular no governo mediante representatividade; igualdade de direitos, vedação a discriminação entre classes sociais e a preservação da liberdade (DALLARI, 2015).

Surgindo paralelamente ao Estado Democrático e também sobre influência dos princípios acima elencados, o Estado Constitucional aproximava-se da ideia de que deveria prevalecer um governo de leis, e não de homens, atuando como padrão jurídico, limitando o poder e respeitando direitos por meio de uma Constituição (DALLARI, 2015).

1.1 Tripartição de Poderes

A ideia de estabelecer a separação dos poderes é remota, podendo ser encontrada nos pensamentos de Aristóteles, John Locke e até mesmo em Maquiavel. Entretanto, é em Montesquieu que a teoria ganha força e é concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos (DALLARI, 2015).

Assim como disposto no artigo 2º., da Constituição Federal de 1988, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal divisão incorporou-se ao constitucionalismo a partir da teoria da separação de poderes, empregada na obra “O espírito das leis”, de Montesquieu (2000, p.168):

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre

a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido 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 os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Assim, definindo uma tripartição, Montesquieu visava a autonomia entre os Poderes e ainda garantia o princípio democrático de governança pelo povo, ao dizer que “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo”(MONTESQUIEU, 2000, p. 169).

Em decorrência da separação e da independência das funções desenvolvidas no âmbito do Estado, surge o sistema de freios e contrapesos proposto por Montesquieu. Esse sistema compreendia a limitação do poder pelo próprio poder, ou seja, cada poder deveria ser autônomo, independente, e exercer a função que lhe fora atribuída, ao passo que o exercício desta função deveria ser controlado pelos demais Poderes (MONTESQUIEU, 2000).

A partir do teórico proposto, surgiram críticas acerca do sistema de tripartição, sendo estas empregadas no sentido de que tal sistema é meramente formal, sendo que ao analisar o comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde se consagra os princípios da independência e separação dos poderes, sempre haverá “interpenetração” ou influência preponderante de um Poder sobre os demais (DALLARI, 2015).

Além do que, com a evolução da sociedade, surgem novos anseios e exigências, desta vez, pleiteando não só um agir efetivo, como também imediato por parte do Estado. Segundo Dallari (2015, p. 219):

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Por fim, apesar das críticas apresentarem inadequações da organização proposta ao Estado, os princípios da separação e independência dos Poderes estão intrinsecamente ligados aos triunfos obtidos pela democracia. Entretanto, há que se mencionar, que tal conquista não inviabiliza a possibilidade de se buscar outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado no cumprimento de suas obrigações (DALLARI, 2015).

2. O PAPEL DO MAGISTRADO/PODER JUDICIÁRIO NA CRIAÇÃO DO DIREITO

Dentre os Poderes do Estado, este estudo terá como foco o Judiciário, haja vista estar este intrinsecamente ligado com a temática. No decorrer daquela época, o juiz, sob uma análise positivista e como reação ao autoritarismo anteriormente vigente, era considerado “boca da lei”, sendo extremamente contido em sua atuação e despido de livre-arbítrio seu julgamento. Assim é como interpretado por Norberto Bobbio (1999, p.78-79):

O argumento fundamental que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o princípio da autoridade, isto é, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica; pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana.

A atuação do Judiciário estava vinculada à lei, uma vez que somente as normas discutidas e aprovadas pelos representantes do povo é que teriam o condão de autorizar a intervenção do Estado-juiz. Nessa condição, o papel do juiz era apenas o de resolver litígios com a simplista aplicação da norma ao caso (KOERNER, 2013).

A ruptura com os ideais liberais, a criação de um Estado intervencionista (Estado Social) e a posterior propagação da ideia de democracia, afastaram a imagem do juiz inerte e espectador da justiça. A sociedade requeria a participação estatal na promoção de políticas públicas capazes de assegurar a efetividade de seus direitos, entendendo-se que o processo não era um fim em si mesmo, mas sim um instrumento competentíssimo para validar direitos e eliminar conflitos sociais (KOERNER, 2013).

Ao pontuar sobre o novo posicionamento do intérprete, torna-se necessário não só a análise normativa do direito posto, como também a realidade social na qual engloba o caso concreto. Grau (2006, p. 18), explica que:

[...] a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos fatos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.

A interpretação feita pelo magistrado no momento da aplicação do direito deve ser vista como atividade adaptativa às necessidades presentes e futuras da vida social, na acepção mais ampla dessa expressão, independente da transformação, adaptação ou modificação da lei em apreço. O significado da norma jurídica não é, portanto, nenhum fato do passado conectado por vínculos fictícios à vontade do legislador histórico – seu significado se altera na medida em que se modificam os contextos nos quais a norma jurídica opera (GRAU, 2006).

A ascensão do Poder Judiciário no Brasil ganhou impulso sob a vigência da Constituição de 1988, a qual previa uma redemocratização, por meio de uma Constituição abrangente, estabelecendo poderes e garantias ao Judiciário, deixando este de ser um órgão técnico para se tornar um poder político. Segundo Luís Roberto Barroso (2015, p.28), “a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país”.

Barroso (2015) ainda explica que a legitimidade dessa atuação é baseada resumidamente em dois princípios, quais sejam: a) proteção dos direitos fundamentais, equivalente ao mínimo ético e à reserva de justiça, não podendo estes ficarem a mercê de deliberação política majoritária; e b) a proteção da democracia.

Dessa forma, começa-se a traçar perspectivas que alicerceiam o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário, em específico o Supremo Tribunal Federal, que além de cumprir com sua função de guardião da Constituição Federal, atende os anseios sociais e suas transformações, quando estas se encontram comprometidas pela omissão ou retardamento nas soluções dos demais Poderes (BARROSO, 2012).

Acerca da exigência de uma efetiva prestação jurisdicional, Ramos (2010, p. 119) aborda a temática, apontando a legitimidade do Judiciário como a seguir expõe:

As decisões judiciais, portanto, são como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilha a função legislativa.

No contexto apresentado, nota-se que as relações sociais são complexas, e a tradicional tese do juiz contido não mais produz soluções adequadas às novas demandas, ou seja, a mera proclamação da lei era convertida em letra morta se não fosse atribuído aos cidadãos condições efetivas. Desta forma, culminou-se em uma nova racionalidade jurídica, cuja ideia central se insere no campo ativismo judicial (TEIXEIRA, 2012).

3. ATIVISMO JUDICIAL

A partir do que já fora mencionado, torna-se necessário conceituar o fenômeno ativismo judicial. Para Ramos (2010, p. 129), o ativismo judicial compreenderia:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).
[...] golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

O autor supramencionado ainda preceitua que o ativismo judiciário:

[...] é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2010, p.116-117).

Como ainda se verá neste estudo, deve ser esclarecido que a judicialização de temas constitucionais não corresponde ao mesmo que o ativismo, embora esta tenha sido qualificada como primo da judicialização. Ativismo judicial, nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2012, p.369-373), corresponde:

[...] 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. (...) Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (...) A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Quanto ao ponto de vista também apresentado pelo Ministro José Celso de Mello Filho (2012, grifo do autor), o ativismo judicial é registrado como:

[...] *omissões inconstitucionais* do Estado, **sempre tão** ilegítimas **quão** profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, **notadamente** a desta Corte Suprema, **para suprir** *incompreensíveis* situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam esse comportamento afirmativo** do Poder Judiciário, **de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora** da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão** dos poderes públicos.

[...] *práticas de ativismo judicial*, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

No sentido antagônico, Dworkin (1999, p. 451-452) já se posicionava quanto aos primórdios casos de ativismo surgidos, alegando-se que tal fenômeno:

É uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Diante do exposto, nota-se que o ativismo judicial por muito ainda será taxado como contradição à lógica estabelecida na separação dos Poderes, sob a justificativa de que

a complementação de políticas públicas é de competência do Legislativo e Executivo, haja vista também serem seus integrantes eleitos a representarem a vontade da maioria, segundo o princípio democrático. Ocorre que, se apenas analisado nessa perspectiva, imediatamente haveria um retrocesso quanto ao essencial, qual seja: a garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais.

3.1 Diferença entre ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas

O fenômeno da judicialização, muitas vezes erradamente confundido com o ativismo, refere-se “às diversas questões de larga repercussão política ou social que estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”, conforme mencionado por Barroso (2012, p.371).

Ora, a judicialização equivale à ideia de solução de questões políticas e jurídicas cuja apreciação está sendo feita por juízes e tribunais em razão da constitucionalização do direito. Enquanto que, o ativismo corresponde, conforme já mencionado, a uma participação mais intensa do Poder Judiciário em fazer prevalecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais muitas vezes são desrespeitados por inadmissíveis omissões dos demais Poderes.

O dever da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelecido ao Judiciário é explícito quando da leitura do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (1988), o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim sendo, Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de não se pronunciarem sobre a questão. Nas últimas décadas, segundo Barroso (2015, p.28), “o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político”, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

Se de uma norma constitucional é admitido deduzir uma pretensão, seja esta subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer e decidir sobre sua matéria. Ademais, é possível que juízes e tribunais façam o controle de constitucionalidade da norma em estudo

e se abstenham de sua aplicação, em virtude de considerá-la inconstitucional. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada à Suprema Corte. Diferentemente do que apresenta o ativismo judicial, cuja atitude específica e proativa de interpretar a Constituição, expande o seu sentido e alcance, sendo comum se instalar em situações de retração do Poder Legislativo que inviabilizam o atendimento efetivo das demandas sociais (TEIXEIRA, 2012).

Por falar em ativismo e judicialização se faz necessário abordar sobre a autocontenção, conduta totalmente oposta daquela apresentada pelo ativismo, a qual enseja que o Judiciário reduza sua interferência nas ações dos demais Poderes e restrinja de tal modo o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. O ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, especialmente quando propicia a construção de regras específicas a partir de enunciados vagos (BARROSO, 2012).

Defensores do posicionamento ativista encaram-no como um meio de efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988, sob o argumento da insuficiência da atuação dos demais Poderes, que deve ser suprida pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2012).

Por conseguinte, sob a análise da autocontenção, denota-se o ativismo como enfraquecedor do Estado Democrático de Direito, responsável por lesar a tripartição dos Poderes e demais garantias estabelecidas ao funcionamento do Estado propostas na Constituição Federal (BARROSO, 2012).

3.2 Alguns dos casos conhecidos de ativismo no Brasil e sua legitimação

Conforme já pontuado sobre os aspectos conceituais e diferenciadores, presta-se estudar o cerne sobre o assunto. No Brasil, há diferentes linhas de decisões que apontam para uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal. Dentre esse segmento, podemos mencionar: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se observa nos casos da imposição da perda do mandato por desfiliação partidária e o da restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança (vedação ao nepotismo); imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do

legislador – como no precedente sobre greve no serviço público – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo recorrente as decisões sobre direito à saúde (BARROSO, 2012).

Não só os casos acima mencionados, como também outros inúmeros que chegaram a discussão na Suprema Corte, há que se falar daqueles que englobam direitos de minorias, mas que também ganharam enfoque, como nos casos de adeptos à religião testemunha de Jeová que se recusam terminantemente a transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvação da vida, por ser tal procedimento contrário à convicção religiosa; equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil; possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico. Ao se deparar com essas circunstâncias, a razão para explica-las é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas por meio dos enunciados normativos. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas à exposição abstrata do texto, mas torna-se produto da interação entre texto e realidade fática (TEIXEIRA, 2012).

O Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados tanto do Poder Legislativo quanto da chefia do Poder Executivo. Por esse motivo, sua atribuição é poder invalidar atos do Congresso Nacional — composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro — e do Presidente da República, o qual foi eleito pela soberania popular. Indaga-se por essa análise como ser possível a sobreposição da interpretação feita pelos Ministros que compõem a Suprema Corte, que jamais receberam voto popular, no lugar daqueles agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2012).

Assim, aqueles que não são adeptos à ideia do ativismo encontram outra objeção, justificando que os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos, e que embora não tenham aquiescência da vontade popular, desempenham poder político ao concretizarem direitos e garantias sociais. Mas então, onde estaria a legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular? E sem saber, a resposta encontra-se amparada pelo próprio questionamento. O

principal papel de uma Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos (TEIXEIRA, 2012).

É certo que os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça, o afrontamento com a separação dos Poderes e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias, mas é preciso reavivar que se o juiz agir apenas em nome da Constituição e das leis, e não se valendo por vontade política própria; ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; não perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, emanado do povo e em seu nome deve ser exercido, sua atuação estará em sintonia com o sentimento social. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia (TEIXEIRA, 2012).

CONCLUSÃO

A evolução para um Estado Constitucional Democrático de Direito, propiciou a afirmação não só de garantias e direitos fundamentais, mas também a organização e funcionamento do Estado. Ocorre que, conforme se vê na prática, questões e situações atípicas são levantadas, e muitas vezes a ausência de norma reguladora inviabiliza a concretização dos fins e objetivos traçados na Constituição.

Com a insuficiência do Estado em atender os anseios da população, bem como de realizar os objetivos que foram postos, surge a inevitável necessidade de suprimir tal lacuna. É nesse cenário que o ativismo judicial ganha embasamento e legitimidade para intervir, em caráter excepcional, para realização dos fins estabelecidos pelo legislador constituinte.

O ativismo, em um primeiro momento, pode ser apresentado como uma ameaça a tripartição dos Poderes e a legitimidade democrática, porém sob um critério de negação, o que ocorreria se o Judiciário abandonasse tal postura e passasse a se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo próprio Estado? Ora, a resposta traria

tantas outras consequências negativas do que as objeções estudadas. O Poder Legislativo ou até mesmo a chefia do Poder Executivo, possuem na maioria dos casos, autointeresse nas decisões que assim vão gerar, podendo frustrar o sentimento popular, o que impede a tomada de decisões justas e imediatas.

Salienta-se que a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz da sociedade, haja vista que o poder sempre emanará do povo e não dos juízes.

Diante do exposto, conclui-se que a aplicação do direito deverá acima de todos os critérios, apregoar argumentativamente, ponderadamente e razoavelmente a solução mais adequada àquela situação específica frente a vontade da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** In: UniCEUB. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2015, vol. 5, nº especial, p.24-50.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito.** 4. ed. Brasília: Malheiros Editores, 2006.

KOERNER, Andrei. **Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-1988.** In: Scielo. Revista Novos Estudos – CEBRAP, jul. de 2013, p.69-85.

MELLO FILHO, José Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres de Brito, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19 de abril de 2012.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Introd. e trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: Scielo. Revista de Direito GV, 2012, vol. 8, nº1, p.37-57.