

ATIVISMO JUDICIAL – IMPLICAÇÕES AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO À LUZ DE LUIGI FERRAJOLI E JURGEN HABERMAS

JUDICIAL ACTIVISM - IMPLICATIONS FOR THE DEMOCRATIC PRINCIPLE IN THE LIGHT OF LUIGI FERRAJOLI AND JURGEN HABERMAS

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.7.005

Aluana Costa Itiberê da Cunha*

 Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-2830-8213>

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5326814908513759>

Felipe Segura Guimarães Rocha**

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2437-7115>

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0313275190660384>

Recebido em: 11/10/2023

Aceite em: 17/04/2024

Resumo: Com a instituição do Estado Democrático de Direito por meio da Constituição de 1988, inaugurou-se um completo arsenal de direitos fundamentais. O Judiciário passou a ser provocado a analisar diversas questões que, até então, não estavam sob a sua zona de influência, sendo que, desde então, suas decisões passaram a, ao menos potencialmente, implicar em ativismo judicial, através da tomada de uma postura proativa, preconizando, desta forma, livre criação do direito, apto a ultrapassar os limites da hermenêutica jurídica. O presente artigo busca analisar as implicações e decorrências do ativismo judicial sob o enfoque dos pensadores Luigi Ferrajoli e Jürgen Habermas. Para o presente estudo, houve a pesquisa bibliográfica, utilizou-se o método dialético, histórico e

* Mestranda em direito UEPG (Universidade Estadual de Ponta Grossa) ano 2022. Advogada especialista em direito do trabalho e processo do trabalho. Endereço eletrônico: aluanacunha@hotmail.com.

** Mestrando em Direito UEPG (Universidade Estadual de Ponta Grossa) ano 2022. Especialista em Direito pela PUC-SP e Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Endereço eletrônico: felipeseura@gmail.com

indutivo para obter as constatações da realidade, com argumentos lançados para alicerçar o caminho adotado.

Palavras-chave: Direito Constitucional -Ativismo Judicial – Democracia – Garantismo – Poder Judiciário.

Abstract: With the establishment of the Democratic State of Law through the 1988 Constitution, a complete arsenal of fundamental rights was inaugurated. The Judiciary began to be provoked into analyzing various issues which, until then, had not been within its area of influence. Since then, its decisions have, at least potentially, implied judicial activism, by taking a proactive stance, thus advocating the free creation of law, capable of going beyond the limits of legal hermeneutics. This article seeks to analyze the implications and consequences of judicial activism from the perspective of the thinkers Luigi Ferrajoli and Jünger Habermas.

Keywords: Constitutional Law - Judicial Activism - Democracy - Garantism - Judicial Power.

INTRODUÇÃO

A partir da evolução do Estado Democrático de Direito, evidenciou-se a superação dos modelos do Estado Liberal em direção ao Estado Social. Hodiernamente, após a Constituição Federal de 1988, passou a haver um clamor social pela concretização dos direitos fundamentais de caráter negativo, bem como, ainda, os de índole positiva que, em alguns casos, de maneira irrestrita, demandando vultuosa expensa de recursos públicos.

Como historicamente experimentado, existe certa dificuldade na elaboração e implementação de políticas públicas aptas a cumprirem os preceitos constitucionais estabelecidos. Nesse cenário, há uma expansão do papel do Poder Judiciário, em questões solvidas de maneira ineficiente pelos demais poderes do Estado.

Entretanto, o excesso de judicialização impacta, notadamente, no que se refere à interpretação e aplicação do direito, acarretando, desta forma no denominado ativismo judicial. Não se olvida, entanto, dos limites obedecidos por boa parte dos magistrados na árdua tarefa de efetivar valores constitucionais sem violar a Constituição Federal vigente. Neste contexto, serão analisados, ainda que sumariamente, os fundamentos do garantismo e do ativismo sob uma perspectiva hermenêutica, principalmente à luz da doutrina de Luigi Ferrajoli e Jünger Habermas, buscando-se o estudo doutrinário e contrapontos aptos a aprimorar a temática ora proposta.

Sabe-se que, não raro, o Poder Judiciário é chamado pela comunidade para resolver controvérsias institucionais, coletivas e individuais indisponíveis. No entanto, analisando estas intervenções, deve-se, em princípio, questionar: (a) Se tais intervenções são compatíveis com o conceito de democracia; (b) Se o fato de sua existência ser prevista por Constituições constituídas democraticamente, é suficiente para justificar

sua jurisdição e seu exercício e, em caso afirmativo, em que medida; (c) Em caso negativo, se efetivamente devemos insistir com a visão e que tais poderes jurisdicionais só existem com fim de se fazer cumprir fins dentro dos marcos estabelecidos pelo regime democrático, ou seja, tais intervenções careceriam de reconhecimento da legitimidade democrática de outros *players* legitimados pela vontade popular, a qual lhes outorgou poder. O presente artigo divide-se em cinco capítulos, o primeiro capítulo tratar-se-á, brevemente do conceito de democracia, e a ligação com a temática em apreço. O segundo capítulo investigará o ativismo judicial num contexto histórico. No terceiro capítulo, analisará o fenômeno do ativismo jurídico sob a ótica do filósofo Jürgen Habermas. No quarto capítulo, será estudo o fenômeno na perspectiva Luigi Ferrajoli, jurista italiano, um dos principais teóricos do garantismo jurídico. E por fim os riscos do ativismo judicial frente a democracia.

CONCEITO DE DEMOCRACIA

Apenas para contextualizar este trabalho, cumpre definir, ainda que sumariamente, o conceito de regime político-democrático. Democracia é o regime político no qual a soberania é exercida pelo povo. Os cidadãos são os detentores do poder e confiam parte desse poder ao Estado, de forma que este, organize a contento as bases da sociedade.

Quanto a origem do termo, a democracia remonta a Heródoto, há quase dois mil e quinhentos anos, e o seu conceito evolui e se transmuta historicamente (AZAMBUJA, 1988, p. 216).

Etimologicamente, a palavra democracia possui origem no vocábulo grego *demokratía*, composta por *demos* (que significa “povo”) e *kratos* (que significa “poder” ou “forma de governo”). Neste sistema político, ficaria resguardado aos cidadãos o direito à participação política, sendo esta composta por uma série de princípios que orientariam a atuação dos governos para que estes garantam o respeito às liberdades e cumpram a vontade geral da população (AZAMBUJA, 1988, p. 218).

Na Grécia, precisamente em sua capital Atenas, berço da democracia, leciona Darcy Azambuja, que: “(...) no áureo período democrático, a democracia, nunca foi como alguns pensaram, governo exercido direta e exclusivamente pelo povo, identificação e coincidência de governantes e governados” (AZAMBUJA, 1988, p. 217).

Ressalta-se que o conceito democrático experimentado em Atenas era diferente dos dias atuais, “os cidadãos atenienses consideravam-se livres porque obedeciam à lei por eles próprios votadas e executadas por autoridades eleitas por eles próprios” (AZAMBUJA, 1988, p. 218).

Somado à tais definições, tem se que, no pensamento do filósofo alemão, Jürgen Habermas, o conceito de democracia seria construído a partir de uma dimensão procedimental, alicerçada na deliberação e, fundamentalmente, no discurso.

A legitimidade oriunda da democracia demandaria que o procedimento para a tomada de decisões políticas fosse calcado em uma frente ampla de discussão popular, para só então, a partir deste marco, estar legitimada a decidir. Desta forma, o caráter deliberativo seria ligado diretamente a um procedimento coletivo de análise e ponderação,

para, ao fim, ser legitimado pelo discurso, o qual antecederia, obrigatoriamente, qualquer tomada de decisão final (HABERMAS, 1997, P.40).

Completa ainda o filósofo, que a definição de democracia deliberativa deva ser compreendida como uma zona de influência, campo este de onde se disseminariam convicções práticas, oriundas da legítima expressão de soberania popular, as quais só podem gerar o poder político, em outras palavras: ganhar forma, legitimada por procedimentos institucionalizados democraticamente por meio da vontade e da opinião. (HABERMAS, 1997, p. 37).

Seguindo tal compreensão, legitimar-se-ia a norma que lograsse êxito em ser unida pela aceitação racional/social, dentro de uma conformação discursiva entre opinião e vontade popular, de forma a manter a indispensável fricção entre os fatos e validade jurídica. O processo de formação da opinião e da vontade ganharia, desta forma, uma posição estratégica na constituição de um Estado Democrático de Direito, pois, seria por meio desta conformação que os cidadãos viabilizariam seus anseios, valendo-se de pretensões de validade controversas e, por conseguinte, desaguar na construção racional e discursiva das normas, tidas, a partir de então, como aceitas e válidas no ordenamento pátrio.

BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial é um termo ambíguo, o seu emprego foi cunhado também na revista americana “Fortune”, voltada para um público não jurista. Atribui-se ao jornalista Arthur Schlesinger Jr sua autoria em 1947 (KMIEC. 2004, p. 1.446), quando traçou o perfil dos juízes norte-americanos classificando-os como ativistas e como não ativistas (autolimitados).

Desde então, a expressão tem sido utilizada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos através de uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. Não obstante, a questão foi suscitada, no século XIX, pela Suprema Corte Norte Americana no julgamento emblemático, *Marbury versus Madison*, em 1803 (PAMPLONA, 2011, p. 98). O caso citado, incentivou inúmeras decisões judiciais, mitigando o controle de atos emanados de outros poderes. Nesta via, o *judicial review*, legitimaria o Judiciário rever os atos dos demais poderes, assim, o poder legislativo é juridicamente limitado, concedendo aos tribunais a aplicação desses limites.

Não obstante, o ativismo judicial é relacionado também à teoria da separação tripartite dos poderes idealizada por Montesquieu (2008). No entanto, a construção teórica foi cunhada em momento histórico em que vigoravam Estados Absolutistas dentro da realidade ocidental (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 31).

Existe, portanto, justificativa para a atuação do órgão jurisdicional na prolação de decisões em casos que envolvam os demais poderes, conforme ensina Norberto Bobbio (2010, p. 278) quando o judiciário enuncia a teoria da incompletude do ordenamento jurídico por meio da *escola do direito livre*, no qual são admitidas lacunas a serem

preenchidas segundo a criatividade do juiz, em contraponto ao positivismo de estreita observância.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi incorporado ao ordenamento jurídico no século XIX. Em 1891, com a promulgação da Constituição Republicana, estava prevista a fiscalização constitucional difusa (OLIVEIRA, 2015, p. 131).

Outrossim, com o advento da Constituição da República de 1988, restou intensificado a proatividade do Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Isto porque os direitos fundamentais de segunda e terceira geração garantidos aos cidadãos, em certos casos de forma irrestrita, acrescida ao fato da dificuldade de implementação e efetivação de políticas públicas, leva a sociedade a socorrer-se do Judiciário para garantir seus direitos previstos constitucionalmente (ROCHA; BARBOSA, 2015, p. 118).

Nesta senda, o entendimento rígido propagado por Hans Kelsen (1998, p. 47) em que a moral ou justiça são prescindíveis e passíveis de valoração na decisão judicial, restou mitigada em face de inúmeras normas principiológicas. Assim, exigir-se-ia do Estado-Juiz uma hermenêutica constitucional (FREITAS, 2010), ou seja, far-se-ia necessário a conjugação de valores que ultrapassassem a letra fria da lei (ROSSI; BARBOSA, 2013, p. 63).

Há, entretanto, na definição ativismo judicial, certa celeuma no que se refere ao instituto. Para o doutrinador Douglas Henrique Marin dos Santos “o ativismo judicial enfrenta, no entanto, uma marcante indefinição terminológica. Não há conceituação unânime, tampouco uma estruturação doutrinária que permita defini-lo de modo uníssono”. (2014, p. 44). Na mesma via, Andrei Koerner, leciona que: “(...) como fenômeno sociojurídico, o ativismo judicial no Brasil deve ser entendido em suas múltiplas vertentes, eis que assenta entre a tênue linha situada entre política e o Direito (KOENER, 2013, p. 72).

Nesse contexto, após breve conceituação do instituto em apreço, importar-se-ia demonstrar posições doutrinárias acerca da discordância em relação a decisões judiciais com potencial de invadir a competência dos demais poderes.

Correntes desfavoráveis ao ativismo judicial como as de Elival da Silva Ramos (2010, p. 129) propalam que: “Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante a práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes”.

No mesmo sentido, Lenio Streck (2013), também crítico ao ativismo judicial aduz que: “quando o Judiciário se arvora como arauto da justeza e da correção legal pela via da facticidade, ele está, em vez de avançar, atrasando o progresso do direito”.

Miguel Reale leciona que: (p. 275, 1990) “O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional”.

Por outra via, em doutrina favorável a uma atitude ativa do judiciário, Luís Roberto Barroso entende que: “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” (BARROSO, 2012, p. 25).

Acrescenta ainda Plauto Faraco de Azevedo que: o caráter político do Judiciário, essencial ao jogo democrático, à defesa dos valores da democracia e à sua adaptação à

evolução histórica, é incompatível com a afirmativa de Montesquieu, segundo a qual os juízes são senão ‘a boca que pronuncia as palavras da lei (...)’ (1999, p. 46).

Desta forma, os defensores do ativismo judicial advogam que o instituto ora analisado é uma função complementar ao Poder Judiciário para questões não solvidas, ou resolvidas de modo ineficaz, pelos outros poderes.

Evidente, ao que se verifica, que há dissenso acerca de conceituação do ativismo judicial, sendo impossível aferir abstratamente qual a filiação doutrinária adotada pelos magistrados quando da efetiva entrega da tutela jurisdicional, devendo-se analisar caso a caso, na situação posta e, concreto, para, apenas então, chegar-se a uma constatação final sobre o tema.

ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DE JÜRGEN HABERMAS

A visão habermasiana de atuação do Poder Judiciário apresenta-se por meio de um discurso de aplicação de normas, de maneira que esta não colida com o discurso de justificação inerente à atividade legislativa na formação do direito. Surgiria a partir desta ótica, um ponto central relacionado à atividade da Jurisdição Constitucional no papel de intérprete e responsável pela própria definição de normatividade: a matéria-prima se mostraria por demais ampla, cabendo ao tribunal responsável, moldá-la à situação em concreto.

No entanto, prefacialmente, deve-se conceituar e manejar o paradigma procedimentalista, uma vez que é a partir desta definição que Jürgen Habermas fundamenta toda sua teoria do Direito. Referido conceito, visualiza a legitimidade do direito como tendo origem na política, essencialmente esta, originada por meio do Poder Legislativo. A política se converteria então em instrumento de aplicação e validação do direito: somente poder-se-ia considerar legítimo, à luz deste deste espectro, o direito que houvesse se originado e se submetido ao crivo chancelatório do Poder Legislativo.

Visualizando a questão sob esta ótica, a política constituir-se-ia como um conjunto de processos dotados de argumentação racional e direcionado para um acordo que conduzisse a uma forma justa e coerente de ordenação das relações sociais. Nesta perspectiva, o Poder Judiciário só estaria autorizado a se mobilizar por razões que lhe fossem levadas por indivíduos ou entidades exteriores à instituição, devendo sua atividade e emanação de vontade, serem limitadas e restritas, tendo como baliza a norma, deliberada, sancionada e validamente incorporada ao ordenamento jurídico.

Em sendo assim, segundo Habermas, a atuação do Poder Judiciário, apresentar-se-ia por meio de um discurso de aplicação legislativa, de forma que esta não colidisse com o discurso de justificação inerente às atividades do Poder Legislativo na formação de seu objeto. Analisando-se a atividade da Jurisdição Constitucional como sendo a Corte Suprema a responsável pela interpretação da normatividade, uma vez ser sabidamente ampla a matéria-prima que possui a sua disposição, caberia a este tribunal moldar e conformar o ato normativo à realidade social.

No entanto, o filósofo alemão identifica a aplicação desenfreada de critérios de ponderação, como uma forma indissociável ao subjetivismo do julgador e, que acaba por se distanciar da imperatividade e do tributo sistêmico do direito, substituindo a vontade emanada pelo legislador originário, ao mesmo tempo que inova o ordenamento jurídico, expressando individualmente a sua maneira de interpretar a legislação (HABERMAS, 1997, p. 53).

Jürgen Habermas (1997, p. 50) defende ainda, que o princípio democrático, conformado sob a égide de um Estado Democrático de Direito pluralista, é indispensável para a legitimação do direito pela sociedade a qual este se destina a regular. Sob esta ótica, seria possível, de fato, controlar e, ainda, em alguns casos, evitar eventuais excessos cometidos por membros do Poder Judiciário, quando estes se sentissem tentados à criação indiscriminada de normas no caso concreto, superando-se assim, a discricionariedade judicial gestada após o surgimento do positivismo moderno.

Compreender-se-ia que o poder de argumentação e interpretação do Juiz não seria ilimitado: o ativismo judicial deveria sim, ser visto com as devidas reservas; em um Estado Democrático de Direito, não é dado a nenhum cidadão que exerça um cargo político, fazer o que lhe convêm ou impor através de decisões, ainda que colegiadas, convicções morais que representem apenas parte do pensamento da sociedade a qual lhe é dirigida.

Até poder-se-ia considerar que a judicialização da política seria algo, inerente à estabilização de uma democracia que não se mais se mostrasse apta a cumprir as funções que lhes deram origem; no entanto, tal constatação não implicaria em aceitar que um representante do Poder Judiciário pudesse, de forma arbitrária, vindicar para si, o poder de alterar o *status quo*, ao arrepio da lei positivada, e à margem do sistema de freios e contrapesos que equilibravam a relação entre os poderes e, acima de tudo, da Constituição, fundamento de toda sua legitimidade e do limite que se impõe às decisões judiciais.

A separação dos poderes do Estado reclama uma relação assimétrica entre este, ou seja, em suas atividades, o Poder Executivo ficaria sujeito ao controle do Poder Legislativo e do Judiciário, ficando, portanto, inviabilizada a possibilidade de inversão dessa lógica.

Não obstante, a Corte Constitucional do Poder Judiciário não deva exercer uma função contramajoritária de defesa de direitos fundamentais eventualmente violados, mas sim, ao revés: tal órgão possui como uma de suas missões proteger, em detrimento de eventuais excessos cometidos pela maioria representada, ainda que por vias democráticas, as minorias por ela oprimidas, muitas vezes contando com a cumplicidade da omissão estatal.

Em linhas gerais, segundo Habermas, os magistrados, tanto os de primeira instância quanto os de instâncias especiais e/ou constitucionais, não estariam legitimados, ao menos ordinariamente, a emendar documentos validamente produzidos pelo Poder Legislativo, haja a vista não possuírem como função primária, a produção e/ou alteração de normas do ordenamento jurídico.

Quando muito, deveriam, apenas e tão somente, assegurar que a produção legislativa fosse condizente, e ainda, redigida de acordo com os pressupostos que constituem a democracia deliberativa. No mais, deparando-se com eventuais omissões estatais,

dar efetividade para tais normas de forma a garantir a reparação de eventual direito fundamental violado.

ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DE LUIGI FERRAJOLI

Após a Segunda Guerra Mundial, deu-se início a uma profunda reestruturação dos sistemas jurídicos europeus, com a introdução das Constituições rígidas, a ampliação de direitos fundamentais e a intensificação do controle de constitucionalidade dos atos normativos (FERRAJOLI, 2015, p. 2).

Com o advento do novo paradigma, Luigi Ferrajoli passou a defender que: “Esta mudança incidiu sobre a natureza das nossas democracias, tornando, a meu ver, inadequadas as tradicionais concepções puramente formais ou procedimentais da democracia (...)” (2015, p. 4).

A divisão dos poderes havia sido, em outros tempos, mecanismo imprescindível para a liberdade e a defesas dos direitos de personalidade humana. No entanto, na mesma senda de Ferrajoli, o professor Paulo Bonavides, afirmava que hodiernamente “é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo.” Continuava explicando que: “Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.” (2001, p. 85).

Surge então, a partir desse cenário, uma crise do direito, sob três aspectos: crise da legalidade, essa manifestando-se na vinculação das regras pelos titulares dos poderes públicos, a ausência e ineficiência dos controles; uma crise do Estado Social, o qual não é efetivado em razão da inadequada estrutura das formas de Estado de Direito; e a crise do Estado Nacional, que se manifesta na troca dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes e, conseqüentemente, uma debilidade do constitucionalismo (FERRAJOLI, 2001, p. 15-16).

Entretanto, era enfatizado pelo autor, os perigos para o futuro dos direitos fundamentais e da sua garantia, que decorreria não só da crise do Direito, mas também da crise da razão jurídica, a qual erigiu o paradigma teórico e normativo que é o Estado de Direito. (2001, p. 92).

Nesse contexto, a teoria garantista de Luigi Ferrajoli propõe a necessidade de uma revisão dos conceitos de validade e de vigência da norma jurídica, sustentando que o conceito de validade não deva se restringir a uma análise meramente formal, sendo de fundamental importância, o cotejo com a Constituição: ou seja, uma lei ainda que formalmente válida e vigente, somente pode ser considerada substancialmente válida, se acaso compatível com os preceitos fundamentais em voga.

O garantismo jurídico pode então ser compreendido como um padrão normativo de direito a ser implementado, visando uma adequação entre o modelo constitucional e a aplicação das normas infraconstitucionais; uma construção jurídica apta a reavaliar os conceitos de validade e efetividade, evitando a vigência de um válido sistema de garantias, porém não efetivo; e uma filosofia existente para apontar, de forma crítica,

os eventuais desvios e excessos da atividade estatal frente aos fins sociais pelos quais foi concebido (FERRAJOLI, 2002, p. 7-8).

Nessa perspectiva, a partir das mudanças propostas, Ferrajoli advoga que, o magistrado deve ter conduta ativa na concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O garantismo para o autor é entendido com, essencialmente, cumprir com os ditames constitucionais e com o compromisso de efetivar uma democracia substancial. (FERRAJOLI, 1994, p. 125).

No âmbito do direito penal, o garantismo preocupa-se com a humanização e todas as demais garantias fundamentais, bem como com os direitos ordinários presentes na Constituição da República e na legislação infraconstitucional; não pretende abolir pena ou a impunibilidade, tem como objetivo o respeito à dignidade da pessoa humana, racionalizando a punição estatal.

A partir dessa perspectiva, seria inadmissível impor pena sem a prévia cominação legal, sendo indispensável previsão legal do delito, sua vedação e punibilidade, seus efeitos lesivos, o caráter material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor, e a acusação perante um juiz imparcial, em processo público com o contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

A partir dessas premissas garantistas, que tornam o papel dos juízes extremamente complexos do que o idealizado pelos positivistas clássicos, surgem problemas, muitas vezes resumidos de forma artificial e abrangente como sendo práticas de ativismo judicial.

Depreende-se, portanto, que o garantismo é “fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito” (STRECK; SALDANHA, 2013, p. 413).

Ao analisar a teoria garantista de Ferrajoli, mister se faz diferenciar a conduta do Estado-Juiz entre o ativismo e o garantismo judicial. O magistrado que não aplica a norma contida, a letra fria da lei, para efetivar uma democracia substancial, não pode ser considerado ativista, esse no caso, é, em verdade, o juiz garantista. Por outro lado, sob o ponto de vista do autor ativista, seria aquele que impõe o seu subjetivismo, os seus valores pessoais e seu ponto de vista particular em detrimento de todo um ordenamento jurídico vigente.

ATIVISMO E RISCO À DEMOCRACIA

O ativismo judicial abre, sem dúvida alguma, espaço para voluntarismos e decisões desprovidas de carga hermenêutica e normativa, o que pode, conseqüentemente, desnaturar a função do direito como um sistema normativo, colocando o Poder Judiciário em uma posição ativa, desenhando os rumos da sociedade para além das decisões tomadas pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Poder Constituinte Originário.

Contudo, tais limites devem ser observados de forma a evitar que a democracia seja enfraquecida por eventuais alargadas margens de discricionariedade decisional dos magistrados.

Portanto, verificando-se que, em dado momento, o Poder Judiciário passe a atuar, por meio de seus membros, de forma a não respeitar limites constitucionais impostos,

através de um certo “voluntarismo jurisdicional”, acabando por instabilizar, através de artifícios semânticos e argumentação pragmática, comandos legislativos legitimamente incorporados ao ordenamento jurídico, deve ser ele objeto de imediata e irrestrita contenção (SANTOS, 2014, 84).

Observa-se que, em assim agindo, ele acabaria por criar ainda mais fissuras do que propriamente integridade à edificação e manutenção dos ideais de um regime democrático, bem como das relações de poder a ele relacionados. Tal exacerbado voluntarismo semântico acabaria por gerar tensões entre demandas individuais e sociais e suas respectivas respostas, muito mais do que eventual locupletamento episódico.

Sob esta perspectiva, caso reformulada a legislação, quando de sua aplicação no caso concreto, seria então, a referida norma reeditada que passaria a carecer de legitimação democrática, uma vez suprimido seu fundamento raiz de legitimidade estabelecida por meio do processo legislativo (KOERNER, 2013, P. 75).

Decisões monocráticas e supra discricionárias têm se projetado para muito além das partes envolvidas na demanda, afetando direitos difusos e coletivos que deveriam, em verdade, contar com uma frente ampla de reflexão e debate acerca da representação política adequada, como se pode observar, por exemplo, no controle concentrado de constitucionalidade e os efeitos que ele, ao cabo do julgamento, eventualmente produz.

Ainda que se teça tais críticas, não se pode desconsiderar que toda manifestação de poder está sujeita a restrições episódicas. O ponto central nesta crítica não se relaciona apenas em identificar se acaso os magistrados estão fundamentando devidamente seus atos através de um método racional e lógico, mas sim, se os juízes têm a sua disposição, ferramentas de decisão e escolha em detrimento das aleatórias possibilidades de resolução de casos pela via normativa, mantendo, ainda assim, a coerência e a integridade democrática do sistema de poder ao qual pertencem (OLIVEIRA, 2015, p. 87).

As decisões colegiadas das Cortes Constitucionais, acabam por demonstrar que, ao que tudo indica, aparentemente sim, haja vista a multiplicidade e variedade de posições e votos de julgadores dentro de um mesmo órgão, refletindo interpretações e posturas distintas, sendo todas elas válidas, ainda que relacionadas ao mesmo caso em concreto *sub judice*.

A pacificação dessas aparentes inconsistências exige cautelas institucionais, sob o risco de serem criadas instabilidades entre as autoridades estatais, que acabariam, como já exaustivamente alertado nesse estudo, por tensionar, desnecessariamente, as relações institucionais, dando azo ao questionamento das legitimidades democráticas da representação política.

Por meio de qual instrumento é que irão ser resolvidas tais questões é exatamente o questionamento que deve ser fomentado, atentando-se, em termos de asseguramento das conquistas civilizatórias da democracia, bem como, de seus espaços de deliberação, de debate, de decisão e de execução de normas e de política, evitando-se, assim, a concentração autoritária de iniciativas e resultados em tais espaços de influência e, ao mesmo tempo, garantindo o equilíbrio dos processos de prevenção e solução de todas controvérsias que venham a ser apresentadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão sintetizada pelo exposto, sem a mínima pretensão de esgotar o tema, depreende-se que existem sim controvérsias no que se refere ao conceito e limites do ativismo judicial. Há críticas dos autores Habermas e Ferrajoli acerca de decisões judiciais desprovidas de conteúdo hermenêutico e normativo, que na visão destes, viria a desnaturar a função do direito, este entendido como um sistema normativo, surgindo, nesse sentido, o inoportuno fenômeno do ativismo judicial, vulnerando, irreversivelmente, a democracia.

A preocupação de Habermas é com o resgate do ideal democrático, sendo que o Direito seria uma expressão de um processo de auto legislação. O ideal do autor não está apenas concentrado na dimensão simbólica da democracia como processo em que os cidadãos participam da elaboração das leis, mas sim, na inserção das minorias advinda de uma sociedade pluralista prevista na Constituição da República.

A voluntariedade judicial, na qual, o Poder Judiciário atue de forma proativa e, segundo suas convicções pessoais, decidindo a partir de razões não jurídicas, criando direitos em flagrante desarmonia constitucional, é incompatível com a teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli, bem como, com toda a sistematização pensada para o Estado Democrático de Direito. Afronta a separação dos poderes e inaugura um Poder Judiciário com atuação própria de legislador positivo a prolatar decisões de cunho eminentemente político.

Se acaso o magistrado optasse pela aplicação da norma sob determinada perspectiva constitucional, com o fito de assegurar direitos e garantias fundamentais, restaria assim configurada uma conduta garantista e não ativista. Todavia, se por outro lado, se acaso o juiz não observasse a unidade de princípios, prolatando decisões unicamente focada em seus ideais particulares e convicções, configurado estaria o ativismo jurídico.

Não se olvida, por outro lado, da importância evolutiva do direito, sendo que este fenômeno se propõe a evitar o engessamento de normas, bem como de interpretações anacrônicas, sem, contudo, mitigar os valores fundantes de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial e teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral de Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed, São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompila.o.htm>
- FERRAJOLI, Luigi. **direito e razão: Teoria do Garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araújo de Sousa et. Al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I e Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KMIEC, Keenan Douglas. The origin and Current Meaning of “**Judicial Activism**”. California Law Review, Berkeley, v. 92, n.5, p. 1441-1478, out 2004.
- KOERNER, Andrei. **Ativismo judicial. Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88, novos estudos CEBRAP**, V. 6, N.96, p. 69-85 jul.2013.
- MONTESQUIEU, Chales de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015.
- PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz**. Curitiba: Juruá, 2011.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.
- ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.5, especial, p. 115-133, 2105.
- SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânis Maria Lopes. **Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coords.) **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 395- 428.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explicação hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.