

**O ATIVISMO JUDICIAL ESTUDADO SOB A ÓTICA DA TEORIA DA
DEMOCRACIA: A LEGITIMAÇÃO DOS MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO
PARA ATUAR COMO AGENTES POLÍTICOS EVIDENCIADA NA
CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA PROMULGADA EM 2009.**

Marcel Julien Matos Rocha

THE JUDICIAL ACTIVISM STUDIED UNDER THE PERSPECTIVE OF THE THEORY
OF DEMOCRACY: A LEGITIMATION MEMBERS OF THE JUDICIARY TO ACT AS
AGENTS POLITICAL CONSTITUTION IN BOLIVIAN EVIDENCED ENACTED IN
2009.

Marcel Julien Matos Rocha

RESUMO

No primeiro capítulo é pesquisada uma delimitação conceitual para o ativismo judicial, sendo sugerida a doutrina de Marcelo Casseb que reconhece a referida prática como gênero das decisões atípicas proferidas pelo Poder Judiciário. No capítulo segundo, o ativismo judicial foi pesquisado sob uma perspectiva filosófica, sendo buscadas as bases que legitimaram a atuação proativa dos julgadores, bem como as principais críticas quanto aos excessos na mencionada forma de atuação. Na construção crítica a problemática é enfrentada, seja em razão da crise de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para atuarem como agentes políticos, seja pelas ofensas às principais teorias clássicas do movimento constitucionalista, em especial, o princípio da separação dos poderes, teoria da democracia e do Estado de Direito. A pesquisa objetiva identificar as incongruências teóricas que fundamentam o ativismo judicial, em especial, sob a ótica da teoria da democracia, encontrando solução à problemática enquanto analisada a inovação constitucional na América do Sul surgida na Bolívia. Conclui-se pela necessidade de uma típica Corte Constitucional no Brasil. Por derradeiro, evidencia-se como método científico utilizado o método dedutivo.

PALAVRAS CHAVE: ATIVISMO JUDICIAL – TEORIA DA DEMOCRACIA – CORTE CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

The first chapter is conceptual delimitation searched for judicial activism, and suggested the doctrine of Marcelo Casseb recognizing that practice as gender atypical of decisions handed down by the judiciary. In the second chapter, judicial activism was searched under a philosophical perspective, the bases being sought that legitimized the proactive role of the judges, and the main criticisms of the excesses mentioned in the form of performance. In building the critical issue is addressed, both because of the crisis of legitimacy of the members of the judiciary to act as political agents, whether the offenses to major classical theories of the constitutionalist movement, in particular the principle of separation of powers, democratic theory and the rule of law. The research aims to identify the incongruities theoretical underpinning judicial activism, especially from the standpoint of democratic theory, finding solution to the problem while analyzing the constitutional innovation in South America that emerged in Bolivia. It concludes the need for a typical Constitutional Court in Brazil. For ultimate, it becomes clear how the scientific method used deductive method.

KEYWORDS: JUDICIAL ACTIVISM - THEORY OF DEMOCRACY - CONSTITUTIONAL COURT

INTRODUÇÃO

Na atualidade, o ativismo judicial é tema discutido em diversos âmbitos de produção de conhecimento humano em razão das inúmeras consequências no âmbito jurídico, social e político das intervenções do Poder Judiciário na sociedade.

A atuação extraordinária realizada pelo Poder Judiciário enseja diversas discussões quanto a extrapolação de seus limites jurisdicionais, em especial, enquanto não observados pilares do movimento constitucionalista, tais como o princípio da separação dos poderes, bem como os pressupostos esperados para um Estado tipicamente Democrático e de Direito.

Na prática, quando o Poder Judiciário age tal qual um típico agente político se arvorando em dar causa à efetivação dos direitos sociais sem, para tanto, deter de um mínimo de representatividade política, vislumbra-se a ofensa direta às teorias que perfazem o esperado Estado Democrático, ensejando, por consequência, uma atuação desprovida de legitimidade.

Como poderia um membro do Poder Judiciário poder adentrar em questões políticas para direcionar o orçamento e políticas públicas sem, para tanto, deter um mínimo de legitimidade ou representatividade política? A problemática é enfrentada neste trabalho.

No primeiro capítulo, o ativismo judicial é delineado como um gênero das manifestações atípicas do Poder Judiciário, não se resumindo à conhecida prática quanto a judicialização da política ou mesmo aos casos de efetivação de direitos sociais, mormente, na área da saúde, possibilitando verificar que o ativismo judicial é tema de abrangência ampla, objeto de atual discussão em diversas áreas sociais, econômicas e política.

O segundo capítulo adentra na essência doutrinária do constitucionalismo, em especial na atual fase pós-positivista, sendo primeiramente delineados os fundamentos favoráveis à prática ativista previstos na teoria da argumentação de Alexy, bem como é analisado o ativismo judicial sob uma perspectiva crítica construída à luz da teoria da democracia, da separação dos poderes e do Estado de Direito.

O terceiro capítulo traz solução prática evidenciada na Constituição da Bolívia promulgada em 2009, que, seguindo precedentes da Constituição do México e da Guatemala, institui um Poder Judiciário paralelo ao Poder Judiciário oficial com competência exclusiva

para tratar das questões ligadas à política, direitos humanos e administrativo, além de inaugurar uma típica Corte Constitucional cujos membros são eleitos pelo povo, através do sufrágio universal e secreto, com mandato certo e sem remuneração, o que traz solução às críticas quanto a ausência de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário para adentrar em questões de cunho político.

1. ORIGEM E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL A RESPEITO DO ATIVISMO JUDICIAL.

1.1. O ativismo judicial como gênero das manifestações atípicas do Poder Judiciário.

Primeiramente, para conhecer uma definição sobre ativismo judicial, impõe-se a realização de pesquisa histórica a respeito do tema.

Marcelo Casseb Continentino (2012), afirma que a qualificação *ativista* surgiu pela primeira vez em 1947, quando a revista *Fortune* publicou o artigo “*The Supreme Court: 1947*” em que o autor do artigo, Arthur Schlesinger, analisando detidamente a atuação dos magistrados da Suprema Corte americana, apresentou classificação que considerava ativistas os magistrados mais inovadores e passivistas os mais conservadores.

Surgiu o termo *ativista* como uma adjetivação relacionada ao perfil de julgamento do magistrado, fosse aquele um perfil conservador ou progressista, ressaltando Marcelo Casseb Continentino (2012) que as atuações *ativistas* do Poder Judiciário sempre estiveram sob fortes críticas dado que eram inovações no contexto jurídico que implicavam em mudanças dos paradigmas da época.

Muito embora o *ativismo judicial* estivesse associado a uma avaliação negativa da atuação da Suprema Corte, sinônimo de atuação imprópria enquanto havia se apropriado das prerrogativas dos poderes eleitos para estabelecer políticas públicas, o trabalho de Schlesinger apenas buscou identificar a posição de cada juiz, o que possibilita afirmar que o *ativismo judicial* não teve origem, enquanto definição, em qualquer fato, mas sim, à qualificação dos magistrados da Suprema Corte americana.

Prosseguindo na pesquisa quanto à origem do ativismo judicial, Marcelo Casseb Continentino (2012) informa que, mesmo havendo pesquisadores que reservavam ao conceito o caráter normativo, avaliando as decisões da Suprema Corte de forma qualitativa, existiam ainda aqueles que atribuíam ao termo acepção descritiva, medindo a atuação da Suprema Corte através de critérios objetivos, como, por exemplo, o número de leis declaradas inconstitucionais:

Porém, se de um lado há autores que reservam ao conceito caráter normativo, isto é, de avaliação da atuação da Suprema Corte como boa/correta ou ruim/excessiva, de outro há aqueles que lhe atribuem uma acepção descritiva da atuação da Suprema Corte. O uso do conceito de ativismo judicial prestaria para medir descritivamente a atuação da Suprema Corte, a partir de determinados critérios, a exemplo do número de leis federais e estaduais declarados inconstitucionais, do número de leis cuja constitucionalidade foi afirmada, do número de votos de um juiz quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade e assim por diante. Em face da múltipla possibilidade semântica, é importante abordar quais seriam os elementos ou dimensões desse conceito a fim de delimitar melhor o seu significado. (CONTINENTINO, 2012, p.130)

Marcelo Casseb Continentino (2012) conclui tópico de sua pesquisa informando que, por mais que exista uma dificuldade em chegar à delimitação do conceito de ativismo judicial, há, na doutrina, um relativo acordo quanto a multidimensionalidade do mencionado termo, e, citando o artigo “*The Origen and Current Meaning of Judicial Activism*”, de Keenan Kmiec, considera cinco as dimensões do ativismo judicial, quais sejam: a) anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável; b) desrespeito ao precedente (horizontal e vertical); c) criação judicial; d) desvio da metodologia interpretativa e e) julgamentos direcionados pelo resultado.

Em relação a primeira dimensão, qual seja, o prisma da anulação de atos normativos, seja do Executivo, seja do Legislativo, o autor reconhece que nesta atuação é onde estão as principais críticas à atuação da Suprema Corte americana em face da inúmeras possibilidades de interpretação constitucional, principalmente quando a interpretação do Poder Judiciário vai de encontro à interpretação fornecida pelos próprio Poder Legislativo.

Como se sabe, numa sociedade multicultural na qual muitas e diversas são as visões sobre justiça, a moral e a ética, é inevitável subsistir o desacordo razoável (*reasonable disagreements*) sobre a interpretação das normas constitucionais. Embora haja acordo quanto às cláusulas constitucionais gerais e abstratas (v.g.: devido processo legal, liberdade de expressão, vida, etc), no momento da especificação constitucional, isto é, quando se vai aplicar a norma constitucional abstrata ao caso concreto, começam-se os confrontos em torno da melhor interpretação constitucional. (CONTINENTINO, 2012, p.131)

Se a própria lei já traria interpretação própria¹, como um órgão do Poder Judiciário poderia anular um diploma legal sob o argumento de melhor interpretação? Parece ter razão os autores das pesquisas que aduziam críticas contra ao ativismo judicial sob a dimensão acima, quanto a possibilidade de anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável.

A segunda dimensão do ativismo judicial (b) seria quanto a resistência de juízes ou tribunais em não seguir precedentes jurisdicionais, inovando, assim, na pacífica jurisprudência dos Tribunais com entendimentos pontuais.

Julgar de forma contrária aos precedentes judiciais sem uma justificativa plausível seria a segunda dimensão ou manifestação de ativismo judicial, neste sentido Marcelo Casseb Continentino:

O ativismo judicial, sob tal perceptiva, decorreria da não aderência às interpretações anteriormente perfilhadas em casos semelhantes, sem uma justificativa plausível ou razoável. A corte que não mantém uniformidade de entendimento é uma corte que não aplica o direito preexistente; isto é, ela julga conforme a própria conveniência e subjetividade, ao sabor das circunstâncias. (CONTINENTINO, 2012, p.132)

Terceira dimensão (c) através da qual se verifica o ativismo judicial é quanto a possibilidade de criação de direitos pelo Poder Judiciário. O juiz ativista seria aquele que, agindo além de suas atribuições funcionais, agiria criando direito em inobservância ao princípio da separação dos poderes e ao Estado de Direito.

Na quarta dimensão do ativismo judicial (d), o conceito assume nova significação sobre a qual haveria um modo adequado e correto de interpretação da Constituição que não a forma tradicional por subsunção. Qualquer método que se afastasse da subsunção seria considerado método inovador ou ativista.

A quinta e última dimensão/acepção do ativismo judicial é encontrada naquelas decisões nas quais o juiz-intérprete profere julgamento tendente a atingir determinado resultado (e).

A crítica a esta forma de ativismo judicial estaria na ocorrência do desvio de finalidade da própria sentença enquanto proferida em não observância do dever de

¹ O autor cita como exemplo hipotética lei americana que, liberando a prática do aborto e especificando os casos permitidos, poderia, sob o argumento da violação do direito à vida, ser invalidada pela Suprema Corte Americana, anulando, inclusive, os casos permitidos pelo próprio legislador. A ponderação a favor da vida do nascituro se daria em detrimento da liberdade individual, da autonomia privada, saúde e dignidade da pessoa humana que concorreriam a favor da livre opção da gestante.

imparcialidade do julgador, não sendo observado o ordenamento legal como parâmetro idôneo, livre e válido.

Enfim, Marcelo Casseb Continentino apresenta o ativismo judicial como um gênero de manifestações do Poder Judiciário que não se limita às expressões mais usuais conhecidas, tais como judicialização da política ou outras. O ativismo judicial seria gênero de manifestações atípicas do Poder Judiciário.

Nesta pesquisa o ativismo judicial é defendido como gênero, portanto, tendo sentido amplo e ocorrendo em diversas hipóteses.

Não obstante tratar o tema como gênero, buscando uma delimitação conceitual, Andrea Elias da Costa, assim define o que é ativismo judicial:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma intensa participação do Judiciário na concretização dos valores Constitucionais, o que pode se dar de diferentes maneiras, tais como pela aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do Legislador; 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; a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (COSTA A. 2010, p.53).

Conclui a autora (2010) que o ativismo judicial seria “... uma maneira ativa de interpretação da Constituição.”, considerando o ativismo judicial como manifestação extraordinária do Poder Judiciário legitimada pela hermenêutica, no caso, uma hermenêutica constitucional.

Na busca por um melhor conceito de ativismo judicial, a obra de Elival da Silva Ramos (2010) assim define ativismo judicial:

[...] 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 objetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2010, p.129).

2. O ATIVISMO JUDICIAL: FUNDAMENTOS PROATIVOS SEGUNDO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ALEXY E CONSTRUÇÃO CRÍTICA EM JONH LOCK, MONTESQUIEU E ROUSSEAU.

2.1. A Teoria da Argumentação de Alexy.

Os fundamentos para a prática do ativismo judicial estão presentes a linguística, e, especialmente na teoria da argumentação de Alexy.

A teoria de Alexy desenvolveu-se, basicamente, com o exame das regras de linguagem, elaborando uma teoria baseada na argumentação prática, enquanto, ampliando o conceito de norma jurídica os princípios constitucionais foram reconhecidos como norma.

Em relação ao conceito de norma jurídica, Alexy (2011) evidencia uma mudança no conceito positivista enquanto diferencia enunciado normativo de norma:

O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo. Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte: (1) 'Nenhum alemão pode ser extraditado'(art.16,§2º, 1 da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado 'nenhum alemão pode ser extraditado'. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. (ALEXY, 2011, p.53, *destaque nosso*).

Partindo do pressuposto que a norma é um significado do enunciado normativo, Alexy estende a possibilidade de criação de normas ao maior intérprete das normas, o julgador. Passa este a ter atribuições semelhantes à de parlamentar enquanto criador de normas através da reconstrução destas no caso concreto através da interpretação, dando azo ao juiz equiparado ao deus Hermes².

Segunda distinção na teoria da argumentação de Alexy (2011) é que regras e princípios passaram a ser espécies do gênero norma jurídica. Neste sentido vale sua citação direta:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção de regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2011, p.87).

Estabelecido o princípio como norma, os princípios constitucionais poderiam, sem qualquer regulamentação infraconstitucional, servir como fonte normativa primária, única e suficiente para sua aplicação na solução de litígios no caso concreto.

Em relação a diferenças entre regras e princípios, Alexy (2011) estabelece como critério principal o da generalidade:

Há diversos graus para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau

² Hermes era o deus da filosofia grega com incumbências pela transferência da comunicação, ou melhor, interpretação.

de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau alto de generalidade é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade baixo seria a norma que prevê que todo preso temo direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade seria possível pensar a primeira norma como princípio e a segunda como regra. (ALEXY, 2011, p.87)

Alexy (2011) deixa claro que entre regras e princípios existe uma diferenciação qualitativa, sendo os princípios *mandamentos de otimização*:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2011, p.90)

O próprio Alexy estabelece que os princípios, por sua generalidade, impõem sua aplicação máxima tendo por limites somente impossibilidades fáticas e/ou jurídicas. Já enquanto as regras, ou estas simplesmente se aplicam ao caso concreto ou não se aplicam. Existe uma diferença qualitativa enquanto as normas-princípios implicam que algo seja realizado na maior medida possível.

Neste sentido, a doutrina brasileira através de Humberto Ávila (2008) traz a seguinte diferenciação entre regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da criação normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicabilidade de demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2008, p.78).

No mesmo contexto, Paulo Bonavides (2009) comenta a reviravolta no mundo doutrinário partindo do pressuposto que os princípios constitucionais passam a ser considerados normas:

Assim como Muller, na Alemanha, rompe com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerber, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta a cátedra de Harvard contra a de Oxford, onde até então a filosofia jurídica de Hart conservava intangível a inspiração positivista de Bentham e Austin.

São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio. (BONAVIDES, 2009, p.276)

Neste sentido, Alexy traz em sua obra tópico específico a respeito da colisão de princípios e conflito de regras, evitando formas de colisão e sopesamento:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.

[...]

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Isso é o se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2011, p.93)

Adentrando na teoria da argumentação de Alexy, a questão principiológica fora, tão somente, o substrato para sua inovação na teoria da decisão com a defesa da argumentação prática.

Alexy esclarece que o discurso jurídico é caso especial do discurso prático, revelando, no mesmo texto, a questão da valoração no caso concreto que pode ensejar resultados diferentes, bem como o discurso prático como uma nova versão de uma teoria moral procedimental:

O ponto de partida da teoria da argumentação é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto.

A questão da racionalidade da fundamentação jurídica leva, então, à questão da possibilidade de fundamentação racional de juízo práticos ou morais gerais. [...] Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional. (ALEXY, 2011, p.548)

Comentando a tese central de Alexy, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) ressalta que a teoria da justificação jurídica era uma forma especial do discurso prático e que a coerência da argumentação era justamente o seu elemento de controle e legitimidade. Neste sentido discorre a respeito:

A tese central de Alexy é a de que a teoria da justificação jurídica era uma forma especial do discurso prático. Portanto, desenvolveu as linhas gerais desse último e, ao final, anotou as particularidades do primeiro.

Os discursos racionais práticos são aqueles que se preocupam com a correção das afirmativas normativas. Em Alexy esses discursos assumiram a forma normativa, vez que se preocupam com a justificação de critérios de sua própria racionalidade, apesar de assumir que não há modo de justificação que não tenha suas deficiências. Contudo, a ausência de um conceito absoluto de correção, não diminuiria as possibilidades de a Teoria Discursiva reduzir/controlar o subjetivismo/intuicionismo das afirmações normativas. (CRUZ, 2004, p.166)

Ainda no sentido da justificação ou legitimação da própria decisão por seus argumentos, Alexy estabelece quatro regras básicas indispensáveis ao discurso. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) comenta cada uma delas:

A primeira é a proibição da autocontradição do orador. Logo, a(s) afirmação(ões) do orador deve(m) ser coerente(s) entre si. Ao mesmo tempo, ele deve ser sincero, pois quem afirma, quer expressar uma crença. Isso não o impede conjecturar, mas seguramente exige a boa-fé do orador, que deve sempre afirmar aquilo em que, de fato, acredita.

[...]

A universalidade de Hare implicava também a necessidade de essa regra ser clara e poder ser ensinada/compreendida por todos. [...]

Por fim, a última regra básica do discurso prático geral sustenta que o mesmo deve-se sujeitar-se a uma ‘ortolinguagem’ ou seja, ao emprego de palavras gestos, expressões com significação conhecida/dominada pela comunidade participante do discurso. (CRUZ, 2004, p.167)

Além das regras básicas acima dispostas, Alexy acrescenta que o discurso deveria ser complementado pelas “regras de racionalidade”, não bastando a coerência e sinceridade do orador. Como consequência da racionalidade que se impunha ao discurso, tal lógica deveria ser pública, clara e transparente de modo a possibilitar ampla liberdade de discussão sobre as razões do discurso.

A teoria da argumentação de Alexy inova na teoria da decisão judicial enquanto possibilita ao Poder Judiciário julgar qualquer questão lhe posta ao apreço, inclusive, imprimindo maior efetividade aos valores constitucionais para decidir como melhor convém na análise do caso concreto.

Na atualidade, a teoria de argumentação de Alexy serve como fundamento jurídico para a prática do ativismo judicial de modo que todo e qualquer litígio posto ao apreço do Poder Judiciário pode ser julgado através da análise dos argumentos levantados pelas partes, sendo justificada a decisão de acordo com a ponderação dos valores dada ao caso concreto.

A ampla subjetividade das decisões judiciais é característica marcante das soluções jurídicas ativistas na atual fase pós-positivista, podendo o julgador imprimir solução mesmo contrária à lei desde que fundamente suas razões no caso concreto.

Em Alexy, a legitimidade do julgador para atuar como agente político, mesmo proferindo decisões em desconformidade com as leis e/ou adentrando em campo de atuação política, advém dos fundamentos da própria decisão jurídica, assim, a motivação da decisão é a sua própria justificação que a deve legitimar perante as partes e terceiros.

2.2. Construção crítica a respeito do ativismo judicial.

2.2.1. *O ativismo judicial e sua relação com a concepção do Estado Democrático de Direito: as leis na concepção moderna, a separação dos poderes e a necessária representatividade dos agentes políticos.*

O subjetivismo decorrente da utilização dos conceitos pessoais de moral em detrimento das regras escritas e postas também foi uma preocupação na antiguidade. Carlos Eduardo Bittar (2002), parafraseando Aristóteles, defende o governo das leis em detrimento do “governo do que seja melhor”:

Ainda mais, pode-se dizer que, na busca do verdadeiro regime e do verdadeiro governo, é melhor que na lei esteja depositada a soberania, e não no homem, pois este está sujeito às paixões que acometem a alma. A lei tem um papel preponderante na conformação do espaço político. De fato, as leis bem esclarecidas são as que dever exercer a soberania. Acima dos homens estão as leis, e isso quanto ao governo e à condução das coisas comuns. Os magistrados somente devem exercer uma função supletiva ou complementar quando a lei não mais cobrir com suas previsões genéricas o conjunto de hipóteses práticas ocorrentes. (BITTAR, 2002, p.24)

Sugerida a lei como forma de manifestação da vontade popular, e, do próprio Estado, esta deveria ser observada por todos, substituindo ela a própria vontade do monarca, da aristocracia ou da república.

O autor deixa claro, ao final, que o papel primário dos magistrados seria de solucionar litígios através da aplicação pura e simples da lei, somente podendo exercer uma

função supletiva quando a lei não fosse suficiente para prever solução ao caso concreto, sendo esta, portanto, a exceção da atividade jurisdicional em prol da existência do Estado de Direito.

É claro que não se está a defender um Poder Judiciário neutro no cenário político, no entanto, evidencia-se, desde a história antiga, a preocupação em evitar a concentração de poder, o subjetivismo e a ausência de parâmetros como critérios formais para a condução do Estado e mesmo da sociedade.

Não obstante as primeiras linhas acima delineadas que já evidenciam uma preocupação das civilizações passadas na formação de uma sociedade dirigida por parâmetros/critérios únicos, objetivos, conhecidos e voltados para a realização do bem comum, ou seja, por leis que expressassem a vontade do próprio Estado e da população, não se pode negar uma preocupação doutrinária em vários autores quanto a necessidade de execução das leis em forma impessoal e não direcionada a interesses próprios.

Jonh Locke foi um expoente quanto a necessidade de separação dos poderes enumerando os poderes em três: poder legislativo, executivo e federativo, sendo que, indubitavelmente, o poder legislativo era supremo, cabendo-lhe governar o povo por meio de leis estabelecidas.

Em Locke percebe-se que à atividade judicial sequer era lhe conferida a qualidade de poder, podendo-se aferir que os julgadores não podiam ser qualificados como agentes políticos, justamente, por não participar do processo de formação da vontade estatal.

Do ponto de vista estritamente jurídico, seguindo uma concepção generalista das normas, em Locke as leis deveriam servir como parâmetro normativo de observância para todos, de modo que, além de serem estabelecidos direitos e deveres para toda a coletividade, num ideal de Estado de Direito, seria ainda uma forma de promover a igualdade entre os súditos.

Assim, o poder legislativo era considerado o poder supremo por representar a vontade popular e editá-la através das leis após o consenso da maioria dos agentes políticos, vislumbrando-se ainda um viés democrático decorrente do necessário consenso como pressuposto para o estabelecimento das regras estatais.

Não obstante considerando o poder legislativo como poder supremo, Locke mencionava a necessidade de limites para o poder legislativo. Neste sentido vale o comentário de Nelson Nery Costa(2006):

Em todo o caso, esse poder permanecia inalterável e sagrado, nas mãos de quem fora colocado, em primeiro lugar, pela comunidade. E não podia habilitar qualquer outro, fosse quem fosse, a legisferar. Existiam, entretanto, limites para o poder legislativo: a) a lei da natureza subsistia como norma eterna para todos os homens; b) o parlamento devia editar leis que tivessem uma certa estabilidade; c) não podia privar um indivíduo da sua própria propriedade sem o consenso dele; d) não podia transferir o poder de fazer leis para outras mãos, porque o seu poder já era delegado pelo povo e o delegado não podia delegar. (COSTA, 2006, p. 114).

O estado civil nascia para garantir os direitos naturais em Locke, em especial a propriedade e a segurança, de modo que, o próprio poder legislativo tinha como especial limite não delegar seus poderes de legisferação, nem privar os indivíduos dos direitos naturais que já possuíam mesmo no estado natural, por exemplo, a propriedade.

A não observância das leis ou dos limites legitimava, inclusive, o direito de resistência ou desobediência civil.

Segundo autor clássico de maior expressão quanto a separação dos poderes foi Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu que, em 1748 afirma a importância das leis na sociedade, bem como da separação de competências.

Montesquieu(1979) faz referência a três espécies de governo: o Republicano, o Monárquico e o Despótico, sobretudo, atribuindo qualificação negativa ao governo despótico por inobservar as leis:

Governo republicano é aquele em que o povo, como um todo, ou somente uma parcela do povo, possui o poder soberano; a monarquia é aquele em que um só governa, mas de acordo com leis fixas e estabelecidas, enquanto, no governo despótico, uma só pessoa, sem obedecer a leis e regras, realiza tudo por sua vontade e seus caprichos. (MONTESQUIEU, 1979, p.197)

As leis, em Montesquieu(1979), representavam as relações que se estabeleciam entre os seres humanos, concluindo que eram as relações necessárias que derivavam da natureza das coisas:

Devem as leis ser relativas ao físico do país, ao clima frio, quente ou temperado; a qualidade do solo, à sua situação, ao seu tamanho; ao gênero devido das provas, agricultores, caçadores ou portarias; devem relacionar-se como grau de liberdade que a constituição por permitir com a religião dos habitantes, nas indicações, riquezas, número, comércio, costumes, maneiras. Possuem elas, enfim, relações entre si e com sua origem, com os desígnios do legislador e com a ordem das coisas sobre as quais são elas estabelecidas. É preciso considera-las em todos os aspectos. (MONTESQUIEU, 1979, p.45)

Nelson Nery Costa comenta o que se poderia entender por “natureza das coisas” reconhecendo que existiria uma razão primitiva e que as leis eram expressão de tal razão. Fazendo um paralelo entre as leis divinas ou naturais e as leis humanas, defende a existência autônoma destas últimas para uma ordenação da vida em sociedade:

Ele [Montesquieu] sustentava, na companhia dos estóicos, que existiam uma razão primitiva e que as leis eram as relações que se estabeleciam entre ela e os diferentes seres, a começar por Deus, criador e conservador do Universo. [...] Em outras palavras, o homem, enquanto ser inteligente, não transgredia incessantemente as leis que Deus estabelecera e modificara as que ele mesmo originara. Cumpria-lhe [ao homem] adapta-las à sua natureza e que fossem diferentes daquelas por que eram governados os seres puramente físicos, os corpos [...]. A vida em sociedade, exatamente em sociedade particulares, exigia leis positivas. (COSTA *apud* MONTESQUIEU, 1979, p.197, *destaque nosso*).

No livro XI da obra de Montesquieu se encontram as ideias célebres quanto a tripartição do poder em funções legislativa, judiciária e executiva, cabendo salientar que a separação dos poderes tivera como pressuposto o ideal de liberdade, seja para o súdito uma vez que a separação seria uma forma de evitar a concentração de poderes que ensejasse um governo despótico, seja a liberdade³ de atuação para cada esfera de poder enquanto para a melhor atuação do Estado cada esfera tinha funções próprias e independentes.

Neste sentido, transcrevo parte do capítulo XI da obra citada de Montesquieu(1979):

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de 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 tivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se tivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1979, p.148).

Conclui Montesquieu (1979) quanto ao risco de se acumularem funções estatais em um só corpo estatal ou homem:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres do povo exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1979, p.149).

³ Liberdade seria fazer tudo o que as leis permitem, coincidindo com o moderno conceito de legalidade estrita que a Administração Pública está adstrita.

Vale dizer que Montesquieu ponderou a respeito da necessidade de cada poder fiscalizar outro, ressaltando a importância da independência, contudo, também a de equilíbrio entre todos para que nenhuma das conhecidas “potências” pudessem abusar do poder. Nelson Nery Costa (2006) comenta as formas de intervenção em cada poder da seguinte forma:

O ideal político do autor coincidiria com um regime, no qual seria rigorosamente assegurada esta separação dos poderes. Deveriam existir três poderes: o executivo, como rei e seus ministros; o legislativo, a câmara baixa e a câmara alta; e o judicial, o corpo de magistrados. Esta famosa teoria era complementada com outras: a) o executivo interferiria no legislativo, porque o rei gozava do direito de veto; o legislativo podia, em certa medida, exercer um direito de vigilância sobre o executivo, pois controlava a aplicação das leis que votara e sem que se tratasse de responsabilidade ministerial, podendo pedir contas aos ministros perante o parlamento; c) que o legislativo interferia seriamente no judicial, pois, em algumas circunstâncias particulares erigia-se em tribunal. (COSTA, 2006, p.137).

Por mais que se tenha uma definição teórica de limites entre as três funções do estado, a rigor a rigor, a separação dos poderes em Montesquieu tratava de uma combinação de atribuições políticas entre legislativo e executivo, não sendo aprofundada a questão de limites quanto ao poder judiciário, até mesmo porque este era considerado um poder “invisível”, não sendo um poder em sentido próprio, dado que, somente quando necessário, o Senado era convocado para o exercício das funções jurisdicionais.

Não obstante isso, tanto em Locke quanto em Montesquieu se encontram as principais bases teóricas clássicas para a formação do Estado de Direito, bem como de parte do constitucionalismo quanto a necessidade de definições de atribuições com a separação de poderes.

2.2.1.2. Ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Em relação a crítica quanto a ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, percebe-se que enquanto o Poder Judiciário invalida ou mitiga atos próprios do Poder Executivo, ou mesmo cria direitos e obrigações não previstas nas normas infraconstitucionais para obrigar o Estado a uma determinada prestação social, não resta dúvida que adentra em um campo específico de outro poder enquanto passa a ser autor determinante para a execução de uma política pública.

Além da invasão nas atribuições próprias de outro poder, é a notória a ofensa ao princípio da separação de poderes enquanto o membro do Poder Judiciário substitui o juízo de conveniência e oportunidade do gestor executivo para destinar parte das verbas orçamentárias

para a solução de um caso pontual em detrimento da realização de outras prestações à sociedade.

No tocante a substituição do mérito dos atos administrativos (discricionabilidade do gestor) pela motivação do julgador, este teria conhecimento de todas as peculiaridades conhecidas pelo gestor? O limite restrito de conhecimento do julgador quanto a questões factuais não implicaria numa prestação social de má qualidade?

Vale ressaltar que, por vezes, o mérito do ato administrativo que é substituído por um juízo pessoal do julgador, mesmo que motivado, não é legítimo dado que, primeiro, se está substituindo uma decisão tomada em conformidade com uma política pública instituída por agentes providos de representação política, não tendo os agentes públicos do Poder Judiciário qualquer representatividade política, segundo, em razão do juízo de conveniência e oportunidade decorrem de estudos eminentemente técnicos cujas variáveis, por fugirem a seara jurídica, raramente são conhecidas ou mesmo estão levantadas no bojo do processo judicial, fugindo, portanto, do conhecimento do magistrado.

O juízo de conveniência e oportunidade é uma ponderação própria do gestor na execução de um ato administrativo, juízo que abrange conhecimento factual, especial e temporal sobre determinado projeto que está sendo executado, variáveis estas que fogem ao campo da (i)legalidade a ser observada pelo Poder Judiciário.

Mesmo havendo a possibilidade de juízo sobre a razoabilidade e proporcionalidade de um ato administrativo, comum é o direcionamento judicial de execuções de projetos, não somente substituindo o juízo de conveniência e oportunidade dos gestores, mas ainda, criando novas diretrizes sobre uma realidade não conhecida, pelo menos, tanto quanto o próprio administrador.

Têm-se o registro de casos práticos de ativismo judicial na área da saúde em que juízes, motivando suas decisões com base na ponderação de valores constitucionais, quase sempre atribui maior peso à saúde, no entanto, determinando a realização de prestações sociais criticáveis, por exemplo, acolhendo pretensões individuais para que seja destinada parte do orçamento público para a realização de intervenções médicas indevidas ou desnecessárias, ou mesmo determinando a compra de medicamentos importados cuja entrada no país não fora autorizada pela ANVISA, compra de medicamentos em valores superfaturados dados que não comprados em lote por licitação ordinária do governo, etc.

Além da concentração de poderes/atribuições notadamente incompatíveis, o ativismo judicial, na atual concepção neopositivista, ainda permite ao Poder Judiciário proferir julgamentos em que a lei, fonte normativa primária e outora suficiente como critério de julgamento, pode ser afastada ou mitigada por mera interpretação pessoal do julgador.

A ofensa ao Estado de Direito é notória uma vez que, julgando casos sem a observância das leis ou mesmo de forma contrária à elas, o julgador se coloca acima das normas postas substituindo ou desconsiderando o consenso político alcançado, através do processo legislativo, construído pelo Poder Executivo e Legislativo.

A inobservância às leis ou regras postas que compõem o ordenamento jurídico ensejam ofensa ao Estado de Direito, sobretudo, não sendo observada a soberania popular que fundamenta todo o processo de formação legislativa.

2.2.1.3. Ofensa à teoria da democracia.

Em relação a teoria de democracia, na fase pré-revolução francesa, Rousseau e Sieyès já defendiam a democracia como governo dos povos, sendo que este último, com clareza, trazia com maior lucidez a necessidade da representação do povo através de agentes políticos.

Simone Goyard-Fabre (2003) afirma que Sieyès, não desprezando as ideias de Rousseau, defende o governo representativo, porém, através de um exercício democrático indireto:

No terreno do realismo político, descarta a ‘democracia bruta’ e cinzela – nos antípodas de Rousseau a quem crê apenas retificar – a concepção de um governo representativo que, corpo político de associados que vivem sob uma lei comum e representado pela mesma legislatura, busca sua força política na Nação. (GOYARD-FABRE, 2003, p.180).

Defendendo os mandatos representativos em detrimento de mandatos imperativos, Simone Goyard-Fabre (2003) citando Sieyès afirma que a democracia indireta necessariamente deveria se instalar através da técnica do sufrágio, única forma de legitimar os representantes:

[...] não se pode separar a Nação de seus representantes. Nesse sentido, o terceiro estado - que é ‘a própria Nação’- deve compor sozinho a Assembleia Nacional. Com efeito, os representantes são os órgãos da Nação; ele querem pela Nação inteira. O que deles detêm não é um mandato imperativo que faria deles os portadores de voto de seus eleitores, mas um ‘mandato representativo’ pelo qual agem de acordo com a vontade nacional soberana. Em outras palavras, Sieyès

descarta a ideia de ‘democracia bruta’, que considera primitiva e simplista porque ela repousa exclusivamente sobre um mandato imperativo, e a substitui pela esperança democrática conquistadora, que seria de um outro tipo porque obedeceria a uma outra técnica de sufrágio: encontraria legitimidade nos diversos corpos de representantes designados, em nome de toda a Nação, para agir em seu próprio domínio e segundo suas capacidades. (GOYARD-FABRE, 2003, p.181).

Sieyès traz imensa contribuição à necessidade de representatividade dos agentes políticos ao mesmo tempo em que se verifica o discurso sobre legitimidade dos atos dos agentes enquanto atuando em nome da nação.

Imbuído da ideia de soberania nacional, na qual a nação é representada via mandatos, Sieyès deixa claro ainda que os representantes devem estar submetidos ao controle permanente dos representados. Neste sentido os comentários de Simone Goyard-Fabre(2003):

[...] para que não se rompa a unidade da vontade nacional, Sieyès estima ser necessário que os representantes sejam submetidos ao controle permanente dos representados; por meio desse controle, estes se asseguram de que a maneira como os governantes cumprem o ‘mandato de fazer’, que, em tal ou qual domínio, lhes foi confiado em razão de suas competências, corresponde bem à vontade da Nação. (GOYARD-FABRE, 2003, p.185).

As teses acima referidas denotam que a representação popular deve estar acompanhada de mandatos temporários, de modo que, não havendo efetiva representação do povo, os agentes políticos deveriam desocupar o cargo público, seja após a expiração do mandato, seja através de formas mais modernas de destituição daquele, por exemplo, através de um *impechaman*.

Do acima exposto, analisando a teoria clássica relativa a formação do Estado, a edição e necessidade de leis a serem observadas por todos dado ser um critério legítimo de tratamento em igualdade dos cidadãos, a necessidade de separação de atribuições e controle dos poderes, o requisito de uma mínima representatividade para que um agente público possa ser qualificado como agente político, já se pode chegar a um posicionamento crítico a respeito do ativismo judicial.

As críticas ao ativismo judicial identificam-se com as maiores preocupações doutrinárias clássicas, em especial: enquanto o Poder Judiciário passa a invadir a esfera de competência própria dos demais poderes enquanto mitiga/executa políticas públicas; na ausência de controle do Poder Judiciário por outro poder republicano; quanto a carência de legitimidade/representatividade para um julgador adentrar em questões políticas; na

inobservância da lei enquanto qualquer juiz pode reconstruir a norma jurídica no caso concreto através da atual hermenêutica constitucional.

Quanto ao ingresso dos membros do Poder Judiciário na ordem política, duas ofensas à teoria da democracia se vislumbram: a questão do ingresso no cargo político e a questão do tempo de exercício.

Primeira ofensa ao princípio democrático se evidencia no caso do Poder Judiciário enquanto seus membros não ingressam no cargo através de um processo reconhecidamente político que possibilitasse a eleição de membros com um mínimo de representatividade política e a manifestação da vontade popular.

Segunda ofensa evidencia-se enquanto não existe um controle efetivo quanto ao cargo⁴ de seus membros uma vez que não se permite controle popular sobre a atuação dos magistrados, característica esta inerente aos mandatos representativos que não pode ser reproduzida aos membros do Poder Judiciário dado que estes são providos da garantia de vitaliciedade, garantia esta incompatível com o exercício de mandato.

A falta de legitimidade do Poder Judiciário para a execução das políticas públicas decorre da ausência de representatividade política de seus membros, não passando por uma escolha popular através de sufrágio, não se pode reconhecer representatividade política somente em decorrência de uma investidura derivada de uma aprovação em um concurso público, não se podendo confundir mandatos imperativos com mandatos representativos.

O fato de no Brasil ser possível a invalidação de atos por qualquer juiz em qualquer instância reforça a crítica quanto a ausência de efetivos limites e controles sobre o Poder Judiciário, ensejando a necessidade de uma autêntica Corte Constitucional composta por membros eleitos pelo povo para tratar das questões eminentemente políticas levadas ao Poder Judiciário.

Focando na ausência de representatividade dos membros do Judiciário brasileiro e na ausência de controle do povo sobre a titularidade de quem ocupa tais cargos, Francisco Gerson Marques de Lima(2009), em sua obra “O STF na crise institucional brasileira”, sugere proposta para uma reestruturação do Supremo Tribunal Federal para que o Brasil venha a ter

⁴ O cargo dos magistrados é reconhecido pela característica imperativa que não se confunde com os mandatos representativos dos agentes tipicamente políticos.

uma Corte Constitucional e que esta tenha o mínimo de representatividade em observância aos ditames mínimos democráticos:

À guisa de sugestão, fica aqui a proposta de que, no Brasil, uma vez havendo Corte Constitucional, seja ela composta de 12 membros, para mandatos de 10 anos, exceto se a idade para aposentadoria compulsória sobrevier a este lapso, sendo proibida a recondução.(LIMA, 2009, p.162).

O argumento democrático é evidente por não guardarem os membros do Poder Judiciário o mínimo de representatividade popular, cabendo salientar que, mesmo mitigada essa ausência de legitimidade política, um efetivo instrumento de controle de seus atos deveria ser efetivo para maior legitimidade.

A doutrina de Habermas aduz crítica ao juiz comparado ao deus Hércules, não aceitando como critério de legitimação a mera motivação das decisões judiciais. Neste sentido a transcrição de Habermas em prol que a norma jurídica adviesse do alcance da razão prática através do consenso dos próprios cidadãos e não de um terceiro, no caso, o magistrado:

As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor – o respectivo juiz, que escolheu Hercules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworking deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação a possibilidade de se manter esse princípio monológico. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia de Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworking oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras.

[...]

Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica. E, uma vez que cada juiz está convencido de que a sua teoria lhe permite chegar à única decisão correta, a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se orientam por princípios.(HABERMAS, 2010, p.276).

A problemática aduzida no presente artigo se evidencia na atualidade enquanto a prática de decisões ativistas proferidas de acordo com os argumentos levantados no caso concreto se distancia dos pilares clássicos que fundamentam o próprio constitucionalismo.

Decisões ativistas que adentram em questões de cunho eminentemente político, por vezes contrárias aos preceitos legais vigentes, criando direitos não previstos na legislação, até

mesmo mitigando políticas públicas enquanto direcionam parte do orçamento público para o atendimento de decisões judiciais que buscam a efetivação de direitos sociais, não podem encontrar sua legitimação somente em sua motivação.

De acordo com a doutrina clássica, o ativismo judicial é prática que enseja ofensa ao Estado de Direito enquanto as leis vigentes podem ser afastadas de acordo com o caso concreto, ao princípio da separação dos poderes enquanto substituídos os juízos de conveniência e oportunidade próprios dos gestores públicos e a teoria da democracia enquanto o Poder Judiciário adentra em questões políticas sem ter um mínimo de representatividade.

Os típicos agentes políticos do Estado, pertencentes ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, possuem legitimidade para agir em nome dos cidadãos e adentrar em questões políticas em decorrência de sua escolha livre e universal, escolha popular que reverte os agentes de representatividade política.

O provimento originário legitimado por sufrágio para o exercício de mandato, portanto, periódico, também permite certa forma de controle sobre os agentes políticos, pressupostos estes, provimento através de escolha popular e controle periódico, inexistentes no provimento dos cargos inerentes ao Poder Judiciário.

Solução à crise de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para atuarem em questões políticas fora enfrentada na Bolívia, advindo solução jurídica na Constituição promulgada em 2009, o que será analisado no próximo tópico.

3. O MODELO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO PROMULGADO EM 2009.

3.1. O Tribunal Constitucional da Bolívia: solução quanto à crise de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para atuar como órgão político.

Conforme jurisprudência e doutrina pátrias, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, já se manifestou em diversas lides se eximindo de adentrar em questões de cunho estritamente político por reconhecer sua impossibilidade de atuação em certas matérias, por exemplo, questões *interna corporis* de outro Poder republicano.

Conforme construção crítica acima, a ausência de um típico Tribunal Constitucional no Brasil, reforça a crítica realizada contra o ativismo judicial quanto a falta de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para proferir decisões eminentemente políticas.

Tal como visto no capítulo primeiro, decisões judiciais qualificadas como ativistas têm a característica de invadir competências próprias dos demais poderes, seja legislando enquanto cria direitos e obrigações não previstas em lei, seja indiretamente gerindo os recursos públicos ou mesmo determinando execução diferenciada das políticas públicas, substituindo direcionamentos próprios dos agentes do Poder Executivo.

A intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas ou mesmo proferindo decisões de cunho puramente político somente poderiam ser tomadas por agentes públicos que tivessem representação política, pensar o contrário é aceitar que um agente técnico possa mitigar ou mesmo anular a vontade da maioria através da mera argumentação jurídica.

O ativismo judicial no Brasil se confunde com tal prática, inclinando a presente pesquisa por concluir por sua falta de razoabilidade uma vez que, tão somente, um típico Tribunal Constitucional cujos membros sejam eleitos pelo povo teria a competência e legitimidade para apreciar questões relevantes que envolvam a vontade das maiorias.

No Brasil, além de não existir um típico Tribunal Constitucional com composição que assegurasse um mínimo de representatividade dos diversos setores que compõem a sociedade brasileira, o exercício da jurisdição constitucional é realizado por qualquer juiz em todas as instâncias, fato que enseja ainda mais a insegurança jurídica e a ofensa aos pilares democráticos.

Em posição de vanguarda na América do Sul, a Bolívia, seguindo precedentes do movimento constitucionalista do México e da Guatemala, traz inovação na Constituição promulgada em 2009 que traz solução à crise de legitimidade dos membros do Poder Judiciário na intervenção em causas políticas enquanto institui uma Corte Constitucional.

Constituição da Bolívia de 2009.

Artículo 197.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

II. Las Magistradas y los Magistrados suplentes del Tribunal Constitucional Plurinacional **no recibirán remuneración**, y asumirán funciones exclusivamente en caso de ausencia del titular, o por otros motivos establecidos en la ley.

III. La composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional serán regulados por la ley.

Artículo 198.

Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 199.

I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, **haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos**. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

II. **Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.**

Artículo 200.

El **tiempo de ejercicio**, la permanencia y la cesación en el cargo establecidos para las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia será de aplicación a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional.(destaquei)

Conforme preceitos acima, a Bolívia adotou posição de vanguarda na América do Sul enquanto, nos artigos 197 à 200, instituiu um Tribunal Constitucional cujos membros são eleitos pelo povo mediante sufrágio universal, com tempo certo de exercício, não remunerados e acima de trinta e cinco anos com oito anos de experiência nas áreas Constitucional, Administrativa e ligada aos Direitos Humanos.

Tal inovação constitucional ratifica toda argumentação crítica a respeito do ativismo judicial, em especial, quanto a crise de legitimação dos membros do Poder Judiciário brasileiro, ao mesmo tempo em que conclui pela necessidade de uma típica Corte Constitucional no Brasil.

CONCLUSÕES

No primeiro capítulo, a pesquisa buscou a origem do termo ativismo judicial ao mesmo tempo em que delimita o seu conceito, concluindo que o tema deve ser encarado como gênero de manifestações atípicas do Poder Judiciário.

O ativismo judicial surge em um primeiro momento como uma adjetivação à atuação da Corte americana em casos específicos cuja solução jurídica fora considerada atípica e inovadora, adquirindo o ativismo judicial uma concepção social positiva ou válida ao mesmo tempo em que adquiria uma concepção jurídica negativa ou crítica.

No capítulo segundo, o ativismo judicial fora pesquisado sob uma perspectiva filosófica, sendo buscadas as bases que legitimaram a atuação proativa dos julgadores, bem como as principais críticas quanto aos excessos na mencionada forma de atuação.

Em relação aos fundamentos para uma atuação proativa do Poder Judiciário são traçadas breves linhas a respeito da teoria da argumentação de Alexy que, atribuindo força normativa aos princípios constitucionais, acentuando a característica da autoaplicabilidade daqueles e a eficácia máxima dos valores constitucionais, possibilita a solução dos litígios através da análise do caso concreto enquanto ponderando valores constitucionais e argumentos trazidos pelas partes é construída a soluções tida por mais justa no processo.

Na construção crítica que permeia o mesmo capítulo, o ativismo judicial é analisado à luz das teorias que fundaram o movimento constitucionalista, em especial, a teorias clássicas da separação dos poderes, teoria da democracia e do Estado de Direito construído sobre os parâmetros legais.

Maiores críticas são aduzidas em face da ausência de representatividade política dos membros do Poder Judiciário enquanto novos atores no cenário político, sendo concluída a argumentação com o reconhecimento da ausência de legitimidade para os membros do Poder Judiciário brasileiro atuar em questões eminentemente políticas.

Em busca da solução da problemática evidenciada no presente trabalho, terceiro capítulo é construído partindo da premissa que o Brasil necessita de uma típica Corte Constitucional cujos membros fossem eleitos pelo povo e exercessem mandatos passíveis de controle, solução esta à crise de legitimidade dos membros do Poder Judiciário brasileiro.

Ratificando a argumentação teórica desenvolvida, a pesquisa é concluída com a adução do modelo do Poder Judiciário instituído pela Constituição boliviana promulgada em 2009, única forma de legitimar os membros do Poder Judiciário para julgar questões eminentemente questões políticas em consonância com as teorias democráticas e a vontade das maiorias estabelecidas em lei.

Conclui-se que pela necessidade de uma Corte Constitucional no Poder Judiciário brasileiro cujos membros sejam eleitos por sufrágio universal e com o cumprimento de mandato, inovação que legitimaria o Poder Judiciário para atuar no campo político enquanto reconhecida mínima representatividade popular para os seus membros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITTAR, Eduardo C.B. **Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das idéias políticas**. São Paulo: Atlas, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24^a. São Paulo. Ed. Malheiros. 2009.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. INTERESSE PÚBLICO - v. 14 n. 72 mar./ abr. 2012. Belo Horizonte: Notadez.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. INTERESSE PÚBLICO - v. 14 n. 72 mar./ abr. 2012. Belo Horizonte: Notadez.

COSTA, Andréa Elias AL. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quarter Latin, 2010

COSTA, Nelson Nery. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade I**, 1929, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF, Rio de Janeiro, Tempo Universitário, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fonte. 2003.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2^a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.