

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

JUDICIAL ACTIVISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS.

Maria de Fátima Domingues.

1 – Introdução. 2 – Conceito de Judicialização. 3 – Ativismo Judicial – Conceito e Características. 4 – Transformações Constitucionais que Propiciaram o Ativismo Judicial. 5 – Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais. 6 – Conclusão 7 – Referências Bibliográficas.

Resumo: É o presente artigo um estudo sobre a existência, ou não, do Ativismo Judicial no cenário jurídico e político nacional. Para tanto, será feita uma breve introdução sobre o conceito de Judicialização e do Ativismo Judicial, traçando as principais características e as diferenças entre eles. O Ativismo Judicial, por assim dizer, decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao poder judiciário, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de que estaria o judiciário criando as normas jurídicas ao invés de somente garantir sua justa aplicação. Nesta seara, serão abordadas as principais transformações constitucionais que propiciaram o surgimento e desenvolvimento do Ativismo Judicial. Finalmente, será abordado o ponto central de análise do presente artigo, qual seja, a relação entre o Ativismo Judicial e os direitos fundamentais. Isso com o propósito de chamar a atenção do leitor para assunto não tão recente no cenário jurídico nacional, mais, com toda certeza, assunto ainda bastante polêmico.

Palavras-Chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Controle Constitucional. Direitos Fundamentais.

Abstract: Is this article a study on the existence or not of Judicial Activism in the national political and legal scene. Therefore, there will be a brief introduction to the concept of Adjudication and Judicial Activism, outlining the main features and differences between them. The Judicial Activism, as it follows from the new hermeneutic interpretation of constitutional principles and provisions of the Open, which has attracted heavy criticism of the judiciary, especially the Supreme Court, in the sense that the judiciary would be creating legal standards rather than just ensuring their proper application. In this field, we will discuss the major constitutional changes that have led to the emergence and development of Judicial Activism. Finally, we will address the central point of the present article, namely, the relationship between Judicial Activism and fundamental rights. That in order to draw attention to the beds do not matter as recent national legal scenario, more, surely, still very controversial subject.

Key-Words: Judicialization. Judicial Activism. Constitutional Control. Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais a Judicialização e o Ativismo Judicial tem ganhado espaço entre as grandes discussões jurídicas nacionais, onde o exacerbado protagonismo do Poder judiciário vem despertando um conjunto de pesquisas que visam à explicação deste fenômeno.

Vale ressaltar, contudo, que este fenômeno não é exclusividade nacional, vindo a ocorrer em diferentes partes do mundo, em diferentes épocas e em diferentes cortes constitucionais.

Luís Roberto Barroso destaca que desde o final da Segunda Grande Guerra é possível verificar, em grande parte dos países ocidentais, um gigantesco avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, feita no âmbito do Legislativo e do Executivo. (BARROSO, p. 2-3).

Isto porque encontra-se subentendido o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. Ora, o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixam lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, via de regra, devem ser resolvidas judicialmente.

E é nesta seara que começam a surgir alguns questionamentos como se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito ou se participa, *latu sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, se participa mais concretamente da criação do direito. É esta a discussão do fenômeno conhecido como Ativismo Judicial.

Em termos conceituais é possível afirmar que o Ativismo Judicial caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Este fenômeno, por assim dizer, decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.

E isto ocorre porque ante as inúmeras lacunas legislativas, especialmente sobre matérias novas e que abarcam questões polêmicas, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar. Por vezes, o Supremo não se limita a declarar a omissão legislativa, indo além da subsunção do fato à norma, decidindo, discricionariamente, sobre as mais polêmicas questões.

Nestes casos, e ante a imposição de obrigações aos outros poderes e aos administrados em geral, grande parte da doutrina considera que, ao tomar estas decisões, o

Judiciário estaria se intrometendo demais nos demais Poderes da República, ferindo os princípios da Separação dos Poderes, da Democracia e do Estado Democrático de Direito.

Já, outra parte de doutrinadores consideram que, em qualquer forma de interpretação, seja ela judicial ou não, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e de criatividade se mostra inerente a toda e qualquer interpretação.

Os doutrinadores adeptos deste ponto de vista consideram que as questões duvidosas e as incertezas ocasionadas pelas lacunas legislativas devem ser resolvidas pelo intérprete, devendo ele, pois, preencher as lacunas, as nulidades, e esclarecer as ambiguidades.

E sobre este conflito de opiniões é que se pretende, nas linhas que seguem, traçar alguns comentários a fim de chamar a atenção do leitor, bem como despertar sua curiosidade, para assunto tão polêmico quanto atual.

2. CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

Falar em *Judicialização* significa dizer que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, que são o Congresso Nacional e o Poder Executivo, onde se encontram o Presidente da República, seus Ministérios e a Administração Pública em Geral. (BARROSO, p. 3).

Nesta seara é possível afirmar que a Judicialização envolve certa transferência de poder aos Juízes e aos Tribunais, o que gera grandes alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

É, pois, a Judicialização um fenômeno bastante complexo e possui diferentes dimensões. Pode-se dizer que na Judicialização da Política, há a transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário, que passa a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes.

José dos Santos Filho acrescenta que: "Em síntese, a Judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição". (SANTOS FILHO, 2010).

Também Luís Roberto Barroso discorre sobre a Judicialização informando que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o

Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2010).

Para Barroso, a primeira grande causa da Judicialização foi a *Redemocratização* do país, que culminou com a promulgação da Carta Constitucional de 1988. A partir de então, o Judiciário deixou de ser um departamento estritamente técnico para se transformar num verdadeiro poder político, capaz de fazer valer as leis e a Constituição, inclusive, confrontando outros poderes, se necessário for. (BARROSO, 2010).

A segunda causa foi a *Constitucionalização Abrangente*, que trouxe a nível constitucional diversas matérias anteriormente deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso destaca que:

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Assim, na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão judiciária, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, 2008, p. 38).

Finalmente, a terceira causa da Judicialização é o *Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade*. Tal sistema, reconhecido como híbrido, combina aspectos de dois sistemas diferentes: o americano e o europeu. Assim, adota-se a fórmula de controle incidental e difuso, onde qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei caso a considere inconstitucional; igualmente, adota-se o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, diante de tais informações, é possível assegurar que no Brasil o fenômeno da Judicialização é um fato decorrente do próprio modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política, como sugere alguns doutrinadores.

3. ATIVISMO JUDICIAL - CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.

Se a Judicialização é uma circunstância decorrente do modelo constitucional, o Ativismo Judicial pode ser considerado uma *atitude*, uma escolha específica de como interpretar a Constituição, expandindo seu alcance e seu sentido.

Para Barroso a ideia de ativismo judicial está associada a uma “participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. (BARROSO, 2008, p. 78).

Segundo o dicionário Aurélio Buarque o termo “*ativismo*” pode ser empregado com mais de uma acepção. (FERREIRA, 1986, p. 194). No âmbito jurídico, portanto, ele é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica. Assunto este que vem causando exacerbadas discussões.

Cappelletti informa que embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui fenômeno típico do século atual. (CAPPELLETTI, 1999, p. 21-22).

Isto porque nas escolas tradicionais de interpretação do Direito, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou, ao menos, encobrindo, o elemento *voluntarístico*, e *discricional* da escolha. (CAPPELLETTI, 1999, p. 82). Assim, ao longo dos tempos, percebeu-se que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo do que se imaginava; percebeu-se, também, que, moral e politicamente, o juiz é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as tradicionais doutrinas.

Enfim, retomando o conceito de Ativismo Judicial, interessante mencionar que a primeira discussão sobre o termo Ativismo Judicial já surge quanto à sua origem e definição. Vanice Lírio do Valle, em sua obra “*Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*” assim se manifesta:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster’s Dictionary e Black’s Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. (VALLE, 2009, p. 21).

Para Barroso, o Ativismo Judicial está associado a uma maior participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo de maneira mais ativa no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Assim, informa o autor que é possível dizer que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO, 2010).

Em outras palavras, Luís Roberto Barroso entende que o Ativismo Judicial é uma atitude, ou melhor, é uma escolha do magistrado da maneira como ele entende ser correto interpretar as normas constitucionais aplicadas ao caso concreto, expandindo seu sentido e seu alcance. Ainda, segundo o autor, esta atitude normalmente está associada a uma retração do Poder Legislativo.

Também Luis Flávio Gomes, citando Arthur Schlesinger, discorre que existe Ativismo Judicial quando o juiz se considera na obrigação de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. No entendimento do autor, se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, não há Ativismo, mas sim, Judicialização do direito considerado. Ainda, segundo ele, o Ativismo ocorre sempre que o juiz *inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico*". Além disso, cita duas espécies de ativismo judicial: o inovador, no caso de o juiz criar uma norma; e o ativismo revelador. Nesse, o juiz também irá criar uma regra, um direito, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa. E complementa:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (GOMES, 2013).

Elival da Silva Ramos também discorre sobre o assunto informando que a problemática do Ativismo envolve pelo menos três questões, a saber: “o exercício do controle de constitucionalidade; a existencia de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito”. Acrescenta ainda que a problematização do Ativismo Judicial traz como pano de fundo uma busca pela legitimidade do controle de constitucionalidade que, para ele, ocorre por uma via externa, de modo que “o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia”. (RAMOS, 2010, p. 245).

Clarissa Tassinari discorre também sobre o assunto informando que o Ativismo Judicial é um problema de teoria do Direito. Mais precisamente da teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. Ou seja, “é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor sentido para a interpretação?”. (TASSINARI, 2013, p. 56). Segundo a autora, vale a segunda opção.

Algumas das principais críticas feitas ao Ativismo Judicial residem no fato de que os Juízes e os Tribunais não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, rebelarem-se contra atos legitimamente constituídos pelos Poderes eleitos pelo povo. Surge, assim, o denominado *Contramajoritarismo*, que é a “atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor”. (TASSINARI, 2013, p. 86-87).

Para estes críticos, agindo dessa maneira o Poder Judiciário estaria se intrometendo demais nos demais Poderes da República, ferindo o princípio da Separação e Harmonia entre os Poderes, bem como do Estado Democrático de Direito e da Democracia.

Sobre o assunto, Faustino da Rosa Júnior se manifesta que:

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública. (ROSA JÚNIOR, 2013).

Enfim, diante de tantas controvérsias e polêmicas que envolvem a questão, o interesse principal deste breve artigo se refere ao Ativismo Judicial sob o enfoque do Novo Constitucionalismo Nacional e dos Direitos Fundamentais. É o que se propõe nas linhas que seguem.

4. TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE PROPICIARAM O ATIVISMO JUDICIAL

É possível afirmar que o “antigo” Sistema Jurídico brasileiro foi inspirado no então Código Civil Napoleônico, que se pautava em três premissas principais, a saber: o liberalismo, o individualismo e o patrimonialismo. Já, a cultura brasileira da época pautava-se no constitucionalismo liberal, que objetivava garantir as liberdades individuais; limitar os poderes do Estado; e garantir a rígida separação dos poderes.

Assim, frente à concepção profundamente positivista da época, não era permitido aos juízes qualquer forma de discricionariedade e de expressão de juízos de valor na aplicação dos princípios constitucionais. Igualmente, não eram assegurados os direitos fundamentais sociais.

Portanto, diante de tão rígida separação dos poderes, o Judiciário não dispunha de nenhuma margem de interpretação axiológica. A interpretação jurídica era um processo silogístico de subsunção do fato concreto à norma. Ou seja, o juiz era apenas um intérprete das verdades protegidas no comando geral e abstrato da lei. (BARROSO, 2008, p. 78).

Neste contexto a Constituição não tinha força normativa, sendo que seus preceitos não eram aplicados diretamente aos casos concretos. Várias normas constitucionais eram interpretadas como normas que dependiam de regulamentação via legislação ordinária, ou seja, a aplicação prática de tais normas ficava condicionada à discricionariedade do administrador.

Luís Roberto Barroso acrescenta que:

A experiência política e constitucional no Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com a sua gente. [...] A falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento da força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhe aplicabilidade direta e imediata. Assim, no Estado Liberal positivista, [...] cujo apreço reverencial às codificações e à soberania da vontade do legislador foram incentivados pelo espírito formalista da dogmática tradicional [...] o Direito é institucionalizado, para, em nome da ordem e da justiça, encobrir a dominação das elites detentoras do poder, em detrimento da maioria de seu povo. (BARROSO, 2008, p. 95).

Diante de tantas transformações sociais, o Direito se viu obrigado a acompanhar as evoluções sociais e promover uma modernização na cultura jurídica nacional, principalmente através do controle de constitucionalidade, que possibilitou um maior controle das decisões judiciais.

E assim, a fim de se opor ao modelo jurídico vigente, surge na Europa nas décadas de 70 e 80, um movimento denominado Teoria Crítica do direito, caracterizado por questionar o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas, quais sejam: cientificidade, objetividade, neutralidade e completude.

Luiz Fernando Coelho fala, assim, de uma “*zetética*” da lei, vislumbrando que a interpretação zetética:

[...] subordina a aplicação do direito a certos valores que se fazem presentes em dado momento histórico. Considera as leis, não como princípios dogmáticos que devam ser mantidos, mas como instrumentos de realização de objetivos sociais e valores, cujo conteúdo se modifica de acordo com as transformações da sociedade. [...] Essa subordinação da lei aos fins sociais e ao bem comum tem sido restaurada em toda a sua plenitude através da teoria dos interesses difusos, possibilitando um contexto jurídico bastante favorável à superação do individualismo e do subjetivismo [...]. (COELHO, 2008, p. 184).

A partir de então se percebeu que a complexidade do momento aponta para um processo de transição em que os interesses do saber, do Direito e da ação política sejam profundamente arguidos e alterados. Enfim, era necessária a superação da dogmática estática do Direito e a criação de novos paradigmas.

Foi preciso, assim, uma reflexão teórica sobre as funções do Direito, donde se concluiu que a explanação dos acontecimentos políticos e jurídicos deve ser produto de uma época, enquadrando estes acontecimentos às circunstâncias reais da sociedade, visando à superação de uma visão dogmática e fechada da compreensão do Direito e do fenômeno jurídico, em busca de um conhecimento mais crítico e dinâmico, (BARROSO, 2003, p. 2) primando para que se introduza uma ordem mais flexível, apta a acompanhar as evoluções sociais, que ocorrem de forma cada vez mais dinâmica.

E foi neste cenário que emergiu a Teoria Crítica do Direito que busca a criação de novos paradigmas aptos a romper o reducionismo, infligindo uma epistemologia voltada para a convergência, criando novos e variados conceitos de conduta, adverso àquela neutralidade ideológica, e apto a solucionar os conflitos surgidos com o novo modelo de mundo globalizado. (COELHO, 2003, p. 97).

O cerne da Teoria Crítica do Direito gira em torno de combater o positivismo exacerbado, que reduziu tudo a norma e passou a analisar as situações de forma demasiada objetiva. Era preciso mudanças, principalmente no sentido de que os princípios e as normas jurídicas fossem elencados no ordenamento jurídico aspergindo valores como ética e justiça. (FROEHLICH, 2006, p. 57).

A Teoria Crítica foi, assim, a resposta dada ao grande vazio axiológico e teológico criado pela legalidade formalista que marcou a queda do positivismo, e que coincide com uma época em que as pessoas passaram a se preocupar mais com as questões sociais, independentemente da letra fria da lei. Era o início do pós-positivismo.

Barroso destaca que:

É, pois, o pós-positivismo, a qualificação efêmera e genérica de um ideário difuso, no qual se abarcam a definição das relações entre valores, princípios e regras - aspectos da chamada “*Nova Hermenêutica Constitucional*” - e a teoria dos direitos fundamentais, erigida sobre o fundamento da dignidade humana. O pós-positivismo valoriza a inclusão, explícita ou implícita, dos princípios jurídicos pelos textos constitucionais; e o reconhecimento pela ordem jurídica destes princípios e destes direitos fundamentais, e de sua normatividade, faz parte desse ambiente criado pelo pós-positivismo de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO; BARCELLOS, 2002, p. 108).

É possível se afirmar, pois, que com a crise do positivismo jurídico e da velha dogmática do estado legalista, surge o Estado Constitucional ou, o que se convencionou chamar, Neoconstitucionalismo. Neste novo cenário os valores da sociedade se materializam em princípios constitucionais e passam a integrar os textos das constituições, trazendo ao sistema jurídico a aproximação do direito, da ética e da moral.

Novamente abarcando o assunto, Luís Roberto Barroso aponta como marco do *novo direito constitucional* no Brasil a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (BARROSO *in* SARMENTO, 2007, p. 94).

Este novo modelo constitucional apresenta como característica marcante a valorização dos princípios e dos direitos fundamentais, que foram alçados a nível constitucional e passaram a vincular todo o ordenamento jurídico nacional com a força normativa que lhes são atribuídos pela nova ordem jurídica, exigindo dos juristas uma nova forma de interpretação da Constituição, e de todo o ordenamento jurídico como um todo, à luz dos princípios nela contidos.

Portanto, neste novo modelo constitucional, o constituinte opta pelas chamadas *cláusulas abertas*, onde os intérpretes, como os juízes e os demais operadores jurídicos, se tornam coparticipantes do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador ao emitir juízo de valor para as cláusulas abertas, bem como ao realizar escolhas entre várias soluções possíveis para aplicar a um único caso concreto. (BARROSO *in* FERNANDES, 2010, p. 164).

E neste cenário onde a discricionariedade do magistrado emerge com força total é que desponta o Ativismo Judicial, aclamado por muitos e criticado por vários.

5. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Enfim, a Carta Constitucional de 1988 optou por um Estado Democrático de Direito, pela consagração expressa da dignidade da pessoa humana e pelo reconhecimento constitucional dos direitos sociais. Não se trata, portanto, de uma obrigação apenas moral, mas sim de uma imposição legal traduzida em um comando cogente e coercitivamente assegurável. (CORDEIRO, 2012, p. 141).

Assim, neste cenário de grande destaque para os direitos fundamentais, questão que tem gerado grandes discussões, como já mencionado anteriormente, diz respeito ao Ativismo Judicial e as formas de interpretação da Constituição, cuja principal preocupação é com o regime democrático e a subjacente autodeterminação popular.

De fato, na seara dos direitos sociais, a objeção democrática à atuação dos juízes adquire particular intensidade. Assim, a definição do espaço que deve ocupar o Poder Judiciário na ordem política e democrática naquilo que diz respeito com a prerrogativa de determinar o cumprimento desses direitos não prescinde de uma reflexão sobre o significado da democracia. E da separação dos poderes.

As democracias praticadas no mundo moderno, além de traduzir a soberania popular e a vitória contra o nazismo, o fascismo e o comunismo, assentam-se também na separação dos poderes, no Estado de Direito, na independência dos juízes e nos direitos fundamentais. (CORDEIRO, 2012, p. 145).

Karine Cordeiro bem se expressa ao afirmar a importância da separação dos poderes à luz do Estado de Direito. Informa a autora que a adoção do Estado de Direito traz consigo a ideia de submissão do poder ao império da lei e do Direito e a correspondente ideia de controle e limitação do poder, sendo que a divisão e a separação dos poderes foram concebidas como fórmulas práticas de se obter essa limitação. (CORDEIRO, 2012, p. 146) Ou seja, o controle e a fiscalização são parte integrante da teoria da divisão dos poderes. Acrescenta a autora:

De outra banda é sabido que não há uma separação absoluta de poderes. O estabelecimento de funções básicas predominantes a cada um dos Poderes do Estado juntamente com a previsão de algumas interferências mútuas denota a consagração de um esquema de controles recíprocos, dentro do jogo dos freios e contrapesos. No lugar de separação, as palavras de ordem são harmonia, colaboração e interação.

Convencionalmente, as funções são divididas entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Não existe fórmula única para o sistema de freios e contrapesos, nem mesmo em matéria de direitos fundamentais. A quase totalidade das democracias adotou o constitucionalismo na linha do modelo estadunidense, que pode ser sintetizado nas seguintes características: supremacia da Constituição; controle judicial de constitucionalidade; e proteção ativa dos direitos fundamentais. (CORDEIRO, 2012, p. 146).

Talvez justamente por esta fórmula adotada pelo Estado brasileiro a questão do Ativismo Judicial tem sido tão debatido ultimamente.

No sistema nacional a Constituição define as fronteiras dentro das quais cada uma das esferas do governo deve agir e, o trabalho constitucional do judiciário é, em primeira instância, o de uma patrulha. Assim, ainda que todos os poderes tenham legitimidade para interpretar a Constituição, a interpretação final e vinculante é dada pelo Judiciário.

Assim, o cerne da questão gira em torno de saber se é democrático um grupo de juízes tomar decisões morais fundamentais em nome de toda uma sociedade.

Ora, a legitimidade democrática dos juízes advém justamente desta aparente contradição, ou seja, embora a função dos juízes constitucionais seja política, eles não pertencem à política, Assim, o propósito não é aumentar o poder dos juízes desequilibrando a balança a favor do judiciário, mas sim aumentar a proteção da democracia e dos direitos fundamentais. (CORDEIRO, 2012, p. 147).

De fato, a legitimidade da jurisdição constitucional e a incorporação de mecanismos democratizantes no processo decisório não apagam a pertinência das críticas ao desempenho do Poder Judiciário em matéria de efetivação aos direitos sociais, tampouco podem justificar a instauração de um governo de juízes. Por um lado é correto afirmar que num Estado de Direito todos os poderes da República estão subordinados à Constituição, contudo, não se pode negar que este mesmo Estado de Direito pressupõe a separação de poderes, considerada por alguns como a última fortaleza do Estado Constitucional, donde se defluiu ser imprescindível o reconhecimento da existência de certos domínios exclusivos que não podem ser invadidos pelo Poder Judiciário. (CORDEIRO, 2012, p. 147).

Como mencionado anteriormente, o direito brasileiro vive um momento em que o positivismo jurídico é passado. A preocupação com a efetividade da Constituição incorporou-se de tal modo à cultura jurídica nacional que as normas constitucionais ganharam o status de normas jurídicas e passaram a servir de lente através da qual se leem as demais normas, desenvolvendo, assim, a chamada nova interpretação constitucional, cujos pilares são a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

Nesta seara, a aplicação de um Direito permeado de princípios e marcado pela dialética, como é o caso dos direitos fundamentais, exige mais do que a subsunção dos fatos à norma, é necessário um juízo de ponderação, que sempre envolve alguma subjetividade e, portanto, por mais que se tente objetivar aquilo que por natureza é subjetivo, uma área de escolha é inevitável. (CORDEIRO, 2012, p. 160).

CONCLUSÃO

Ante tantas transformações sociais e jurídicas, o Direito Constitucional brasileiro vive um momento marcado pelo compromisso com a efetividade de suas normas e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Este novo modelo exigiu o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos de interpretação e de novos princípios de interpretação constitucional, o que culminou numa maior discricionariedade dos magistrados.

Contudo, é preciso ter em mente que, ao aplicarem a Constituição e as leis, os magistrados estão concretizando decisões que foram tomadas pelo legislador e pelo constituinte, ou seja, pelos representantes escolhidos pelo povo. Assim, os representantes do Judiciário podem, e devem, tomar decisões a fim de suprimir eventuais lacunas legislativas, devendo, contudo, tomar cuidado para não sobrepujar os princípios constitucionais que asseguram a Democracia e a Separação dos Poderes.

O Ativismo Judicial é um modo expansivo de Interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance da norma. Contudo, não se pode esquecer que o Judiciário é o guardião constitucional, e deve fazê-lo em nome dos direitos fundamentais e dos valores democráticos. Nesta seara, eventuais atuações *contramajoritárias* se darão a favor da democracia, no sentido de garantir uma prestação jurisdicional mais eficaz, a fim de acompanhar as tão rápidas transformações sociais que nem sempre são amparadas com a mesma velocidade pelas normas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/08/2013.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In _____ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07/08/2013.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional*. In FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). **Interpretação Constitucional: Reflexão Sobre a (Nova) Hermenêutica**. Salvador: *Juspodivm*, 2010, p. 164.

_____; BARCELLOS A. P. de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: G. S. **Dos Princípios Constitucionais**. Malheiros: 2003, p. 2.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Teoria Crítica do Direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ativismo Judicial e Política*. **Revista Jurídica Consulex**. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

FROEHLICH, C. A. **Bioética e direitos além de humanos: um enfoque filosófico-jurídico contemporâneo.** Revista Brasileira de Bioética. v. 2, nº 1, 2006, p. 57.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em 03/08/2013.

JUNIOR, Faustino da Rosa. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro.** Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833, Acesso em 16/07/2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.** Curitiba: Juruá. 2009.