



ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS E ANTOINE GARAPON E AS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NO TOCANTE À DEMOCRACIA

Joici Antonia Ziegler¹

RESUMO: Com o Estado Democrático de Direito instituído pela constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a enfrentar diversas questões que até então não eram de sua alçada e suas decisões implicaram no ativismo judicial, ou seja, um agigantamento por parte do poder judiciário. O texto pretende destacar as ideias, de maneira global, a partir de Jürgen Habermas e Antoine Garapon no tocante ao ativismo judicial, bem como destacar como se encontra esse ativismo em solo brasileiro. Os referidos autores se contrapõem a este fenômeno, constatando que o judiciário passou a ser um guardião de promessas - nas palavras de Garapon. Contudo, os autores temem que esse fenômeno conduza ao enfraquecimento da democracia, tendo em vista que todos os problemas e conflitos acabam desaguando no poder judiciário, sintoma este que, não é salutar, ante ao fato de conduzir a um impasse, podendo voltar-se contra a própria justiça, pois deixa o juiz perplexo em face de um aumento de poder decorrente do ideal democrático enfraquecido. A partir desse debate entre ativismo judicial e suas implicações no tocante à democracia iremos construir o trabalho, tendo como questionamento central quais são as implicações desse ativismo exacerbado no que se refere ao desenvolvimento da democracia.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Democracia: Poder Judiciário.

ABSTRACTY: With the democratic rule of law established by the 1988 constitution, the judiciary has to face a number of issues that were previously not within his authority and decisions involved in judicial activism, ie a aggrandizement by the judiciary. The text aims to highlight the ideas, globally, from Jürgen Habermas and Antoine Garapon with regard to judicial activism, as well as highlighting how is this

¹ Advogada, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação do Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo e do Projeto de Pesquisa, vinculado à linha de Pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do Programa de Pós Graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo.



activism on Brazilian soil. These authors are opposed to this phenomenon, noting that the judiciary has become a keeper of promises - in the words of Garapon. However, the authors fear that this phenomenon leads to the weakening of democracy, given that all the problems and conflicts end up flowing into the judiciary, a symptom that is not healthy, compared to the fact lead to a halt and may turn against justice itself, it leaves the judge perplexed in the face of an increase in power due to the weakened democratic ideal. From this debate between judicial activism and its implications with regard to democracy will build the work, with the central question what are the implications of this exaggerated activism with regard to the development of democracy.

Keywords: Judicial Activism; Democracy; Judicial Power.

INTRODUÇÃO

O Direito, em razão de seu objetivo de pacificação social, é uma ciência que possibilita a análise social a partir do meio em que se desenvolvem e aplicam-se as normas jurídicas, pois esta deve acompanhar mudanças sociopolíticas daquele, garantindo a plena convivência dos indivíduos que o compõe. Com o advento da constituição de 1988, criaram-se vários direitos e deveres individuais entre os sujeitos jurídicos.

Dentre esses direitos, há uma gama de princípios estabelecidos que impulsiona os cidadãos a buscarem no Judiciário as garantias que lhe são dadas, no entanto, não concretizadas nos espaços sociais de forma efetiva, ocasionando uma inflação de processos que aumenta constantemente. Assim, o judiciário é envolvido nas mais diversas questões que compõe o cenário contemporâneo, trazendo respostas aos diferentes pedidos dos cidadãos. A contemporaneidade é, portanto, caracterizada por um crescente movimento de agigantamento do judiciário, denominado como ativismo judicial.

É fato que a separação dos poderes sofreu mudanças significativas ao longo dos três séculos de consagração, destacando dentre essas mudanças o agigantamento do Poder Judiciário, o qual adquire maior importância e alargamento de suas funções frente à complexidade social. O cenário jurídico brasileiro mudou a partir da Constituição de 1988, sendo que alguns fatores se destacaram como o



ativismo judicial tão evidenciado hodiernamente e objeto do nosso estudo. Dentro dessa abordagem, este trabalho pretende trazer a lume as questões atinentes ao ativismo judicial a partir do pensamento de Antoine Garapon e Jürgen Habermas, tendo como pano de fundo as implicações do ativismo judicial no tocante à democracia.

ATIVISMO JUDICIAL NO PENSAMENTO DE ANTOINE GARAPON E JÜRGEN HABERMAS

Antoine Garapon, juiz francês, autor dos livros *O Guardião de Promessas: Justiça e Democracia*, e *Os Juízes na Mundialização*, traz ao debate o problema do ativismo judicial, mencionando que o aumento exacerbado da busca pela justiça na sociedade hodierna, fato este que constitui um dos fatores políticos mais importantes do final do século XX, afirmando que nada mais escapa ao controle do poder judiciário, em uma verdadeira judicialização de conflitos que envolvem todos os setores da sociedade. Para Garapon (1996, p. 20), “o juiz é, doravante, considerado como o árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política”.

Assim, na concepção do autor, o juiz se tornou um “guardião de promessas”, sendo chamado a decidir os mais diversos conflitos, tendo como fonte um contencioso que não cessa de aumentar, fazendo com que o judiciário encontre uma forma de pacificação social, que muitas vezes, não está ao seu alcance, entregando ao juiz a responsabilidade de sanar os conflitos privados e públicos dos mais diversos, tornando-o assim um remédio para todos os males.

Garapon nos traz a seguinte colocação a respeito dessas novas aspirações do homem democrático (1996, p. 45):

A justiça não é mais considerada como mera representação do Estado, nem o juiz como um delegado dessa soberania. A justiça é considerada um serviço, sendo o Estado um provedor desse serviço, um usuário, um cliente e a decisão de justiça, um produto.



A avalanche que atinge o judiciário é resultado do Estado Democrático de Direito, instituído pela constituição de 1988, o qual não proporcionando aos cidadãos as garantias e direitos trazidos pela carta acabam levando o indivíduo a procurar no judiciário a solução para todos seus conflitos e angústias. Para Garapon (1996, p. 22), “a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas sim social”. Ainda, o autor arremata afirmando que “o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram” (GARAPON, 1996, p. 23).

Diante desses fatos, decorreu o aumento do poder da justiça impulsionando o juiz a buscar um novo significado para sua atuação. Nessa nova cena, o direito passou a ser ator principal, ocasionando assim, o fenômeno do ativismo judicial. Contudo, Garapon adverte que esse entusiasmo no sentido de depositar todas as questões conflituosas no judiciário pode conduzir a um impasse, trazendo consequências negativas para a democracia (GARAPON, 1996).

Para o autor, em decorrência dessa judicialização, a justiça atingiu o mesmo patamar da democracia, fazendo com que todos os cidadãos tivessem alcance e acesso ao judiciário para reivindicar seus direitos, fato este, que resultou em obrigatoriedade de o juiz julgar, acabou gerando uma exigência por parte do juiz não somente de julgar, mas de administrar a máquina judiciária e dos meios de justiça que dispõe o judiciário (GARAPON, 1996).

Partindo dessa premissa, Garapon (1996) entende que a justiça passou a ser vista como solução para todos os problemas do indivíduo, ou seja, sendo um remédio para apaziguar o sofrimento do homem moderno. Mas o juiz, para responder de maneira satisfatória a essas tantas demandas com situações das mais diversas possíveis, se vê obrigado a desempenhar novas funções e se adaptar a essas novas questões levadas ao judiciário.

Contudo, o autor faz uma certa advertência no sentido de que esse exacerbado entusiasmo pela justiça, pode conduzir a um impasse, de maneira a voltar-se contra a própria justiça, levando em consideração que a invocação indiscriminada dos direitos como está sendo feita atualmente, tem como efeito submeter ao controle judicial todos os aspectos da vida privada, o que não é saudável, ante ao fato que priva o indivíduo do seu autocontrole e sua liberdade.



Nesta seara, o fenômeno do ativismo judicial está atingindo as jurisdições da atualidade, fazendo com que a democracia, o direito e o próprio poder do Estado se sintam invadidos, e o juiz não possui o condão de resolver todos os conflitos decorrentes de uma sociedade em constante transformação. Por outro lado, a democracia tem que oferecer aos cidadãos novas formas de resolução de conflitos e que necessitam de legitimação, o fato é que atualmente qualquer atividade pode gerar conflitos.

De suma importância, trazemos ao texto o entendimento do sociólogo alemão Jürgen Habermas e sua crítica no tocante à atividade dos Tribunais, mesmo que advinda de uma realidade diferente, no caso, a alemã. O autor trás ao texto uma fundamentação bem direcionada a pontos fulcrais do direito e sua validade. Como fundamento então, de base mais consistente acerca do direito, nos reportamos a Jürgen Habermas, com ênfase na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, onde o autor aborda as dimensões de validade do direito, para então caminharmos rumo as implicações do ativismo judicial para a democracia.

Para Habermas, as regras do direito privado, fundadas a partir do direito à propriedade e na liberdade contratual, têm servido desde o advento da modernidade como paradigma para o direito. Habermas (1997, p. 48) afirma que “Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas”. Com a positivação do direito, essa capacidade subjetiva, passou a valer perante a intervenção estatal. Dessa forma, ocorreu a passagem do direito natural para o direito positivo, ficando, no entanto, assegurado o caráter subjetivista do direito.

Habermas analisa o direito sob a ótica de dimensões de validade, essas dimensões serão abordadas seguintes perspectivas, sendo elas: legalidade e processo de normatização do direito; o processo legislativo como espaço de interação social; o direito como *medium* de tensão entre facticidade e validade; e a pretensão de efetivação do direito da positividade e da aceitabilidade racional.

Na primeira dimensão de validade – legalidade e processo de normatização do direito, Habermas (1997, p. 48-49), aponta que o direito em Kant, apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade. O direito é entendido como a categoria que apela para a coerção, que é monopólio estatal, quando alguém causar



transtorno ou empecilhos à liberdade de outrem. Luiz Moreira, em sua obra *Fundamentação do Direito em Habermas* (2004, p. 120), menciona, que, segundo Habermas “da relação interna entre coação e liberdade surge uma pretensão à validade do ordenamento jurídico e, nesse sentido, o Direito é aquela instituição que sob os auspícios da coerção, garante a liberdade, que é entendida como a soma das liberdades individuais”.

Habermas (1997, p. 48) alerta para a importância do conceito de legalidade, “do qual Kant se serve para esclarecer o modo complexo de validade do direito em geral, tomando como ponto de partida os direitos subjetivos”. Segundo o entendimento habermasiano, superar o paradoxo existente entre as leis da coerção e liberdade, tendo em vista que as normas jurídicas possuem duas faces, sendo que podem ser seguidas tão somente por respeito a elas mesmas, onde seu reconhecimento se dá de forma heterônoma, por respeito à legalidade, ou, elas podem ser seguidas pelo simples respeito à lei, respeitando a lei não por ela mesma, mas por seu dever (MOREIRA, 2004, p. 121).

Nesse sentido, o duplo caráter de validade do direito – coerção e liberdade, trazido pelo conceito de Kant de legalidade, é explicado por Habermas por meio da teoria da ação. Para Habermas (1997, p. 50):

A validade do direito positivo é determinada, antes de tudo e tautologicamente, pelo fato de que só vale como direito aquilo que obtém força do direito através de procedimentos juridicamente válidos – e que provisoriamente mantêm força de direito, apesar da possibilidade de derrogação, dada no direito.

Assim, a validade do direito positivo é determinada pela adequação a procedimentos juridicamente válidos, e, que por esse motivo são reconhecidos como direito, tendo assim, caráter vinculante. Para o sociólogo alemão, a validade do direito nos remete a um duplo aspecto, vejamos. O primeiro aspecto é o da validade social ou fática e o segundo é o aspecto compreendido por sua legitimidade.

De acordo com as garantias que o direito possui, através das garantias dadas pelo estado, cria-se uma facticidade artificial que é sustentada pela juridicidade através da faculdade jurisdicional. Essa facticidade artificial substitui as formas de arcaicas de sociabilidade oriundas dos costumes. De outra banda, a



legitimidade das normas jurídicas se mede através da racionalidade do processo legislativo. Para corroborar, transcrevemos as palavras do sociólogo, no que concerne à legitimidade. Para Habermas (1997, p. 50):

A legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido de um processo legislativo racional – ou do fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos ou morais.

Dessa forma, a legitimidade depreende-se da resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa. Assim, a validade de uma norma jurídica independe de sua eficácia, pois a validade do ordenamento jurídico não se prende a um consenso factual através da força dos costumes e dos hábitos, pelo contrário, conforme Habermas, é a suposição de legitimidade do ordenamento jurídico que garante tanto a validade social quanto a obediência fática de seus preceitos. Isso porque o ordenamento jurídico carrega uma pretensão de legitimidade, ou seja, uma marca de fundamentação racional advinda da resgatabilidade racional de suas pretensões de validade, quando o direito positivo não se assenta sobre bases legítimas, fica à mercê do puro arbítrio (MOREIRA, 2004, p. 122).

No tocante a segunda dimensão de validade do direito – o processo legislativo como processo de integração social, demonstra que o direito não pode contentar-se com a configuração da liberdade subjetiva em termos negativos, não podendo efetivar-se a partir das demarcações no espaço específico para configuração histórica das liberdades individuais, tendo em vista que o corpo político se constitui de pessoas que se reconhecem mutuamente enquanto portadoras de direitos recíprocos.

Dentro desse contexto, o sujeito de direito se constitui enquanto paradigma para o corpo político, eis que a sociedade reconhece em cada um de seus membros a capacidade pessoal e inalienável de ter direitos e obrigações. Entrementes, esse reconhecimento recíproco de direitos por todos os cidadãos se debruça sobre leis legítimas que lhes asseguram direitos e são portadoras dessas capacidades subjetivas, cabendo ao legislador estabelecer normas de direito positivo que preencham essa função. Para Habermas (1997 p. 52-3):



No sistema jurídico, o processo de legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação de convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.

Depreende-se assim, que para que o processo legislativo seja legítimo, é necessário que lhe seja constitutivo tanto os direitos de comunicação quanto os de participação política, a fim de que os sujeitos de direito assumam a perspectiva de membros que se orientam pela busca de um entendimento intersubjetivo.

Para Habermas, esses direitos de comunicação e participação política remetem necessariamente para a ideia de autonomia dos cidadãos (1997, p. 53). Assim, temos a suposição de que a coerção fática, que as normas jurídicas exercem, deve comprovar sua validade a partir de um processo legislativo em que, pela correição procedimental, constitui-se enquanto norma que torna efetiva a liberdade. Ainda nesse ponto, o autor afirma que “as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis da liberdade no processo de legislação – e através do tipo de processo; e nessa positivação do direito reproduz-se novamente a tensão entre facticidade e validade, porém não do mesmo modo que na dimensão da validade das normas legais” (HABERMAS, 1997, p. 53).

Seguindo essa linha, o processo de positivação do direito vem acompanhado de uma correição processual que, no entender de Habermas, legitima uma pertinente suposição de racionalidade e validade do ordenamento jurídico, pois com o processo legislativo cercado de cuidados e prescrições em seus procedimentos, há um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do direito estatuído, eis que com a positivação do direito não temos a emanção de um poder arbitrário ou autoritário, pois se trata de uma emanção que vem do povo (MOREIRA, 2004, p. 124).

Por esse motivo, para Habermas a positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade das normas estatuídas. “Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade, e sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação



presumivelmente racional dos cidadãos politicamente autônomos” (HABERMAS, 1997, p. 54).

O direito como *médium* da tensão entre facticidade e validade: positividade e aceitabilidade racional é uma dimensão de validade do direito onde existe um nexo entre o momento da idealidade de uma proposição e a comprovação dessa validade para uma comunidade de comunicação idealmente alargada. Nesse fato, consiste a necessidade de que a validade seja comprovada diante de objeções factuais que possam se levantar contra ela. Assim, é importante que se tenha em mente que há uma distinção entre a validade de um proferimento e a pretensão à sua veracidade, uma vez que o conceito de validade necessita estar em condições de obter um resgate discursivo de pretensões (HABERMAS, 1997, p. 56). Assim, para Habermas (1997, p. 56), “o que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente”.

Para o sociólogo alemão, uma das questões que desperta questionamentos é acerca da integração social nas sociedades modernas e complexas, pois existe um agir conduzido em grande escala por interesses que é neutralizado pela normatividade. Para Habermas a saída para uma sociedade que leva a sério o risco de dissenso é a positivação do direito, afirmando que (1997, p. 59):

A positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco em dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho.

Partindo do agir comunicativo, existem duas formas de fugir ao dissenso. Habermas nomina a primeira de circunscrição e a segunda de não-circunscrição. Para o autor, um agir comunicativo está circunscrito quando está permeado por certezas advindas no mundo da vida de tal modo que são inquestionáveis, não estabilizando assim, o comportamento. Já o agir comunicativo não-circunscrito é aquele em que estão liberados os mecanismos comunicativos que propiciam um entendimento racional (HABERMAS, 1997, p. 58).



Tomando como base esses conceitos, nos perguntamos em que medida o direito se transforma em *medium* de integração social? Luiz Moreira (2004, p.129-130) nos ajuda a compreender e elucidar essa questão, com fundamento em Habermas, pois na medida em que nas sociedades a autoridade sagrada é fonte imediata de integração a tensão entre facticidade e validade é suprimida em proveito de uma realidade social, que é pautada pela factualidade transmitida por meio da tradição, eliminando parte da tensão, sendo que o factual é a fonte da interação.

Para Moreira, com base em Habermas (2004, p. 130), “com o fenômeno da positivação do Direito, o monopólio estatal da sanção passa a funcionar como eliminação do risco do dissenso, à medida que assume coordenação da ação”. Assim, ocorre uma mudança no conceito de validade, tendo em vista que na validade jurídica “a ordem de aceitação jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia sua pretensão de legitimidade” (HABERMAS, 1997, p. 59).

Ainda, há outra maneira de o direito tornar-se *medium* de integração social, é no momento em que assume o exame crítico de normas e princípios, a partir da positividade e sua pretensão a uma validade legítima, pressupondo que todo poder emana do povo, conforme a constituição, e, porque os membros de uma comunidade jurídica devem pressupor que a formação da vontade legislativa deve ser representativa de opiniões e vontades, sendo uma instância que institucionaliza a liberdade, tornando-a legítima (MOREIRA, 2004, p. 130).

A partir de uma consideração do direito moderno, como mecanismo que diminui as sobrecarregadas realizações de entendimento daqueles que agem comunicativamente de tarefas de integração social, tornam-se necessário, para tanto, dois aspectos do direito, quais sejam: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional.

Após uma breve abordagem acerca do pensamento de Garapon e Habermas sobre as características do direito na sociedade contemporânea que vai direcionar ao ativismo judicial, tema colocado como pano de fundo neste trabalho, vamos nos situar como está sendo visto e sentido o ativismo judicial em solo brasileiro.



ATIVISMO JUDICIAL EM TERRA BRASILIS

Na contemporaneidade, em virtude da complexidade social, das relações humanas e principalmente frente aos avanços nas mais diversas áreas como ciência, medicina e tecnologia, novos conflitos surgem a todo instante, sem que haja uma lei correspondente que acompanhe o surgimento desses novos conflitos que emergem resultantes de uma sociedade complexa. Antoine Garapon (1996, p. 147), menciona que “a justiça é convocada para apaziguar esse mal estar do indivíduo moderno em sofrimento”.

A doutrina brasileira inovou com o advento da Constituição de 1988, que através da constatação da ocorrência de uma ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal, tendo repercutido sobremaneira na atuação dos juízes e tribunais ocasionando a evolução do ativismo judicial. Não é tarefa fácil definir ativismo judicial, mas podemos melhor explicar mediante alguns pontos de abordagem na fala de Elival da Silva Ramos em sua obra *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. Para o autor, o ativismo judicial se identifica em, ao menos, três questões, quais sejam elas: o exercício do controle de constitucionalidade; a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambigüidade do Direito (2010, p. 129).

Nas palavras de Silva Ramos (2010, p. 129):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Clarissa Tassinari (2013, p. 36) em sua obra *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário* traz sua concepção sobre ativismo judicial sendo retratado “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

A partir desses conceitos podemos dizer que o ativismo judicial se refere a uma postura do poder judiciário para além dos limites constitucionais. Esses



caracteres da nova realidade constitucional nos colocam diante de um modelo estatal em que, a cada dia, o Poder Judiciário tem assumido maior importância e ampliando sua atuação, denotando outro peso deste Poder na clássica balança idealizada por Montesquieu e adotada em todos os Estados erigidos sobre as bases do Constitucionalismo Moderno.

Ao falar de ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Poder Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhe é confiada e para cujo exercício foram estruturados (RAMOS, 2010, p. 117).

Para Tassinari (2013, p. 34):

“De fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la correta se compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se nos termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estarem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático de Direito”.

A autora segue em seu texto, afirmando que no Brasil durante o período da chamada redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1988, o ativismo ganhou forma, tendo em vista o imenso rol de direitos sociais, bem como normas sobre o controle de constitucionalidade, ensejando os primeiros debates sobre o tema, oportunidade em que o poder judiciário passou a assumir grande participação nas decisões da Nação (TASSINARI, 2013, p. 37).

Com efeito, para Tassinari (2013, p. 36), “tem-se uma concepção de ativismo judicial que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”. Entende a autora que o fenômeno do ativismo judicial decorreu da supremacia concedida ao judiciário, cujas competências extrapolam de



tal forma seu poder, causando um problema jurídico no contexto social e político do País, e que necessita ser revertido.

A professora Thamy Pogrebinschi (2000, p. 02) ao trabalhar com o ativismo judicial considera “ativista o juiz que a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

A autora, todavia, explica (POGREBINSCHI, 2000, p. 02)

“Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que não identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer destas atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista”.

Para Silva Ramos (2010, p.34) a “problematização do ativismo judicial traz como pano de fundo uma busca pela legitimidade do controle de constitucionalidade”. Essas questões – ativismo judicial e controle de constitucionalidade são conectadas, pois ao colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. Nesse contexto, se a atividade jurisdicional encontra sua validade na fundamentação dentro das balizas do ordenamento jurídico, e ainda, se o controle da constitucionalidade permite ampla margem de atuação, juntamente com as cláusulas abertas e princípios constitucionais, permitindo uma grande variedade de interpretações, nos parece cristalina a conclusão de que, o terreno é fértil para o ativismo judicial.

Mas nos preocupa aqui, principalmente no tocante a essa nova realidade – que é fato concreto, para onde vão os rumos desse movimento de constante mudanças e ampliações de poderes, no que tange a democracia – pilar fundamental da nossa sociedade. Para tanto, faz-se necessário uma análise acerca dessa nova realidade.

ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO TOCANTE A DEMOCRACIA



Os pontos mencionados anteriormente nos encaminham para uma problemática entre ativismo judicial e democracia, problema esse que será abordado a seguir ao passo que faremos uma análise das implicações do ativismo judicial no tocante à democracia. Para tanto, inicialmente, e de forma breve, imperioso se torna trazermos ao texto alguns conceitos de democracia.

Iniciemos trazendo uma importante consideração sobre democracia segundo Robert Dahl (2009, p. 50). Para este autor, o conceito de democracia comporta uma variedade de definições, mas que pode ser identificado segundo critérios, sendo eles, a participação efetiva na tomada de decisões.

Partindo da conceituação sobre democracia, nos permite fazer uma análise sobre as implicações entre a democracia e o ativismo judicial, mormente trazer possíveis pontos de equilíbrio nesta nova fase de atuação do poder judiciário. Para tanto, passamos a pontuar algumas críticas sobre os reflexos do ativismo judicial em relação aos postulados democráticos, sob o fundamento de um possível enfraquecimento da democracia.

A Constituição de 1988 é caracterizada por um rol de conquistas nos setores sociais, trazendo ao texto uma extensa quantidade de direitos, os quais incorporaram conteúdo moral amplo e também uma carga enorme de valor axiológico. Essas questões, que nasceram de um clamor social, tornaram-se distantes do âmbito de participação popular, entendido como meio de participação política, mas que teve alcance e discussão no poder judiciário, principalmente no modelo de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado.

Nesse diapasão, trazemos a lição de Jorge Octávio Lavocat Galvão (2011, p. 391):

Relativamente no Brasil, no começo de sua experiência democrática, uma corte Constitucional com amplos poderes fazia-se necessária para fortalecer o compromisso com os direitos fundamentais e aniquilar os espectros da ditadura. Vinte anos depois, entretanto, a população depara-se com a possibilidade de ter restringida sua participação na tomada das decisões político-sociais.

Diante dessas questões postas, podemos depreender que há um certo distanciamento da população em relação à participação do processo de tomada de decisões gerando uma ponto de tensão entre o ativismo judicial e a democracia. E,



partindo da análise da citação acima referida de Jorge Galvão, eis que os tribunais assumem a tarefa de interpretar e de construir do significado diante dos postulados que contêm caráter aberto, onde repousam questões essenciais para a sociedade.

E ainda, para corroborar o mesmo autor afirma que (GALVÃO, 2011, p. 382-3):

Os juízes discordam sobre interpretação judicial na mesma proporção em que as pessoas comuns discordam sobre a moralidade coletiva. Os termos vagos em que as Cartas Constitucionais não fornecem nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis, como aborto, eutanásia, pesquisa em células-tronco e ações afirmativas. A única certeza é que a população vai ser diretamente afetada por alguma razão concepção particular de direito acolhida pela maioria dos membros da Suprema Corte. Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade.

No atual cenário jurídico, sabemos que as grandes questões que afetam diretamente a sociedade estão sendo decididas pelo Supremo Tribunal Federal e também das Cortes Constitucionais pelo mundo afora. O ponto de tensão é que essas questões estão sendo decididas fora do debate político democrático, portanto, sem a participação efetiva da população por meio da democracia representativa.

O ponto central, não se debruça simplesmente na possibilidade de ser o poder judiciário o ator principal que analisa e discute atualmente essas grandes questões, haja vista que essas compõem o conteúdo constitucional, mas sim da linha tênue que existente na aferição da constitucionalidade dessas questões quando o parâmetro de aferição mostra-se extremamente fluido, dificultando precisar se o judiciário exerce sua função nos limites a ele confiados ou se extrapola o núcleo essencial da sua função, fazendo às vezes de legislador.

Daniel Sarmento (2006, p. 191) ao questionar a legitimidade de uma sociedade que tem como pedra fundamental a democracia, afirma que “amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação que o grande ‘agente’ desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente pelo povo”.

Sarmento prossegue ainda mais com a elucidação acerca das características do fenômeno no que concerne ao núcleo essencial da democracia. Vejamos o que diz o autor (2006, p. 191):



Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança-jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes.

Antoine Garapon (1996, p. 51) também demonstra certa preocupação no tocante ao excesso de poder destinado ao judiciário afirmando que:

Tal paisagem democrática não deixa de conter novos perigos. O excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada. De tanto encarar as coisas através do prisma deturpador do direito, corre-se o risco de criminalizar a relação social e de reactivar a velha mecânica sacrificial. A justiça não se pode substituir ao político sem correr o risco de abrir o caminho para a tirania das minorias, ou até para uma espécie de crise de identidade. Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto à escassez do direito.

Garapon segue fazendo um alerta para o agigantamento do judiciário e suas implicações no tocante à democracia, eis que atualmente, a democracia jurídica só se consegue imaginar a si própria de um modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir. Garapon afirma que “de tanto multiplicar os direitos, perde-se a noção de direito”, trazendo ao debate a necessidade de analisar os paradoxos com os quais o direito é confrontado, e, ainda, a análise sobre o poder inédito atribuído aos juízes (Garapon, 1996, p. 51).

Analisando seguindo o entendimento de Habermas, nos chama a atenção especialmente, para o segundo princípio, em que buscamos auxílio em Veiga da Rocha (2008, p. 181-2), transcrevendo aqui a seguinte explicação sobre o princípio da ampla proteção jurídica ao indivíduo, por meio de um Poder Judiciário independente. Vejamos:

“Habermas retoma a distinção entre as competências de legislar, de um lado, e de aplicar o direito a outro. A lei é produzida pelo Poder Legislativo com base em discursos de justificação (ou fundamentação), para pautar a atuação estatal e lastrear as pretensões jurídicas dos indivíduos. O Poder



Judiciário, como representante imparcial da comunidade jurídica, um discurso de aplicação de normas. Justificação e aplicação, portanto, implicam distintas lógicas de argumentação que precisam ser distribuídas em dois diferentes Poderes do Estado. Complementando esse quadro, o princípio da vinculação do juiz à lei impede o Judiciário, que detém o poder de determinar a execução administrativa de suas próprias decisões, de definir o conteúdo de sua própria atuação. Habermas lembra também que o princípio da proteção jurídica, combinado com o devido processo legal, promove a segurança jurídica e a aceitação racional das decisões judiciais”.

A partir dessa conceituação trazida por Habermas no tocante à função jurisdicional, tem-se que está encontra limites quanto à sua atuação de forma a respeitar os limites do decidido dentro do processo de justificação que existe na criação do direito pelo Legislador, fundamentado no princípio da soberania, de maneira que esse modelo, podemos assim dizer, limita a atuação do Poder Judiciário.

Para Habermas, (2012, p. 297):

“a prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes do Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito”.

Nesse sentido, a visão habermasiana de atuação do Poder Judiciário, apresenta-se por meio de um discurso de aplicação de normas, de maneira que não colida com o discurso de justificação inerente à atividade legislativa na formação do direito, surgindo assim, uma questão latente sobre a atividade da Jurisdição Constitucional como intérprete e responsável pela própria definição de normatividade, tendo em vista que a matéria-prima configura-se por ser muito ampla, cabendo ao tribunal responsável fazer com que seja moldada.

Habermas visualiza uma ampla utilização dos critérios de ponderação como uma forma atrelada ao subjetivismo do julgador, e se afasta do caráter sistêmico, imperativo do direito, de maneira que substitui a decisão do legislador, ao passo que cria uma lei, expressa a sua forma particular de interpretar a constituição, pela opinião alternativa do juiz sobre o mesmo problema.



O sociólogo fundamenta sua crítica em pontos fulcrais que surgem no momento em que percebemos a atuação ativista do Poder Judiciário ao manejar estas cláusulas abertas, no caso, princípios e valores, e com base nesta atividade todo o sistema normativo, preenchendo o próprio conteúdo do direito vigente em sua atividade de intérprete da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da leitura dos autores acima citados, bem como os conceitos trazidos, podemos perceber a preocupação comum às críticas dos autores atinente a este espaço de voluntarismos e decisões desprovidas de carga hermenêutica e normativa, o que desnatura a função do direito como um sistema normativo e coloca o poder judiciário em uma posição ativista, desenhando os rumos da sociedade para além das decisões tomadas pelo poder legislativo ou mesmo pelo poder originário, o que deve ser observado para evitar que a democracia seja enfraquecida.

Na ótica habermasiana, percebe-se uma preocupação com o resgate do ideal democrático, sendo que o Direito é uma expressão de um processo de autolegislação. O ideal de Habermas não está apenas concentrado na dimensão simbólica da democracia como processo em que os cidadãos participam da elaboração das leis, mas também como potencial inclusivo da Constituição como elemento de inclusão da diferença em sociedades pluralistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 27 abr. 2015.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2010.



GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stielmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. P. 391.

GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia. Instituto Piaget, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Vol. I e Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Pogrebinschi, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, nº 17, p. 121 – 143, ago/dez 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos. São Paulo; Saraiva 2010.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.