



ATIVISMO JUDICIAL E A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS

Décio Formagini Furtunato¹

Leandro Martins Müller²

RESUMO: O presente trabalho possui o objetivo de analisar as diversas variantes que compõem o fenômeno denominado hodiernamente como ativismo judicial brasileiro, estabelecendo sua origem, bem como seu viés positivo e negativo. Ainda, far-se-á uma explanação acerca da conjuntura jurídica-política-social que indiscutivelmente influencia no contexto fático do instituto em voga. Porém, o precípua escopo residirá em investigar se as decisões exaradas através de práticas consideradas ativistas são ou não legítimas, ante a falta de representatividade dos magistrados quando comparados aos legisladores. Para elucidar os problemas e/ou vantagens da intromissão do Poder Judiciário nos demais Poderes serão evidenciados exemplos de como o ativismo judicial ocorre em outros países, tais como Alemanha e Canadá.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Benefícios. Brasil. (I)legitimidade. Necessidade.

RESUME: This work has the objective of analyzing the different variants that make up the phenomenon called in our times as Brazilian judicial activism, establishing its origin and its positive and negative bias. Still, far-there will be an explanation about the legal-political-social situation that undoubtedly influences the factual context of the institute in vogue. However, the scope preciput reside in investigating whether decisions have been entered through practices considered activists are legitimate or not, given the lack of representation of judges when in opposition lawmakers. To elucidate OS problems and / or the Judiciary intrusion Advantages In other Serao Powers As evidenced Examples judicial activism Outros occurs ON Countries Such As Germany and Canada.

Keywords: Benefits. Brazil. Judicial activism.. (II)legitimacy. Need.

¹ Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Bolsista do Programa Universidade para Todos (ProUni) Assessor Administrativo na Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Passo Fundo/RS. E-mail: <decio.furtunato@aedu.com>

² Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Estagiário de Direito – Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação Nacional do Índio – FUNAI – Coordenação Regional de Passo Fundo-RS. E-mail: <muller_leandro@aedu.com>



1. INTRODUÇÃO

Prefacialmente há de se salientar que o instituto do ativismo judicial é interpretado, pela maioria dos indivíduos, como uma prática proativa oriunda do Poder Judiciário, ou seja, tal esfera, quando no desempenho de suas funções, extrapola os limites e os poderes que originalmente lhe são atribuídos.

Esse mecanismo geralmente acaba sendo considerado maléfico para os adeptos da preservação do Estado Democrático de Direito, face ao desrespeito à separação dos Poderes, princípio constitucional de extrema importância. Todavia, há quem considere o ativismo judicial um fenômeno benéfico e necessário atualmente. Tal concepção decorre das constantes mutações que permeiam a sociedade.

Ora, como se sabe, o Direito não constitui algo imutável, pelo contrário, deve evoluir, ou pelo menos deveria evoluir de acordo com a conjuntura social presente no momento da sua aplicação, pois de modo diverso, a Justiça jamais seria alcançada e o retrocesso seria vislumbrado a cada dia. Contudo, a competência precípua concernente à efetivação do progresso referenciado pertence ao Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário apenas a justa aplicação da Lei, utilizando-se, para tanto, da hermenêutica. Em análise semelhante, mas sem originar tautologia, contata-se que cada Poder deve desenvolver suas atividades com a constante observância da sua competência, sem ingressar no âmbito dos demais Poderes, a fim de que seja devidamente proporcionada a harmonia entre ambos.

A origem do ativismo judicial no contexto mundial, consoante Reck e Vicente (2012, p. 127-128), deu-se, efetivamente, no fim da Segunda Guerra Mundial (1945), com o surgimento do pós-positivismo, bem como com a consolidação de direitos fundamentais e a supremacia da Constituição. Já no Brasil, tal fenômeno ganhou visibilidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, torna-se de fundamental importância referir que o país, quando da criação da Carta Magna, acabara de sair de um período ditatorial, que perdurou de 1964 a 1985, no qual os direitos básicos eram considerados privilégios para poucos. Posto isto, uma vez superada a opressão, foram concedidos direitos de modo demasiado. Em síntese, foi garantido praticamente tudo a todos. Deste



modo, os preceitos constantes no mais importante Diploma Legal não puderam ser devidamente proporcionados aos seus ansiosos e merecedores destinatários. Ocorre que estes, por sua vez, perquiriam um modo de fazer valer aquilo que lhes foi prometido, sobretudo por intermédio da propositura de ações junto ao Poder Judiciário, posto que os demais Poderes não desempenharam suas funções de forma eficaz. Deu-se início, então, ao ativismo judicial.

Nesse diapasão, salienta Braga (2014, p. 4-5) que o legislador constituinte inspirou-se nas Constituições europeias, que foram instituídas com o precípuo escopo de minimizar ao máximo os efeitos perniciosos advindos de regimes totalitários, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália.

Destarte, há uma linha tênue entre o âmbito positivo e negativo do ativismo, dependendo do enfoque abarcado. De um lado existe a necessidade da prestação jurisdicional, independentemente do bom desempenho da função legislativa e, do outro, surge a dúvida sobre até que ponto o juiz possui competência para legislar no caso *sub judice*. Segundo Teixeira (2012, p. 46), decisões fundamentadas substancialmente em princípios caracteriza a racionalidade jurídica do ativismo judicial. Assim, pode-se denominar como ativismo positivo aquele que se amolda ao padrão de racionalidade jurídica vigente e que possui como objetivo assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, enquanto que o ativismo nocivo – ou negativo – pode ser considerado aquele cuja prática pretenda, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade evidentemente político, o que vai cabalmente de encontro ao princípio da legalidade, pois a decisão prolatada carecerá de supedâneo legislativo, e consoante preconizado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal brasileira, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

A forma mais nociva de ativismo judicial trata-se daquela que vincula o julgador a um determinado setor social, em detrimento de indivíduos cujos interesses são manifesta e juridicamente protegidos, possuindo estes, no judiciário, espaço derradeiro para o seu amparo. Em sentido oposto, um juiz ativista, no sentido positivo do instituto, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais, assim como na garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora diante da abstração de legislação pertinente ao caso sob seu crivo.



Ainda conforme Teixeira *apud* Kmiec (2004, p. 1441-1477), há cinco práticas que caracterizam as modalidades de ativismo, a saber: 1) Invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes; 2) Afastar a aplicação de precedentes; 3) Atuar como legislador; 4) Utilizar técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina; 5) Julgar de maneira predeterminada e com fins específicos.

Após a exegese da visão doutrinária acima exposta, infere-se que as três primeiras práticas são completamente caracterizadoras do ativismo judicial nocivo, pois todas possuem translúcidas divergências com o princípio da separação dos poderes. A quarta representa o ativismo positivo. Já a quinta, mais uma vez, importa em ativismo de cunho evidentemente negativo.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES E REPRESENTATIVIDADE

Infelizmente, nos dias atuais, a separação dos Poderes está presente apenas no plano formal, haja vista que sob o aspecto material, as atribuições se confundem e ocasionam o fenômeno que constitui objeto do presente estudo. A falta de confiança no Poder Legislativo e Executivo, por parte da população, faz com que o Poder Judiciário seja considerado o órgão detentor da solução de todos os problemas. Destarte, inúmeras vezes, as vias administrativas, bem como a mediação e a conciliação são olvidadas e desde logo se busca uma sentença judicial. Nessa senda, preleciona Teixeira (2012, p. 38) que a imagem do juiz Hércules, ou seja, aquele juiz que resolve todo e qualquer problema, ainda está fortemente inserida no senso comum da sociedade.

Coadunar com a máxima discricionariedade do juízo seria o mesmo que admitir a insegurança jurídica, porém, exigir a aplicação simplesmente objetiva do texto legal se tornaria uma atitude hipócrita que iria de encontro à busca da paz e ordem sociais.

Os legisladores são eleitos pelo povo para representá-lo da melhor forma possível, podendo tal representatividade ser elidida nas eleições subsequentes, mas os juízes/desembargadores/ministros são investidos de jurisdição e ocupam tais cargos porque foram devidamente aprovados em concursos públicos ou então



porque foram indicados pelo Poder Executivo. Nessa esteira de pensamentos, indaga-se: Há democracia na decisão de um caso, cujas leis são estabelecidas no próprio ato e unicamente para ele? Reck e Vicente (2012, p. 137), interpretando o contexto, sabiamente asseveram que sem a devida precaução, um poder ditatorial “camuflado” pode ser facilmente instituído.

Consoante dispõe Teixeira (2012, p. 50), há de se considerar que os juízes, em seus mais diferentes níveis de carreiras, são escolhidos sem a mínima participação popular. Deste modo, pode-se dizer que há um déficit democrático do Judiciário, impossibilitando a cobrança oriunda do próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o “julgamento pelas urnas”, ao qual os membros de cargos eleitos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos.

As irregularidades são vistas facilmente em todos os ramos do Direito. Até mesmo nos Direitos Fundamentais, que merecem, em tese, uma atenção especial por parte do Poder Legislativo está ocorrendo uma espécie de mutação. O Juiz de Direito e também professor Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 3) esclarece que:

[...] em parte estamos nos movendo na esfera de uma “criação” de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, seja quando atribui tal condição a direitos constantes do texto constitucional, mas que não foram com tais assim consagrados pelo constituinte, mas também quando, no domínio dos direitos implícitos, reconhece posições fundamentais que sequer encontram correspondência direta no texto da constituição [...].

Conforme referido pelo supramencionado autor, o Poder Judiciário desempenha, às vezes, uma função estranha às suas atribuições institucionais. Em que pese algumas situações exijam uma atuação momentânea e inadiável dos juízes, não há como simplesmente esquecer que certas atitudes, se realizadas de modo pernicioso e sem a devida fiscalização, colocam em risco toda a estrutura de um Estado Democrático de Direito. A obrigação de estabelecer leis pertence original e indiscutivelmente ao Poder Legislativo, pois somente aqueles que foram eleitos pelo povo, em uma explanação didática, estão aptos a agirem em nome deste.

Moraes (2012, p. 431) ensina que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, sendo eles o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si, constituindo, desta maneira, o sistema de freios e contrapesos, segundo o qual um poder supervisiona e controla o outro, evitando o arbítrio e promovendo a harmonia entre



as atividades estatais. Outrossim, preleciona que o próprio legislador constituinte elencou diversas funções a todos os Poderes, mas não de forma exclusiva e absoluta. Porquanto, cada um deles possui uma função predominante, que também pode ser identificada como típica e acaba por caracterizá-lo como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional, que são denominadas de funções atípicas.

Ainda segundo Moraes (2012, p. 625), dentre as funções atípicas do Poder Judiciário encontra-se a de natureza legislativa, todavia, tal atividade limita-se à edição de normas regimentais, uma vez que compete a tal poder elaborar seus regimentos internos, com a observância, obviamente, das normas de processos e das garantias processuais das partes, dispondo, ainda, acerca da competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Após a leitura dos fragmentos doutrinários acima citados, depreende-se, sem maiores dificuldades, que o Poder Judiciário, sob a óptica tão somente legal, não possui competência para criar leis ou mesmo modificá-las no momento da prestação jurisdicional.

3. APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL FACE À ATUAL CONJUNTURA SOCIAL BRASILEIRA.

Não se torna necessário efetuar uma análise muito aprofundada acerca do tema ora abordado para constatar que a sociedade brasileira enfrenta, atualmente, uma enorme e preocupante crise. O governo não consegue atender, de modo satisfatório, a demanda de atividades a ele inerentes. A saúde pública encontra-se precária e não recebe investimentos. A educação apresenta incontáveis falhas. Serviços básicos não são prestados. Enfim, a população, sem esperança de vislumbrar melhoras, recorre aos mecanismos que julgam certos e eficientes, tal como o Poder Judiciário.

Para corroborar com o comentário supracitado, há de se referir à corrupção que assombra a todos de modo contumaz. Se por um lado o problema resta conhecido e comentado pela grande maioria dos cidadãos, por outro, apenas uma pequena parcela da sociedade conhece, efetivamente, os instrumentos capazes de



modificar esta realidade. Nesse contexto, cumpre destacar que a cultura do país deixa a desejar em vários aspectos, o que contribui de forma determinante para a preservação do problema já instalado. Os indivíduos, de uma forma genérica, apresentam memória consideravelmente curta, não despendem a devida importância à política e buscam satisfazer apenas seus objetivos pessoais, esquecendo, talvez, que a inobservância das necessidades coletivas possui potencial suficiente para acarretar prejuízos irreparáveis de ordem estritamente íntima e singular.

De acordo com Moraes (2011, p. 19), o exercício da cidadania, principalmente no que concerne ao aspecto político, confunde-se facilmente com o ato de exercício do direito de sufrágio, ou seja, o simples fato de votar ou ser votado basta para criar a ilusória sensação de encontrar-se no ápice da participação política.

Este mesmo autor elenca várias espécies de crises que assolam o Estado brasileiro na modernidade, das quais analisar-se-ão apenas três: A crise conceitual, a crise estrutural e a crise institucional.

A crise conceitual traz em seu bojo íntima ligação com o sentido do vocábulo soberania, uma vez que tal conceito encontra-se distorcido de diversas maneiras. Ontologicamente, caracterizou-se como um poder absoluto e incontestável, que detinha a inegável capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação de normas, inclusive impondo-as coercitivamente nos limites do seu território. Todavia, em razão das variantes advindas da atual realidade, a soberania resta transformada, em partes.

Quiçá possa-se falar em um novo significado para o termo, com espeque na capacidade econômica do Estado, qualquer que seja, como por exemplo, seu poder bélico e a velocidade com que transmite suas informações a nível global.

Nesse sentido, o poder político vê-se inúmeras vezes submetido e/ou condicionado a agentes econômicos. Deste modo, a representatividade resta elidida e o direcionamento da ação estatal finda determinado por “instituições” fictícias.

Como infere-se das considerações até o momento expostas, a soberania, elemento caracterizador do Estado, não constitui algo absoluto como era há algum tempo atrás. Tal concepção impõe certa ruptura ao arcabouço do Estado



Democrático de Direito, pois a interferência externa, de um país mais poderoso economicamente, pode ocorrer a qualquer momento.

A crise estrutural, por sua vez, diz respeito ao *modelo constitucional do Welfare State*, ou então denominado Estado do Bem-Estar Social. Conforme explica Morais (2011, p. 36), com a evolução da história, o Estado Mínimo foi sendo substituído pelo modelo supratranscrito, que ganhou, inclusive, contornos significativos após a Segunda Guerra Mundial.

Como o próprio nome sugere, o Estado do Bem-Estar Social possui o intuito de promover a ascensão social até os mais elevados níveis, assim como preocupar-se com a economia do país. Nessa seara, os conceitos de cidadania e políticas públicas são usados de um modo bastante frequente.

Todavia, com esta ideia de promover o bem para todos, ocorreu uma democratização do acesso ao espaço público da política, oportunizando uma inclusão e participação ampliada, acarretando com o conseqüente aumento significativo de demandas. Por outro lado, originou-se uma burocratização das fórmulas utilizadas para responder tais solicitações. Destarte, surge um inevitável dilema acerca do sucesso do Estado Social, seja como instrumento de melhoria de vida dos indivíduos, seja como a forma de gestão do modelo técnico-burocrático.

Para facilitar o entendimento, urge transcrever, agora de forma *ipsis litteris*, um trecho da obra de Jose Luis Bolzan de Morais (2011, p. 47):

Ou seja, põe-se em contradição a democracia – como fórmula política – e a burocracia – como arranjo funcional. E a resposta parece não estar disponível no “mercado” de construções teóricas até agora à disposição: ou se aumenta, expande e complexificam as fórmulas de tomada de decisão democrática, em particular pela incorporação social; ou se repensa os modelos de gestão das estruturas e serviços sociais. E este tensionamento explicita as distâncias entre eficácia e eficiência, muito características das disputas contemporâneas entre neoliberais/capitalistas e adeptos de fórmulas sociais includentes.

Depreende-se claramente após a leitura do fragmento doutrinário supratranscrito que o objetivo do Estado Social, amplamente democrático e justo, não está sendo alcançado em razão da existência de um sistema burocrático, muitas vezes desnecessário.



Por fim, para contribuir com tudo o que já foi dito, salienta-se que há instalada na modernidade uma outra crise denominada como institucional ou constitucional. Tal modalidade insere-se de forma mais ajustada ao fenômeno do ativismo judicial, veja-se: Como mencionado alhures, a Carta Magna constitui o diploma legal mais importante de um Estado. Pois bem, quando uma Constituição estabelece princípios, direitos e deveres que não são assegurados na prática, surge a denominada Crise Constitucional. De acordo com os ensinamentos de Moraes (2011, p. 52-53), a fragilização do texto supremo, ao contrário da ideia inicial, apresenta um inevitável instrumento impeditivo do desenvolvimento. A crise em referência adquire mais força ainda quando o constrangimento originado pelo descompasso das promessas e sua efetiva realização ganha forma. Ora, como confiar em um Estado incapaz de satisfazer as suas obrigações mais importantes? A indagação, ao passo que preocupa, dá margem para compreender o porquê do ativismo judicial estar se destacando cada vez mais em nosso país.

4. (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES ATIVISTAS

Muito se discute sobre a questão das decisões provenientes de sentenças consideradas ativistas serem ou não legítimas. Como já referido, o Poder Judiciário não possui competência para criar leis, muito menos para um único caso, afinal, os julgadores carecem de representatividade, característica esta pertencente aos legisladores. Se a interpretação do problema residir simplesmente naquilo dito acima, a solução parece ser evidente: Faça-se com que o Poder Legislativo legisle e que o Poder Judiciário julgue. Lamentavelmente, de acordo com o conhecimento público e notório, a inércia daqueles que foram eleitos para representar a sociedade faz com que novos mecanismos surjam, haja vista que a população, de uma forma ou de outra, precisa receber o amparo estatal e, conseqüentemente, a devida tutela jurídica. Ainda nesta linha de raciocínio, urge destacar que os juízes – considere-se, como exemplo, a primeira instância – não podem deixar de julgar. Agora, com estas últimas observações, o percalço macula-se de maior complexidade, mas de fácil compreensão.

Para Barosso (2015, p. 10-11), há duas justificativas relativas ao caso: uma de natureza normativa e outra filosófica. A primeira estabelece que a própria



Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Judiciário um determinado poder político e que os magistrados, ao resolverem quaisquer casos, se baseiam em princípios gerais instituídos pelos legisladores, assim, não haveria extrapolação de funções. Tal atividade seria de natureza predominantemente técnica e imparcial, sendo que a vontade política própria jamais seria utilizada. Essa afirmação coaduna com a ideal separação dos poderes, mas deve ser analisada com ressalvas, pois os juízes e tribunais não desempenham uma função meramente mecânica. Menciona, ainda, o referido autor que quando se torna necessário definir significados para expressões vagas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, os julgadores transformam-se, em várias situações, em co-participantes do processo de criação do Direito.

Dito isto, percebe-se que em que pese o ativismo judicial torne-se necessário para satisfazer pretensões básicas possuindo como espeque nossa Carta Magna, a distorção das funções originais resta evidenciada. O Poder Judiciário, no nosso atual sistema, jamais usufruirá da legitimidade necessária para ditar regras e aplicá-las instantaneamente em casos que estão sob sua análise.

No que tange à justificativa filosófica cabe ressaltar, primeiramente, que o Estado Constitucional Democrático se originou de duas ideias distintas. Constitucionalismo deve ser interpretado como um poder limitado e com respeito aos direitos fundamentais. Já democracia significa soberania popular, ou seja, poder do povo. Todavia, entre constitucionalismo e democracia podem surgir situações não previsíveis e de conflito. Justamente por isso a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. O primeiro seria o de “estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder.” O segundo papel seria o de “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.” (BARROSO, 2015, p. 11).

Explana Silva (2009, p. 27) que o Supremo Tribunal Federal identifica-se como o guardião da Constituição e sempre que necessário intervirá aplicando preceitos lógicos diretamente às situações não contempladas em seu texto. Agindo desta forma, o STF, por intermédio de um padrão racional notadamente aceitável, satisfará os reais anseios que permeiam a sociedade em dado momento.



Entretanto, pode-se perquirir se o desenvolvimento da atividade em questão realmente pertence ao Poder Judiciário, mais precisamente ao seu órgão máximo, ou se deveria ser praticado pelos legisladores, que genuinamente são responsáveis pela atualização e complementação de regras e normas.

No que tange à função de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos eivados de vícios não há de se falar em ativismo judicial pernicioso, muito menos em decisões ilegítimas, uma vez que mantendo-se silente o Judiciário contribuiria com a injustiça, caracterizando a maior aberração de um Estado, sobretudo de um sistema democrático legalmente instituído.

Analisando a obra de Moraes (2011, p. 60-61), constata-se que há uma dicotomia originada pela tradição liberal que promove caminhos tensionados e divergentes. Enquanto vislumbra-se a democracia como sinônimo de inclusão, percebe-se o capitalismo como responsável pela exclusão. Diante da inevitável proximidade entre os dois sistemas, a ruptura muitas vezes encontra-se no ápice de sua ocorrência. Neste ambiente de incertezas e frustrações emerge um confronto de interesses que deságua na Jurisdição, a tornando, assim, o espaço mais utilizado atualmente para solucionar os problemas precipuamente políticos e legislativos.

Para compreender o problema de um modo correto, se faz necessário observar toda a conjuntura que possui ligação com o mecanismo em tela. O cerne da preocupação está na possível perda da democracia ocasionada por decisões judiciais baseadas em preceitos e até mesmo enunciados com força de lei não formulados da maneira constitucionalmente prevista. Admitir que o Poder Judiciário desempenhe esse tipo de atividade de forma descontrolada e completamente discricionária estabelece azo para que seja praticada uma ditadura judicial, onde os demais Poderes, que são de suma importância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, não teriam razão lógica para existir.

Em contrapartida, assevera sabiamente Moraes (2011, p. 61) que se todas as garantias impostas pela Constituição Federal de 1988 fossem cumpridas de maneira espontânea pelo Poder Executivo a conflituosidade que se enfrenta não estaria posta perante os Tribunais, haja vista que simplesmente perderia todo seu significado.



De modo análogo ao exposto pelo autor, conclui-se que se o Poder Legislativo agisse de forma assimétrica com as suas funções constitucionais, promovendo a atualização legislativa necessária e criando novas leis, de acordo com os interesses e necessidades sociais, o ativismo judicial também não possuiria motivos para ser praticado.

Destarte, após estas breves considerações, pode-se afirmar que a (i)legitimidade das decisões ativistas deve ser analisada sob dois enfoques: 1) A primeira constatação deve atentar ao desrespeito à separação dos poderes com a consequente quebra ou deterioração da democracia plena, devido ao fato de um Poder desempenhar funções estranhas às suas e de forma usual; 2) A outra análise deve ser realizada com base na situação social que permeia o país, assim como na inércia extremamente inaceitável dos Poderes Legislativo e Executivo, afinal, não se pode esquecer que há uma Constituição e todo um arcabouço legal que necessita ser cumprido rigorosamente.

Nessa senda, obtempera Barroso (2015, p. 12):

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas [...] Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. **Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (Grifo nosso).**

Seria vago demais definir uma decisão judicial como legítima ou ilegítima unicamente pelo fato dela ser ativista, pois como viu-se, existem incontáveis variantes que influenciam o processo como um todo. Sob uma óptica idealizada, somente aqueles que foram eleitos pelo povo estão realmente aptos a representá-lo por intermédio da edição de leis e afins, porém, alguns obstáculos impostos pelo cotidiano clamam por soluções imediatas, cuja penalidade de esquecimento constitui a origem de danos irreparáveis aos seus detentores; justamente nesse momento constata-se a função do Judiciário: Não permitir que a inatividade dos outros



Poderes afete e prejudique de modo relevante a vida de um indivíduo que só almeja aquilo que lhe é assegurado por Direito.

Por conseguinte, devem os magistrados, quando da necessidade de exararem decisões consideradas no meio jurídico como ativistas, fazerem uso do máximo de bom senso que possuem, jamais permitindo que vontades próprias ou até mesmo eminentemente políticas influenciem seus julgados. Talvez somente assim haja um certo equilíbrio em meio aos tantos problemas que maculam esse sistema dito democrático.

5. ATIVISMO JUDICIAL NA ALEMANHA E NO CANADÁ

A fim de comparar o ativismo judicial praticado em território brasileiro com o ativismo judicial vislumbrado em outros países, far-se-á uma breve análise sobre o desenvolvimento de tal fenômeno na Alemanha e no Canadá. A escolha não foi realizada aleatoriamente, uma vez que as justiças germânica e canadense, pelo que se sabe, apresentam um interessante e satisfatório resultado a respeito do tema.

Ao contrário dos magistrados brasileiros, que diante de qualquer lacuna exercem, muitas vezes de modo exagerado, seu poder de jurisdição, os magistrados alemães, quando se deparam com situações não definidas em leis ou situações cuja legislação se mostra defasada e ineficiente, expedem notificações ao Poder Legislativo competente, com o escopo de que este proceda às alterações necessárias, o que quase sempre ocorre. (FERNANDES, 2011, p. 72)

Caso tais retificações não sejam feitas, o Poder Judiciário alemão obviamente intervirá garantindo o direito das partes, consoante os preceitos entabulados no ordenamento jurídico vigente no país.

O maior diferencial reside na forma como o problema será sanado, ou pelo menos o percurso adotado para a sua possível resolução. Percebe-se claramente que há uma harmonia entre os poderes, culminando assim em uma pacífica interpretação do contexto fático. Nenhum poder extrapola o seu original limite de atuação, mas também não permanece inerte diante de situações que requeiram um posicionamento mais ferrenho.



Já no Canadá, conforme explana Braga (2014, p. 12-13), há um sistema denominado por alguns autores como diálogo institucional, segundo o qual os Poderes Judiciário e Legislativo, em um ato desprezioso, formulam praticamente em conjunto as diretrizes gerais para a contemplação de quaisquer celeumas. O diálogo adquire ainda mais significado ao passo que nenhum dos poderes se dá o prestígio de considerar-se detentor da palavra final, sendo plenamente possível a intervenção positiva para fins de progresso e reestabelecimento da garantia dos direitos contemplados na Carta Maior do país.

Admite o mesmo autor (2014, p. 13), que ao contrário do que ocorre no Canadá, no Brasil o Supremo Tribunal Federal, bem como os magistrados de primeiras instâncias e Tribunais avocam para si a exegese de temas que não lhe são afetos, o que ocasiona o desrespeito à separação dos poderes, como mencionado neste trabalho alhures.

Como visto, a prática do ativismo judicial nos países acima relacionados parece ser muito mais coesa e benéfica em relação ao instituto no âmbito brasileiro. A bem da verdade, surge a dúvida se o termo “ativismo judicial” realmente constitui o vocábulo correto para definir o que ocorre na Alemanha e no Canadá, uma vez que em tais locais o Judiciário, longe de ser um Poder soberano e simplesmente intromissivo, almeja, em um sistema de cooperação, contribuir com a eliminação dos problemas existentes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas vezes, o considerado justo não representa exatamente aquilo que a lei refere. Outras vezes, o justo sequer encontra-se abarcado pela legislação. Cumpre destacar que com o advento da Carta Cidadã de 1988, os magistrados brasileiros conceberam uma maior discricionariedade, a fim de que a justiça fosse alcançada de forma rápida e eficaz. Porém, em razão do transcurso do tempo, as decisões que deveriam ser fundamentadas e pautadas em princípios gerais acabaram sendo substituídas por sentenças e/ou acórdãos prolatados com supedâneo em valorações de ordem estritamente subjetivas.

A manutenção adequada de um Estado Democrático de Direito jamais constituirá uma tarefa de fácil realização. Vários percalços estabelecem espeque à



afirmação. Como se discorreu no presente artigo, a harmonia e independência dos três poderes, norma de natureza constitucional, já não possui suas características e padrões primordiais. A interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, *a priori*, pode causar a impressão que estamos diante de uma iminente aberração estatal, todavia, considerando a situação por outro ângulo, logo infere-se que a postura adotada caracteriza um ato peculiar, senão estranho, mas necessário e muitas vezes absolutamente legal.

A sociedade hodierna urge por explicações e, sobretudo, por soluções. Asseverar que a prática ativista desdobra-se absolutamente na ilegalidade não seria o posicionamento mais adequado, pois os problemas sociais continuariam existindo, mas agora sem perspectiva alguma de resolução. Todavia, se o fenômeno for vislumbrado de forma frequente e sem a devida racionalidade, estar-se-á a tratar de uma elevação ilegítima do Poder Judiciário face ao Legislativo e Executivo, ocasionando uma distorção democrática de considerável monta.

Assim sendo, pode-se dizer que atualmente o ativismo judicial constitui um instrumento útil e necessário para a promoção de direitos, mas deve ser utilizado com ressalvas e de maneira racional.

Conclui-se, então, que em consonância com o aspecto somente legal, as decisões ativistas são ilegítimas, pois legislar de tal forma sequer constitui uma função atípica do Poder Judiciário. Isso, por si só, estabelece margem a pretensão de anulabilidade das sentenças nos moldes aqui citados, uma vez que a interpretação do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Carta Maior torna translúcida a questão em comento. Contudo, a urgência de certos casos transforma o fenômeno indiscutivelmente necessário, razão pela qual não se pretende suscitar sua total extinção.

Nas palavras de Ely apud Pinho (2015, p. 5),

[...] as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou à alteração pela lei ordinária. A Corte está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida. Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à “correção” pelo processo legislativo ordinário. [...]



Por fim, há de se considerar que o celeuma, em seu mais amplo sentido, somente será solucionado ou, talvez, minimizado, quando os representantes dos três poderes estiverem cientes do papel que devem desempenhar, pois assim a máquina democrática não encontraria falhas no seu ininterrupto processo de busca pela paz e ordem sociais.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Acesso em: 06 set. 2015, 16:47:13;

BRAGA, Nivea Corcino Locatelli. Principais Tensões E Perspectivas Do Ativismo Judicial. Revista Estação Científica – Juiz de Fora, nº. 11 – janeiro – junho/2014;

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. 2011. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242930>>. Acesso em: 12 jan. 2016, às 15:56:21;

KMIEC, Keenam D. The Origin and Curren Mcaning of “Judicial Activism”. California Law Review, v. 92, n. 5, 2004;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. – 28 ed. – São Paulo: Atlas, 2012;

MORAIS, Jose Luís Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. – 2. Ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011;

PINHO, Guilherme Rosa. Ativismo judicial legislativo e legitimidade no Estado Democrático de Direito. Jus Navegandi, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36816/ativismo-judicial-legislativo-e-legitimidade-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 09 fev. 2016, 17:26:05;

RECK, Janriê Rodrigues e **VICENTE**, Jacson Bacin. Ativismo Judicial: Uma forma de controle social? Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 8, nº 1, jan-jun 2012 – ISSB 2238-0604;

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 06 set. 2015, 16:04:54;

SILVA, Renato Jardim da. A expressão do legítimo ativismo judicial. 2009. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Mono_Renato_Ativism.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2016, às 17:55:07;

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV. São Paulo 8(1) / p. 037/058 / Jan-jun 2012.