V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

ATIVISMO JUDICIAL E SUA JUSTIFICAÇÃO: A DEMOCRACIA QUE O AFAGA É A MESMA QUE O APEDREJA. POR QUÊ?

JUDICIAL ACTIVISM AND ITS JUSTIFICATION: THE DEMOCRACY THAT CARESSES IS THE SAME THAT STONES. WHY?

Gerson Ziebarth Camargo [1]

Resumo

O presente artigo analisou como o argumento da democracia contribui com a postura do ativismo judicial ao mesmo tempo em que o critica. Esclareceu por que essa dicotomia ocorre. Consistiu em uma pesquisa qualitativa e partiu de uma abordagem dedutiva. Quanto às técnicas de coleta, basicamente buscou-se na doutrina a discussão da temática apresentada. Concluiu que a dualidade ocorre em razão dos conceitos multifacetados de democracia, que, em sua acepção formal, apresenta os riscos do ativismo, ao passo em que, em sua acepção material, enaltece o ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Democracia, Legitimação

Abstract/Resumen/Résumé

This article examined how the argument of democracy, the time it contributes to the posture of judicial activism also presents critical to it. Also sought to clarify why this dichotomy occurs. It consisted of a qualitative research and came from a deductive approach. Regarding collection techniques basically sought to doctrine the discussion of the theme presented. It concluded that duality occurs because exist multifaceted concepts of democracy, which in its formal sense presents the risks to the activism, while that in its material acception, extols judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Democracy, Legitimation

[1] Mestrando na UNIPAR: Direito processual e cidadania

1 INTRODUÇÃO

Augusto dos Anjos, em seu poema “Versos íntimos”, apresenta a mensagem de que “a mão que afaga é a mesma que apedreja”, verso que pode ser interpretado como a dualidade na vida do sujeito em si mesmo e em sociedade, significando que algo bom pode se transformar em algo mau.

No Direito, às vezes se encontra essa “mão”, razão pela qual este artigo objetiva expor a dualidade representada pelo argumento da democracia (aquela mão) que, à medida que justifica e enaltece o ativismo judicial, também ilustra os perigos dessa postura. Por óbvio, decorre o problema central dessa dualidade: como e por que o mesmo argumento (democracia/legitimação democrática) pode contribuir com a postura ativista e simultaneamente rechaçá-la?

Tal dualidade advém do (neo)constitucionalismo, movimento jurídico, filosófico, sociológico e político – cuja principal finalidade é justamente limitar o poder do Estado por meio da inserção de direitos fundamentais compilados em uma Constituição. Caracteriza-se por uma série de fatores que, em suma, aproximam o direito da moral e conferem ao destinatário das normas constitucionais a força normativa da Constituição, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o fortalecimento do Poder Judiciário, constatando, para muitos, o fracasso do Estado legislativo de direito.

Como consequência desse movimento e considerando uma aparente supremacia do Poder Judiciário em detrimento, principalmente, do Legislativo, emerge o ativismo judicial. Pelo fato de os juízes e desembargadores - agentes públicos não eleitos - exercerem fatalmente poder político que por vezes contraria as disposições oriundas do Poder Executivo ou Legislativo cujos membros representam a vontade popular, surgem controvérsias e questionamentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, ter ou não legitimidade para inovar o ordenamento jurídico ou invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pelo povo.

Assim, se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial que, para alguns críticos, deveria comedir o ativismo judicial. Nesse contexto, deveria o Judiciário, portanto, restringir sua atuação em prol dos órgãos tipicamente políticos.

O ativismo, defendem alguns, desprestigiaria o Poder Legislativo, que teria enfraquecida sua atividade de inovar o ordenamento jurídico, pois as leis criadas perderiam

sua força para a interpretação constitucional realizada pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas a doutrina se mostra dividida quanto ao assunto. Inclusive, chega a apresentar a democracia como fundamento para louvar o ativismo ao mesmo tempo em que para rechaçá-lo. Por isso, o objetivo deste artigo se limita a analisar os aspectos favoráveis e desfavoráveis ao ativismo, com olhar especial sobre o argumento da democracia como o problema central para legitimar ou não o ativismo.

Para isso, consiste em uma pesquisa qualitativa e parte de uma abordagem dedutiva. Com relação às técnicas de coleta, basicamente buscou-se na doutrina (com enfoque nas lições de Luis Roberto Barroso, Lenio Luiz Streck e Jônatas Luiz Moreira de Paula) a discussão da temática apresentada.

Tal análise de revela de suma importância na medida em que se insere em uma pluralidade de áreas da discussão jurídica, como hermenêutica constitucional, teoria geral do Estado, relações institucionais e jurisdição constitucional. Ademais, pode estabelecer um alerta a quem necessita de maior ônus argumentativo para justificar uma tese jurídica de forma a evitar argumentos que sirvam, ao mesmo tempo, de parâmetros para ideologias diametralmente opostas, exigindo que o crítico evite o argumento ou estabeleça as delimitações conceituais adequadas.

2 ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS A ESSA POSTURA

2.1 Origem

O embrião terminológico do ativismo é atribuído ao ordenamento norte-americano. Em 1947, o jornalista estadunidense Arthur Schlesinger publicou um artigo na revista *Fortune*, intitulado *"The Supreme Court: 1947'*, em que descreveu a atuação dos magistrados e os classificou em dois grupos: "ativistas" (*activists*) e "campeões de restritividade" (*champions of judicial restraint*), ou 'passivistas' (*selfrestrain*).

De acordo com Barroso (2010, p.9):

> A locução "ativismo judicial" foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., The Supreme Court: 1947, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', California Law Review 92:1441, 2004, p. 1446. (BARROSO, 2010, p. 9)

Barroso faz questão de transcrever a descrição feita pelo jornalista ao analisar as posturas dos juízes da Suprema Corte:

> "Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano". (BARROSO, 2010, p. 9)

A origem do termo, portanto, remete à análise da postura do juiz ao tomar suas decisões. O passivista julgava adstritamente aos dispositivos legais, sem convicções pessoais, tudo em prol da fidelidade ao instituído pelo legislador. Já os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir.

Ocorre, porém, que o conceito original mitigou-se ao longo do tempo, e hodiernamente, principalmente no Brasil, são várias as teorias encontradas, nacionais ou internacionais, sobre a expressão "ativismo judicial", razão pela qual é necessário delimitar seu conceito de modo a não se estabelecerem contradições quanto aos aspectos positivos e negativos do ativismo.

2.2 Delimitação do conceito

Conforme alertado, é necessário destacar o viés sob o qual será abordado o título deste artigo ao se referir ao ativismo judicial. Isso porque não há um consenso doutrinário acerca da definição desse instituto.

Na lição de Luis Roberto Barroso (2008, p.1), ativismo judicial é "uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance".

Não se trata, pois, de uma interpretação completamente livre do magistrado ao julgar o caso concreto, valendo-se de fontes desconhecidas ou com o escopo de fixar uma posição pessoal. Pelo contrário, consiste em uma postura menos severa e rígida em aplicar o direito

positivo, pois se baseia principalmente na força normativa dos princípios constitucionais e da ponderação, a despeito de uma aplicação meramente consubstanciada na subsunção.

Em sua tese de doutoramento, Teodolina Batista da Silva Cândido Vitório também confere o mesmo viés a essa atividade:

> Primacialmente, vale estabelecer uma análise em torno da conceituação de ATIVISMO JUDICIAL, movimento que se encontra associado a uma interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como: ***a)*** Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas; ***b)*** Controle de constitucionalidade (*the power judicial review*); ***c)*** Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas. (VITORIO, 2011, p. 75)

A partir dessa perspectiva, imperioso se faz distinguir ativismo judicial de judicialização da política, expressões por muito utilizadas como sinônimos por significativa parte da doutrina, mas que não se confundem, principalmente no tocante a este artigo.

De acordo com Barroso (2008, p. 2), "judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo".

Esse fenômeno adveio da a) redemocratização do país; b) da constitucionalização abrangente que, pelo fato de contemplar as mais variadas e amplas matérias, antes dispostas apenas na legislação ordinária, permite se levar ao Judiciário as discussões sobre ações e políticas atinentes à área contemplada; c) do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que, por ser misto, permite que um sem-número de órgãos e entidades ajuíze ações diretas de inconstitucionalidade.

Aduz ainda o professor Luis Roberto Barroso quando se refere à judicialização e ao ativismo judicial:

> 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, 2008, p.3)

Frise-se, também, no mesmo plano de distinção, o ensinamento de Lenio Luiz Streck, segundo o qual fica evidente que ativismo e judicialização não são expressões sinônimas, embora a primeiro seja consequência da segunda:

> Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de "princípios", em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos. (STRECK, 2009, p. 15)

Dessa forma, tem-se que, enquanto o ativismo judicial representa uma atividade do magistrado ou da Corte, uma escolha baseada em critérios menos rígidos de interpretação, para alguns, ou em pura discricionariedade, para outros, a judicialização expressa um fenômeno mais amplo ao revelar que a decisão de políticas públicas são tomadas por aqueles que não foram eleitos para essa importante missão, ocorrendo, portanto, uma obstrução da política pela omissão do Legislativo bem como pela falta de efetividade do Executivo. Em suma, a judicialização se revela como um fato, um fenômeno, e o ativismo judicial, uma atitude decorrente daquele fenômeno.

Realizada essa importante distinção, limita-se este artigo a discorrer sobre o ativismo judicial conforme o apresentado.

A ideia de ativismo "está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (Barroso, 2008, p. 6). Ainda, de acordo com o autor:

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do constituinte originário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, p.6)

Nesse sentido, Perez (2012, p. 128) apresenta fatores complementares de impulsão do ativismo judicial no Brasil: exigências do Estado-providência - modelo intervencionista-

direitos fundamentais de segunda geração; ênfase do papel político do Poder Judiciário; atuação deficiente do Poder Legislativo; desvalorização da lei; texto constitucional caracterizado pela fluidez e ambiguidade, pois a Constituição "não oferece amarras precisas à interpretação, bem como expõe o juiz à pressão imediata para concretizar programa que a Constituição delineou sem eficácia normativa imediata" (PEREZ, 2012, p. 128).

Em função dessas condutas manifestadas pela postura ativista, têm-se, como exemplos no Brasil, decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de fidelidade partidária, verticalização, distribuição de medicamentos e determinação de terapias por determinação judicial, dentre outras, que maculariam o Poder Legislativo e ameaçariam sua legitimidade para inovar o ordenamento jurídico.

Esse cenário, portanto, praticamente permite que qualquer assunto relevante para a sociedade seja lançado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, obrigado a decidir questões sobre biossegurança, imprensa, nepotismo, quebra de sigilo por CPI, disputas por terras indígenas, uso de algemas, políticas governamentais, relação entre poderes, dentre inúmeros outros, sob pena de infringir princípios constitucionais como acesso à justiça.

2.3 Aspectos positivos – o argumento que afaga

2.3.1 A democracia está representada na concretização dos direitos fundamentais

O fenômeno da filtragem constitucional ou constitucionalização do direito faz com que a Constituição Federal passe a ser um filtro através do qual se deve ler e interpretar todos os institutos do Direito.

Em decorrência disso, toda a interpretação jurídica passa a ser interpretação constitucional, já que a Carta Magna efetivamente constitui instrumento operacional indispensável à operacionalização do Direito.

Com esse *status*, cabe ao juiz a garantia dos direitos fundamentais, seja pela ausência de leis que regulem esses direitos ao jurisdicionado, seja pela proteção contra lei, ato normativo ou ato de governo que contrariam a Constituição. Neste último caso, sabe-se que, por grande parte da história do direito constitucional, na relação Estado-cidadão, este recorria ao Poder Judiciário para que determinasse ou garantisse a aplicação da lei ao caso concreto. Hodiernamente, no entanto, constata-se que o cidadão reclama abrigo ao Judiciário em detrimento de uma "hiperinflação legislativa", conforme atesta Perez:

> A hiperinflação legislativa traduz malefícios não só para o próprio instituto jurídico, mas também para a sociedade sobre a qual o ato normativo tende a incidir. Para o instituto jurídico "lei", a transitoriedade e a abundância

> retiram-lhe a importância e a observância cogente. Para a sociedade, ensejam incerteza e insegurança nas relações travadas sob sua égide. (PEREZ, 2012, p. 139)

Há que se considerar, ainda, a despeito das teses segundo as quais o ativismo judicial é contramajoritário, que, em um contexto de neoconstitucionalismo, em homenagem à dignidade da pessoa humana, há que se preservar um mínimo existencial, ou seja, uma eficácia mínima de direitos fundamentais, nem que para isso sejam necessárias intervenções *a priori* contramajoritárias porque, em verdade, questões políticas fundamentais se judicializaram.

Como destacado na introdução da presente pesquisa, questões polêmicas de grande interesse social ensejam uma transferência de poder ao Judiciário porque as instâncias políticas tradicionais não atendem às expectativas da sociedade, sofrendo crises de legitimidade e representatividade. Para contextualizar essa judicialização, apresenta-se o rol destacado pelo ex-presidente da OAB, Cezar Britto, no artigo "A judicialização da política e a politização do Judiciário":

> Escrevendo em outras palavras, o Judiciário, com as sua contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tornou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre o exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável, a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve, os tetos e pisos remuneratórios dos servidores públicos, as isenções fiscais ou legalidade dos tributos, o uso de algemas nas atividades policiais, a importância do direito de defesa, os confiscos salariais e milhares de outras. Não custa lembrar que já consta da pauta do Judiciário a ratificação ou rejeição da política de inclusão social (quotas sociais ou raciais), os contornos e alcance da saúde pública, os investimentos em infra-estrutura (obras públicas, licitações), a política fiscal (inconstitucionalidade ou ilegalidade de tributos e incentivos). (BRITTO, 2010, p. 1)

Perceba-se que o rol de celeumas apresentado envolve direitos fundamentais à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade, os quais, por imposição constitucional, são levados à apreciação e à proteção pelo Judiciário. Assim, o ativismo como atividade decorrente da judicialização das relações sociais representa, na verdade, garantia dos direitos fundamentais e proteção contra omissões ou excessos oriundos do Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, ensinam Medeiros e Nelson:

> Dessa forma, a judicialização da política faz parte do próprio processo democrático, pois que constitui mecanismo de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando forem eles sonegados, quer seja pelo Poder Executivo, quer seja pelo Poder Legislativo. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 212)

Corroborando com o mesmo entendimento, Paula (2005, p. 205) igualmente lembra que a sociais legitima a atividade jurisdicional como "poder político não eleito diretamente pelo povo, dinâmica das relações porque realiza os fins sociais que o Estado de Direito se estabeleceu para o povo brasileiro, nos termos do artigo 3°, da CF". Assim, de acordo com o autor, a atividade jurisdicional "se torna a vocalização dos anseios e valores sociais", sendo por isso a primeira manifestação da mutação social a que o sistema jurídico deve ajustar-se".

Se o artigo 3° da Constituição Federal representa o vetor para que o Estado concretize os objetivos a que se propôs, a atuação do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas no Brasil ocorre, em verdade, com autorização da própria Constituição.

Isso poderia, em tese significar preponderância da esfera jurídica sobre a esfera política, pois "os tribunais são chamados a funcionar como "árbitros" na solução de questões que poderiam muito mais adequadamente ser trabalhadas na esfera política do que na esfera judicial.

No entanto, como lembra Kozicki (2012), o que existe hoje é uma preponderância do discurso jurídico, e a dimensão do debate levado a cabo na esfera política vem se tornando cada vez menos importante, fazendo com que o direito – e não a política – seja o principal meio de resolução de conflitos.

2.3.2 Poder Judiciário como garantidor da sobrevivência do Estado Democrático de Direito

A teoria clássica da separação dos poderes não é mais suficiente para justificar um Estado democrático, razão pela qual hodiernamente se elencam novos papéis legítimos e genuínos atribuídos ao Poder Judiciário, quais sejam: a) defender a supremacia da Constituição por meio do controle de constitucionalidade; b) controlar os demais poderes, pois é essência da repartição a limitação do poder; c) garantir o estado constitucional democrático; d) proteger e concretizar direitos fundamentais; e) buscar o autogoverno

Assim, o Judiciário é portador de novos papeis no cenário constitucional atual. Como visto também o ativismo judicial é atividade decorrente da judicialização das relações sociais, "fenômeno" que ocorreu no Brasil, conforme ensina Paula (2014, p. 201) "a partir da redemocratização e da assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal sobre as diversas formas de relacionamento".

É claro que esse protagonismo pode ser ameaçador a uma formal separação de poderes. No entanto, há entendimento diverso, segundo o qual esse protagonismo não invade as instâncias democraticamente eleitas.

Medeiros e Nelson (2012, p. 215), por exemplo, entendem que o ativismo, nesse escopo, não compromete a separação de poderes:

> Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Pois, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que os pilares fundamentais do texto constitucional precisam restar satisfeitos em todas as situações fáticas, logo, o Poder Judiciário não pode fugir de tal missão de concretização dos valores constitucionais. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 215)

Igualmente, segundo os autores, não há que se falar em ativismo judicial como atividade arbitrária:

> O ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, tampouco com violação ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Isso fica claro ao se perceber que a atuação da jurisdição constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão constitucional. O Poder Judiciário segue o mandamento constitucional da inércia, determinando esse princípio que a atuação do Judiciário, no exercício da jurisdição, só será exercida quando ele for provocado. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 216)

Não diferente é o pensamento de Ronald Dworkin, que, em artigo publicado no jornal "O Estado de São Paulo", entende que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não apenas constitui um padrão de poder democrático, mas também um veículo adequado que se evidencia efetivo à democracia:

> Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo. (DWORKIN, 1997)

Ademais, sob esse viés, o ativismo atribuiria legitimidade para invalidar atos daqueles que exercem mandato popular.

Segundo Luis Roberto Barroso, a legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a

Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: "estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais":

> ...a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2008 , p. 11)

Justificar-se-ia, por isso, segundo Barroso, um caráter muito mais protetivo do Judiciário em relação à democracia do que a representação de alguma afronta a ela, conforme conclui:

> 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. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. 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. (BARROSO, 2008, p.12)

Assim, a atividade judicial de invalidar atos, decisões e normas oriundas do Poder Executivo e Legislativo não ensejaria afronta à divisão de poderes, pois a própria Constituição assim permite. Ademais, os magistrados não exercem suas atividades em nome próprio e dotados de subjetivismo, mas de acordo com a lei e com autorização da própria Constituição, em prol dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Assim, constata-se, pelo viés apresentado pelos autores neste tópico, que o ativismo consistente em entrave à democracia é o mesmo condizente à sua preservação.

2.4 Aspectos negativos – o argumento que apedreja

Se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais e institucionais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial, que pode ser conceituada, de acordo com Barroso (2012, p.7) como "o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes". Por isso, de acordo com o autor, os juízes e tribunais:

> (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 7)

Nesse mesmo sentido, definindo o caráter oposto do ativismo judicial, Vitório assevera:

> Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao *Judicial activism*, a qual é denominada *self restraint* (autorrestrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes pelo povo. (VITÓRIO, 2011, p. 76)

Quando o Judiciário, portanto, não adota essa postura autorrestritiva, o ativismo judicial pode ser considerado ameaçador à democracia em razão de alguns fatores que se passa a expor.

2.4.1 Pamprincipiologismo

Como primeiro argumento contrário ao ativismo, tem-se que o Poder Legislativo perderia sua legitimidade porque o Judiciário desrespeitaria as próprias inovações jurídicas advindas do Parlamento com base no emprego de inúmeros princípios de interpretação e aplicação constitucional que se sobrepõem às próprias leis e muitas vezes dotadas de pouco – ou nenhum – ônus argumentativo. É o que se chama de pamprincipiologismo.

De acordo com Streck (2012, p. 221), a autonomia de um direito marcado pelo positivismo restaria enfraquecida pelo abuso de princípios nas decisões judiciais. Ainda, de acordo com o autor:

> Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como

> no exemplo da ‘afetividade’, uma álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’(a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa principiologia, sendo que, na falta de um 'princípio' aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. (STRECK, 2012, p. 221)

Da mesma forma, Daniel Sarmento tece críticas a essa banalização dos princípios pelo fato de fortalecerem o que chama de decisionismo judicial:

> E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. (SARMENTO, 2007, p. 144)

Nesse quadro, os princípios constitucionais, continua o autor, asseverando os riscos à democracia:

> (...) converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. 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 a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos 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 idiossincrasias 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. (SARMENTO, 2007, p. 144)

O ativismo e o uso dessa pamprincipiologia, portanto, desprestigiariam o Poder Legislativo, que teria combalida sua atividade de inovar o ordenamento jurídico, pois as leis criadas teriam sua rigidez corrompida pelo decisionismo realizado pelos magistrados, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, arremata Streck:

> Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, “princípios” (sic) que autorizassem o juiz a buscar, em outros “espaços” ou fora dele, as fontes para complementar a lei. É como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo complementar (portanto à revelia do princípio democrático). Isso seria uma “autorização”

> para ativismos, que, ao fim e a cabo, deságuam em decisionismos. (STRECK, 2013, p. 43)

Em suma, a discricionariedade que se verifica nesse pamprincipiologismo pode constituir significativo entrave à democracia, razão pela qual "em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que ´a convicção pessoal do juiz´ seja o ´critério´para resolver as indeterminações da lei, enfim, os ´casos difíceis´. (Streck, 2013, p. 51).

Na mesma linha de raciocínio, o professor Néviton Guedes, desembargador federal do TRF da 1ª Região e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, em artigo intitulado "O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção" (2012), apresenta os riscos oferecidos pela discricionariedade do julgador em suas decisões em cuja *ratio* poderia figurar um "princípio". De acordo com o autor, compromete-se, em especial, a segurança jurídica quando o juiz se vale da discricionariedade:

> Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça.(GUEDES, 2012, p. 4-5)

2.4.2 Desrespeito à repartição de Poderes e, consequentemente, à democracia.

A postura proativa de interpretação da Constituição para concretizar direitos fundamentais às vezes pode ultrapassar os limites das funções institucionais constitucionalmente postas.

Conforme Teoldina Batista Cândido Vitório:

> O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes. (VITÓRIO, 2011, p. 224)

Percebe-se, portanto, que a crítica reside na ausência de legitimidade democrática do Judiciário para realizar anseios populares para os quais não foram eleitos, já que "o sufrágio universal é o fundamento ético da democracia" (Sant´anna, 2014, p. 125).

Por esse argumento, estabelece-se certo receio, por parte de alguns doutrinadores, por uma "ditadura do Judiciário".

Segundo Hirschell apud Vitório (2011), sustenta-se ainda:

> Entretanto, temores existem, conforme já se disse, de que se erija um "governo de toga" ou uma "juristocracia" decorrente de uma falsa interpretação normativa: A expansão da província de tribunais na determinação dos resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos, e / ou da população não só se tornou mais do que nunca difundida mundialmente, como também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se estende bem além do atual conceito padrão de discricionariedade da polícia, através da jurisprudência de direitos constitucionais e redefinição judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de "ativismo judicial" se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A nova ordem política - juristocracia – rapidamente se estabeleceu em todo o mundo - (HIRSCHEL, 2004, p. 222, tradução nossa, grifo nosso) (VITÓRIO, 2011, p. 58)

Outra crítica ao ativismo consiste na tese da última palavra supostamente atribuída ao STF. Segundo Dimoliuis e Gasparetto, pode apresentar riscos à democracia, conforme aduzem:

> Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público e transformando a democracia representativa em "governo de juízes" ou em "juristocracia". Nos EUA, os críticos do controle judicial lamentam a confusão entre o exercício do controle judicial e a tese da "supremacia judicial". Temos supremacia judicial quando o Judiciário reivindica não somente o exercício de suas competências, mas também o poder da última palavra (the final say). Ao fazer isso, o Judiciário não respeita as divergentes interpretações constitucionais dadas pelos demais poderes no legítimo exercício de suas competências, mas insiste que só ele pode enunciar a "lei suprema" mediante interpretação. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 467)

Significa dizer que, nos termos em que apresentada, a democracia afasta a postura ativista na medida em que o ativismo judicial poderia se revelar como fator prejudicial à harmonia entre os poderes ao interferir na gestão pública e nas escolhas do poder constituinte sem possuir a legitimidade para tal.

3 POR QUE O MESMO ARGUMENTO DE ENTRAVE AO ATIVISMO É O MESMO DE SUA PRESERVAÇÃO?

A resposta a esse questionamento deve ser encontrada na relação democracia-constitucionalismo e nos multifacetados conceitos de democracia.

O casamento do constitucionalismo com a democracia produz tensões (informação verbal)[1]. Pelo fato de o ativismo judicial constituir uma atividade decorrente de um cenário neoconstitucional, cujo marco teórico, dentre outros, é a expansão da jurisdição constitucional e da dogmática de interpretação, a doutrina ilustra preocupações com eventual conflito entre constitucionalismo – que possui como um de seus pressupostos a limitação de poder - e democracia.

Isso porque, na relação político-institucional, a jurisdição constitucional, ao invalidar atos do Legislativo e do Executivo por meio de decisão judicial, atua, em regra, contra a vontade do "governo da maioria" (vontade política).

Nesse sentido, preleciona Sreck (2008, p. 17) que a disputa entre constitucionalismo e democracia suscita uma "tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação", pelo que assim elucida:

> Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2008, p. 17).

Assevera ainda o autor:

> Relevante é também salientar que admitir que se traduza democracia simplesmente como a sujeição de um povo às vontades da maioria induz a uma consequente conclusão de que o Constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este "subtrai" da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. (STRECK, 2008, p. 18-19)

Mas, afinal, o que é democracia?

[1] Informação coletada do Professor e Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, ao proferir palestra no XI Simpósio de Direito Constitucional, 2014, Curitiba-PR.

De Aristóteles a Robert Dahl, o conceito sofreu aprimoramento e complexidade teórica.

Os livros clássicos de Ciência Política e Teoria geral do Estado ensinam, em suma e a grosso modo, que a palavra "democracia" (*demos* – povo, os habitantes de um distrito e *cratos* – poder, autoridade, governo), no seu mais antigo e estrito sentido denota um governo no qual a vontade da maioria dos cidadãos qualificados faz lei ou exerce o poder.

Como dito, trata-se de um conceito restrito e, a despeito de sua essência, precisa de maior amplitude para explicar as tão complexas relações sociais e institucionais no cenário de constitucionalismo.

A democracia constitui "o meio, a condição, o ambiente em que se efetua um governo, republicano ou monárquico, no sentido de atingir o Estado, qualquer que seja também a forma por que se apresente, à sua destinação". (MENEZES, 1996, p. 268). Para o mesmo ator, trata-se ainda de um:

> ambiente em que um governo de feitio constitucional garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através do domínio da maioria em favor do bem público, sob fiscalização e crítica da minoria atuante.(MENEZES, 1996, p. 277).

Em busca daquela amplitude conceitual, aqui já se percebem concepções múltiplas, portanto, traçando-se ideias de governo da maioria ou da vontade geral, igualdade entre os cidadãos e como exercício de liberdade.

É possível em democracia sob o aspecto formal e material. O primeiro representaria "todo o procedimento adotado para a aquisição e exercício legítimo de poder político"; já o segundo é tido como "todas as realizações de promoção econômica, social, política, educacional, cidadania, ambiental etc., do indivíduo ou de grupos sociais". (PAULA, 2014, p. 49). Os dos aspectos, portanto, relembram a clássica noção de um governo do povo (aspecto formal) e para o povo (aspecto material).

Fala-se também em princípio da democracia representativa, consagrado, Constituição federal, em seu artigo 1º, parágrafo único.

Somando-se a isso, em uma acepção contemporânea, tem-se o tratado como "democracia consensualizada", que, de acordo com Paula (2014, p.20):

> A concepção contemporânea de democracia a coloca na sua forma consensual, ou seja, pressupondo-a que ela se exterioriza na forma representativa e conforme o governo da maioria do povo, em contraposição, ocorre a difusão do poder através de órgãos públicos independentes (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; Banco Central; Ministério Público; Receita Federal; os estados e municípios federados) ou órgãos privados

> independentes (partidos políticos; imprensa; instituições de pesquisa; grupos econômicos; ONGs; OSCIPs) (PAULA, 2014, p. 20)

A democracia, nesse modelo no modelo consensual, pressupõe, no âmbito do relacionamento com o poder político, o direito ao voto; o direito a ser eleito; o direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos; eleições livres e honestas; liberdade de reunião; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; e instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam de voto e de outras manifestações de vontade popular.

Essa acepção certamente se constrói a partir dos ensinamentos de Robert Dahl, segundo o qual democracia é tida como "um sistema político que tem, em suas características, a qualidade de ser inteiramente ou quase inteiramente "responsivo" a todos seus cidadãos (Dahl, p.25-26, 1997). Por ela também se permite dizer, portanto, que a democracia, retomando Paula (2014), constitui bem jurídico a ser tutelado na medida em que se revela como direito fundamental. Isso porque apresenta três dimensões a serem protegidas/promovidas:

> Democracia como regime de relacionamento entre os poderes da República, conforme artigo 2° da Constituição Federal, entre os entes e seu relacionamento com a sociedade por meio dos fundamentos da República Federativa do Brasil previstos no artigo 1° e dos seus objetivos (artigo 3°). (PAULA, 2014, p. 37).

Outra justificativa, ainda de acordo com Paula (2014) para o fato de a democracia ser considerada direito fundamental reside em outras manifestações insertas na Constituição, tais como nos artigos 14 a 17 (direitos políticos), 23, inciso I (zelo comum a ser observado por todos os entes federativos para guarda da Constituição e das instituições democráticas), 90, inciso II (papel do Conselho da República em relação às instituições democráticas), 91 (papel do Conselho de Defesa em relação ao Estado democrático, 127 (papel do Ministério Público) , 194, VI (administração da seguridade social, 206, inciso VI (ensino público), 215, §3° (acesso aos bens de cultura).

Ademais, até se chegar a essa concepção de democracia, tem-se a comprovação de que evoluiu ao longo da história constitucional brasileira. Isso porque, arremata Paula:

> os horizontes democráticos do Brasil ao final da década de 70 se resumiam na anistia política e em dar cabo ao regime militar; na década de 1980 centrava na promulgação de uma nova Constituição Federal; na década de 1990 na remoção jurídica do entulho autoritário; já no século XXI a democracia concentra-se na realização da promoção social. (PAULA, 2014, p. 39).

Assim, a depender da delimitação conceitual acerca de democracia, pode-se utilizá-la como argumento favorável e desfavorável à justificação do ativismo judicial, e a recíproca é verdadeira – o ativismo pode homenagear ou desprestigiar a democracia, a depender de como esta é conceituada e compreendida. Veja-se: quando utilizada em seu aspecto formal (governo do povo), pretende-se valorizar a separação de poderes e a soberania do poder constituinte, razão pela qual uma postura proativa de interpretação pelo Judiciário - cujos membros não são democraticamente eleitos e em cuja discricionariedade pode criar um direito não legitimado -, a pretexto de suprir deficiências de representatividade do Executivo e do Legislativo ou de efetivar direitos por conta da omissão do legislador ou gestor público, macularia a democracia, exigindo que os juízes assumam postura de deferência em relação aos demais poderes e atuem como legisladores negativos.

Por outro lado, quando analisada sob o aspecto material (governo para o povo), enaltece-se a ideia de promoção social, de concretização de direitos fundamentais e da realização do artigo 3º da Constituição, motivo pelo qual a democracia é elemento motivador do ativismo judicial pelo fato de quando instigado, o Poder Judiciário se vê obrigado a analisar questões ignoradas pelos órgãos tipicamente políticos e a controlá-los em eventuais hiperinflações legislativas que poderiam restringir a liberdade dos cidadãos ou frustrar seus direitos fundamentais, exigindo postura proativa de interpretação e aplicação da Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo consistiu na investigação acerca do argumento da democracia posto tanto como legitimação do ativismo judicial como entrave a essa postura

Pode-se concluir que a democracia de fato é utilizada tanto como argumento de justificação do ativismo como de afastamento dessa postura. Isso porque o constitucionalismo, ao defender a limitação do poder por meio da concretização de direitos fundamentais, entra em choque com o ideal democrático.

Igualmente, pelo fato de o conceito de democracia seu apresentar-se plural. Quando vista sob o aspecto formal, é ameaçada pelo ativismo e exige postura autorrestritiva do Judiciário. De outro vértice, ao ser analisada sob o viés material, a democracia justifica o ativismo.

Essa é a razão da dualidade ora apresentada. Constata-se que o ativismo judicial é uma realidade decorrente da judicialização das relações sociais, razão pela qual os juízes figuram como protagonistas da resolução de conflitos porque os poderes Legislativo e

Executivo sofrem de crise de representatividade. No entanto, esse ativismo pode apresentar riscos à democracia (formal) pelo fato de as decisões judiciais estarem eivadas de discricionariedade, razão pela qual a autocontenção judicial surge como atividade oposta.

O alerta que se faz, a partir dessas reflexões, é o do cuidado com o ônus argumentativo para criticar ou enaltecer o ativismo, necessitando que o crítico não utilize a palavra democracia de forma indiscriminada, descuidada e – por que não dizer – indisciplinada. Para evitar essa prática, delimitações conceituais são necessárias, sob pena de ser considerado um argumento falho ou esquizofrênico, afinal, a mesma democracia que afaga o ativismo judicial não pode ser a mesma que o apedreja. Devem ser "democracias diferentes". Caso contrário, o "ativismo bom" pode se transformar no "ativismo ruim" e vice-versa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação constitucional como interpretação específica.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2016.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** 2010. Disponível em < http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf >. Acesso em: 16 maio 2016.

BRITTO, Cezar. **A judicialização da política e a politização do Judiciário. Disponível em** <http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da- politica-e-a-politizacao-do-judiciario>. 2010. Acesso em: 17 maio 2016.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. 23 de julho de 2012. Revista Consultor Jurídico ConJur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao> Acesso em: 1 jun. 2016.

KOZICKI, Katya, **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade social. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012

LUNARDI, S., DIMOULIS, D. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade** In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador : Juspodium, 2011.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 21, n. 84, 2013.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado.** [atualização por José Lindoso.]. – e atual. = Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição.** 1. ed.- Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012.

SANT´ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: **Os Dois Lados da Moeda.** In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista"** (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____.**Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. Acesso em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-leniostreck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 2 maio 2016.

_____.**Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W..; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin.** Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.