



Ativismo judicial e estado democrático de direito

Judicial activism and democratic rule of law

DOI: 10.55905/revconv.16n.10-037

Recebimento dos originais: 01/09/2023

Aceitação para publicação: 03/10/2023

Plácido Ferreira da Silva

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória

Endereço: Vitória - ES, Brasil

E-mail: placidiofs@gmail.com

Adriano Sant'Ana Pedra

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP)

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória

Endereço: Vitória - ES, Brasil

E-mail: adrianopedra@fdv.br

RESUMO

Esta pesquisa teórico-reflexiva possui como objetivo basilar tratar sobre o ativismo judicial, expressão considerada polissêmica, que foi empregada pela primeira vez, por Arthur Schlesinger, em 1947, em um artigo na revista *Fortune*. No Brasil, a expressão ganhou notoriedade com o advento da Constituição de 1988 e, apesar de ostentar posicionamentos críticos e/ou elogiosos, figura entre os temas de maior repercussão na atualidade. Nesta senda, assumir uma posição epistemológica demanda, dentre outros aspectos, a apreensão da realidade e a escolha de um recorte que permita um direcionamento mais incisivo. Logo, optamos por empreender um estudo sobre a influência do ativismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, perpassando, inicialmente, pelos aspectos históricos e teóricos do ativismo. Evidenciou-se que ser ativista é não aplicar o Direito em vigor, criando um Direito e, ainda, decidindo/julgando em contrariedade à norma posta.

Palavras-chave: ativismo judicial, direitos fundamentais, democracia.

ABSTRACT

This theoretical-reflexive research has as its basic objective to deal with judicial activism, an expression considered polysemic, which was first employed by Arthur Schlesinger in 1947 in an article in *Fortune* magazine. In Brazil, the expression gained notoriety with the advent of the 1988 Constitution and, despite flaunting critical and/or complimentary positions, is among the most significant topics today. In this path, assuming an epistemological position demands, among other aspects, the apprehension of reality and the choice of a clipping that allows a more incisive direction. Therefore, we chose to undertake a study on the influence of judicial activism on the realization of fundamental rights in the Democratic State of Law, initially going through the historical and theoretical aspects of activism. It was evidenced that being an activist is not



applying the law in force, creating a Law and, still, deciding /judging in contrariety to the norm put.

Keywords: judicial activism, fundamental rights, democracy.

1 INTRODUÇÃO

Araújo (2018) explica que tratar sobre o ativismo judicial é uma tarefa complexa, a começar pela própria definição da expressão que, segundo o autor, possui significado impreciso e fugidio no nosso Direito. Assim, é possível, somente, estabelecer algumas premissas para a definição teórica do assunto, seja no sentido crítico ou elogioso.

Apesar desse caráter polissêmico, com distintas designações, moldes e modelos, o termo e o seu uso passaram a ter destaque, em um primeiro momento, nos Estados Unidos, berço da prática. A expressão foi empreendida, pela primeira vez, em 1947, no contexto estadunidense. Já no Brasil, foi após a Constituição de 1988 que o ativismo judicial passou a ter notoriedade, especialmente, em função do fortalecimento do Poder Judiciário e das suas instituições.

Nessa direção, o processo de “empoderamento” do Poder Judiciário trouxe uma série de prerrogativas ao magistrado. No entanto, é forçoso considerar que uma das bases do Estado Democrático é, justamente, a limitação do Estado (juiz) por meio do Direito (lembrando que no ápice normativo temos a Constituição de 1988). Diante desse cenário, buscou-se investigar o que é o ativismo judicial, no âmbito do Estado Democrático de Direito, considerando, especialmente, a tutela dos direitos fundamentais.

Ao problematizar as práticas ativistas, que se desvelam bastantes complexas, sobretudo, quando estão em pauta os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, uma vez que contemplam diferentes dimensões, cumpre-nos destacar a relevância de se julgar/decidir, conforme o Direito posto. Logo, salvo melhor juízo, um magistrado ativista, em sentido positivo, é aquele que atua de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais; que não julga (e nem decide) de modo dissonante da lei. Até porque, ao fomentar uma reflexão acerca dos direitos fundamentais, consideramos que estes viabilizam a efetivação do princípio democrático.

Assim sendo, este estudo consiste em uma pesquisa teórico-reflexiva, bibliográfica e documental, composta por duas seções: a) aspectos históricos e teóricos do ativismo e b) a influência do ativismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.



2 ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS DO ATIVISMO

A expressão ativismo judicial, segundo leciona Araújo (2018), é extremamente polissêmica, podendo designar desde a prática judiciária de iniciativa, em termos instrutórios, até a frequência com que uma corte ou tribunal constitucional é capaz de invalidar os atos normativos dos outros poderes. Sobre essa multidimensionalidade, assevera o autor, ainda, que nos termos da lição de Keenan Kmiec, existem cinco acepções da expressão ativismo judicial (“*judicial activism*”). Nesse sentido:

Em um **primeiro** sentido, Kmiec diz que pode ser considerada ativista a atitude do poder judiciário de invalidar as ações dos demais poderes do Estado. Nesse sentido, seria ativista um tribunal ou uma corte que com regularidade agisse no sentido de declarar inconstitucionais atos normativos dos demais poderes estatais. Em um **segundo** sentido, a expressão ativismo judicial designaria a atitude de um tribunal de se afastar dos precedentes que deveria respeitar, ou seja, quando adote uma visão própria do que é o Direito em detrimento da visão e da interpretação já consagradas em precedentes. Em um **terceiro** sentido, o ativismo judicial se revelaria quando a corte, em detrimento de julgar, passasse a legislar. Nas palavras de Continentino, “Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo”. Em um **quarto** sentido, ativista seria o procedimento do tribunal que se afasta de uma metodologia interpretativa aceita. **Por fim**, Kmiec traz o critério do julgamento orientado pelo resultado (*result-oriented judgement*). Dessa forma, a decisão seria ativista quando o juiz tiver um motivo finalístico para decidir em um certo sentido e quando a decisão se afastar do que seria considerado razoável. (ARAÚJO, 2018, p. 132) (grifamos)

Complementando o exposto, Koerner (2013) ensina que o ativismo judicial é um termo que tem sido comumente empregado para apreciar as instituições e os agentes judiciais nas democracias contemporâneas. Ademais, a expressão tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes ou, inclusive, tendência das decisões judiciais em conjunto. Explica que as controvérsias sobre a sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em inúmeras disciplinas.

Nesta senda, apesar da complexidade de definição e, até, mesmo, embora existam dificuldades consistentes em precisar a origem da expressão “ativismo judicial”, é necessário buscar as suas raízes, nos Estados Unidos, país onde emergiu a prática, de modo a contextualizar a temática que, no Brasil, passou a ser evidenciada a partir da Constituição de 1988, que promoveu um giro paradigmático.



Ao contextualizar esse surgimento, Koerner (2013) explica que se atribuiu a Arthur Schlesinger a utilização, em 1947, do termo “ativismo judicial”, em um artigo na revista *Fortune* e, desde então, o seu uso vem crescendo. Apesar disso, evidenciou-se que o número de ocorrências relacionadas ao termo, principalmente, em decisões judiciais nos Estados Unidos, passou de poucas unidades nas décadas de 1950 e 1960, à ordem de centenas nas décadas seguintes.

Ressalte-se que a expressão “ativismo judicial” também foi empregada para denominar a própria atuação da Suprema Corte, sendo

[...] cunhada nos Estados Unidos [...], sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. (BARROSO, 2018, p. 2181-2182)

Nesse âmbito, nos Estados Unidos, a expressão assumiu, inclusive, uma conotação negativa. O seu uso, notadamente, foi se alterando, a depender dos processos políticos, econômicos e sociais, inclusive, a sua utilização não ficou imune aos impactos oriundos das transformações da sociedade, do grau de compromissos constitucionais e, ainda, das referências estatais. Aliás, inicialmente, o ativismo judicial mantinha uma característica mais partidária.

Nesse âmbito, Barroso (2012), salienta que o ativismo surgiu com um caráter conservador, atuando a Suprema Corte, de forma proativa, nos interesses de setores mais reacionários, proferindo decisões que deram ensejo à segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*, 1857) e à invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937). Assim, foi só a partir da década de 1950 que a jurisprudência da Suprema Corte americana se tornou progressista na tutela dos direitos fundamentais, destacando-se casos de notória repercussão envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), mulheres (*Frontiero v. Richardson*, 1973), direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Sobre o famoso episódio *Dred Scott v. Sandford* (conhecido simplesmente como “caso Dred Scott”), Araújo (2018) relembra que, na realidade norte-americana, trata-se de um dos casos em que se atribuiu à Suprema Corte a prática de um ativismo restritivo a direitos fundamentais. Explica o autor que em 1820 o *Missouri Compromise* foi assinado, vedando a escravidão em



novos territórios existentes (acima de certa latitude da superfície norte-americana), com respaldo no aludido documento. Assim, o escravo Dred Scott ingressou com uma ação, postulando o seu direito à liberdade, por ter estado em território em que era proibida a escravidão, por força do *Missouri Compromise*. Uma vez provocada, a Suprema Corte dos Estados Unidos denegou a pretensão, alegando que os negros, mesmo livres ou libertos, não podiam se tornar cidadãos. Essa condição impediria essa comunidade, até mesmo, de ser parte em processos judiciais. Na mesma decisão, a Suprema Corte fundamentou, na denominada “cláusula do devido processo legal substantivo”, que o *Missouri Compromise* era inconstitucional, já que excluía um cidadão dos Estados Unidos, de sua propriedade, sem justificativa plausível, no caso, o proprietário do escravo Dred Scott.

O caso em epígrafe, alusivo ao direito à liberdade, é um exemplo clássico do uso do ativismo na proteção dos direitos fundamentais. Ademais, após a sua difusão, ganhou mais evidência a força normativa intrínseca aos dispositivos constitucionais e passou-se, inclusive, a discutir, com mais veemência, aspectos relativos à interpretação e efetivação dos direitos congregados nas Constituições, não só nos EUA, mas, em todo o mundo.

Sobre a importância dessa experiência norte-americana, no que tange ao “ativismo judicial”, Alves Jr. (2015) assinala que tal não somente divulgou ao globo a prática, mas, principalmente, possibilitou o estabelecimento de um conjunto de ações e de decisões judiciais da Suprema Corte, na consolidação dos direitos fundamentais, sobretudo, dos grupos minoritários, seja no aspecto quantitativo (negros), seja no aspecto qualitativo (mulheres).

Teixeira (2012), dissertando sobre essa questão, ensina que, no Brasil, a temática “ativismo judicial” só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, tendo em vista que esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o a uma atuação mais presente na sociedade e, conseqüentemente, houve uma considerável repercussão midiática. Nesse sentido, explica que uma característica intrínseca ao nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade.

Corroborando com esse entendimento, Araújo (2018) assevera que foi a partir da Constituição de 1988 que o papel do Poder Judiciário no Brasil passou e vem passando por substanciais transformações. Em adição, várias mudanças no ambiente institucional levaram à ampliação do acesso à justiça, ao fortalecimento do Ministério Público, bem como ao reforço de



instrumentos processuais, como as ações civis públicas. Além disso, as liberdades democráticas têm conduzido a uma maior consciência dos cidadãos no que se refere aos seus direitos. No entanto, importante salientar que, “nos primeiros anos pós-1988 o Supremo Tribunal Federal não utilizou tais poderes de uma forma que se possa chamar de ativista, apesar de já se verificar o fenômeno do aumento da litigiosidade e da judicialização da política.” (p. 136)

Conforme salientado, não é possível conceituar o “ativismo judicial”, mas, somente, constituir premissas. Pode-se considerar, então, que a expressão se refere a

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance [...] A idéia de ativismo judicial 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, 2012, p. 23-32).

Nesse prisma, o ativismo judicial se trata, dentre outras questões, do modo de se interpretar a Constituição, considerando o seu sentido e alcance, sem escusar da atividade jurisdicional, notadamente, na busca efetivação dos valores e princípios constitucionais.

Nesse íterim, Ramos (2015) esclarece que o ativismo está relacionado ao exercício da função jurisdicional, mas, de forma que o seu alcance chegue além dos limites impostos pelo ordenamento que encarrega, institucionalmente, ao Poder Judiciário atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Nota-se que as condutas ativistas, empreendidas pelos juízes, consideram a possibilidade de interferência do Poder Judiciário no âmbito dos outros Poderes, mas, observados o intuito e o foco, claramente definidos, consistentes em solucionar as celeumas, realizando a interpretação das leis.

Araújo (2018) afirma que ativismo é um conceito que carrega um dualismo; de um lado, é imprescindível, aos estados constitucionais, já que possibilita o aprofundamento dos direitos que se propõem a reconhecer e efetivar, o que implica uma certa margem de discricionariedade judicial¹. Por outro lado, o conceito traduz a sua própria exacerbação, que pode levar à deslegitimação do estado de direito.

¹ Entenda-se como discricionariedade judicial, no contexto deste artigo, a margem de decisão que decorre da vontade do intérprete, que não é negada por nós, mas que, em nossa visão, deve ser restringida na medida do possível, para que a decisão tenha uma fundamentação o mais racional possível. (ARAÚJO, 2018, p. 133)



Não se pode desconsiderar a importância da interpretação, que é realizada pelos juízes, mesmo que a sua “capacidade criadora” tenha sido objeto de inúmeros antagonismos e críticas. No entanto, conforme mencionado, a discricionariedade não pode ser ilimitada. Nesse sentido:

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. (CAPPELLETTI, 1993, p. 23-24).

Nessa direção, é necessário entender que interpretar é diferente de criar o Direito. Ao interpretar, inevitavelmente, o magistrado empreende certo grau de criatividade, mas, não deve haver uma total liberdade do intérprete. O juiz pode até “criar” o Direito, mas não sem vínculos, sem limites. Ademais, é factível que, em todo sistema jurídico buscou-se delimitar, processual e substancialmente, a liberdade judicial.

Importante destacar que, embora sejam acepções harmônicas, judicialização e ativismo judicial não são termos sinônimos. Barroso (2018), ao estabelecer as diferenças, explica que a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional das democracias contemporâneas; já o ativismo trata-se de uma atitude, da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Logo, “judicialização e ativismo judicial não são a mesma pessoa. São primos. Vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas têm origens e causas imediatas diversas.” (p. 2181)

Por ora, o que se pretende demonstrar é que o ativismo judicial pode ser considerado legítimo ou ilegítimo. Daí, importante observar se o magistrado empreende ações ativistas positivas ou negativas. Apesar de o termo estar em desgaste, a prática reflete na própria democracia (e nos objetivos basilares do Estado Democrático de Direito).

3 A INFLUÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo dos anos foram (des)construídas muitas definições sobre o Direito. Apesar da pluralidade de conceitos, fato é que todas as concepções estão ligadas à ideia de Estado. Assim,



o binômio Estado e Direito é indissociável. Logo, a compreensão do Estado Democrático de Direito perpassa pela existência do Estado.

Criou-se o Estado, o qual existe para que os interesses do homem possam ser atendidos. Quando o homem vivia em seu estado natural, percebeu que não poderia viver em sociedade se não houvesse uma efetiva proteção de seus interesses contra os outros indivíduos (seus semelhantes) da sociedade. Então, para que o Estado conseguisse atuar de forma a garantir a proteção dos interesses do homem, este teve de dispor de parte de sua autonomia, conferindo poderes àquele. Assim, percebe-se que o Estado foi criado para o benefício do homem, não para o seu martírio. Destarte, o Estado poderoso e controlador deverá sofrer limitações a sua atuação para que não ofenda a própria natureza de quem o criou, ou seja, o Estado possui limites, os quais estão ligados (limitados) à existência do indivíduo humano (AWAD, 2006, p. 114).

Em adição, Araújo (2018) assevera que o Direito existe porque há a imprescindibilidade de se regularem as relações entre as pessoas, prescrevendo padrões de comportamento e, supostamente, refletindo os valores da sociedade. Nesse âmbito, o papel do juiz é entender o propósito do Direito, no contexto da sociedade, buscando atingir esse propósito. É como se o Direito de uma sociedade fosse um “organismo vivo” e o juiz fosse um importante ator dessa mudança. No entanto, a necessidade de mudança requer também uma preocupação com a estabilidade, devendo ocorrer por evolução e não por revolução.

Nesse prisma, A Constituição de 1988 preconiza, logo em seu art. 1º², no título que trata sobre os direitos fundamentais, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, e que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, tudo nos termos da Constituição. Observa-se, nesse dispositivo, a explicitação dos princípios fundadores do Estado; logo, todo o restante do texto constitucional, nada mais é, que uma derivação e explanação do conteúdo dessa fórmula política.

Nesse contexto, em se tratando, principalmente, do artigo 1º da Constituição, Guerra Filho (1999) explica que há a definição de que a República Federativa do Brasil se constitui como

² Art. 1º **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático** de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifamos)



um Estado Democrático de Direito. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido, assim, como sendo uma explicitação do conteúdo dessa fórmula política. Logo, por mais extenso que seja esse texto, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa a sua interpretação acertada, além de ser uma missão de primordial importância, já que a Carta vem sendo submetida a tantas – e, já por isso, questionáveis – reformas.

Diante desse cenário se insere a problemática fundamentadora dessa pesquisa, consistente na investigação de aspectos do ativismo judicial, considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, e a sua influência da concretização dos direitos fundamentais que, “[...] de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, [...] são, originalmente, direitos humanos [...]” (GUERRA FILHO, 1999, p. 38).

Frise-se que, no Estado Democrático de Direito, a democracia e o constitucionalismo não podem estar apartados³. Aliás, a democracia é o terreno mais profícuo ao desenvolvimento dos direitos fundamentais (que, assim como o ativismo, possuem diversas acepções e antagonismos), que são complexos pela própria natureza e, conforme aludido, são, na sua essência, direitos humanos.

Alexy (2008) esclarece que há consideráveis entraves referentes à identificação de quais seriam os direitos fundamentais, e que os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o necessário papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir sua tarefa de modo mais racional. Portanto, é um desafio, no século XXI, definir quais são os direitos considerados fundamentais:

Considerar os temas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais um grande desafio do século 21 implica uma análise crítica sobre a possibilidade de perscrutar seu fundamento e, sobretudo, seu âmbito de normatividade, ou seja, não somente seu caráter ontológico, mas também seu caráter deontológico. O que se pretende quando se fala em direitos humanos e direitos fundamentais? Como garantir sua efetivação? A resposta a tais perguntas não pode comportar posicionamentos, ainda que provisórios, sem que se tenha conhecimento das bases sob as quais foram construídas teoricamente as doutrinas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Teoricamente, fundamentar é justificar racionalmente um argumento. O que se pretende, portanto, é a verificação da possibilidade de um fundamento de justificação racional dos direitos humanos e direitos fundamentais. E nesse sentido, difere a análise quando a busca se refere aos direitos que se tem como um dado concreto; da busca dos direitos que se gostaria de ter em nível deontológico (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 4).

³ Sobre essa questão, Carvalho Netto (2003, p. 282-283) explica que: “O constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democracia se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo”.



Nesse contexto, muitas respostas sobre a caracterização dos direitos fundamentais não comportam posicionamentos sequer provisórios, sendo que mencionada impossibilidade é argumentada diante da necessidade de justificar, racionalmente, o conceito do tema.

Porém, é possível entender que os direitos fundamentais são "todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos dotados de status de pessoa, de cidadão ou pessoa com capacidade de fato." (FERRAJOLI, 2006, p. 37)

Logo, um juiz considerado ativista, no sentido positivo, é aquele que atua de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, que busca tutelar os direitos humanos. Nesta senda, no sentido negativo, seria aquele que empreende uma interpretação expansiva do Direito; às vezes, o ativismo é não interpretar o direito.

Um juiz ativista, de acordo com Teixeira (2012), em sentido positivo, atua sempre na busca da proteção dos direitos fundamentais e, ainda, pauta as suas ações e decisões de modo a garantir a supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora, especialmente, quando se está diante da abstração de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Em adição, a tutela da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas, que possuem generalidade e abstração. Não raramente, é necessário abraçar competências institucionais que, ordinariamente, pertencem a outros Poderes. Porém, ao empreender essa postura, corre-se o risco de substituir a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.

Assim sendo, conforme leciona Barroso (2018), o ativismo judicial pode traduzir um comportamento legítimo ou ilegítimo. Explica que, quando se trata de tutelar grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do Judiciário para assegurar seus direitos fundamentais pode ser visualizada como sendo positiva pela maioria dos juristas e pela sociedade. Porém, considera que o termo, já desgastado, precisa ser revisitado, de modo a identificar essa atuação judicial quando virtuosa e humanista. Noutra margem, quando o juiz ou tribunal, ao invés de aplicar o direito vigente, ignora-o ou contorna-o de maneira artificial, com o propósito de promover os seus próprios valores, crenças ou preferências políticas, não há dúvida de se estar diante de um comportamento judicial impróprio. "Faz parte do conhecimento estabelecido que não é papel do Judiciário criar o direito, mas aplicar o direito em vigor." (p. 2184)



Nesse mesmo sentido, Petracioli (2018) finaliza asseverando que ativismo judicial é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa. Para isso, opta pela interpretação dos preceitos constitucionais, de modo que lhes são emprestadas efetividade e concretização de direitos, notadamente, de direitos fundamentais. Mas, adverte o autor que não se trata, absolutamente, de um movimento de criação livre do direito, sendo que essa proibição decorre, justamente, porque é supedâneo fundamental para a configuração do real ativismo judicial, consistente na interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes. Logo, o fito é criar, “através de norma de decisão, uma interpretação às disposições que inicialmente, à análise primeira, não exsurgiam dos comandos analisados, emprestando máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos.” (p. 314)

4 CONCLUSÃO

Abordar o assunto relativo ao “ativismo judicial”, com base na efetivação dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, foi o propósito da discussão aqui (pro)posta. Logo, a posição epistemológica assumida, dentre outros aspectos, buscou averiguar o ativismo, no âmbito dos direitos fundamentais, considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, eleger o recorte, demandou um retrospecto dos aspectos históricos e teóricos do ativismo. A efetivação da expressão aconteceu, pela primeira vez, em 1947, atribuindo-se a Arthur Schlesinger a utilização, em 1947, em um artigo na revista *Fortune*. No Brasil, o assunto ganhou notoriedade com a entrada em vigor da Constituição de 1988, tendo em vista que a Carta Magna atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o a uma atuação mais presente na sociedade. Assim, uma característica intrínseca ao nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade.

Evidenciou-se que a judicialização pode ser considerada um fato, uma circunstância do desenho institucional das democracias contemporâneas; noutra margem, o ativismo trata-se de uma atitude, da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Portanto, são proposições harmônicas, mas não sinônimas.

Isto posto, consideramos que o ativismo judicial, tão complexo, plural e ambíguo, se trata, dentre outras questões, do modo de interpretar a Constituição, considerando o seu sentido e



alcance, mas sem escusar da atividade jurisdicional, notadamente, na busca efetivação dos valores e princípios constitucionais. Inclusive, o ativismo judicial pode traduzir um comportamento legítimo ou ilegítimo e, em função disso, decorrem os aludidos posicionamentos críticos ou elogiosos.

Nessa direção, às vezes, os magistrados precisam arvorar em competências institucionais que, originária e ordinariamente, pertencem a outros Poderes. A celeuma está, justamente, na sequiosa ponderação e no equilíbrio, já que as ações, posturas e interpretações empreendidas não podem substituir a vontade do soberano, que criou a lei e a Constituição; a missão maior é garantir máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos.

Assim, um juiz considerado ativista, no sentido positivo, é aquele que atua de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, pautando as suas ações/decisões com fulcro na garantia da supremacia da Constituição. Nesse ínterim, o magistrado assume uma postura concretizadora, especialmente, quando se está diante da abstração de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Em contrapartida, no sentido negativo, seria aquele juiz que empreende uma interpretação expansiva do Direito; às vezes, o ativismo é não interpretar o direito. Nesse sentido, para encerramos as discussões, retomamos um excerto que nos é, exponencialmente, significativo para elucidar a celeuma proposta. Ser ativista é não aplicar o Direito em vigor, mas criar um Direito.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos Poderes e da soberania popular. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 167-198 (2015). Disponível em: < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562015000200006>. Acesso em: 31 dez. 2021.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rinc/a/D4bjTtgRm8YGST5Q53GXMVS/>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Rev. Just. do Direito Passo Fundo**, v. 20 n. 1 p. 111-120, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-2, 2012.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rdp/a/8FdmCG5b5vHMvTDHZyVvChh/?format=pdf&lang=en>>. Acesso em: 02 jan. 2022.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. **Rev. Direito GV**, vol.8 no.2 São Paulo July/Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013>. Acesso em: 01 jan. 2022.

CAPPELLETTI, MAURO. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, p. 281-289, 2003

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.



GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Dossiê: 25 anos da Constituição Federal, **Novos estud.**, CEBRAP, n. 96, Jul. 2013. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Hermenêutica constitucional e ativismo judicial no direito eleitoral: a questão da abrangência da causa de pedir na AIME e o combate ao abuso de poder nas eleições. Revista **Populus**, n. 4, dez./2018. Disponível em: < http://ej.e.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/14061/mod_page/content/16/Art.%2015%20-%20Rafael%20da%20Silveira%20Petracioli%20-%20Revista%20Populus%20N%C3%BAmero%204%20-%202018.1.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. Direito GV**, vol. 8, n. 1, Jun. 2012. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/>>. Acesso em: 29 dez. 2021.