



## O IMPACTO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PERCEPÇÃO PÚBLICA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DE SUAS DECISÕES

Isete Evangelista Albuquerque<sup>1</sup>  
Vilmar Antonio da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo central analisar a medida do impacto do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) na percepção pública da legitimidade democrática de suas decisões. De forma específica, aborda-se a jurisdição constitucional, discute-se o protagonismo judicial nas hipóteses de omissão legislativa, analisa-se a Constituição Federal como fonte de legitimação da jurisdição constitucional e, por último, debate-se a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional e o regime democrático. A partir da análise qualitativa e exploratória, a metodologia adotada foi a realização de uma revisão bibliográfica e documental em fontes de pesquisas diversas, de modo a ensejar reflexões sobre possíveis pressões e/ou influências existentes sobre o STF, diante do denominado ativismo judicial, que, por vezes, ultrapassa o próprio campo normativo dos mandamentos constitucionais. Como resultados, conclui-se que essa nova realidade constitucional aparentemente insere os julgamentos dentro de um cenário de conveniências políticas, deixando a sociedade brasileira receosa com o processo legitimante destas decisões, o que é deletério à própria democracia e ao desenvolvimento da função judicante diante da percepção pública do STF enquanto Corte constitucional e última instância recursal.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional brasileira. Ativismo judicial. Democracia. Legitimidade democrática das decisões do STF.

**Abstract:** The main objective of this work is to analyze the impact of the judicial activism of the Federal Supreme Court (STF) on the public perception of the democratic legitimacy of its decisions. Specifically, the constitutional jurisdiction is approached, the judicial protagonism is discussed in cases of legislative omission, the Federal Constitution is analyzed as a source of legitimation of the constitutional jurisdiction and, finally, the compatibility between the exercise of the constitutional jurisdiction and the democratic regime. Based on the qualitative and exploratory analysis, the methodology adopted was to carry out a bibliographical and documental review of different research sources, in order to give rise to reflections on possible pressures and/or existing influences on the STF, in the face of the so-called judicial activism, which sometimes goes beyond the normative field of constitutional commandments. As a result, it is concluded that this new constitutional reality apparently inserts the judgments within a scenario of political convenience, leaving Brazilian society fearful of the legitimizing process of these decisions, which is deleterious to democracy itself and to the development of the judging function in the face of the public perception of the STF as a constitutional court and the last appellate court.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Especialista em Direito Tributário e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora de Graduação da Universidade Federal de Roraima - UFRR. E-mail: isete-albuquerque@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito (área de Direito Internacional - DINTER UERJ/UFRR). Mestre em Desenvolvimento Regional da Amazônia pela Universidade Federal de Roraima - UFRR. Especialista em Didática e Metodologia do Ensino Superior pelo Centro de Ensino Superior de Rondonópolis. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Rondonópolis. Professor de Graduação da Faculdade Cathedral de Boa Vista - RR. E-mail: profvilmar@gmail.com.





**Keywords:** Brazilian constitutional jurisdiction. Judicial activism. Democracy. Democratic legitimacy of STF decisions.

## 1 INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional surge quando a democracia enfraquece sob o viés do sistema representativo, exercendo um papel central na manutenção do Estado Democrático de Direito e no desenvolvimento do regime democrático no Brasil.

Partindo-se da ideia de supremacia da Constituição, a jurisdição constitucional se tornou uma premissa da democracia, tendo a vontade popular como a vontade constitucionalmente positivada e mostrando-se compatível com o princípio da separação dos poderes, onde o magistrado exerceria apenas a cognição limitada de descobrir a vontade do legislador no momento de aplicação da lei.

Acontece que a inserção da justiça constitucional no contexto de solução de litígios sobre direitos fundamentais tem aumentado dentro do cenário de crise da democracia, destacando-se a atuação da Suprema Corte na busca incessante pela garantia e efetivação destes direitos, principalmente de interesses e direitos de uma minoria abandonada pelos demais Poderes (Legislativo e Executivo).

Considerando essa postura ativa do Judiciário diante da sociedade, com sua inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, transcendendo as funções de freios e contrapesos, porém, respeitando valores constitucionais, mesmo contra textos legislativos produzidos por maioria parlamentar, impõe-se reflexões sobre a crise de legitimidade que atravessa o Direito, a partir do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, para construção de novos caminhos de revalorização do Direito a conferir legitimidade democrática às decisões judiciais proferidas pelo STF.

Neste escopo, o presente trabalho tem como objetivo central analisar a medida do impacto do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na percepção pública da legitimidade democrática de suas decisões. De forma específica, aborda-se a jurisdição constitucional, discute-se o protagonismo judicial nas hipóteses de omissão legislativa, analisa-se a Constituição Federal como fonte de legitimação da jurisdição constitucional e, por último, debate-se a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional e o regime democrático.





Trata-se de um assunto com problemática pertinente e atual, cujo aprofundamento de seu estudo pelos autores surgiu a partir das aulas de Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em especial na disciplina “Tópicos Especiais de Direito Constitucional: Jurisdição Constitucional”, ministrada pela professora Dra. Vânia Siciliano Aieta, justificando-se a sua abordagem pela relevância jurídica e social, encontrando-se em posição central nas discussões acadêmicas e políticas das últimas décadas a seguinte problemática, sem pretensão de seu esgotamento: considerando possíveis pressões e/ou influências ‘externas’ existentes sobre o STF, no denominado ativismo judicial, que, por vezes, ultrapassa o próprio campo normativo dos mandamentos constitucionais, como resta a percepção pública da legitimidade democrática de suas decisões?.

## **2 PERCURSO METODOLÓGICO**

A partir de uma abordagem qualitativa e exploratória, a metodologia adotada foi a realização de uma pesquisa teórica com revisão bibliográfica e documental em fontes diversas, de modo a ensejar reflexões sobre possíveis pressões e/ou influências “externas” existentes sobre o STF, diante do denominado ativismo judicial, que, por vezes, ultrapassa o próprio campo normativo dos mandamentos constitucionais, invadindo o campo da política, para conceder respostas a questões de larga repercussão, e, assim, promover a efetivação do texto constitucional.

Neste intento, nos tópicos a seguir deste trabalho, que teve como pressuposto conceitual o ativismo judicial, foram analisados o avanço da jurisdição constitucional sobre o campo da política e o protagonismo judicial nas hipóteses de omissão legislativa para, em seguida, ser apresentada a constituição federal como fonte de legitimação da jurisdição constitucional brasileira, e, por fim, discutida a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional e o regime democrático, de modo a buscar contornar os riscos à democracia, para que o Judiciário não perca a sua legitimidade e assegure essa compatibilidade por meio do pleno exercício do direito de acesso à justiça a todos os cidadãos.

## **3 O AVANÇO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O CAMPO DA POLÍTICA**





O momento jurídico vivenciado no Brasil, nas últimas décadas, é de crescimento considerável da relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, “[...] campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições” (BONAVIDES, 2004, p. 127)<sup>3</sup>. Essa força legitimadora da instituição STF é o ponto central de análise deste trabalho, pois, como:

DISSE ZAGREBELSKY, com inteira razão, que duas são as condições da justiça constitucional: uma, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, cifrada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática. [...]. A segunda condição, referida por Zagrebelsky, é de manifesto teor material. Nela enquadrados a subsequente exposição e análise das dificuldades que ora atravessa, do ponto de vista da legitimidade, a jurisdição constitucional no Brasil, designadamente aquela exercitada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário (BONAVIDES, 2004, p. 127).

Com efeito, no século XX, três mudanças significativas de paradigma, quais sejam a superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público com conseqüente centralidade da Constituição Federal às interpretações jurídicas, foram essenciais para o surgimento de uma nova interpretação constitucional a atender as demandas de uma sociedade reconhecidamente complexa, plural e democrática; e, em especial, sobre a superação do formalismo jurídico:

Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos (BARROSO, 2017, p. 3).

Da constatação de que o Direito não consegue contemplar, em suas normas jurídicas, as soluções de todos os litígios de natureza subjetiva (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos), houve a aceitação, como dito acima, da legitimação de suas decisões em valores morais e fins políticos legítimos. Nisto, a celeuma

---

<sup>3</sup> O professor Bonavides (2004) traz, em nota de rodapé de sua obra, fundamental observação do Professor J. C. Vieira de Andrade, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sobre os direitos fundamentais, tendo, a seu ver, duas formas básicas de concretização da Constituição: uma concretização jurídico-interpretativa e uma concretização jurídico-política, sendo que esta última “[...] é típica (embora só típica) dos preceitos relativos aos direitos sociais, remetendo a Constituição, em regra, para opções políticas que, por natureza, são próprias do legislador: tratando-se de questões em que estão em causa uma sensibilidade e uma legitimidade políticas, a concretização dos preceitos há de pertencer em primeira linha ao legislador devendo o Tribunal Constitucional, por princípio, respeitar o poder da maioria, desde que esta não ultrapasse os limites constitucionais” (ANDRADE, 1995, p. 80, apud BONAVIDES, 2004, p. 144).





reside na expansão exacerbada do papel do Judiciário diante do avanço da justiça constitucional sobre o campo da política.

Estas decisões são prolatadas por juízes, que são não eleitos pelo povo, de investidura vitalícia e teoricamente preparados para decidir apenas situações específicas, sendo que, em casos difíceis, vem-se na necessidade de agir em substituição ao legislador, tendo assumido uma atuação mais ampla e discricionária.

Reconhecida a complexidade e o pluralismo da sociedade contemporânea e a impossibilidade de o legislador prever soluções em abstrato para todos os conflitos da vida, o STF ascendeu em seu papel representativo e contramajoritário, pois, uma vez provocado pela via processual adequada, não tem a alternativa de se pronunciar ou não sobre a questão suscitada (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Ademais, textos constitucionais, como no caso do Brasil, que incorporam direitos e princípios fundamentais e configuram um Estado Democrático de Direito, possibilitam, por parte da jurisdição constitucional, a realização de interpretações construtivistas de legitimação de aspirações sociais (CITTADINO, 2002).

Por conseguinte, ao se falar sobre a garantia da independência da jurisdição constitucional, que remete à independência dos magistrados, relevante destacar que “a independência dos juízes não os torna órgãos enclausurados porque as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que estão submetidos influem de forma direta na tomada de suas decisões” (HÄBERLE, 1997, p. 31-32, apud AGRA, 2003, p. 53).

Sabe-se que, como uma forma de garantir a independência do exercício desta jurisdição por parte dos ministros do STF, há a garantia da vitaliciedade dos membros que compõem este Tribunal, podendo permanecer no exercício de suas funções até setenta anos quando da aposentadoria compulsória (art. 101, *caput*, da Constituição Federal). Ocorre que essa vitaliciedade “dificulta o aprimoramento da jurisprudência, o que pode ensejar *gaps* com a realidade social e diminuir o grau de sua legitimidade” (AGRA, 2003, p. 55).

Além disso, o atual modelo constitucional de escolha de ministros do STF tem como requisitos fundamentais o notável saber jurídico e a reputação ilibada, contudo “[...] não há nenhuma garantia de que os juízes da corte constitucional tenham algum tipo de inteligência privilegiada ou superioridade moral que lhes outorgue maior legitimidade para decidir sobre esses desacordos” (BUSTAMANTE E BUSTAMANTE, 2016, p. 350).





O fato é que é preocupante este papel exacerbado desempenhado pelo Poder Judiciário diante de seu protagonismo judicial nos casos de inércia ou omissão dos demais poderes, não se podendo confundir supremacia da Constituição com supremacia judicial, que afeta o próprio sistema jurídico, cuja preocupação maior são exatamente os momentos de crises institucionais vivenciados no Brasil, em que há “[...] uma hipertrofia do Poder Executivo, uma erosão do Legislativo e, capitaneando o revés institucional, a colonização da Política pelo Poder Judiciário, transformando os magistrados em julgadores da conveniência e da interpretação [...]” (AIETA, 2019).

#### **4 O PROTAGONISMO JUDICIAL NAS HIPÓTESES DE OMISSÃO LEGISLATIVA**

O Judiciário, ao ser provocado para concretizar os valores e os fins constitucionais, vem adquirindo maior visibilidade e relevância frente à perda de credibilidade dos demais poderes.

Nisto, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, que permeiam os mesmos ambientes, apesar de origens distintas, podem representar riscos à legitimidade democrática, à falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinados casos concretos e à politização da justiça (BARROSO, 2012).

Enquanto a judicialização é um fato que decorre do próprio modelo constitucional que se adotou, o ativismo judicial é uma atitude proativa e expansiva de interpretar a Constituição, indo além do legislador constituinte ordinário (BARROSO, 2012). Todavia, devido ao fato de diversos estudiosos do direito acabarem utilizando ativismo judicial como um processo de judicialização da política, por vezes, pode parecer inexistir qualquer distinção semântica entre os termos.

Para a análise da presente investigação teórica, aprofunda-se a compreensão da expressão ativismo judicial como um fenômeno associado a uma maior interação do Judiciário por ser provocado para cumprir o texto constitucional, traço marcante da democracia contemporânea:

A ideia 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidades 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, 2012, p. 25-26).

Assim, a postura ativista, agindo de forma legítima, busca extrair o máximo de potencialidades da Constituição, passando a construir regras específicas de conduta quando o Judiciário se deparar com enunciados vagos; sem, porém, inovar o Direito, não adentrando no campo da criação do Direito.

O oposto ao ativismo judicial é a conduta de autorrestrrição judicial, que é aquela em que o Judiciário busca interferir o mínimo no âmbito de atuação dos demais poderes, o que implica menor aplicação da Constituição a matérias não expressamente previstas, para aguardar a atuação do legislador ordinário, dando deferência ao Poder Legislativo.

Na discussão jurídica de se identificar qual a posição exata de magistrados e legislador, quando do desempenho de suas funções, no arranjo institucional brasileiro, há uma das seguintes teses: a da negação ao ativismo judicial ou a da sua defesa em prol da legitimação dos direitos fundamentais, devendo, neste caso, os magistrados ultrapassarem os limites que lhe são impostos pela função jurisdicional (MIRANDA, s.a.).

Não raras vezes o Judiciário funciona como poder político diante da necessidade de atuar como legislador positivo, em face da inércia do Estado, ou de confrontar o que fora elaborado pelo legislador, modificando o que fora por ele originalmente previsto. Por exemplo, a decisão histórica do STF sobre a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, assegurando os direitos constitucionais à igualdade e à não discriminação e a concepção plural de família.

Há legitimidade jurídico-constitucional nesta decisão? Poderia a Corte adotar uma posição passiva e deixar de decidir o caso em questão? Seria uma espécie de protagonismo judicial num sistema constitucional democrático? Até que ponto a Corte inovou ao fazer a interpretação conforme a Constituição? O ativismo judicial estaria afrontando o princípio da separação de poderes? A decisão, no caso acima, foi necessária e oportuna, ainda que a via judicial não tenha sido a mais adequada considerando as atribuições constitucionais de cada poder<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar (STF. TRIBUNAL PLENO. ADPF 132 e ADI 4.277, relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011, p. 162) - (Ministro Gilmar Mendes, ADPF132, 2011, p. 162).





Para a concretização no mundo dos fatos dos preceitos constitucionais, é preciso que o Poder Judiciário venha "a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais" (STRECK, 2004, p. 180).

Indiscutivelmente, o Judiciário é chamado a se posicionar sobre determinados direitos fundamentais, valendo-se de seu papel contramajoritário<sup>5</sup> assegurado pelo regime constitucional. Este fato comprova a inércia legislativa e a migração de questões polêmicas para o STF sob o argumento de incapacidade do Legislativo em oferecer respostas a estas demandas.

Mas, na verdade, há um desinteresse por parte da maioria dos políticos em debater projetos de lei dessa natureza, cuja demora na aprovação dessas legislações finda em ações judiciais. Consequentemente, diversas questões são decididas primordialmente no Judiciário, dada a garantia constitucional processual de acesso à justiça, discutindo-se aqui em que medida essa alternativa utilizada teria legitimidade democrática.

O Judiciário tem sido utilizado como "instrumento de governo", na medida em que, além da função típica de julgar, passou a exercer a realização política de determinados valores por ineficácia dos demais poderes, que não adequam à realidade socioeconômica (FARIA apud CARVALHO E GONÇALVES, 2009, p. 161).

A consagração do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pela Constituição Federal de 1988 reclama por uma garantia de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Deste modo, não é suficiente o mero acesso ao Judiciário, devendo-se resguardar um acesso justo a uma sociedade carente de políticas públicas adequadas. Para tanto, este magistrado tem que ter uma visão da realidade social e política na qual está inserido.

É bem verdade que a atuação do Poder Judiciário nos contextos político, social e moral do Estado Democrático de Direito tem-se revelado um caminho desafiador na medida em que ela não pode traduzir-se em arbitrariedades ou autoritarismo. Não se pode aceitar um decisionismo subjetivista do julgador.

O imbróglio é que, infelizmente, o sistema político não tem desempenhado suas funções para a formação da vontade do Estado, reflexo de um país cujos partidos políticos preferem

---

<sup>5</sup> Pertinente destacar a observação de Moreira, transcrita por Streck (2004, p. 168), ao discorrer acerca da prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria: "O juiz constitucional somente pode censurar o legislador se e na medida em que esteja vinculado pela Constituição, *independentemente do mérito ou demérito das soluções legislativas em causa*".







assumir uma posição neutra de não tomar partido algum, utilizando-se, assim, da regra da boa vizinhança para assuntos considerados polêmicos.

## **5 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

A democracia e os direitos fundamentais são os pilares do constitucionalismo contemporâneo, pois, “não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia” (STRECK, 2004, p. 110).

Como o texto constitucional contém um viés social por se tratar de Estado Democrático de Direito, avançou comparado ao do Estado Liberal e ao do Estado Social Intervencionista, passando o Direito a ter um papel de transformador da realidade social (STRECK, 2004).

Ocorre que uma das tarefas principais do Estado Democrático de Direito é exatamente a garantia e a segurança imediata da Constituição, sendo “uma das questões-chave da moderna constitucionalidade” o controle da conformidade dos atos dos poderes públicos com a Lei Maior (CANOTILHO, 2003, p. 892).

Assim, em tese, o Legislativo teria melhores condições de implementar as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento social e econômico do Estado Democrático de Direito. E, portanto, aos demais poderes Executivo e Judiciário incumbiria a árdua tarefa de promover a concretização fática dos preceitos constitucionais editados pelo Legislativo.

Entretanto, sob a égide da máxima concretização da Constituição e da sua força normativa, o Judiciário assumiu para si a atribuição de meio de concretização da Constituição, transcendendo essa ideia inicial para ter uma postura mais ativa para o cumprimento dos preceitos relacionados aos direitos fundamentais e ao núcleo político previstos no texto constitucional.

Trata-se de um deslocamento do centro das decisões dos demais poderes para o Judiciário. Com isso, o paradigma do Direito mudou no que se refere à relação entre o juiz e a lei: não há mais que se falar em sujeição à letra da lei, mas sim sujeição à Constituição (STRECK, 2004).

Dada a realidade da ordem jurídica atual, o Judiciário não só deve, mas precisa, assumir essa postura, atuando para promover a máxima efetividade dos valores constitucionais, não





sendo mais uma atividade exclusiva do Legislativo. Todavia, essa postura não tem o condão de autorizá-lo a usurpar a função típica do Poder Legislativo, pois:

Nesta mesma senda, o Poder Judiciário, a Justiça Constitucional em sentido lato, realizaria a intermediação concretizadora das normas constitucionais em seu âmbito de atuação, qual seja, solucionando a lide posta, dizendo o direito ao caso concreto. Primando pela força normativa da constituição e sob a égide da efetiva concretização da norma, o papel do jurista, indiscutivelmente, deve ser o de atribuir máxima efetividade às Normas Constitucionais (ISAIA E AGUIRRE, 2005).

Essa atuação do Judiciário é vislumbrada como um agente democratizador de direitos e garantias fundamentais. É a presença de juízes atuantes, mas de um Direito justo, desamarrado de ideias conservadoras e/ou tradicionais, adequando-se à realidade social, proferindo decisões judiciais hermeneuticamente adequadas à Constituição.

Como a Lei Maior está comprometida com uma série de valores, expressos por meio de direitos e garantias fundamentais, são essas normas constitucionais que devem orientar a exegese constitucional. É evidente que o ato interpretativo do Judiciário não pode ser ilimitado, tendo a própria Constituição como norteadora a favor da democracia, de forma a preservar os direitos fundamentais e os valores democráticos.

Assim, “a nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental” (STRECK, 2004, p. 101), assegurando a realização dos valores constitucionais. Inclusive, numa eventual atuação contramajoritária, as decisões do Judiciário “[...] deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substanciais do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça” (BARROSO, 2009, p. 346).

Consequentemente, “os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada” (MENDES, COELHO E BRANCO, 2010, p. 328).

Enaltecendo a necessidade da adequação da prática constitucional aos valores inseridos no texto constitucional, Isaia e Aguirre (2005) argumentam que:

Assim sendo, é inevitável constatar que ao Poder Judiciário atribui-se também um valor político, sendo necessário repensar a prática constitucional. Deve-se adequar a prática constitucional aos valores inseridos no texto por um poder constituinte legítimo, por conseqüência, o pensamento e a prática comunitária dependem da Corte Constitucional e da atuação das demais instâncias do Judiciário, eis que este é o verdadeiro responsável pela concretização da constituição como força normativa da comunidade ética.





A prática constitucional em um Estado Democrático de Direito fez com que os magistrados se desprendessem do positivismo dogmático e aplicassem o direito de modo a atender à realidade social e aos valores e aos fins políticos e sociais, a favor do cumprimento da própria constituição.

Neste sentido, considerando a responsabilidade democrática dos juízes, a atuação judicial deve conduzir-se de modo compatível com as bases do constitucionalismo democrático, de forma a promover a concretização dos direitos fundamentais. A questão é que, muitas vezes, os julgadores acabam inovando no ordenamento jurídico ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos, já que:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral (BARROSO, 2009, p. 337-338).

Kelsen (2003, p. 153), por sua vez, sustenta a atividade da jurisdição constitucional como absolutamente determinada pela Constituição, pois “[...] é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”.

Obviamente, “o juiz ativista deve ser, portanto, um profissional singularmente atualizado, politizado, e comprometido com a materialização da constituição” (CARVALHO E GONÇALVES, 2009, p. 173), isto é, voltado para a concretização dos comandos constitucionais. Entretanto, essas decisões ativistas, reveladoras da aplicação da Constituição a situações concretas não expressamente contempladas no texto constitucional, devem ocorrer de modo eventual, em dados momentos históricos, dentro dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional.

## **6 A COMPATIBILIDADE ENTRE O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O REGIME DEMOCRÁTICO**

A transformação dos direitos do homem em direitos positivados em uma constituição, apesar de se reconhecer a necessidade de sua imposição, acarreta algumas dificuldades que Alexy (2011, p. 49-51) denomina de *quatro extremos*. São eles: grau de hierarquia extrema, força de imposição extrema, conteúdo extremamente importante e medida máxima de necessidade de interpretação.





Neste interim, o primeiro extremo decorre do fato de os direitos fundamentais terem *status* constitucional. O segundo, de eles vincularem os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O terceiro, de regularem apenas objetos que envolvam questões especiais significantes. E o quarto requer uma interpretação dos direitos fundamentais por meio de uma ponderação para evitar a ocorrência de decisões arbitrárias, que são incompatíveis com o princípio democrático. Assim, ao analisar a aplicação dos direitos do homem em casos concretos, cabe ao tribunal constitucional (ou órgão judiciário), como última instância de decisão, desempenhar o papel decisivo acerca da interpretação e ponderação dos direitos fundamentais.

Alexy (2011, p. 52-53) discorre ainda sobre três modelos que buscam explicar a relação entre direitos fundamentais e democracia. O primeiro, o modo de ver ingênuo, defende que não há contradição entre direitos fundamentais e democracia, já que ambos são “coisas boas”. O segundo, o modo de ver idealista, assegura ser possível uma conciliação entre ambos por meio de uma sociedade politicamente perfeita, cujos representantes do povo não almejam violar os direitos fundamentais de qualquer cidadão. E, por fim, o terceiro, o modo de ver realista, discute o paradoxo de os direitos fundamentais serem tanto democráticos como não democráticos. São democráticos na medida em que direitos fundamentais, como à vida, à liberdade, à reunião e à associação, asseguram uma existência humana em conformidade com o processo democrático-político. Entretanto, são não democráticos por demonstrarem desconfiança ao processo democrático por meio de uma força de imposição extrema aos três poderes.

Ao final dessas considerações, Alexy (2011, p. 54) posiciona-se argumentando que o ideal da Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser realizado por meio do reconhecimento de que o tribunal constitucional é a representação argumentativa do cidadão, ao passo que o parlamento é a representação política; e “a representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político”, possibilitando uma reconciliação entre direitos fundamentais e democracia.

De acordo com esta concepção deliberativa de democracia de Alexy, envolvendo dois tipos de representação (volitiva e argumentativa):

Legisladores se relacionam com os seus representados por meio da representação volitiva e argumentativa, enquanto cortes constitucionais são responsáveis perante os cidadãos exclusivamente por sua capacidade de oferecer argumentos plausíveis e corretos em favor de suas decisões autoritativas [...] (BUSTAMANTE E BUSTAMANTE, 2016, p. 355).





Portanto, no entendimento de Alexy (2011), as cortes constitucionais podem ser legitimadas por meio dessa concepção mais ampla de representação, firmando uma relação entre a representação argumentativa com a legitimidade de suas decisões autoritativas, com base em uma fundamentação racional e democrática, do qual discordam Bustamante e Bustamante (2016).

Nisto, “[...] se existem argumentos sólidos e corretos, assim como pessoas racionais, a razão e a correção são melhor institucionalizadas com a existência de uma jurisdição constitucional do que sem ela” (BARROSO, 2017, p. 19), sendo a representação do povo pelas cortes constitucionais puramente argumentativa.

Concordando ou não em ser a corte constitucional a representação argumentativa da sociedade, é indiscutível que o Poder Legislativo, ao criar as leis, jamais esgotará o Direito em si, dada a impossibilidade de prever abstratamente todas as situações ‘futuras’, dentro de uma sociedade heterogênea e complexa em sua essência.

Na era das complexidades sociais, do pluralismo e da heterogeneidade, “flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio, entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo” (BONAVIDES, 2004, p. 138).

O importante é que “quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade” (BONAVIDES, 2004, p. 132). Porém, isto não autoriza a existência de uma supremacia judicial a criar direito novo, como se fossem os únicos representantes da democracia. Tal comportamento ensejaria uma postura antidemocracia e ilegítima das cortes constitucionais de promover justiça conforme a consciência do julgador.

Num constitucionalismo democrático, identificada a inércia ou omissão dos demais poderes, que possuem prerrogativas de representar o povo, ainda que a atividade jurisdicional não se limite à interpretação de um direito previamente posto, a sua atuação deve ser de modo a fomentar os mandamentos constitucionais.

Até porque “Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno” (BONAVIDES, 2004, p. 141).

Tanto é verdade que, buscando contornar os riscos à democracia, para que o Judiciário não perca a sua legitimidade e assegure a compatibilidade entre o exercício da jurisdição





constitucional e o regime democrático, o pleno exercício do direito de acesso à justiça deve ser garantido a todos os cidadãos, pois, sem esta garantia constitucional processual não há que se falar em proteção destes direitos.

## **7 ANÁLISE E RESULTADOS**

Num cenário em que o Judiciário se apresenta como uma instituição representativa não eleita, o ativismo judicial deve ser utilizado em último caso, com muita prudência e moderação pelo STF, para atenuar os problemas que podem ocasionar no funcionamento das instituições e da democracia do país. Isto porque a sua aplicação não deve nem pode comprometer o próprio papel dos demais poderes no desempenho de suas atribuições e competências.

A crise de representatividade/legitimidade do Poder Legislativo frente ao ativismo judicial é um problema a ser enfrentado, já que o direito brasileiro passa, cada vez mais, pela necessidade da prática ativista a fim de conceder respostas a questões de larga repercussão, e, assim, promover a efetivação do texto constitucional. Deve-se repensar em como resgatar a função legislativa, constitucionalmente adequada, em um Estado Democrático de Direito.

É necessário reanalisar o momento político contemporâneo, a forma de atuação do Judiciário como um todo e o princípio democrático e jurídico de limitações do poder, para se resguardar o equilíbrio entre os poderes e o adequado funcionamento da ordem constitucional propriamente dita.

Infelizmente, observa-se, no Brasil, um influxo considerável de interferências políticas sobre o Judiciário, maléficas à promoção da justiça e da democracia, fortalecendo as ditaduras constitucionais e extirpando a legitimidade das instituições e do regime democrático. A legitimidade e a credibilidade da justiça constitucional brasileira estão enfraquecidas em face da complexa conjuntura político-social contemporânea.

Essa nova realidade constitucional aparentemente insere os julgamentos dentro de um cenário de conveniências políticas, deixando a sociedade brasileira receosa com o processo legitimante destas decisões, o que é deletério à própria democracia e ao desenvolvimento da função judicante diante da percepção pública do STF enquanto Corte constitucional e última instância recursal.

Diante disto, rejeita-se a discricionariedade descontrolada dos intérpretes e visa-se o bem da coletividade, afinal, o Judiciário deve atuar independente de influências políticas, mas





atrelado ao ordenamento jurídico brasileiro, dentro daquilo que lhe compete, como forma de preservação da democracia.

## 8 CONSIDERAÇÕES

A justiça constitucional deve assumir o seu papel dentro do Estado Democrático de Direito para fazer cumprir os direitos fundamentais no Brasil. Esse estado de coisas, que remete à atuação da Corte Suprema, demanda do STF sobriedade e parcimônia no trato da coisa constitucional, pois o Estado Democrático de Direito exige uma nova postura hermenêutica para que se admita a existência de uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição para cada caso concreto.

O Poder Judiciário, principalmente o STF, tem ganhado notoriedade no cenário nacional em detrimento dos demais poderes Executivo e Legislativo que, muitas vezes, revelam-se inertes/omissos em suas funções típicas. Eis o risco de um protagonismo judicial exacerbado, em que constantemente juízes e cortes substituem legisladores nos juízos políticos-morais, inserindo os julgamentos dentro de um cenário de conveniências políticas.

Essa nova realidade constitucional é sentida pelo homem comum, que tem percebido o impacto do ativismo judicial do STF ao extrapolar os limites de sua competência de decidir as questões sem invadir a função legiferante.

As decisões judiciais devem ser proferidas com fundamento no ordenamento jurídico brasileiro a favor da democracia e da materialização da Constituição. Julgador não deve criar direito, não pode decidir conforme suas convicções pessoais nem decidir da forma que melhor lhe pareça.

A sociedade brasileira tem acompanhado, cada vez mais, decisões importantes do STF, dedicando uma atenção, como nunca experimentada no Brasil, aos posicionamentos dos ministros desta Corte e refletindo sobre o processo legitimante e as influências destas decisões, o que é deletério à própria democracia e ao desenvolvimento da função judicante diante da percepção pública do STF enquanto Corte constitucional e última instância recursal.

Por fim, a atuação dos intérpretes do Direito é legítima se com base na Constituição, e não na imposição de suas convicções pessoais, principalmente se se considerar que o próprio



caráter existencial do Estado Democrático de Direito fundamenta a legitimidade da justiça constitucional, que tem o papel de preservar o binômio democracia – direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição constitucional**: diretrizes para o incremento de sua legitimidade. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

AIETA, Vânia. **Cumpra-se a Constituição**. Disponível em: <<https://www.oabRJ.org.br/colunistas/vania-aieta/cumpra-se-constituicao>>. Acesso em: 21 ago. 2022.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004, p. 127-150. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003/11575>>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUNAL PLENO. **ADPF 132 e ADI 4.277**. Relator: Ministro Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: DJe-198, Divulgação 13.10.2011, Publicação 14.10.2011.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. In **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 13, 2016, p. 346-388. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/17530/15891>>. Acesso em: 4 ago. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; GONÇALVES, Bárbara de Landa. Breves reflexões sobre a ampliação do acesso à justiça e suas repercussões no perfil dos





juizadores: a criatividade judicial. In **Revista Juris Poiesis**, ano 12, n. 12, jan-dez, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 2009.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. In **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano II, n° 2 e Ano III, n° 3 - 2001-2002. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/25512/poder\\_judiciario\\_ativismo\\_judicial.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf)>. Acesso em: 4 ago. 2022.

CRONEMBERGER, Danilo Nunes. **Constitucionalismo e diálogo institucional: uma análise dos limites pragmáticos e normativos da noção de ativismo judicial**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20085240/Constitucionalismo\\_e\\_Di%C3%A1logo\\_Institucional\\_Uma\\_an%C3%A1lise\\_dos\\_limites\\_pragm%C3%A1ticos\\_e\\_normativos\\_da\\_no%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_ativismo\\_judicial](https://www.academia.edu/20085240/Constitucionalismo_e_Di%C3%A1logo_Institucional_Uma_an%C3%A1lise_dos_limites_pragm%C3%A1ticos_e_normativos_da_no%C3%A7%C3%A3o_de_ativismo_judicial)>. Acesso em: 4 ago. 2022.

ISAIA, Cristiano Becker; AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello. O papel do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais frente o Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 841, 22 out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7451>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Saulo Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

