

## O ATIVISMO JUDICIAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

### *JUDICIAL ACTIVISM IN POSTMODERN SOCIETY*

Rubens Alexandre Elias

Juiz Federal. Professor da Faculdade de Direito de Franca. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

**Submetido em:** 17/03/2021

**Aprovado em:** 05/11/2021

**Resumo:** O presente artigo busca analisar, com referências teóricas, a intrincada questão do ativismo judicial, tema recorrente não apenas no Brasil, mas também nos Estados Unidos e outros países. Sob esta perspectiva, é analisado o conceito de ativismo judicial, tipologias e a sua origem no direito alemão e no direito norte-americano. Logo a seguir, aborda-se o tema do ativismo judicial sob a perspectiva moral e política, no sentido filosófico, como premissa para o estabelecimento de suas bases teóricas. Neste mesmo sentido, é feita a análise do papel do Poder Judiciário na direito pós-moderno, marcado por enorme complexidade em decorrência das inovações tecnológicas.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Poder Judiciário; Sociedade pós-moderna.

**Abstract:** *this article aims to analyze, with theoretical references, the intricate question of judicial activism, a recurring theme not only in Brazil but also in the United States and other countries. From this perspective, it's analyzed the concept of judicial activism, its typologies and their origin in Germany and American Law. Then, the issue of judicial activism is approached from a moral and political perspective, in its philosophical sense, as a premise for the establishment of its theoretical bases. In this same sense, an analysis is made of the role of the Judiciary in postmodern law, marked by enormous complexity due to technological innovations.*

**Keywords:** *Judicial Activism; Judicial power; Postmodern Society.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O conceito de ativismo judicial. 2. A atuação judicial como problema moral e político. 3. O Poder Judiciário no contexto pós-moderno. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No Brasil – e em muitos outros lugares – muito se tem falado de ativismo judicial, quase sempre em tom crítico e pejorativo.

As imprecisões são lançadas contra os juízes, em geral, mas avultam quando se trata de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre temas bastante polêmicos como a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, descriminalização do aborto de feto anencefálico, descriminalização do uso de drogas, interpretação restritiva do foro privilegiado dos ocupantes cargos públicos, criminalização da homofobia, execução provisória da pena a partir da condenação do réu em segunda instância e outros.

Independentemente da opinião que se tenha sobre cada um destes temas, vem a lume a questão do ativismo judicial.

Em que pese o uso frequente desta expressão, nem sempre existe a preocupação do tratamento metódico do tema, a começar pelo seu conceito. Em boa parte das críticas, em regra atribuindo excessos aos juízes, há um claro descontentamento com a decisão em si, não sobre o seu método ou edifício teórico em que se pautou. Sendo diverso o resultado, é bem possível que a voz da crítica se converta em elogio.

Há que se lembrar, todavia, que a bússola do magistrado não pode ser o contentamento das partes, a opinião pública ou alguma ideologia partidária. Ele está compromissado apenas com a interpretação coesa e sistemática do ordenamento jurídico, o que exige dele, em alguns casos, por obra do próprio arcabouço jurídico, mais do que a simples análise dogmática das normas que compõem o sistema.

Em muitos casos, além da análise da validade e coerência dos textos normativos, o juiz se defronta também com princípios e regras de caráter programático, cuja integração hermenêutica é impossível sem algum esforço de valoração e sentido prático de suas decisões.

É o que basta para que os descontentes logo lhe atribuam uma grave heresia jurídica, vulgarizada sob a acusação de “ativismo judicial”.

Não há dúvidas de que quase todas as questões judiciais podem comportar diferentes soluções. Mas, seja qual for, ela dificilmente escapará das diatribes de quem se mostra infeliz com o resultado.

Todavia, a crítica à atividade jurisdicional não pode ser reduzida a um mero juízo de “gostei” ou “não gostei”, em que se busca desqualificar o julgador e não a sua decisão, traduzindo uma superficial compreensão do papel do direito e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito.

A sociedade pós-moderna, complexa e angustiante, torna ainda mais espinhosa a missão do juiz, marcadamente nas questões de cunho valorativo e de grande repercussão social, o que convida a uma profunda reflexão sobre ela.

## 1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Sob o prisma lógico de um discurso, o “ativismo judicial” constitui uma proposição sintética.

Tem-se como proposição sintética – em contraposição à proposição analítica – aquela em que é atribuído ao sujeito um predicado contingente (não necessário) e que, portanto, deve ser confirmado mediante a experimentação ou observação (ALVES, 2003, p. 120-121).

Sob este aspecto, cumpre observar que a utilização da expressão é relativamente recente no mundo jurídico.

Observa Diogo Bacha e Silva (2013, p. 163-166), segundo a perspectiva dialética, que os institutos jurídicos encontram definição no mundo concreto, sempre no contexto do uso, de modo que o ativismo deve ser analisado de acordo com sua própria história conceitual.

Diz o apontado autor que a significação atual do termo “ativismo judicial” tem origem na análise dogmática processual da doutrina alemã, em referência inicial de Franz Klein, no ano de 1901, para designar aquele magistrado que, na condução do processo, possibilita a diminuição ou eliminação das desigualdades fáticas entre as partes, principalmente pelo uso do poder instrutório.

Por outro lado, nos Estados Unidos, a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez em artigo da revista americana *Fortune*, no ano de 1947, escrito pelo jornalista Arthur Schlesinger Junior, sobre os juízes da Suprema Corte (SILVA, 2013, p. 167; HUTZLER, 2018, p. 08). Ali, a expressão surgiu num contexto mais amplo, em que o julgador não separa direito e política, sob uma visão aberta do mundo jurídico, em que se destaca a chamada Corte de Warren (1953 a 1969), durante a qual houve grande modificação na prática política dos Estados Unidos em prol dos direitos individuais.

Em sintética conclusão, assinala Diogo Bacha e Silva (2013, p. 163-164) que o ativismo judicial tem conotação, sob uma perspectiva conservadora, da não observância, pelos juízes e tribunais, dos seus limites de atuação, seja por meio de um ativismo contra majoritário, seja mediante uma criatividade jurisdicional exacerbada, caso em que se utiliza o termo tanto para criticar como para elogiar a atuação judicial.

Segundo as diversas concepções existentes, William Marshall (*apud* HUTZLER, 2018, p. 68-69) apresenta sete tipos de ativismo judicial:

- a) Ativismo contramajoritário: quando os tribunais relutantes discordam das decisões tomadas pelos poderes democraticamente eleitos;

- b) Ativismo não originalista: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;
- c) Ativismo de precedentes: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos.
- d) Ativismo jurisdicional: quando os tribunais não obedecem aos limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;
- e) Ativismo criativo: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional.
- f) Ativismo correccional/remediador (ou remedial): quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas.
- g) Ativismo partidário (ou partisan): quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinando segmento social.

Tendo em conta a citada tipologia, Fernanda S. Hutzler anota que todas, de certo modo, pressupõem a disfunção no exercício da atividade jurisdicional (ob. cit., p. 69).

Ademais, ressalta que o “ativismo judicial” ultrapassou as fronteiras do *common law* e chegou um pouco mais tarde ao sistema do *civil law*, na medida em que o constitucionalismo do segundo pós-guerra passou a ser reconhecido pela positivação de uma série de princípios, ampliando os espaços da jurisdição, com destaque para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e sua “jurisprudência de valores”, a partir da década de 1950 (idem, p. 69-70).

No cenário brasileiro, o tema do “ativismo judicial” se notabilizou após o advento da Constituição Federal de 1988, normalmente acompanhado de acusações de confrontação com as decisões tomadas pelos demais poderes (ativismo contramajoritário) ou de criação de novos direitos ou teorias constitucionais (ativismo criativo).

Seriam estas, de fato, disfunções na atividade de julgar? Ou meros corolários do sistema constitucional que passamos a adotar com a Carta de 1988? Vejamos os tópicos seguintes.

## 2. A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO PROBLEMA MORAL E POLÍTICO

Existe no campo do direito uma certa tendência a considerá-lo um fenômeno estático, autônomo e rigorosamente previsível, em parte por influência do positivismo jurídico – e do neopositivismo – e em parte também pela própria ideia de segurança e estabilidade que deve ser proporcionada pela ordem jurídica.

Ocorre que o fenômeno jurídico, como todo fenômeno cultural, não pode ser reduzido ao seu substrato dogmático e, conseqüentemente, à lógica formal como instrumento interpretativo.

Em que pese a importância do normativismo jurídico para a estruturação lógica e sistêmica do direito, de modo a torná-lo mais compreensível e ordenado aos seus operadores no plano da validade e eficácia das normas jurídicas, a história recente do mundo ocidental ensina que o direito deve ser adaptado às suas circunstâncias, segundo a compreensão dialética e diacrônica de um mundo em constante transformação.

Sucintamente, podemos concluir que o fenômeno jurídico, embora esteja estruturado em padrões normativos preestabelecidos (constituição, leis, princípios, etc.), não se esgota nisso, posto que sempre haverá circunstâncias que levarão ao questionamento sobre os melhores caminhos a serem tomados para a solução de problemas concretos, principalmente aqueles considerados difíceis.

Conforme anota Ronald Dworkin (1999, p. XI), “como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”

Neste sentido, é difícil – para não dizer impossível – dissociar o fenômeno jurídico do problema ético e do problema político, em sua acepção filosófica.

Tomando de empréstimo a lição de Battista Mondin (1980, p. 91), a ética ou moral é o estudo da atividade humana com relação a seu fim último, que é a realização plena da humanidade. Neste passo, o problema ético se depara com dois aspectos principais: o “problema crítico” (fundamento e valor dos códigos, princípios, normas e convicções morais) e o “problema teórico” (entre outras coisas, o critério daquilo que é moral ou imoral; o fim último da vida humana e os meios mais aptos para atingi-lo).

Aplicando estes conceitos ao direito, o “problema crítico” nos levaria a questionar, por exemplo, por que devemos seguir as normas jurídicas? Todavia, este não é um problema a ser aqui analisado, até porque existe um razoável consenso de que o direito posto deve ser obedecido como nosso mais importante código social – exceto, talvez.

Por outro lado, o chamado direito pós-moderno tem se deparado constantemente com o “problema moral teórico”, ao colocar em confronto temas como a igualdade de gêneros e de raças, as dimensões da liberdade, o dilema ambiental, o direito à privacidade nas redes sociais, os desafios jurídicos gerados pelas novas tecnologias e vários outros temas.

Neste sentido, podemos questionar, por exemplo, até onde e o que justifica a igualdade entre homens e mulheres? Ou, então, sobre a questão ambiental, o que deve ser priorizado no conflito entre interesses econômicos e interesses ambientais na realização de uma obra pública? Em relação ao direito laboral, se um motorista do aplicativo Uber deve ter os mesmos direitos de um trabalhador comum? No âmbito civil, até que ponto devem ser considerados válidos os contratos de adesão (termos de uso) de um bem fornecido por via digital? Sob o aspecto penal, até que ponto deve ser presumida a inocência do réu no processo penal?

Todas estas questões envolvem escolhas que vão além do mero sentido literal de um texto. Neste caso, podemos esperar que o Poder Judiciário assumira uma postura exclusivamente dogmática, no sentido de aplicar a norma positivada, declarando o sentido que explicitamente jaz sob ela? É certo que não!

Estes são casos em que o juiz terá que fazer uma escolha entre dois ou mais caminhos possíveis. Não há solução verdadeira ou falsa, como poderiam supor os adeptos da lógica formal ou matemática. Há caminhos diferentes e a decisão judicial implicará na escolha de um deles.

Nestes casos, ao decidir por um caminho, a decisão judicial agradará a alguns e desagradará a outros. Seja qual for a solução, provavelmente o juiz ou tribunal sofrerá a acusação de ativismo judicial, por um simples motivo: isso é inevitável!

Ao decidir questões complexas, que não encontram solução objetiva em face do texto da lei, o Poder Judiciário assumirá, por força das circunstâncias, uma atitude moral, no sentido de eleger um dos caminhos entre aqueles possíveis, já que, sob pena de omissão, não lhe é dada a opção de não decidir.

Mais do que a atitude moral, o juiz ou tribunal também culminará por adotar uma postura política, no sentido filosófico do termo, que nada tem a ver com política partidária (chamada de ativismo partidário ou “partisan” – uma corrupção do papel político-institucional do Poder Judiciário).

Para melhor explicitar este aspecto político da atuação judicial, recorreremos, mais uma vez, à lição de Battista Mondin (1980, p. 114-115), no sentido de que “o menor dos atos humanos e qualquer realidade, por minúscula que seja, estão envolvidos num regime social e político que os dirige e os compenetra, por toda a parte”.

Assim, o problema político é relativo ao papel do Estado, sua organização, melhor forma, sua função e o seu fim específico, marcando a relação, sobretudo, com os indivíduos e suas formas de representação (associações, partidos, etc.).

Sob uma constituição e leis pródigos em declarar princípios, direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário assume um protagonismo inevitável, tornando quase tautológico o rótulo de ativismo judicial.

Deste modo, nos dias atuais, há uma grande distância entre o juiz pós-moderno e a “boca inanimada da lei” proclamada por Montesquieu em seu “Espírito das leis”.

O Poder Judiciário recebe uma tarefa hercúlea que, de certa maneira, faz remeter ao Mito de Sísifo, no sentido de receber uma tarefa interminável, como Sísifo recebeu por ter enganado a morte, sendo condenado pelos deuses, por toda a eternidade, a rolar uma pedra montanha acima e recomeçar sua tarefa tão logo o peso da pedra a fizesse descer de volta (BRANDÃO, 1996, p. 226).

### **3. O PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO PÓS-MODERNO**

Nos dias de hoje, chegamos à sociedade pós-moderna, caracterizada por mudanças radicais na ordem social, sobretudo em função da ciência e da tecnologia (MORRISON, 2012, p. 615-616, notas de rodapé).

Impulsionados pelas grandes facilidades de comunicação, em que se destacam as redes sociais, pessoas e grupos se unem em torno de reivindicações constantes e incisivas por igualdade, segurança, bem estar e liberdade, como ocorre com o movimento feminista, os movimentos sociais e os movimentos LGBT.

Em outro âmbito, grandes contingentes de pessoas vão às ruas exigir mais seriedade e moralidade no trato da coisa pública.

Como podem os Poderes Constituídos responder a isso com rapidez e efetividade? Como acomodar estes interesses e aqueles que lhes são contrários? O poder formal está preparado para dar esta resposta, até mesmo para “cortar na própria carne”, quando for o caso?

Sob esta ótica, a realização da justiça tem íntima conexão com a ideia que se tem do próprio Estado, suas funções, atribuições e limites.

No dizer de Plauto Faraco de Azevedo (1996, p. 23-24), a justificação do Estado não se encontra fora do âmbito da indagação jurídica, constituindo, na realidade, um de seus núcleos fundamentais.

Como simples exemplo, a abordagem do direito à saúde ou ao trabalho pode ser muito diferente no Estado Liberal e no Estado Social, porque eles têm

fundamentos e objetivos diferentes, o que interfere na relação estatal com os indivíduos.

Assim, as ideias de justiça e do Estado têm um caráter vetorial da ciência jurídica, como forma de pavimentar o caminho para a interpretação e aplicação do direito. Em consequência, a aplicação do direito passa, necessariamente, pela análise da estrutura, função e finalidade do Estado.

Como ensina Dalmo de Abreu Dallari (1989, p. 51 e s.), entre os elementos integrantes do Estado Moderno – além da soberania, território e povo – está também a sua finalidade, pois não se chega a uma ideia completa do Estado sem a consciência dos seus fins, existindo estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha.

Neste diapasão, conforme o citado autor, os fins do estado podem ser “*expansivos*”, “*limitados*” e “*relativos*”.

Os fins são expansivos quando o Estado se agiganta diante dos indivíduos e acaba por anulá-los, como é próprio dos regimes totalitários.

No outro extremo, os fins são limitados quando a intervenção estatal na sociedade é a menor possível, como se dá no chamado Estado Liberal clássico.

De outro giro, os fins serão relativos quando o Estado tem fundamento na ideia de solidariedade e visa sempre o “bem comum”, buscando assegurar a igualdade jurídica (igualdade perante a lei; gozo idêntico de direitos civis e políticos; igual participação nos ônus públicos), como se dá com o Estado Social ou Estado Providência.

Não há dúvida de que o povo brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, fez a opção pelo Estado Social, num regime de social democracia, como evidenciam os seus fundamentos (art. 1º) e os seus objetivos (art. 3º).

Em consequência, devem ser feitos todos os esforços pelos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) para materializar o bem comum, principalmente na promoção dos direitos fundamentais (art. 5º) e direitos sociais (art. 7º).

Neste contexto, entram em evidência o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à saúde, à privacidade, à livre iniciativa, ao trabalho, à previdência social, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e vários outros, na forma da Carta Maior e das leis em geral.

Esta plêiade de direitos, nem sempre convergentes, será uma fonte inesgotável de tensão entre pessoas, grupos e instituições, exigindo dos poderes constituídos respostas efetivas e tempestivas, o que nem sempre acontece, seja pela

grande complexidade dos conflitos ou pela incapacidade destes poderes atuarem a contento, o que fatalmente provoca a judicialização destes interesses.

Como exemplos concretos, podemos citar a descriminalização do aborto, que está diretamente relacionada com o direito à vida (do embrião ou feto) e à liberdade (da gestante). O princípio da presunção de inocência, por seu turno, passa pela necessária avaliação do direito à liberdade e do direito-dever de punir do Estado. Já a liberdade de imprensa é frequentemente colocada em confronto com o direito à privacidade.

Em temas como estes, não se pode esperar que o Poder Judiciário assuma a figura de mera “boca inanimada da lei”, ainda que, na origem desta teoria – da tripartição dos poderes – estivesse o louvável objetivo de consagrar os princípios da independência e da imparcialidade judicial.

Os tempos são bem outros! A forma e os fins do Estado mudaram profundamente desde que Montesquieu elaborou sua teoria. Das monarquias aristocráticas, avançamos para o Estado Liberal no Século XIX e para o Estado Social no Século XX, impulsionados, sucessivamente, pela Revolução Industrial e pelos horrores causados por duas guerras mundiais.

A esta altura, não há mais lugar para a redução do direito aos seus requintes formais, como professam os cultores do positivismo jurídico e da dogmática jurídica – de onde partem, normalmente, as maiores acusações de ativismo judicial –, pois esta forma de pensar o direito se mostrou absolutamente incapaz de resolver as complexas e diferentes questões contemporâneas, agora aprofundadas por grandes transformações causadas pela revolução tecnológica.

Conforme assinala Wayne Morrison (2012, p. 616), “o projeto do positivismo jurídico buscou proteger a autosuficiência formal do direito contra a moralidade, mas ao fazê-lo transformou o direito empírico no servo amoral das forças sociais”. Em parte, o positivismo encarou um grande fracasso!

Esta nova realidade obriga os juízes a assumir a postura de sujeito moral, que tem a responsabilidade de fazer escolhas para buscar os caminhos que pareçam melhores, submetendo-se a um permanente crivo popular e midiático, quase sempre crítico e desfavorável.

Apesar disso, o ativismo judicial não tem conotação usurpadora, ao contrário do que fazem indicar seus críticos, mais infensos aos resultados da atuação judicial do que aos seus métodos. Ao contrário, como resultado do Estado Social e dos desafios pós-modernos, o ativismo judicial tornou-se quase uma espada no pescoço dos juízes e tribunais.

O fato é que, principalmente nas chamadas questões complexas, é inevitável que o magistrado busque alcançar a sintonia do direito com as exigências desta sociedade, o que não se consegue com a simples aplicação da letra fria da lei, mas com uma atitude moral e política – repisamos, no sentido filosófico.

Se algum juiz ou tribunal faz mal uso deste poder – por exemplo, promovendo o ativismo partidário –, é questão reservada a outro âmbito de análise.

Questões relacionadas à igualdade, à liberdade, ao equilíbrio do meio ambiente, só para citar algumas, não se resolvem sem a análise dos valores preponderantes e dos fins da vida social como bens preferenciais.

Esta atitude pós-moderna – chamemos assim – exige a distinção entre a imparcialidade e a neutralidade judicial, coisas muito diferentes, como leciona Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 91-93), pois, ao mesmo tempo em que se mostra totalmente incompatível qualquer militância política do juiz, é inadmissível pretender que um magistrado não tenha vida social, não tenha ideias e nem uma compreensão do mundo, como se não fosse humano. Neste contexto, o “juiz asséptico” não passa de uma caricatura de imparcialidade.

Em obra clássica (1993, p. 19), Mauro Cappelletti acentua que a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de “checks and balances”, em face da pararela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno.

Portanto, neste contexto pós-moderno, a questão central deixa de ser o ativismo judicial e passa a ser as condições para que ele seja promovido de forma prudente e razoável, o que põe em cotejo a formação jurídica oferecida pelos cursos de direito, os critérios de seleção de magistrados, o aperfeiçoamento profissional durante o exercício da função e a estrutura judiciária que existe em torno do juiz.

O bom exercício da função vai exigir, antes de mais nada, mudanças profundas na forma de se ensinar o direito nas faculdades e universidades, para que se dê ênfase também ao caráter pragmático do direito, aos seus fins e seus resultados, com o estudo mais profundo, por exemplo, das questões econômicas, sociais e tecnológicas, não bastando a formação exclusivamente dogmática e formal das disciplinas jurídicas.

Por outro lado, a seleção de magistrados deve valorizar, além da capacidade técnico-formal, o perfil e vocação dos candidatos para o exercício comprometido da magistratura, tendo em vista seus desafios e objetivos pós-modernos, evitando a contaminação pela apatia ou despreço aos resultados concretos de sua atuação.

Ademais, as dificuldades da jurisdição recomendam a especialização de função para o trato de questões de alta indagação, bem como o constante aperfeiçoamento dos magistrados para o enfrentamento de litígios desta ordem, com os recursos necessários para isso, o que, na atualidade, deixa muito a desejar, dado o argumento de escassez orçamentária.

Como assinala Richard A. Posner (2007, p. 607-610), o raciocínio jurídico não pode ser “autônomo” (limitado ao raciocínio lógico sobre as regras formais) nas tomadas de decisões. A criação de um Judiciário independente envolve a substituição da legitimidade política pelo profissionalismo e a experiência prática, em que as regras jurídicas aparecem como diretrizes e não como ordens. Neste sentido, os juízes não se limitam a descobrir, mas também ajudam a criar o direito.

É preciso, como diz o referido autor, algum pragmatismo na tomada de decisões, no sentido de olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações humanas, com atenção às questões culturais e às instituições sociais, com a convicção de que o pensamento e as ações sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em apreço, com ênfase na avaliação das consequências (POSNER, p. 621-622).

## CONCLUSÃO

Todos nós temos o dever de contribuir para que a sociedade se torne melhor e que a democracia se aperfeiçoe como processo político. Não apenas o Estado, mas também o cidadão, as associações, as empresas e a imprensa, entre outros, cada qual no seu papel, devem estar engajados na missão de construir um mundo melhor.

Evidente que seria uma utopia esperar que todos os cidadãos, individualmente, tenham plena consciência e disposição para harmonizar seus interesses com um bem maior.

No entanto, é imprescindível que a sociedade tenha objetivos comuns e que eles sejam afirmados nas ações morais e políticas do Estado, em consonância com o que prevê a ordem jurídica – como teia estrutural desta mesma sociedade.

A diferença entre o Estado e os demais atores da vida social é que ele tem a função precípua de buscar o bem comum, em todas as esferas políticas e em todos os ramos do Poder, sem que nenhum deles tenha exclusividade sobre isso.

Embora uma sociedade democrática seja produto de todo o grupo social, cabe ao Estado, segundo os fundamentos, objetivos, princípios e regras inscritos

na sua constituição, o papel irrenunciável de atuar para a promoção efetiva dos valores e bens sociais mais importantes, dentre os quais, nos últimos tempos, têm se destacado as reivindicações por liberdade, segurança e moralidade pública.

Neste contexto, em que se avolumam as inquietações, incertezas e angústias da sociedade pós-moderna, é perceptível que todas as esferas de poder devem estar mais sensíveis e reativas às necessidades sociais. Ainda que não se esperem soluções instantâneas, tampouco se pode aceitar que o estado brasileiro – aqui falamos de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – continue reagindo a tais anseios em velocidade paquidérmica.

Já não há mais lugar para as práticas políticas obscuras, os domínios oligárquicos ou ideologias partidárias obsoletas, que levam de roldão o interesse público.

Segundo nossas contingências históricas, a sociedade clama por mudanças de todos os setores do poder.

Em que pese a separação dos poderes ainda – e sempre – seja um dos pilares das democracias modernas, já não é mais concebível que os papéis do Executivo, Legislativo e Judiciário sejam estabelecidos em bases absolutamente rígidas e estanques.

Como decorrência dos valores e fundamentos da Constituição Federal, esta separação só pode ser entendida em caráter funcional, o que implica, mediante a devida provocação da parte interessada, que o Poder Judiciário, principalmente, afirme os valores constitucionais e indique rumos à sociedade, quando isso se fizer necessário para a busca do bem comum.

Nem de longe, isso quer dizer que o Judiciário pode assumir e usurpar as atribuições inerentes ao Legislativo e ao Executivo.

Tanto menos atuará o Judiciário se os demais Poderes tiveram capacidade e agilidade para responder em tempo hábil aos anseios sociais.

Esta funcionalidade da separação de poderes implica, certamente, no que muitos chamam de “ativismo judicial”, posto que exige dos juízes e tribunais uma atitude moral e política, no sentido filosófico destes termos, através de decisões que impliquem escolhas vitais para que o corpo social continue saudável e ativo.

Todavia, o equilíbrio democrático exige que o ativismo se dê com extrema prudência, segundo bases razoáveis e transparentes de atuação, o que implica tomar decisões que encontrem respaldo na Constituição, nas leis e, até onde se fizer necessário, com o auxílio de disciplinas como a filosofia, a antropologia, a economia e a sociologia.

O que não se pode admitir é que a inércia estatal seja encarada com desatinada normalidade, como se os problemas do corpo social pudessem aguardar indefinidamente por uma resposta do Poder Público.

Neste caso, tomando em consideração a tipologia citada em tópico anterior, o que se admite, em alguma medida, é o chamado “ativismo criativo” (no sentido de reconhecer situações jurídicas dedutíveis de normas constitucionais ou legais), porém, jamais o “ativismo partidário” (aquele submetido a interesses partidários ou ideológicos específicos).

Enquanto o “ativismo criativo” pode ser justificado em bases jurídicas e pragmáticas, o “ativismo partidário” não passa de atividade político-partidária judicial, francamente anômala e ilegítima.

Sob tais premissas, parece legítimo ao Poder Judiciário que, no caso de inércia dos demais Poderes ou descompasso com as premissas maiores da Constituição Federal, ocasionalmente atue para indicar caminhos ao corpo social, desde que suas decisões sejam tomadas em bases razoáveis.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. - Vol. I.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HUTZLER, Fernanda Souza. *O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- MONDIN, Battista. *Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras*. São Paulo: Edições Paulinas, 1980.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SILVA, Diego Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 163-178, jul./set. 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.