

## Constitucionalmente Democrático

Flávio Mendes Baumgarten Baião

**Resumo:** *Sem qualquer tipo de dúvida, alguns dos maiores avanços, do ponto de vista institucional, foi a disseminação de regimes democráticos e de um movimento (neo) constitucionalista preocupado com a adesão aos Direitos Humanos expostos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ocorre neste cenário, porém, um conflito cada vez mais recorrente dentro dos Tribunais Constitucionais, cognomeado “Ativismo Judicial”. Esse fenômeno, distintamente da Judicialização – esta que é uma opção feita pelo constituinte originário e ordinário, ao trazer matérias para o âmbito jurídico -, consiste numa atividade ideológica por parte dos aplicadores do Direito que busca extrair o máximo possível de eficácia de uma norma constitucional através de uma leitura mais abrangente de seu texto, tendo como base a ideia de Maximização da Constituição e de Abstração, de Prioridade e de Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais. O que se contrapõe a este movimento são os argumentos de falta de capacidade institucional do poder judiciário de tomar certas decisões, sua falta de legitimidade democrática por não ter sido eleito pelo povo para poder contrariar as decisões dos que de fato o são, e o risco de contaminação de imparcialidade nos julgamentos por se estar adentrado numa seara eminentemente política. De modo diverso, se entende que a obrigação de guarda da constituição (art. 102, caput, CF/88) oferecida ao judiciário – que faz parte de uma república saudável, além de ser ingenuidade acreditar que aquele que faz a lei a irá declarar inconstitucional -, o suporte de garantias institucionais (art. 95 e seus incisos, CF/88) que auxilia no alívio de pressões externas aos juízes, e certa dose de precaução para evitar tomar decisões precipitadas, demonstram a legitimidade do ativismo judicial. Ressalta-se que provavelmente a maior lição aprendida após as guerras e ditaduras do século XX, seja de que um poder judiciário forte e efetivo, além de um amplo acesso à justiça, é requisito indispensável para uma garantia razoável dos Direitos Fundamentais. Porém talvez o ponto mais importante seja que o ativismo não é nada mais que um reflexo do constante conflito travado entre a democracia e o constitucionalismo. Os Direitos Fundamentais, que são a base do constitucionalismo moderno, tem uma relação democrática de duas facetas, uma democrática, pois garante as necessidades básicas para o acontecer da democracia – liberdade de reunião, locomoção, de imprensa, manifestação, além dos direitos de igualdade -, porém outra antidemocrática, pois olha para o processo político com desconfiança, tentando sempre escapar de decisões irracionais, emocionais e perigosas do majoritarismo. Acrescenta-se a isto que constitucionalizar, afinal de contas, significa tirar questões do debate político majoritário para um plano fora de discussão, de modo a garantir sua segurança. Pode-se assim, deduzir que, na verdade ambos os fenômenos estão, e sempre estarão, sujeitos a conflito. Conflito este não excludente, mas que demonstra a complementaridade de ambos, não sendo um sinal de doença, muito pelo contrário, pois sim, representa a manutenção da saúde dos dois sistemas, através do seu principal remédio, que é o ativismo judicial. Este que se usado com cautela, só tem a fazer bem tanto à democracia, quanto ao constitucionalismo. Valendo sempre lembrar que como todo remédio nas nossas vidas, deve ser usado na medida do necessário, sob risco de piorar o problema. Isto pois, Estados hipocríacos são, geralmente, mais doentes que os demais.*

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Constitucionalismo; Democracia; Direitos Fundamentais.