



JÚLIA MEIRA BIANCHI

**A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL
NO CONTEXTO JURISDICIONAL BRASILEIRO**

**LAVRAS – MG
2019**

JÚLIA MEIRA BIANCHI

**A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO
JURISDICIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito para a obtenção do título de Bacharel.

Profa. Dra. Isabela Neves Silveira
Orientadora

**LAVRAS – MG
2019**

JÚLIA MEIRA BIANCHI

**A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO
JURISDICIONAL BRASILEIRO**

**THE ISSUE OF THE LEGITIMACY OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE
BRAZILIAN JURISDICTIONAL CONTEXT**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito para a obtenção do título de Bacharel.

Profa. Dra. Isabela Neves Silveira
Orientadora

**LAVRAS – MG
2019**

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Plínio e Lucinéa, pela vida, pelo apoio e pelo incentivo durante todos esses anos, assim como aos meus irmãos pelo carinho e suporte, tendo feito o possível, em vista da distância, para tornar os momentos difíceis mais brandos e me motivarem a sempre persistir.

Agradeço à Profa. Dra. Isabela Neves Silveira, pela paciência, auxílio e orientação na conclusão deste trabalho. Agradeço também aos demais professores do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Lavras que contribuíram para o deslinde de minha trajetória acadêmica.

Agradeço aos amigos da 4ª Promotoria de Justiça de Lavras, em especial ao Promotor de Justiça Dr. Aécio Rabelo, cujo compartilhamento de seu conhecimento no período em que estive sob sua supervisão no estágio junto ao Ministério Público agregou sobremaneira à minha formação acadêmica e profissional. Manifesto aqui minha gratidão pela amizade e por compartilharem de sua sabedoria, de seu tempo e de sua experiência.

Agradeço aos meus amigos, em especial Larissa e Camilla, pelo apoio e motivação, tendo feito toda a diferença ao partilhar comigo essa etapa tão desafiadora da vida acadêmica que é a graduação. Sempre serei grata por sua amizade, vocês foram como uma família longe de casa.

Por fim, a todos que, de alguma maneira, partilharam e contribuíram para a finalização de fase tão importante de minha vida, meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

O presente trabalho lançou-se ao questionamento da controvérsia atinente à questão da legitimidade do ativismo judicial sob a égide do contexto jurisdicional e institucional brasileiro, inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Objetiva-se, por meio deste, elucidar a problemática que envolve a polêmica contenda, através de seu esboço histórico e delineamento conceitual, conduzindo à compreensão acerca de suas causas e seu deslinde na jurisprudência dos Tribunais Superiores do país. Para tanto, foram examinados os dispositivos legais, obras de autores nacionais e estrangeiros, que abrangem desde a definição do fenômeno assim como possíveis críticas tecidas a este, além de jurisprudências notórias do ativismo judicial brasileiro, que levaram à percepção do possível caráter contingencial que permearia a legitimidade desta prática. Desse pressuposto, pôde-se averiguar que a atuação jurisdicional ativista se encontra, atualmente, assentada em um panorama institucional favorável à sua disseminação, malgrado há que se observar os excessos advindos dessa postura e a possibilidade de afigurar-se, nesse ínterim, fenômeno manifestamente ilegítimo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constituição Federal. Poder Judiciário. Legitimidade.

ABSTRACT

The present essay was launched to the questioning of the controversy regarding the issue of the legitimacy of judicial activism under the aegis of the Brazilian jurisdictional and institutional context, inaugurated by the Federal Constitution of 1988. It aims to elucidate the problematic that enfolds the polemic strife, through its historical foresight and conceptual design, leading to an understanding of its causes and its unravel in the jurisprudence of the Superior Courts of the country. In order to do so, the legal provisions as much as doctrinal works of national and foreign authors were examined, ranging from the definition of the phenomenon as well as possible criticisms related to it, in addition to well-known jurisprudences of Brazilian judicial activism, which led to the perception of the possible contingency character that could permeate this practice. From this assumption, it was possible to verify that the jurisdictional activist action is currently based on an institutional favorable prospect to its dissemination, although it is necessary to observe the excesses arising from this stance and the possibility of setting up, in the meantime, a manifestly illegitimate phenomenon.

Key-words: Judicial Activism. Federal Constitution. Judicial Power. Legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 ALUSÃO HISTÓRICA E AS JURISPRUDÊNCIAS PARADIGMÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL AMERICANO	10
3 SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	15
4 ATIVISMO JUDICIAL	20
4.1 Delineamentos conceituais	20
4.2 Distinções necessárias.....	26
5 APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO JURISDICIONAL BRASILEIRO.....	31
5.1 Fatores desencadeantes	31
5.2 Análise jurisprudencial	36
6 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL.....	47
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

O debate que circunda o tema ativismo judicial não é, de forma alguma, novo entre os juristas. Não por isso, a discussão está longe de encontrar seu término. A ocorrência e as elucubrações acerca do comportamento expansivo do poder jurisdicional, em alguns países, a exemplo do Estados Unidos, são seculares, tendo o assunto fincado raízes intensas e significativas, atingindo níveis de complexidade e profundidade na literatura jurídica.

No Brasil, contudo, a controvérsia é recente e, também, incipiente. Inclusive, na convicção de Daniel Sarmiento, não há que se falar, pelo menos até o momento, em um protagonismo judicial propriamente dito, vez que a “atuação do Judiciário brasileiro, ao longo do tempo, se sujeita muito mais à crítica de omissão e de acumplicamento em relação aos ‘donos do poder’ do que à acusação de excesso de ativismo”.¹

Somente com a Constituição da República de 1988, ultrapassado o período de supressão de direitos do domínio militar, em que o Poder Executivo subjugava os demais sob seu poderio, a expansão do órgão judicante passa a despontar seus primeiros indícios. Isso porque, com o novel diploma político-constitucional, inaugurou-se um novo paradigma, agora, sob a égide do Estado Democrático de Direito, permeado por valores democráticos de efetivação de direitos e de liberdades.

Diante desse cenário, garantiu-se maior liberdade decisória aos juízes e Tribunais, foi assegurado mais amplo acesso à justiça, órgãos de proteção dos interesses dos cidadãos, tais como o Ministério Público, se fortaleceram substancialmente, junto do aperfeiçoamento das ações e mecanismos processuais que visam à defesa desses indivíduos, a exemplo das ações civis públicas e ações populares. Acompanham estes fatores, outrossim, a maior conscientização dos sujeitos quanto aos direitos e prerrogativas de que fazem jus.²

Todas essas questões, resumidamente, propiciaram o soerguimento da expansão do exercício jurisdicional desde a redemocratização do país, de maneira quase inédita na história jurídica brasileira, tendo os órgãos judicantes se prestado a resolver quizilas de amplitude

¹ SARMENTO, Daniel. (Resenha de Livro) **Um Novo Clássico: O Curso de Direito Constitucional Contemporâneo de Luís Roberto Barroso**. Revista de Direito do Estado, Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407.

² ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; Antônio CINTRA, Octávio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Unesp, 2007, p. 81-115.

política, concretizar políticas públicas e interferir em questões morais e inquietantes da sociedade.³

A polêmica a respeito do fenômeno, porém, desenvolveu-se conjuntamente a sua ascensão, formalizando, nesse diapasão, verdadeiro debate entre os juristas concernente à justiça e legitimidade da crescente intervenção jurisdicional em esferas tradicionalmente ocupadas pelos Poderes majoritários do Executivo e Legislativo.

Porém, ressalta-se que, na mesma medida em que sua atividade se expande, e crescem as críticas ao ativismo judicial, sua importância é alavancada simultaneamente. Considerações a seu respeito devem, em algum nível, ser ponderadas, haja vista que, cada vez mais, questões relativas a direitos fundamentais e garantias constitucionais são levadas ao crivo do Judiciário para sua apreciação, impactando, invariavelmente, a sociedade como um todo. Sendo assim, relevante travar questionamentos acerca da justeza nesse intento, bem como avaliar os possíveis excessos e violações de direitos em seu deslinde.

Nessa pretensão, importa, outrossim, eliminar as incongruências e asserções errôneas que são feitas no tocante à prática ativista, para, então, obter uma compreensão límpida de seus motivos, suas causas e finalidades dentro do contexto jurisdicional e institucional brasileiro.

Salienta-se que, quanto ao tema em apreço, dificilmente há de se obter respostas fechadas, sem, contudo, incidir em equívocos e falácias. Relevante, aqui, em verdade, é uma abordagem avaliativa do ativismo judicial na conjuntura brasileira contemporânea, como se tem aplicado e como se tem sido percebida, em observância de como este exercício judicial legitima-se ou não, nas estruturas do sistema jurídico do país.

Tendo por fito de atingir ao objetivo proposto ora delineado, e com base no que leciona a obra de Miracy Barbosa de Souza Gustin e de Maria Tereza Fonseca Dias⁴, se estabelece a linha crítico-metodológica como norteadora, precipuamente, no que tange à metodologia que se pretende desenrolar no presente trabalho. Ademais, adota-se a vertente teórico-metodológica como sendo a jurídico-dogmática, na medida em que se investiga, com base no próprio ordenamento jurídico e no contexto estrutural ínsito ao Direito, a legitimidade do ativismo judicial face ao contexto jurisdicional e, por vezes, institucional brasileiro.

Ainda, quanto ao raciocínio desenvolvido na investigação aqui empregada, impende o uso do método dedutivo, em que se parte da premissa geral de tentativa de conceituação

³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, Madrid, Taravilla, n. 13, p. 17-32, 2009.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2013.

acerca do ativismo judicial, partindo-se do que aduz a doutrina especializada a esse respeito, de forma a chegar a uma conclusão quanto à legitimidade da prática no contexto em análise. Outra abordagem empreendida se deu por intermédio do tipo jurídico-interpretativo, fazendo uso de procedimento analítico de decomposição do problema evidenciado alhures, desnudando-o em diversos aspectos, relações e níveis, a fim de estabelecer compreensão mais aprofundada sobre a contenda.

Por fim, as fontes utilizadas são primárias, a saber, mediante estudos desenvolvidos na doutrina, legislação vigente e jurisprudência cabível, assim como secundárias, através da pesquisa e leitura de publicações em periódicos que concernem a controvérsia suscitada pelo trabalho.

2 ALUSÃO HISTÓRICA E AS JURISPRUDÊNCIAS PARADIGMÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL AMERICANO

Com escopo de perquirir todos os contornos de que subjazem o tema Ativismo Judicial e obter uma compreensão límpida dessa modalidade de postura jurisdicional, imperioso se faz realizar uma digressão histórica de seus fundamentos e preceitos basilares. E dessa retomada, é possível atribuir ao sistema jurídico estadunidense, precipuamente, a origem e a alcunha do que atualmente se conhece por Ativismo Judicial.

A prática, de fato, consubstanciou-se na jurisprudência de *Marbury v. Madison* em 1803, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, em clara postura ativista, considerou uma lei federal inconstitucional, declarando, por conseguinte, sua nulidade, sem, contudo, valer-se de norma expressa da Constituição de 1787.⁵ O caso resultou, principalmente, de entraves políticos entre os partidos norte-americanos, Federalistas e Republicanos, quando dos primeiros anos de experiência republicana vividos pelos Estados Unidos.

O então presidente, John Adams, à beira de perder o cargo do Executivo decidiu nomear juízes federais, duplicando os cargos da magistratura americana, incluindo William Marbury, indicado a juiz da Suprema Corte estadunidense, na tentativa de manter a influência e o controle federalista no Judiciário. Contudo, o republicano Thomas Jefferson assumiu a presidência antes da posse dos togados, determinando a seu Secretário de Estado, James Madison, a suspensão da nomeação de Marbury, ainda pendente, como dos outros magistrados. Irresignado, William Marbury impetra o chamado *writ of mandamus* contra ato de James Madison, com supedâneo na seção 13 do *Judiciary Act*, culminando no emblemático *case* apreciado pelo então presidente da Suprema Corte americana, John Marshall.⁶

O magistrado, em meio à disputa política polarizada, viu-se diante de um conflito de normas entre a Constituição Americana – que preconizava a competência originária à Corte nas causas em que figuram como partes Embaixadores, Ministros Públicos, Cônsules e o próprio Estado –, e a Seção 13 do *Judiciary Act*, que estendia a mencionada competência para, também, secretários de Estado. Marshall, na contramão da doutrina dominante à época, julgou a inconstitucionalidade da Lei Federal *Judiciary Act*, vez que contrariava preceito da

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo tribunal federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. O caso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/11451>>. Acesso em: 12 fev 2019.

Constituição, e reconheceu, nesse diapasão, a incompetência da Suprema Corte para apreciação do *writ of mandamus*.⁷

A decisão proferida pelo *chief justice* Marshall valeu-se do fenômeno conhecido por *judicial review* – ou controle de constitucionalidade –, tornando-a paradigmática e efetivamente precursora de decisões posteriores ao julgamento em questão, inclusive influenciando o próprio ordenamento jurídico brasileiro, bem como o de diversos Estados.

O uso público do epíteto, consoante aponta a doutrina estadunidense, foi utilizado, inclusive, de maneira inédita pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr. em artigo para revista *Fortune* denominado *The Supreme Court: 1947*.⁸

No texto, propugnou pela importância que se deve conferir à Corte Suprema do país, relevância esta que é acompanhada pelo julgamento externo realizado pela própria sociedade no que diz respeito à atuação de seus ministros. A esse fator, alia-se a necessidade de ter-se o conhecimento das questões que dividem os magistrados no exercício da função jurisdicional, vez que os entendimentos por eles proferidos contribuem para delinear os percursos de um Estado e de sua sociedade por anos.⁹

A expressão “ativismo judicial” também fora utilizada no período que abrange os anos de 1963 a 1969, em que a Suprema Corte estadunidense era liderada pelo juiz Earl Warren, recebendo tal período como intitulação o nome do próprio magistrado. Naquele íterim, a prática adotada pela corte apresentou profundas modificações na política dos Estados Unidos, trazendo avanços progressistas em prol dos direitos individuais.¹⁰

Forçoso destacar que, para além da importância que se presta aos cânones do Direito estadunidense para a compreensão do que se considera hoje por ativismo jurisdicional, vislumbra-se, ao término da Segunda Guerra Mundial, a ascensão da postura ativa dos magistrados, especialmente no que se refere aos países ocidentais.

O contexto econômico-social e os pilares democráticos consubstanciados nas constituições emergentes, descortinam-se de suma relevância para a adoção do comportamento ativista do judiciário. Na conjuntura pós-guerra, os juízes e cortes superiores foram invocados a resolver situações controversas, as quais, pela complexidade que lhes eram

⁷ KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: *Marbury vs. Madison* (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 255-275, 2003. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/50>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁸ CAMPOS, 2015.

⁹ *Ibid*, p. 183.

¹⁰ SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 50, Número 199, p. 163-178, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p163.pdf>. Acesso: 05 out. 2018.

inerentes, em vista das circunstâncias atinentes a um período de intensas implicações sociais e econômicas resultantes do conflito mundial, as normas positivadas não eram suficientes a suprir as demandas.

A jurisdição constitucional a época passou, então, a ser submetida a inúmeras mutações, ante as violações de direito humanos realizadas no período fascista, vislumbrando-se no controle de constitucionalidade um dos mecanismos mais latentes a ser adotado no intuito de assegurar direitos e impedir que estes fossem subtraídos dos sujeitos.¹¹

Coaduna com tal entendimento, lição de Luiz Werneck Vianna que, no cenário seguinte à Segunda Guerra Mundial,

[...] à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida - Justiça.¹²

Com efeito, ao que assinalam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, na tendência pós-segunda guerra, o que se vislumbra é uma toada mundial no sentido de recepcionar o modelo de constitucionalismo estadunidense, da chamada *judicial review*, ou controle de constitucionalidade, em que as Constituições são levantadas perante o crivo judicial, gerando invalidade de legislações ou outros atos de cunho normativo. Contudo, nos dizeres dos autores:

A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais – inclusive seus princípios mais vagos – gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico, bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário e, sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias.¹³

Observa-se, portanto, a influência do contexto social de prevalência dos direitos individuais indisponíveis dos indivíduos em sociedade, que levaram à ascensão mundial das práticas de *judicial review*, desaguando, por assim dizer, em uma acirrada ocorrência do ativismo judicial por parte dos magistrados em todo o globo.

¹¹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. 3, p. 73-114.

¹² VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, 'positivação' do direito natural e política. In: **Estudos Históricos**. Vol. 9, n.o 18, 1996, p. 263.

¹³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit, p. 76.

Insta salientar que, embora o contexto tenha, decerto, exercido grande influência sobre a expansão da prática jurisdicional ativista, os precedentes, até mesmo anteriores à Segunda Guerra Mundial, criaram âmbito deveras propício de um exercício premente do ativismo judicial.

Mesmo a experiência do sistema legal norte-americano pode ser latente ao demonstrar o peso das jurisprudências paradigmáticas proferidas na escalada do poder jurisdicional ativo e diligente. Registre-se, contudo, como na lição de Luís Roberto Barroso, que a ideologia tendente das cortes maiores nem sempre se demonstrou uníssona.¹⁴

Em um primeiro momento, o sentido dado pelos julgados representava um caráter conservador, como no caso *Lochner v. New York*, em que a Suprema Corte estadunidense decidiu pela invalidade de estatuto daquele estado, o qual tinha por escopo a regularização da jornada de trabalho de padeiros. A decisão se deu sob o fundamento de que a norma estampada no referido estatuto acabava por violar o direito de liberdade contratual, vigente na cláusula *due process of law*, constante da 4ª Emenda.¹⁵

Através desta jurisprudência, o período da história norte-americana foi influenciado por inúmeras decisões que pugnavam pela nulidade de legislações estaduais que visavam à regulação econômica, especialmente no que se refere às condições laborais e à limitação de jornada, sendo denominada, assim, *Era Lochner* (1905-1937), período de invalidação de leis sociais em geral.¹⁶

Na Era Warren, já exposta em momento anterior, contudo, a jurisprudência dos juízes norte-americanos deu uma guinada a uma agenda progressista no que concerne aos direitos fundamentais. Latente exemplo é o da segregação racial, a qual, paulatinamente, e por meio do caso *Brown v. Board of Education* em 1954, passou a ser superada. A jurisprudência título, em verdade, versava sobre cinco casos distintos apreciados pela Suprema Corte na presidência do *chief justice* Warren, que tinham em comum o impedimento de que crianças negras frequentassem escolas públicas americanas.

Em sua decisão, o juiz entendeu não ser admissível a doutrina do *separate but equal*, vigente no sistema legal dos Estados Unidos, no âmbito da educação pública do país,

¹⁴ BARROSO, 2009.

¹⁵ MARCHIORI NETO, Daniel Lena. A Suprema Corte dos EUA e a construção dos direitos sociais: estado-de-arte sobre a posição minoritária durante a era Lochner (1905-1937). em **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Noviembre, 2014. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/30/lechner.html>. Acesso: 05 out. 2018

¹⁶ BARROSO, 2009.

reconhecendo, por conseguinte, o direito de pessoas negras frequentar as escolas acessíveis somente aos brancos.¹⁷

Vislumbra-se, portanto, a repercussão que geram as jurisprudências paradigmáticas do ativismo judicial, inclusive aquelas proferidas no brasileiro – que serão abordadas oportunamente – na sociedade em geral, bem como para o próprio Estado, capazes de alterar os rumos aos quais se submetem estes dois macro sujeitos, conforme bem asseverou Schlesinger.

De fato, as mudanças sistêmicas e institucionais trazidas pelo ativismo judicial no arcabouço histórico estão a demonstrar que tal comportamento tende, em verdade, a sofrer expansão e, não, uma retração, daí a importância desse resgate histórico para compreensão de seu destino e de seus efeitos futuros.

¹⁷ FRAGOSO, Roberta. **O início do fim da era de segregação racial nos Estados Unidos**. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/artigos/o-inicio-do-fim-da-era-de-segregacao-racial-nos-eua/>>. Acesso em: 05 out. 2018.

3 SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Em se tratando de legitimidade do ativismo judicial, a importância da compreensão dos sistemas de justiça, em detida análise de suas características e peculiaridades, é basilar. Isso porque, como será possível inferir oportunamente, os questionamentos concernentes ao fenômeno, em alguma medida, atravessam as singularidades dos sistemas jurídicos adotados por cada Estado, seja o *common law*, da tradição inglesa ou o *civil law*, que remonta à herança francesa à história jurídica.

Ademais, a assimilação de como opera a função jurisdicional e como se observa a atuação de seus juízes, além da extensão da importância que se atribui à norma escrita, são inevitáveis a uma análise coesa e abrangente de um judiciário ativista.

Dito isso, cumpre, primeiramente, confrontar tais sistemas, expondo as distinções que os perfazem, sem, contudo, recair em narrativas equivocadas quanto aos critérios que os diferenciam. Malgrado as dissimilaridades entre si, vale dizer, os sistemas são compostos por características comuns e vêm, de fato, convergindo em muitos pontos contemporaneamente, muito embora, em sua essência, padeçam de atributos muito diferenciados para que possam, desde já, se confundir.¹⁸

As disparidades do *common law* e do *civil law* iniciaram-se desde seu nascimento, o qual, paradoxalmente, encontrava-se sob a égide do mesmo pano de fundo histórico de revolução, em que o povo europeu se insurgiu contra seus monarcas e contra o absolutismo vigente à época.

No sistema inglês, arauto do *common law*, os poderes Legislativo e Judiciário não se afastaram, mas, em verdade, praticamente convergiram-se face às arbitrariedades do monarca absoluto quando das Revoluções Inglesas, que atingiram seu término em 1688 com a Revolução Gloriosa.¹⁹

Em contrapartida, o *civil law* francês embasou-se, claramente, na desconfiança em relação aos magistrados, árdios patronos do *status quo* já que pertencentes à aristocracia feudal. Por tal razão, na Revolução Francesa, houve a preocupação em limitar os poderes jurisdicionais, mediante a necessidade de separação dos poderes vislumbrada por

¹⁸ GARANHANI, Luciane H; BARBOSA, C. M.. O respeito aos precedentes e o ativismo judicial: dilemas da política judiciária no sistema de civil law. In: Claudia Maria Barbosa; Nivaldo dos Santos; Orione Dantas de Medeiros. (Org.). **Acesso à Justiça II: XXIII Congresso Nacional do Conpedi**. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 397-417.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Montesquieu, em que os magistrados teriam sua atividade restrita à declaração escrita da norma, já regulamentada pelo Legislativo, sendo o juiz mera “*bouche de la loi*”.²⁰

A história, portanto, traça os caminhos que os distinguem. Nota-se, na tradição do *civil law*, que a função jurisdicional é percebida como um mecanismo da própria lei, na medida em que se dá concretude a vontade expressa no texto normativo exarado pelo legislador, subsumindo-se aos casos a que são sujeitos. Lado outro, no sistema de *common law*, a solução do litígio pode advir da lei ou de critério mais adequado à situação, ao sabor do juízo interpretativo do magistrado, com base, muitas vezes, no próprio costume.²¹

Cumprido, portanto, importante lição de Luiz Guilherme Marinoni a esse respeito, quando aduz que o contraste entre os sistemas jurídicos se pauta, em verdade, “no significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los”.²² Decerto, a oposição não está na quantidade de leis codificadas pelo Estado ou na flexibilidade ou interpretação de suas decisões, “mas na importância que assumem em cada um dos sistemas”.

23

Imperioso salientar que o principal ponto diferenciador, agora, vale-se do chamado *stare decisis*²⁴, o respeito aos precedentes vinculantes, adotado no *common law*. Frisa-se, o *stare decisis* não sobreveio acompanhando o sistema, mas consolidou-se após a solidificação do último como tal.

Através deste, o juiz do *common law*, ao proferir sua decisão, fundamentando-a por meio da *ratio decidendi*, deve respeito aos precedentes, os quais são vinculantes. Por meio disto, garantiu-se maior estabilidade e previsibilidade às decisões e garantiu-se segurança jurídica à atividade jurisdicional, dotando-a de legitimidade e servindo, assim, como um

²⁰ Ibid, p. 45-47.

²¹ GRECO, Leonardo. Justiça civil, acesso à justiça e garantias. In: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgências e cautelares**. São Paulo, Saraiva, 2009, 1 recurso online ISBN 9788502152076.

²² MARINONI, 2016, p. 48.

²³ Ibid, p. 42.

²⁴ Leciona Charles D. Cole a respeito da figura do *stare decisis* no direito anglo-saxão: “A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, ‘precedente’ é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e ‘não mudem uma questão decidida’”. Cf. COLE, Charles D. ***Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do common law***. RT 752/11. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 12.

componente de equilíbrio na ausência de “sistematicidade do *common law*”, conforme leciona Marinoni.²⁵

Não obstante, a doutrina desses sistemas não é estanque, mas sujeita às alterações sociais e às percepções dos juristas às evoluções de mundo que o direito deve acompanhar, caso queiram dar aos jurisdicionados o tratamento justo e coerente que demandam.²⁶

O *common law* vigente em países como Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, tem progressivamente se utilizado de normatividade escrita, acompanhando o exercício do *stare decisis*. Entretanto, vê-se no *civil law* mudança mais latente, soerguida na crescente constitucionalização do direito.²⁷

O constitucionalismo moderno, pós-positivista, causou grandes impactos no *civil law*, à medida que a lei passa a ser submissa aos ditames constitucionais, encontrando nos princípios positivados na Constituição Federal seu limite.²⁸ Nesse diapasão, a interpretação da norma deve respeito e subsunção aos direitos fundamentais, harmonizando-se junto destes, de forma que, invariavelmente, o instrumento utilizado para fazê-lo, não por acaso, trata-se do já esculpido controle de constitucionalidade – *judicial review* –, aproximando-se do sistema do modelo que lhe é, ao menos em tese, antagônico.

A questão é especialmente complexa no direito brasileiro, vez que o Brasil, de fato, adota o controle de constitucionalidade das decisões judiciais. A Constituição de 1988, no vértice do processo de redemocratização do país, elencou extenso rol de direitos fundamentais e abarcou, juntamente, a previsão controle de constitucionalidade, permitindo a revisão, pelo judiciário, dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o zelo à Constituição da República.²⁹

Tais pontos, por si sós, indiciam o caráter interventor que o judiciário passa a tomar desde então, considerando a abertura interpretativa dos direitos fundamentais, que reclamam pelo auxílio do magistrado na subsunção ao caso concreto, bem como a revisão dos atos dos poderes federados através do *judicial review*.

Mas há que se acrescentar o fato de que o Brasil, apesar da adoção do controle de constitucionalidade, não abarcou na sua realidade jurídica – ou, pelo menos, ainda não o consolidou em sua inteireza dentro da ordem vigente –, um sistema de precedentes, visto já na

²⁵ MARINONI, 2016, p. 53.

²⁶ Ibid, loc. cit.

²⁷ GARANHANI; BARBOSA, 2014.

²⁸ MARINONI, op. cit.

²⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

figura do *stare decisis*, no escopo de garantir-se a estabilidade e a segurança ao exercício jurisdicional e, por extensão, ao próprio sistema jurídico brasileiro como um todo.³⁰

A ausência de um sistema de precedentes vinculantes sólido em um modelo que se utiliza de um controle de constitucionalidade misto – isto é, difuso e concentrado, padecendo, apenas de súmulas e jurisprudências que servem, precipuamente, a orientarem a decisão e sua *ratio decidendi* –, é especialmente problemática.³¹

O fato de os juízes ordinários poderem divergir de entendimentos dados pelas Cortes superiores e entre si, já que a decisão anteriormente proferida não os obriga, teoricamente, a perfilhar mesmo fundamento em casos semelhantes, bastando sua fundamentação, impede uma interpretação e função jurisdicional coesas ante a própria ordem jurídica, atentando contra sua segurança e a igualdade das decisões.³²

É o que sintetiza Luiz Guilherme Marinoni sobre a realidade brasileira, ao que preconiza:

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de um direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Aliás, o juiz brasileiro tem poder ‘mais extenso’ do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta adequado respeito aos precedentes.³³

Importante frisar, por derradeiro, que a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios desponta seus indícios com o Código de Processo Civil de 2015, que buscou a uniformização das decisões por meio de institutos tais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos.

Malgrado a relevante criação desse microsistema, a implementação de uniformização da jurisprudência ainda suscita inúmeras críticas, como o engessamento das decisões e inviabilização do livre convencimento do juiz, por exemplo.³⁴ Ademais, o sistema criado na codificação de 2015, ainda aparenta incipiente, divergindo em muitos pontos do genuíno *stare*

³⁰ MARINONI, 2016.

³¹ GARANHANI; BARBOSA, 2014.

³² MARINONI, op. cit.

³³ Ibid, p. 36-37.

³⁴ MIRANDA, Victor Vasconcellos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I “A”. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 419-446, ago., 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106098>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

decisis, questões, as quais não cabe, seguindo o propósito deste trabalho, delongar.³⁵

Estabelecido o pano de fundo, evidencia-se a relevância dos sistemas jurídicos, bem como a evolução destes no tempo, para um entendimento abrangente da problematização a respeito do ativismo judicial, em especial no contexto brasileiro, que vigora sob a égide do *civil law* à sua maneira. Necessário, portanto, entender-se o panorama em que se alicerça a controvérsia para um exame minucioso dos motivos e da repercussão concernente à contenda que, aqui, se pretende analisar.

³⁵ ABOUD, Georges. **Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Quando se trata de ativismo judicial, é perceptível que o tema traz em seu bojo polêmicas advindas não somente de suas próprias características e sua consecução pelos magistrados, mas por se encontrar envolto de incongruências conceituais, além da confusão deste com institutos que, por suas semelhanças, parecem confluir.

Nessa toada, imprescindível trazer à baila os parâmetros teóricos e as ponderações da doutrina especializada, dando a tônica necessária à perfilhação do mote desta pesquisa. E, partindo das aquilatações feitas, distinguir as asserções comumente emaranhas ao conceito de ativismo judicial, que podem conduzir a narrativas errôneas na matéria. Sem, contudo, vale ressaltar, a pretensão inócua de esvaziar-se o conteúdo da questão, haja vista sua profundidade e a discussão que se estende, até mesmo, por séculos.

4.1 Delineamentos conceituais

Do estudo que se elabora, relativamente ao tema ativismo judicial, um dos fatos a serem notados de pronto consiste, mormente, em sua abordagem conceitual. Como a questão em si, sua definição é complexa e demanda, em razão disso, necessário aprofundamento.

O termo “ativismo”, por si só, se depara com a ausência de consenso entre os juristas, segundo certifica Vanice Lírio do Valle, que aponta:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas - de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster’s Dictionary e Black’s Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais.³⁶

Decerto, é perceptível que, como bem constata a autora, a ambivalência a qual rodeia o termo segue existindo no imaginário dos juristas, mantendo-se, por conseguinte, em seu entrave conceitual. E, consoante ao que Valle leciona, malgrado o uso do vocábulo ser assunto recorrente de debates judiciais e acadêmicos, atribuem-se ao “ativismo judicial”, ainda, variadas conotações em ambas as esferas.³⁷

³⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

³⁷ Ibid, loc. cit.

A asserção de Vanice Lírio do Valle, de fato, tem respaldo na opinião de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, quando este conclui que, para a explicação e identificação do ativismo judicial no Brasil, é imprescindível superar seu problema de “indefinição conceitual”, o qual é intensificado pelo uso indistinto e, por vezes, depreciativo da expressão.

38

Para ele, e como de fato demonstrou ser verdade, as concepções acerca da virtude normativa do tema não são, desde sua origem, harmônicas, e, nesse passo,

não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quanto autores sobre o tema. Diante dessa falta de rigor em sua definição, parece até que ‘quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado.’³⁹

A corroborar com tais apreensões há diversas propostas conceituais acerca do ativismo judicial desde seus primeiros delineamentos, as quais impende, necessariamente, ressaltar.

Arthur Schlesinger Jr, historiador estadunidense que, conforme convenientemente apresentado em capítulo anterior, deu ao vocábulo sua publicidade primeva em artigo para a *Fortune Magazine*, definiu juízes ativistas como aqueles que, no escopo de promover direitos tais como liberdades civis e direitos de minorias, bem como categorias desvalorizadas pela ordem social imposta, sobrevêm à vontade legislativa, atuando tão ativamente que estariam próximos, até mesmo, de corrigir os equívocos daquele Poder.⁴⁰

No seu entendimento, os magistrados assim considerados ativistas têm em suas deliberações um caráter político e de criação do direito, e o fazem conduzidos pelo que concluem ser justiça social, à maneira que não necessariamente se prendem ao que está previsto na normatividade constitucional. O autor, contudo, importante dizer, acautelou quanto a sua adoção apenas em momentos em que se veem ameaçadas as liberdades que asseguram a participação política dos cidadãos.⁴¹

Noutro viés, está a posição de Elival da Silva Ramos, o qual também se propôs a elucubrar sobre a controvérsia atinente ao conceito do ativismo judicial. Árduo crítico da matéria no Brasil, ele define a expressão, de forma ampla e através de uma perspectiva dogmática, na qualidade de “exercício da jurisdição como desbordante de seus limites institucionais”.⁴²

³⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro Forense, 2014, p. 138.

³⁹ Ibid, p. 139.

⁴⁰ CAMPOS, 2015.

⁴¹ Ibid, p. 184-185.

⁴² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

Sendo assim, o ativismo do Judiciário restará configurado uma vez que este realize uma “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”, deslocando-se de sua função típica, classificação essa que suscita a problemática da separação dos poderes.⁴³

Infere-se de sua obra, contudo, que Ramos não refuta a ideia de que a previsão constitucional dá azo à discricionariedade das decisões judiciais, mas repudia o afastamento de uma previsão infraconstitucional em razão de um princípio constitucionalmente garantido, o qual, na sua visão, desponta um teor de indeterminação superior àquela.⁴⁴

Em outra mão, Luís Roberto Barroso vislumbra no ativismo judicial uma “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e seu alcance”. Nesse viés, segundo ele, o comportamento adotado pelo magistrado reflete uma incursão mais extensa e abundante do poder jurisdicional para efetivação de preceitos elencados no texto constitucional, havendo, por conseguinte, maior ingerência deste poder na esfera de atuação dos demais, ultrapassando os limites pré-definidos de sua separação.⁴⁵

A postura, tal como delineia o ministro do Supremo Tribunal Federal, possui diferentes modalidades de manifestação pelas quais pode se expressar, podendo incluir, ao que ilustra:

- (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 inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴⁶

Não obstante, explana Barroso que, na contramão de Schelesinger, a prática ativista do Judiciário se vale dessa postura a fim de tirar o máximo potencial contido na Constituição Federal, mediante a aplicação de sua normatividade e principiologia, sem, contudo, assenhorar-se do âmbito de criação do direito.⁴⁷

No mesmo rumo, pode-se dizer que o ativismo judicial se traduz em nada mais que parte da obrigação atribuída aos juízes no exercício de sua função de não apenas interpretar o

⁴³ Ibid, 2010, p. 117.

⁴⁴ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 115-133.

⁴⁵ BARROSO, 2009, p. 6.

⁴⁶ Ibid., loc. cit.

⁴⁷ Ibid., p. 9.

texto normativo-constitucional, mas também, concretizar os preceitos lá contidos, em virtude da ineficiência dos demais poderes, bem como ante a latente inércia dos legisladores.⁴⁸

Em sentido diverso, porém, está a opinião de Lênio Luiz Streck, o qual tem a concepção de que “um juiz pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.⁴⁹ Similarmente, é a posição de Clarissa Tassinari quando adverte que “o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais”.⁵⁰

Entretanto, em vista das delimitações conceituais propostas, a de Carlos Alexandre de Azevedo Campos desponta por sua abrangência, tendo o autor se proposto a dar uma formulação justa ao termo ativismo, tão imerso a pré-conceitos na literatura jurídica. Para isso, Campos valeu-se do que intitulou como “abordagem multidimensional do ativismo judicial”.⁵¹

Na concepção do autor, as práticas decisórias consideradas ativistas ostentam condutas judiciais variadas e diferentes entre si, à maneira que o ativismo judicial constitui uma “estrutura adjudicatória multidimensional”.⁵²

Sob esse prisma, Campos elaborou extensa pesquisa, a qual resultou em diferentes lições, que, por sua vez, desaguaram em diretrizes e premissas usadas para a formulação vasta do tema e para a identificação de sua prática.⁵³ A fim de sintetizar, a noção da

⁴⁸ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2011, p. 589.

⁵⁰ TASSINARI, 2013, p. 36-37.

⁵¹ CAMPOS, 2014.

⁵² Ibid, 2015, p. 185.

⁵³ Dentre as lições de Campos para a elaboração da abordagem multidimensional do ativismo judicial estão: o núcleo comportamental do ativismo judicial, que é representado no alargamento do poder de decisão dos juízes e do próprio Poder Judiciário em detrimento dos demais atores políticos, solavancados pela organização constitucional vigente; o espaço nobre do ativismo judicial é justamente a decisão sobre questões morais e políticas complexas, em virtude de previsões constitucionais ubíquas. Segundo sua perspectiva, ainda, na expansão de poder que o judiciário passa a tomar, os juízes tornam-se, invariavelmente, atores políticos, respeitadas as peculiaridades de seu exercício funcional diverso de membros do Legislativo e Executivo. Na mesma toada, o ativismo judicial diz respeito à postura institucional do Poder Judiciário e não, como geralmente se atribui, correção de decisões judiciais; entre o ativismo e legitimidade, para o autor, há uma relação de contingência, isto é, não é possível alegar, aprioristicamente, que uma deliberação ativista é legítima ou ilegítima, questão essa que poderá ser constatada apenas no caso concreto, a depender dos limites institucionais impostos e outras “variáveis políticas e sociais” a serem observadas. Ademais, para Campos, o ativismo judicial é “predominantemente qualitativo”, despidendo as considerações quantitativas para configuração de uma prática judicial ativista; além disso, para entender o fenômeno, necessário compreender que este se trata de atividade iminentemente contextual e dinâmico, sendo impossível aferi-la através de “parâmetros estáticos”. Na sua lição, vale dizer, são diversos os fatores explicativos do ativismo judicial, que diz “diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural, que favorecem, restringem, enfim, moldam o ativismo e devem compor sua

multidimensionalidade do ativismo judicial é definida da seguinte maneira por Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.⁵⁴

O conceito multidimensional do ativismo judicial se confirma, de fato, por sua coerência na abordagem do fenômeno. Até porque, o problema de inexatidão conceitual anteriormente sugerido, que provoca diferenciadas opiniões sobre o tema nem sempre adequadas a caracterizá-lo, acentua a atribuição muitas vezes pejorativa ao vocábulo.⁵⁵

Questão essa que se faz especialmente problemática, uma vez que um dos exemplos mais comuns de interpretação equivocada do fenômeno se dá pela carga depreciativa dada ao termo, principalmente quando se pretende manifestar mera discordância com a deliberação judicial tomada atribuindo-a a adjetivação “ativista”, fundamentando-se em critérios, por vezes, notadamente ideológicos. Com isso, a expressão é facilmente incompreendida e acaba tornando vazia de conteúdo a prática jurisdicional que conduz a relevantes consequências políticas e sociais.⁵⁶

De igual forma, Marcelo Casseb Continentino expressa sua anuência ao caráter depreciativo subjacente ao tema no contexto brasileiro e o problema da tratativa no sentido que

o uso do conceito de ativismo traz consigo um ônus argumentativo, o qual – pela força semântica negativa que adquiriu – termina por ser deixado de lado, interrompendo-se o debate crítico. Em outras palavras, assistimos a uma crítica superficial e não fundamentada das decisões judiciais e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, o que, no fundo, revela uma mera ideologização da visão de nossa prática judicial e do seu discurso crítico.⁵⁷

É nesta senda que a concepção multidimensional do ativismo judicial expressa sua importância, haja vista que, como ensina Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

equação explicativa”. Ao final, ele considera que a complexidade do fenômeno está ligada à forma como se manifestam as decisões assim consideradas ativistas, dado ao fato de não serem estanques, mas multifacetadas, completando, resumidamente, a elaboração multidimensional do conceito de ativismo judicial. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 140-153.

⁵⁴ Ibid., p. 36-37.

⁵⁵ Ibid, 2014, p. 138-139.

⁵⁶ Ibid, 2014, loc. cit.

⁵⁷ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial proposta para uma discussão conceitual**. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas uma única forma de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias que são, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há uma multiplicidade de indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais; a falta de deferência institucional a outros poderes de governo; a criação judicial de normas gerais e abstratas; etc. Assumir essa perspectiva transforma sua identificação em uma empreitada mais completa e segura.⁵⁸

Doravante, embasando-se na interpretação dada pelo autor, pode-se iniciar os delineamentos acerca da legitimidade desse comportamento do Poder Judiciário no cenário brasileiro, vez que, conforme é possível inferir de sua obra, as decisões ativistas não são necessariamente rotuladas como legítimas ou não, mas, dentro dessa lógica, dependem de inúmeros fatores para que assim se possa descrevê-las, a exemplo da postura institucional das Cortes no país, assim como a égide constitucional e política delimitam os parâmetros de sua atuação e alcance de sua norma.

É o que Campos evidencia em sua obra ao afirmar, *in ipsa litteris*:

O ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua legitimidade. Ativismo judicial não é sinônimo de legitimidade, e essa correlação não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. [...] Não há, segundo a perspectiva conceitual desse trabalho, como afirmar aprioristicamente que uma decisão ativista é uma decisão legítima ou ilegítima, pois isso dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros que são impostos pela respectiva constituição de regência e pelas variáveis políticas e sociais presentes. Mais do que um problema puramente terminológico, trata-se aqui de compreender a extensão do papel que o juiz pode desempenhar em uma democracia constitucional depende de uma variedade de elementos que não permite um julgamento de legitimidade abstrato e apriorístico, nem mesmo do tipo *tudo ou nada* das decisões ativistas. O ativismo judicial pode ser bom ou ruim; legítimo ou ilegítimo; mas isso é contingente.⁵⁹

Embora o intento do presente trabalho não seja oferecer uma resposta à controvérsia, posto tratar-se de questão demasiada complexa para conceder respostas fechadas sem recair em asserções errôneas, as perspectivas aqui trazidas servem à elucidação de como o ativismo judicial é percebido desde seus primórdios à atualidade, bem como os fatores capazes de identificar a prática. Além disso, concede aos estudiosos do tema entendimento sobre a extensão de como a legitimidade nesses casos deve ser observada, a qual, conforme visto, pode ser contingencial.

⁵⁸ CAMPOS, op. cit, p 153.

⁵⁹ Ibid, p. 148-149.

4.2 Distinções necessárias

Traçados, ainda que brevemente, os parâmetros suficientes à conceituação e identificação do ativismo judicial, necessário, agora, discorrer quanto aos institutos e práticas antagônicas à postura jurisdicional ativista, além de delimitar aquelas que, por suas similitudes fáticas, parecem com ela se confundir.

Inicialmente, cumpre destacar o significado dado ao comportamento que lhe é adverso, a autorrestrrição ou autocontenção judicial. Luís Roberto Barroso clarifica que esta conduta, na contramão do ativismo judicial, representa o interesse do poder jurisdicional em diminuir sua ingerência na esfera de atuação dos demais poderes de governo. Enquanto a postura ativista do judiciário pretende captar em grau máximo as capacidades normativas do texto constitucional, a autocontenção, ao que aduz sua alcunha, limita a aplicação da Constituição em prol das alçadas naturalmente políticas.⁶⁰

Na mesma linha, Carlos Alexandre de Azevedo Campos opina sobre o fenômeno da autorrestrrição judicial assegurando que a conduta apresenta os mesmos óbices conceituais que seu contrastante, ante a inexatidão no significado atribuído ao termo pela doutrina, a qual resulta em diversas e incompatíveis designações. Sendo assim, o autor usa de igual sucedâneo de caráter multidimensional do comportamento para conceituá-lo, igualmente ao que fez na definição de ativismo judicial.⁶¹

Para tanto, lançou mão de dois critérios para caracterização da autorrestrrição judicial, a saber: a deferência e a prudência. A primeira, na sua lição, diz respeito à deferência aos demais poderes de que a postura autorrestrritiva se utiliza, sendo componente de valor intrinsecamente político, enquanto a última, por sua vez, refere-se ao que denomina “mecanismo de preservação da própria autoridade judicial”, constituindo artifício à salvaguarda de sua notoriedade enquanto instituição.⁶²

Sua interpretação do fenômeno através dos ângulos supramencionados torna-se clara quando elucida que

[...] têm-se dimensões da autorrestrrição judicial cujo o núcleo é a postura de deferência aos outros poderes na atividade de revisão de atos e decisões prévias por estes tomadas. É dar-lhes o benefício da dúvida sobre a legitimidade e correção material de seus atos, ainda que os juízes sejam pessoalmente contrários a essas decisões. De outro, dimensões da autorrestrrição judicial tendo por núcleo a retração de poder judicial como estratégia de preservar o prestígio institucional das cortes ou até mesmo para assegurar sua funcionalidade. Juízes evitam tomar decisões que produzam

⁶⁰ BARROSO, 2009, p. 7.

⁶¹ CAMPOS, 2015, p. 185.

⁶² Ibid, p. 186.

reações políticas muito adversas, efeitos sistêmicos de desprestígio institucional ou aumento extraordinário de litigância a ponto de comprometer a capacidade e a qualidade dos serviços, a denominada jurisprudência defensiva.⁶³

Superadas as considerações elementares acerca da postura autorrestritiva do crivo judicial, relevante fixar os parâmetros distintivos do ativismo judicial em vista da conhecida judicialização da política, a qual, não por acaso, é com aquele confundida em variados graus de conhecimento.

Na doutrina de Manoel Messias Peixinho, a judicialização da política, com inspiração na teoria de *checks and balances*, representa a intervenção do Judiciário, através da ampliação de seu campo de incidência sobre questões, que, teoricamente, estariam adstritas aos demais poderes majoritários – Executivo e Legislativo – os quais, por sua extensão, seria capaz de influenciar o contexto político em que se inserem as democracias da contemporaneidade.⁶⁴

Lênio Luiz Streck, também entende a judicialização da política como sucedânea das relações entre os poderes de governo, traduzindo-se “no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional”.⁶⁵

Não de outra forma define Luís Roberto Barroso quando aduz:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.⁶⁶

As causas do fenômeno no Brasil, segundo ele, relacionam-se, em linhas gerais, com o processo de redemocratização do país, que encontrou seu ápice na Constituição da República de 1988, bem como a constitucionalização abrangente de seu texto, além do modelo de controle de constitucionalidade adotado no sistema brasileiro.⁶⁷

Semelhantemente, a doutrina de Ada Pellegrini Grinover reconhece que na Lei da Ação Popular e na Constituição novel – que acrescenta ao conteúdo da ação popular em seu

⁶³ Ibid, loc. cit.

⁶⁴ PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶⁵ STRECK, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

⁶⁶ BARROSO, 2009, p. 3.

⁶⁷ Ibid, loc. cit.

artigo 5º, inciso LXXIII – favoreceram a instalação da nova ordem de judicialização da política. No baluarte do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional já não é mais neutralizada como outrora, denota a autora, mas deve-se coadunar aos objetivos do Estado, estando, assim, constitucionalmente ligada à sua política.⁶⁸

Sabendo disso, a doutrina apresenta algumas variações por meio das quais a judicialização da política manifesta, a exemplo da ampliação do uso da linguagem jurídica, regras e procedimentos incorporados ao campo político, ou a delegação ao poder Judiciário do poder decisório sobre questões de caráter político e relevância social. Ademais, expressa-se por meio da judicialização de políticas públicas – metas e objetivos de cunho social que preconizam programas de ação efetivadas pelo Poder Público –, através do controle de constitucionalidade ou revisão de atos administrativos.⁶⁹

Nesse contexto, mais uma vez, impende destacar o posicionamento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o qual entende a judicialização da política como a transferência do poder decisório atinente às questões políticas e sociais complexas ao campo jurisdicional, ao contrário de sua deliberação nas áreas em que, naturalmente, viriam a ser tomadas.⁷⁰

E, vale dizer, tal faceta do fenômeno não constitui mera designação propugnada pelos cortes, mas, em verdade, são chamadas à interpelação pelas categorias políticas e sociais, com vistas a dirimir as crises contemporâneas.⁷¹

É neste cenário, portanto, que na opinião de Campos, surge o ativismo judicial e este se distingue da judicialização da política. Isso porque na medida em que o Poder Judiciário é demandado à resolução de conflitos cruciais que, via de regra, não operam dentro de sua esfera de atuação, dá-se vazão e estrutura propícia ao comportamento ativista da jurisdição, na medida em que conduz à ampliação de seu poder político-normativo.⁷²

Nesse sentido, a judicialização, enquanto “expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social”⁷³ cria alicerce necessário à resolução de conflitos no âmbito do judiciário, e o ativismo, bem como retratado anteriormente, reputa-se como a opção proativa do magistrado em adotá-la nessa circunstância. É o que ilustra o autor:

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 7, n. 7, 2010.

⁶⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012.

⁷⁰ CAMPOS, 2015, p. 187.

⁷¹ Ibid, loc. cit.

⁷² Ibid, loc. cit.

⁷³ SOUZA; SARMENTO, 2015, p. 78.

O ativismo e a judicialização da política são coisas distintas, embora intensa e circularmente conectadas. Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar soluções para essas questões dentro da arena judicial, o ativismo é a escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas. É por isso que a judicialização da política ganha mais espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e se renova.⁷⁴

Nesta senda, observando o sistema político-normativo brasileiro, nota-se que a judicialização da política representa, em verdade, um fato resultante do modelo constitucional assumido pelo país, não se tratando de um “exercício deliberado da vontade política”, ao que Barroso se propõe asseverar.⁷⁵

Por fim, cumpre ainda consignar algumas ponderações no que tange ao poder discricionário do juiz. Antes de mais nada, importante observar que, em razão da polissemia atribuída ao conceito de ativismo judicial, assim como à discricionariedade judicial (questão que perdura nos debates da Teoria do Direito há anos), seus critérios distintivos, na visão da doutrina especializada, são deveras fluídos e de difícil fixação em bases sólidas. Não obstante, válido trazer algumas breves considerações teóricas no escopo de compreender como a doutrina visualiza a questão e distingue as duas práticas.

Na percepção da teoria instrumentalista do processo, está insulada a defesa da discricionariedade judicial. Sob a batuta de Cândido Rangel Dinamarco, tem-se que

ser sujeito a lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito de seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.⁷⁶

Lado outro, porém, situa-se posicionamento de parte da doutrina que observa no poder discricionário do juiz um exercício de filosofia de consciência⁷⁷, não estando limitado pelo

⁷⁴ CAMPOS, op. cit., p. 187.

⁷⁵ BARROSO, 2009, p. 6.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^o ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 361.

⁷⁷ É de todo oportuno salientar, desde já, que a questão da discricionariedade jurisdicional é ponto de discussão e controvérsia na doutrina especializada, sendo inclusive objeto de estudo da Filosofia do Direito por muitos anos, não encontrando consenso a seu respeito. Nesse panorama, é relevante ter a percepção que lhe concerne aqui destacada, como um exercício de “filosofia de consciência”, corresponde a uma das inúmeras percepções acerca da quizila, devendo assim ser entendida a título meramente ilustrativo, buscando, a partir dessa perspectiva, abarcar algumas elucidações no contraponto entre o poder discricionário do juiz e o ativismo judicial, muito embora a pretendida diferenciação esteja longe de se tratar de posicionamento majoritário.

exercício interpretativo da normatividade, mas valendo-se de sua convicção própria na aplicação da lei.⁷⁸

Nesse jaez, Fernando Vieira Luiz preconiza que a “discricionariedade judicial reflete a maior aporia do juspositivismo. Por um lado, Constituições são formuladas, fazem-se leis, estabelecem-se critérios para a resolução dos casos e, por fim, esquece-se de tudo isso e delega-se a decisão à consciência do juiz.”⁷⁹ Também preceitua Eros Grau: “interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercida mediante a formulação de juízos de oportunidade.”⁸⁰

Partindo dessas concepções, pode-se contornar a distinção entre ativismo judicial e poder discricionário do juiz. Isso porque, no entendimento de parte dos estudiosos da matéria, o ativismo judicial diz respeito, conforme apontado anteriormente, à opção comportamental exercida pelo magistrado, que interpreta os preceitos normativos e constitucionais, de forma a expandir seu sentido e abrangência, em conformidade com o ordenamento jurídico.⁸¹

Tal postura, destoa de algumas lições preconizadas acerca do poder discricionário do juiz, que, em verdade, se traduziria não em uma atitude judicial interpretativa, mas se serviria do juízo de consciência do magistrado, o qual não necessariamente se encontraria adstrito à lei e à interpretação desta, e sim às circunstâncias fáticas de oportunidade e conveniência que caracterizariam o caso em apreciação.⁸²

Convém gizar, no entanto, que o posicionamento acima referido reflete o entendimento de parte da doutrina especializada apenas, longe de ecoar compreensão incontroversa sobre o tema. Não obstante, as distinções aqui feitas, acompanhadas das considerações teóricas que pretendem sua definição, dão lastro importante e necessário ao deslinde das reflexões acerca do ativismo judicial aqui trabalhados, destacadamente.

⁷⁸ PENNA, Bernardo Schmidt. ‘Papel criador do intérprete’ X ‘papel criativo do intérprete: dois casos paradigmáticos do ativismo judicial à brasileira do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Bahia, v. 3, n. 01, p. 57-74, 2016.

⁷⁹ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁸⁰ *Apud* LUIZ, 2013, p. 66.

⁸¹ SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 215, p. 97-115, 2017.

⁸² *Ibid*, p. 104.

5 APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Imprescindível, seguindo o mote da presente pesquisa, a contextualização do fenômeno do ativismo judicial dentro da conjuntura jurisdicional brasileira. Assim sendo, cumpre delinear esclarecimentos acerca dos fatores que favorecem a prática e seu avanço no sistema jurídico do país, além de fixar as expressões pelas quais comportamento ativista dos tribunais tem se manifestado ao longo dos anos, mediante detido exame das jurisprudências paradigmáticas do assunto.

5.1 Fatores desencadeantes

Após as ponderações feitas anteriormente, relevante, agora, contextualizar o fenômeno do ativismo judicial na lógica em que opera o sistema vigente no Brasil. E, dessa maneira, em detido exame da conjuntura político-constitucional brasileira, é possível identificar e destacar alguns fatores desencadeantes desse comportamento.

A doutrina tece considerações acerca de suas causas, assim como do recrudescimento do ativismo na seara jurisdicional nos últimos anos. A esse respeito, Gisele Cittadino opina que, nas sociedades democráticas da contemporaneidade, a ampliação da ação judicial desponta como traço fundamental.⁸³ Segundo ela, a expansão da atividade jurisdicional pode ser explicada por diferentes prismas, consoante enumera:

o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face da sua natureza coletiva e difusa; as transições pós autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolvera classe política, fenômeno já descrito como ‘criminalização da responsabilidade política’; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.⁸⁴

Do estudo relativo aos motivos que conduzem ao ativismo judicial no Brasil, se pode observar que o denominador comum dos fatores que desencadeiam a prática corresponde à

⁸³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁸⁴ *Ibid*, p. 136.

Constituição da República. Decerto, o engrandecimento do controle da normatividade levado a cabo pelo Judiciário é oportunizado em virtude da Constituição de 1988a qual, no bojo do Estado Democrático de Direito que inaugura, abarca extenso rol de direitos sociais, como também princípios e garantias fundamentais que exigem, não de outra forma, intenso exercício interpretativo para sua concretização.⁸⁵

No mesmo rumo, avalia Carlos Alexandre de Azevedo Campos, sugerindo a importância da Constituição Federal para o avanço do poder jurisdicional ativista. Mas, similarmente ao que pensa quanto ao conceito do fenômeno, atribui ao seu recrudescimento a necessidade de uma “explicação multifacetada” de suas causas. Nesse sentido, entende que, em seu ensejo, o ativismo judicial responde a fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais.⁸⁶

Em primeiro lugar, a amálgama de fatores de ordem institucional que aduzem ao crescimento do ativismo judicial são delineados, em linhas gerais, pelos contornos trazidos pela Constituição da República, bem como suas emendas e leis ordinárias dele decorrentes, os quais fortificaram a jurisdição, conduzindo à expansão do acesso e do poder decisório do Supremo Tribunal Federal.⁸⁷

Isso porque, ante a estrutura de oportunidades criada pela nova Constituição, vale dizer por meio da deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, outros atores políticos e sociais tiveram chance de ingressar na configuração da ordem jurídica e nela participar da construção de significados constitucionais.⁸⁸

A isso, impende acrescentar o que o autor denomina “constitucionalização abrangente e compromissória” da Constituição de 1988 que, com seu largo elenco de direitos fundamentais, os quais se destacam por sua indeterminação e vagueza, dá lastro à litigância à Corte para casos que demandam de soluções interpretativas e criativas na sua concretude.⁸⁹

Para Carlos Azevedo Campos, as causas institucionais da amplitude do ativismo judicial foram, outrossim, politicamente construídas. Na sua percepção, o ambiente político após a Constituição de 1988 promoveu uma postura de respeito e tolerância dos outros Poderes perante o Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, propiciando sua liberdade decisória.⁹⁰

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ CAMPOS, 2014.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid, p. 242.

⁹⁰ Ibid.

Soma-se a isso o fato de, no período pós-88, a conjuntura política passou a gozar de momento de estabilidade democrática com a fragmentação horizontal e partidária da política, promovendo segurança do exercício funcional das Cortes, assim como uma nova relação entre os poderes, pautada, agora, na competitividade e na barganha dos agentes políticos.⁹¹

Nesta senda, é perceptível que, após a promulgação da Constituição da República em 1988, inaugurou-se um novo contexto político, este, por sua vez, favorável ao protagonismo da Corte Excelsa e, porque não, do poder jurisdicional em si. É o que o autor preleciona:

A difusão do poder político pode favorecer a ascensão institucional das cortes em dois aspectos – (i) eleva as oportunidades de conflitos e, conseqüentemente, de judicialização de questões políticas relevantes; (ii) aumenta a independência das cortes para decidir sobre essas questões, haja vista a inexistência de uma instância hegemônica de poder. No Brasil pós-1988, a divisão horizontal do poder de governo entre Legislativo e Executivo – distribuição de competências legislativas (artigos 48 a 50 e 84) – somado à operação do regime pluripartidário estabelecido na Constituição (artigo 17) têm proporcionado um arranjo político-institucional que se encaixa muito bem nessa fórmula dúplice de causas e efeitos.⁹²

Há que se falar, contudo, que os fatores destacados respondem, de igual forma, a causas sociológicas na matéria. No entendimento de Campos, um número considerável de decisões impôs obrigações e afirmaram direitos constantes das balizas da Constituição Federal, recepcionando antigos interesses sociais, mesmo aqueles que, pelas circunstâncias político-institucionais à época, não padeciam de condições de serem articulados formalmente.⁹³

Nessa vertente, o problema reside no tocante à controvérsia de algumas questões colocadas em pauta que, pelo peso político da decisão a ser tomada, o Legislativo deixa de se manifestar, delegando a questão ao Judiciário, com fito de evitar provável indisposição com seu eleitorado. A esse respeito, Campos acertadamente ilustra que:

Legislar questões moralmente hipercontroversas causam inevitáveis custos políticos e os órgãos de representação popular transferem esses custos de decisão para o Supremo. Porém, uma vez julgadas as questões, reverter decisões progressistas de direitos pode causar custos políticos ainda maiores. Omissão em um primeiro momento e respeito institucional ao Supremo no segundo acabam sendo as atitudes estratégicas mais convenientes. No final, a legitimidade social das decisões ativistas fala muito alto. Em avançar posições de direitos fundamentais cruciais e satisfazer a opinião pública, o ativismo judicial é também socialmente fortalecido.⁹⁴

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid, p. 248-249.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid, p. 252-253.

A questão levantada conduz, inevitavelmente, a indagar sobre a crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade que acomete o Legislativo hodiernamente. Há, em verdade, desconfiança generalizada acerca dos representantes deste Poder, em se tratando, mormente, acerca de direitos fundamentais. Categorias sociais severamente ignoradas pelos legisladores, eleitos democraticamente, veem nas Cortes a representação de seus anseios e a efetivação de prerrogativas constitucionalmente garantidas. Situação essa que, nota-se, coloca os Tribunais como representativos de aspirações e inquietações sociais.⁹⁵

Neste ponto, inclusive, Elival da Silva Ramos argumenta que o Poder Judiciário, no intento de fazer valer as disposições constitucionais, em meio ao controle normativo da função legislativa e constrangido socialmente à concretude daquelas, ultrapassa, de fato, os limites previstos ao exercício funcional que lhe é cabível, porém o faz, em grande medida, devido à ineficiência dos Poderes majoritários na tomada de providências atinentes a própria função.⁹⁶

Para ele, a improficuidade do aparato estatal vislumbrada nos poderes representativos, se deve, em grande parte, ao fato de não se ter concluídas as necessárias reformas político-constitucionais, a exemplo da previdenciária – atualmente discutida – e da tributária, resultantes, por vezes, da falta de consenso político-partidário ou mesmo do sistema político vigente, por sua estabilidade e fragmentação⁹⁷, em similar abordagem a de Campos.

Consoante leciona, outro elemento a ser elucubrado corresponde ao modelo de Estado intervencionista que, na sua concepção, consiste em fator impulsionante do ativismo judicial. De fato, o Estado democrático-social, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, ostenta amplo elenco de direitos sociais, muitos dos quais consubstanciados mediante incumbências atribuídas ao poder estatal, sem contar as variadas formas de intervenção do Estado que propugnam, como na seara econômica, privada ou governamental. É a estrutura de Estado que pretende a intervenção de forma geral e, partindo desta, busca prover à sociedade.⁹⁸

Opina Ramos que no modelo em vigência ao Poder Judiciário deveria competir o controle normativo do exercício intervencionista dos demais poderes de governo. Não obstante, o que ocorre é a incidência de expectativas e imposições sociais, objetivando a

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ RAMOS, 2015.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

consecução célere de objetivos constitucionalmente traçados, mediante o gozo imediato de direitos sociais e de outros benefícios referentes a certas categorias.⁹⁹

Nesse contexto, portanto, é que se insere a fonte impulsionadora da prática ativista na forma de modelo de Estado-providência, uma vez que os magistrados e Cortes são movidos a relevar, por vezes, os limites legalmente impostos ao seu exercício, saltando etapas, no escopo de fazer valer os termos prospectivamente delineados na Constituição Federal, consoante entende o jurista.¹⁰⁰

O incremento do ativismo judicial, ademais, se deve à expansão do controle judicial de constitucionalidade, seja em sede concentrada ou difusa. Conforme Ramos assevera, a razão para tal está na proximidade deste controle à atividade legislativa, embora aquela seja pertencente ao exercício jurisdicional, na medida em se torna cada vez menos nítida a distinção entre a atividade legislativa da atribuição judicante.¹⁰¹

Isso ocorre na medida em que, na apuração da validade normativa, o magistrado deve se valer de textos principiológicos e de normas que padecem de “formulação textual fluida”, nos dizeres do autor. Tal circunstância, por conseguinte, possibilita ao agente de controle liberdade a exercer a exegese do texto e aplicabilidade dos preceitos legais, e consoante explica:

o caráter eminentemente teleológico-valorativo dos princípios constitucionais e a força expansiva que lhes é inerente conduzem, com frequência, o órgão fiscalizatório ao balanceamento entre princípios de incidência simultânea para além de um simples ajuste entre os respectivos núcleos essenciais (o que competiria ao legislador fazer), bem como ao desdobramento de seu significado de base, construindo disciplinas normativas que a eles se relacionam, mas que deles não decorrem. De modo similar às normas-princípio, também as regras constitucionais veiculadoras de conceitos indeterminados propiciam ao Tribunal Constitucional dose maior de criatividade interpretativa, conquanto não sejam comumente encontradas no conjunto de disposições limitativas da legiferação.¹⁰²

As considerações feitas, insuladas na doutrina, podem conduzir à ilação de que o comportamento judicial proativo responde a um contexto institucional, político, social e, notadamente, constitucional, do momento histórico atual. É possível observar a partir dos fatores elencados, os quais estabelecem a moldura em que se enquadra o aparato jurídico brasileiro que, por vezes, não é dado ao judiciário margem a uma atuação diferente.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid, p. 292-293.

Malgrado há que se atentar quanto aos excessos dos agentes judicantes, seja no exercício singular da jurisdição, seja nos órgãos colegiados, principalmente quando estes, conforme exposto, pretendem a dar aos jurisdicionados respostas céleres e a todo custo a suas demandas, não se pode olvidar que as opções ofertadas são limitadas, majoritariamente.

Ante as previsões da Constituição da República de 1988, os direitos e garantias que traz em seu arcabouço, a ineficiência latente de outros poderes representativos e pressões sociais para consecução de prerrogativas fundamentais, acompanhados da crescente litigância, o que resta ao Judiciário é, invariavelmente, se tornar protagonista de uma contenda que originalmente não lhe pertencia, mas que ali é colocado a resolvê-la, querendo – e, às vezes, é essa sua intenção – ou não.

5.2 Análise jurisprudencial

Em observância à aplicabilidade do ativismo judicial no contexto jurídico brasileiro, restando devidamente apontada a estrutura em que este se assenta, consoante a análise do tópico anterior, impende, agora, destacar o exame das jurisprudências emblemáticas no assunto pelo poder jurisdicional. E, nessa vertência, haja vista a complexidade dos casos que são apreciados pelo Pretório Excelso, serão trazidos, em especial, julgados do Supremo Tribunal Federal em que seus ministros optaram pela via comportamental ativista na solução do litígio.

Como já exaustivamente mencionado, a Constituição da República é preenchida por enunciados vagos, os quais são dotados, outrossim, por ambivalências conceituais e interpretativas, e que apresentam carga valorativa considerável.¹⁰³ Nesse viés, o Tribunal Constitucional passa a exercer, na solução dos conflitos postos sob sua guarida, atividade exegética e ponderativa, ultrapassando, por vezes, os limites entre a aplicação do texto constitucional e a criação normativa, haja vista a dificuldade de aplicação e de concretizar normas vagas, imprecisas e de grande valor axiológico.¹⁰⁴

O “caso do nepotismo”¹⁰⁵, apreciado em sede de Recurso Extraordinário nº 579.951 – 4, representa, em alguma medida, a problemática que envolve a concretude de princípios constitucionais constantes da Constituição da República.

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

¹⁰⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE nº 579.951- 4/RN**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Repercussão Geral. Data de Julgamento: 20.08.2008. Dje: 24.10.2008.

A controvérsia no caso em testilha versava sobre a constitucionalidade ou a ilegalidade na contratação de irmãos de vereador eleito e de Vice-Prefeito, ambos do Município de Água Nova, no Estado do Rio Grande do Norte, para cargos em comissão de Secretário Municipal da Saúde e motorista do ente municipal, respectivamente.

Como solução, a Corte Excelsa se utilizou de precedente firmado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, em que veda a prática do nepotismo, amparada no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal ¹⁰⁶, especialmente no tocante aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, consoante voto do ministro relator Ricardo Lewandowski.

Na concepção do Tribunal de Justiça, aresto impugnado, para consignar tal proibição, indispensável seria a existência de lei específica ditando a normatividade atinente à vedação ao nepotismo, dando seu regramento, haja vista ter a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional se mantido silente a esse respeito.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmou tese no sentido de que, conjugados os princípios da moralidade e impessoalidade, o impedimento ao nepotismo prescinde de lei formal que o disponha, encontrando fundamento suficiente nas balizas dos princípios constitucionais ora elencados. A decisão, inclusive, se encontra sedimentada em Súmula Vinculante nº 13 ¹⁰⁷, tornando-se precedente sólido e obrigatório da Corte.

Acerca do entendimento firmado em sede do Recurso Extraordinário possível observar o que Carlos Alexandre de Azevedo Campos vislumbra como “ativismo metodológico” adotado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido. Isso porque, para resolver o caso concreto, o Tribunal bastou-se tão somente dos princípios constitucionais tais como a moralidade e impessoalidade administrativa, que despontam por sua vagueza e imprecisão, expandindo o conteúdo normativo que fornecem tais enunciados através de um exercício puramente exegético. ¹⁰⁸

A decisão firmada é descrita “metodológica”, pois, na visão do autor:

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

¹⁰⁸ CAMPOS, 2014.

Será então ativista, porque naturalmente dotada de alto teor de criatividade normativa, toda decisão judicial expansiva dos significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de regular diretamente condutas concretas, excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático, criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos, não obstante esses princípios revelarem tão só os fins constitucionais relevantes a serem concretizados e não os meios concretos a serem empregados. O juiz constitucional ativista substitui o legislador na tarefa de definir esses meios, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário.¹⁰⁹

Similarmente, também pode ser caracterizado o “caso da (in)fidelidade partidária”, tema de uma série de julgados pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹⁰ A quizila abordava a possibilidade de a sigla partidária reivindicar a vaga daquele indivíduo que, eleito mediante a agremiação, dela se desvinculasse, resultando para o sujeito, conseqüentemente, a perda do mandato parlamentar.

Nessa questão, a problemática essencial gira em torno do fato de não haver disposição legal ou constitucional que expressamente admitisse tal possibilidade. Isso, contudo, não constituiu óbice às decisões do Tribunal Superior Eleitoral e, posteriormente, da Corte Excelsa, os quais autorizaram a perda de mandato parlamentar em decorrência da infidelidade partidária do político eleito.¹¹¹

O arranjo decisório elaborado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, em particular, extraiu dos preceitos constitucionais, quais sejam, o sistema representativo proporcional, sediado no artigo 45, *caput*,¹¹² a obrigatoriedade de filiação partidária como requisito para inelegibilidade, constante do artigo 14, §3º, inciso V,¹¹³ e a importância da

¹⁰⁹ Ibid, p. 264.

¹¹⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602/DF**. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04.10.2006. Dje: 17.10.2008.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04.10.2006. Dje: 19.12.2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604/DF**. Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia Antunes Rocha. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04.10.2006. Dje: 03.10.2008.

¹¹¹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2015.

¹¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019. Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

¹¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: V - a filiação partidária.

representação política para consecução do princípio democrático, conforme o artigo 1º, parágrafo único ¹¹⁴, seu fundamento essencial.

Digno de nota, portanto, que a sustentação da tese da infidelidade partidária não se pauta em normatividade expressa do legislador, mas sim, norteada por uma interpretação ampliativa e condensada das diretrizes constitucionais. Tanto o é que o ministro Gilmar Mendes profere suas razões deduzindo-as da “inteireza da constituição”, através da (re)interpretação da ordem normativa-constitucional. ¹¹⁵

Não se pode olvidar, também, da questão relativa à união homoafetiva ¹¹⁶, levada à apreciação pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em ADI nº 4.277/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. O caso versava, em linhas gerais, acerca do reconhecimento e equiparação de direitos atinentes à união estável de relações heteroafetivas às homoafetivas.

A ação foi julgada procedente em unanimidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, concedendo-se às uniões homoafetivas os direitos atribuídos às relações heterônomas. A *ratio decidendi* da qual valeu-se a Corte Excelsa se deu no sentido de afastar a previsão reducionista de família contida no artigo 226, §3º da Constituição Federal ¹¹⁷ e estabelecendo a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil ¹¹⁸ em conformidade aos princípios constitucionais. Foi como votou o Ministro Ayres Britto:

[...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. ¹¹⁹

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019. 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: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Ciência Jurídica em Foco**, Brasília, v. 1, n. 260, 2007.

¹¹⁶ Cf. BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 05.05.2011. Dje: 14.10.2011.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr 2019. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 de abr 2019. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, Brasília/DF, mai. 2011, p. 656.

Consoante o acórdão, os ministros consignaram principiologia tal qual dignidade da pessoa humana – no aspecto de salvaguarda da autonomia individual –, direito fundamental à liberdade, à igualdade, da não discriminação, em especial a vedação de preconceito em razão da orientação sexual dos indivíduos, prerrogativas essas que formaram arcabouço axiológico suficiente a fundamentar a decisão ora assentida.¹²⁰

Infere-se, aqui, que o ativismo judicial surgiu de forma necessária à consecução de um direito que, institucionalmente e socialmente, vinha numa crescente aceitação. Decerto, no presente acórdão, Luiz Fux rememora o fato de que já vinha ocorrendo o reconhecimento dos direitos desta categoria social nas esferas administrativas, mormente, nos âmbitos federais e estaduais.¹²¹

Isso porque, a união homoafetiva encontrava-se amparada no que tange aos direitos previdenciários, na percepção de pensão por morte de seus parceiros, conforme assegurado pelo Ministério da Previdência e por leis estaduais, assim como, na seara fiscal, existia a possibilidade de inclusão do companheiro homoafetivo como dependente para fins de declaração de Imposto de Renda, conforme ratifica Parecer PGFN CAT nº 1.503 da Procuradoria-Geral da Fazenda.¹²²

Do exposto, o que se percebe é que houve avanços sociais e institucionais no sentido de recepcionar os direitos reclamados pela sociedade, sem, contudo, o acompanhamento político-legislativo nessa intenção, já que, por se tratarem de matérias cujo conteúdo é controverso, este último acaba mantendo-se inerte, mais preocupado com os custos políticos que sua escolha acarretará. Resta, então, ao poder jurisdicional elevar o progresso que ocorria, desde já, no plano fático ao patamar constitucional, regulamentando-o efetivamente.

Em acréscimo à forma de ativismo judicial realizada mediante o método interpretativo de preceitos constitucionais, ressalte-se, necessariamente, o caso complexo relativo aos fetos anencéfalos, julgado em ADPF nº 54/DF pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2012.¹²³

A questão, reputada procedente pela maioria dos votos dos ministros, dizia respeito à viabilidade de se declarar a inconstitucionalidade da interpretação consoante a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é prática descrita nos tipos penais dos artigos 124,

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 05.05.2011. Dje: 14.10.2011.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

¹²³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12.04.2012. Dje: 30.04.2013.

126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.¹²⁴ Objetiva-se, assim, afirmar o direito da gestante em, na situação em que o feto não subsistiria à vida extrauterina, ser submetida ao procedimento abortivo sem a necessidade de anuência judicial ou estatal para tanto.

Auxiliados por meio de audiências públicas por meio das quais foram fornecidas as informações e dados suficientes à tecnicidade da lide, a decisão majoritária perfilhou pela interpretação do caso em apreço em conformidade à Constituição. Assim, no entendimento do Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, a procedência do pedido apresenta consonância com princípios da dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à liberdade, à autonomia, à privacidade e à saúde da mulher, assim como a laicidade do Estado, conforme se vislumbra das razões de seu voto, *in ipsius litteris*:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.¹²⁵

Ademais, para o ministro, o qual, vale dizer, foi acompanhado pelos demais, nessa questão, considerou a atipicidade da conduta, porquanto o “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”, ao que preconiza o Ministro relator.¹²⁶ Desta feita, ainda que vivo, biologicamente, é reputado morto no sentido jurídico, por não possuir atividade cerebral, à maneira que não deve ser objeto de proteção jurídico-penal.

Na ótica do Ministro Gilmar Mendes, a intervenção judicial em caso deste jaez serviu a colmatar uma lacuna legislativa, mormente, pois, à época da elaboração do Código Penal,

¹²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque; Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante; Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello, Brasília/DF, abr. 2012, p. 68.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello, Brasília/DF, abr. 2012, p. 23.

segundo Mendes, não existiam técnicas e tecnologias suficientes à previsão da hipótese em lide. Assim, com a evolução da ordem social contemporânea, junto das adversidades que a acompanham, coube ao Judiciário, novamente, a função de dar uma resposta a situações tais quais a levada a seu crivo.¹²⁷

Entretanto, insta salientar que a procedência da ação se deu por voto majoritário. O Ministro Ricardo Lewandowski, a seu turno, decidiu pela improcedência, valendo-se, dentre outros fundamentos, da impossibilidade de a instância máxima do Poder Judiciário “legislar” acerca da matéria. Para ele,

[...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergarem as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

¹²⁸

De mais a mais, há que se notar, em conformidade ao que postulam a maioria dos ministros, que a legislação escrita não acompanhou as evoluções sociais no tempo, tendo em vista que, à época em que foram editadas, escapou à percepção dos legisladores, compreensivelmente, conceber tal possibilidade. Nesse sentido, percebe-se outra faceta que dá vazão ao comportamento ativista dos magistrados, que são chamados a preencher as lacunas criadas pelo recrudescimento social por si só.

E, muito embora o Congresso, mais uma vez, tenha se mantido silente quando da formação desse vácuo legal – impulsionando o Judiciário a tomar uma posição quando chamado –, não é crível, também, a expectativa de tal exercício de “futurologia” pelo Poder Legislativo em todas as circunstâncias.

Porém, como já visto aqui, a omissão legislativa não decorre unicamente da concepção de hipóteses sociais que possivelmente necessitarão de previsão legal. Na maioria das vezes, sua inércia é derivada de questões políticas. É a situação que se observa no caso do direito de greve dos servidores públicos.¹²⁹

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12.04.2012. Dje: 30.04.2013.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília/DF, abr. 2012, p. 245.

¹²⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Rel. Maurício José Côrrea. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 25.10.2007. Dje: 31.10.2008.

O texto constitucional, no capítulo destinado às diretrizes norteadoras da Administração Pública, em seu artigo 37, inciso VII ¹³⁰, estabelece o direito à greve. Contudo, o mesmo dispositivo fixa que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Não obstante tal previsão, até os dias atuais, a lei exigida pela norma constitucional para a regulamentação da prerrogativa ainda não foi editada. Nesse contexto, diante da inércia legislativa, diversos Mandados de Segurança foram interpostos junto ao Supremo Tribunal Federal na tentativa de correção da patente lacuna normativa.

A postura inicial da Corte Excelsa deu-se, em um primeiro momento, no sentido de declarar a mora e cientificar o Poder Legislativo, para então, este órgão tomar iniciativa e elaborar a legislação vindicada pelo constituinte. O Congresso, porém, manteve-se silente, acarretando à sociedade inúmeros prejuízos e insegurança, dado que a ausência de lei que regulamente o direito de greve provocava óbices à continuidade de serviços essenciais à população. ¹³¹

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal alterou a forma de lidar com tal situação e, no Mandado de Segurança nº 670/ES, não se contentou em, tão somente, declarar a mora do órgão responsável pela elaboração da legislação. Resolveu, nesse ínterim, pela aplicação em proveito dos policiais civis do Estado do Espírito Santo, impetrantes do *writ*, das disposições contidas na Lei nº 7.783/1989, que regulamenta a greve na iniciativa privada, no que couber, até que superada a mora pelo legislativo.

O fundamento da decisão perpassou, em linhas gerais, ao fato de não ser possível ao Judiciário negligenciar a omissão na prestação de direito social tão basilar, bem como ignorar os prejuízos dela decorrentes. Consoante assente o Min. Gilmar Mendes,

[...] Tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível também atuar na omissão do legislativo. [...] Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

¹³¹ CAMPOS, 2014.

não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.¹³²

Decerto, no entendimento do Min. Sepúlveda Pertence, há momentos em que a omissão legislativa realmente advém da impossibilidade política de um consenso entre os parlamentares, sendo uma característica própria do “jogo democrático”¹³³, no seu dizer. Segundo interpreta, a situação em apreço, porém, consiste em uma inércia abusiva, de modo que a decisão proferida ao Mandado impetrado se demonstra a mais razoável à resolução da contenda.

Assim julgado o caso, ao veredito foi dada eficácia geral. Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o efeito *erga omnes* aplicado à questão evidencia o ativismo da Corte, tendo esta percorrido um passo a mais que o necessário. Isso, não obstante, não obscurece o fato de o Tribunal ter consignado posicionamento acertado no escopo de dar uma solução à controvérsia crucial ao direito social constitucionalmente assegurado.¹³⁴

No mais, é de ser constatar que nas decisões até então trazidas, o Supremo Tribunal Federal apresentou postura claramente ativista e, outrossim, correta e legítima, diante das circunstâncias. Entretanto, a corroborar com o caráter contingencial que, na opinião de Carlos Campos, permeia o ativismo judicial, – conforme já exposto em capítulo próprio – há decisões em que o comportamento tido pela Corte pode se reputado de todo inoportuno e ilegítimo.

É o que se denomina “ativismo antidialógico”, ao que leciona o autor. Neste, o Tribunal comporta-se como se a última função interpretativa a ele lhe coubesse, inadmitindo a construção exegética dos preceitos normativos junto de outros poderes num processo dialógico.¹³⁵

O caso a exemplificar a presente hipótese corresponde ao da ADI nº 2.797/DF.¹³⁶ A questão tratava da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 84, ínsito à Lei nº 10.628/2002, ocasião em que admitiam a prorrogação do foro por prerrogativa de função após cessado esta última. O cerne da controvérsia, em verdade, estava no fato de que a edição das disposições supracitadas contrariava entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Rel. Maurício José Côrrea. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, out. 2007, p. 36-41, *passim*.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Rel. Maurício José Côrrea. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, out. 2007, p. 127.

¹³⁴ CAMPOS, 2014.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 15.09.2005. Dje: 19.12.2006.

qual não admitia a hipótese de conceder foro “privilegiado” àqueles que já não exercem o cargo público.

Parte majoritária da Corte Excelsa entendeu a reinterpretação do legislativo federal como uma afronta a sua competência, já que, segundo voto do então Min. Relator Sepúlveda Pertence, “às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição”.¹³⁷

Assim, entende-se que, na opinião dos julgadores, a última palavra, quando se trata de interpretação dos preceitos constantes da Constituição da República, cabe apenas ao seu guardião, negando-se, veementemente a possibilidade de diálogo entre as instituições políticas. É como perfilha o entendimento de Pertence, que aduz

A circunstância de que a interpretação constitucional convertida em lei ordinária contrarie a jurisprudência do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, não é assim, determinante, por si só, da inconstitucionalidade, embora evidencie o desconcerto institucional a que pode conduzir a admissão da interpretação da Constituição por lei ordinária.¹³⁸

Embora tenha sido este o pensamento majoritário dos Ministros, há que se ressaltar os fundamentos trazidos por Gilmar Mendes, acompanhado por Eros Grau em suas razões. Para ele, a atitude tomada pelo legislador federal é constitucional, de modo que

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate institucional, deve continuar.¹³⁹

Isso posto, na opinião de Carlos Azevedo Campos, a forma de ativismo empregada na decisão *supra*, consiste na modalidade que pode ser, de pronto, considerada ilegítima, dado o caráter autoritário pelo qual o Tribunal Constitucional fundamentou a sentença pela inconstitucionalidade das disposições acrescidas à Lei federal. O primado que deve ter por fito os Tribunais corresponde ao equilíbrio fundamental entre as instituições, o constitucionalismo e a própria democracia.¹⁴⁰

Em vista dos casos emblemáticos colocados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, é possível ter uma noção, ainda que breve, de como o ativismo tem sido utilizado pelo Poder Jurisdicional e a maneira que esta atitude se manifesta. Conforme depreende-se

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, set. 2005, p. 283.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília/DF, set. 2005, p. 370.

¹⁴⁰ CAMPOS, 2014.

das jurisprudências trazidas, esse comportamento pode ser tido, realmente, como legítimo, quando direcionado ao efetivo cumprimento de preceitos constitucionais, dando-lhes a concretude de que reclamam, afirmando e reconhecendo direitos fundamentais. Embora, pela abrangência desses preceitos fundamentais, as decisões ativistas podem, em larga escala, utilizar-se desse pretexto indiscriminadamente.

No entanto, importante atentar-se quanto aos excessos dos agentes judicantes, na medida em que pretendem uma verdadeira supremacia judicial em detrimento dos demais poderes políticos, a qual, é de sabença, não constitui prática escassa no meio judicial. Assim, possível afirmar, a avaliação quanto a legitimidade desse exercício dependerá de análise casuística, sendo imperioso, nesse ínterim, abdicar uso depreciativo ao vocábulo “ativismo”. Nessa vertente, consoante bem alerta Luís Roberto Barroso, resumindo a problemática em que se encontra envolto o assunto:

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.¹⁴¹

¹⁴¹ BARROSO, 2009, p. 19.

6 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Rumo às conclusões, é de suma essencialidade tratar a respeito das críticas ao ativismo judicial, já tangenciadas no curso deste trabalho em um ou outro momento. Por isso, então, algumas das críticas doutrinárias quanto ao fenômeno da atividade jurisdicional em destaque serão aqui abordadas sucintamente.

A primeira não poderia deixar de ser a que se refere ao ativismo judicial como um risco à separação dos poderes do Estado. A Constituição Federal de 1988 consagra a separação dos poderes no Brasil em seu artigo 2º, asseverando: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁴² A previsão é notadamente de inspiração das ideias republicanas de Montesquieu, no escopo de evitar abusos e assegurar a liberdade. Em sua obra, “O Espírito das Leis”, o filósofo propugna:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.¹⁴³

Mesmo ante contexto histórico diferente da época em que ofereceu tal ensinamento, não há que se negar a importância do princípio, o qual é sustentáculo do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal vigente. Nada obstante, na realidade contemporânea evidencia-se uma verdadeira flexibilização do primado da separação dos poderes, oportunizada, como visto, pela própria Constituição da República, na medida em que favorece a expansão da atividade judicial em detrimento dos demais poderes, evento esse característico de sociedades democráticas.¹⁴⁴

Decerto, conforme aduzido oportunamente nesse estudo, desde a promulgação da Constituição de 1988, se esboça um novo arranjo institucional brasileiro, e este arranjo singular, segundo Oscar Vilhena Vieira, cresce à volta de um protagonismo dado ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, expande sua autoridade perante as demais instâncias do

¹⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

¹⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁴⁴ ALMEIDA, Pamela Ferreira. O ativismo judicial e suas implicações no princípio da separação dos poderes. **Revista da Ejuse**, Aracaju, nº 25, 249-265, 2016.

poder jurisdicional, e avança em detrimento dos poderes de governo, Legislativo e Executivo. Situação essa que põe em relevo a mencionada alteração no equilíbrio do sistema constitucional de separação de poderes brasileiro.¹⁴⁵

A crítica ao ativismo judicial que tangencia a violação ao princípio da separação dos poderes de governo encontra seu principal artífice na doutrina de Elival da Silva Ramos, já balizada brevemente em momento anterior. Para ele, como se sabe, o ativismo judicial corresponde à atividade judicial que transborda as incumbências jurídicas institucionalmente fixadas, atentando, portanto, contra o sistema de separação dos poderes adotado no ordenamento constitucional.

Importa trazer fragmento de sua obra à elucidação:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Poder Judiciários nos limites da função jurisdicional que lhe é confiada e para cujo exercício foram estruturados. [...] Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadidos por decisões excessivamente criativas.¹⁴⁶

Na concepção do autor, deve haver uma superação dessa prática, mediante a aplicação do que denomina “positivismo renovado”, conforme aduz:

Se eliminada a associação entre o positivismo e a subsunção mecânica, de índole lógico-formal, e afastada a referência a uma ordem de valores externa ao sistema jurídico, com interferência direta sobre a sua conformação, não há por que não se afirmar a perfeita compatibilidade entre os desenvolvimentos mais recentes da Teoria da Interpretação e o positivismo jurídico. Para essa concepção de direito o que importa é o reconhecimento de que na interpretação-aplicação de natureza jurídica os textos normativos contêm algo de objetivo, que não pode jamais ser eliminado pela vontade do juiz, ainda que inspirado por fatores sociais ou comandado por um ontologismo axiológico, sob as vestes da argumentação racional.¹⁴⁷

Semelhantemente, Ronald Dworkin traça seu entendimento acerca do ativismo judicial, que, na sua perspectiva

¹⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.

¹⁴⁶ RAMOS, 2015, p. 116-129, *passim*.

¹⁴⁷ Ibid, 2015, p. 103.

o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.¹⁴⁸

Desta feita, tal problema, que tangencia o protagonismo judicial e a conseqüente violação da separação dos poderes pela prática ativista, resulta conseqüente inevitável do fenômeno, a saber: a hipertrofia e a dependência do Poder Judiciário.

No curso deste estudo aludiu-se repetidas vezes à expansão do exercício jurisdicional no sentido de concretizar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, considerando seu conteúdo vago, impreciso e fluído, a demandar a atuação dos agentes judicantes ao ponto de participar do “processo de criação do direito”.¹⁴⁹

Não se deixou de mencionar, outrossim, outro fator preponderante à atuação abrangente dos tribunais e juízes singulares, qual seja, a inércia dos demais poderes de governo. Tem-se, portanto, como efeito colateral do ativismo judicial, a hipertrofia do Poder jurisdicional, bem como sua dependência.¹⁵⁰

A crítica aqui tecida pode ser bem resumida na elucidação oferecida pelo Ministro Celso de Mello em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal:

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.¹⁵¹

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451.

¹⁴⁹ BARROSO, 2009.

¹⁵⁰ MAGALHÃES, Pedro Naves. **O ativismo judicial e os reflexos no processo civil**. 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15122015-143227/es.php>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

¹⁵¹ MELLO, Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008**, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

Observadas tais ponderações, cabe, por fim, a crítica possivelmente mais taxada a respeito do ativismo judicial, a que considera o fenômeno um verdadeiro atentado à legitimidade democrática.

Os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos. Não obstante, os juízes, desembargadores e ministros detêm a capacidade de invalidar atos proferidos pelos demais Poderes de governo, representativos da vontade majoritária. À tal possibilidade de os agentes políticos eleitos terem suas decisões sobrepostas à da instância judicial, inclusive, nominou-se “dificuldade contramajoritária”, consoante a doutrina de Luís Roberto Barroso.¹⁵²

Entretanto, na opinião do jurista, existem duas claras justificativas para legitimar o exercício de revisão dos atos dos demais Poderes pelos atores judicantes, sem embargo das críticas quanto à possibilidade de tal comportamento ferir princípios democráticos. De início, destaca-se que a própria Constituição Federal confere ao Poder Judiciário essa prerrogativa, sendo certo que “a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.”¹⁵³

Além disso, no seu entendimento, na adoção de um Estado Constitucional Democrático, estão comportadas ideias – respeito aos direitos fundamentais, representada pelo constitucionalismo, e vontade da maioria – que, por vezes podem entrar em conflito. E, nessa circunstância, cabe ao Judiciário velar pela observância dos princípios e direitos fundamentais, ainda que contrariamente à vontade majoritária, personificada pelos Poderes e agentes públicos representativos.¹⁵⁴

O problema da legitimidade democrática no que tangencia o assunto de ativismo judicial também foi traçado na obra de Mauro Cappelletti, em que aborda opiniões doutrinárias acerca da questão, resumindo-as:

A objeção em questão desenvolve-se no sentido de que num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juízes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a ‘prestar contas’ das suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes.¹⁵⁵

Cappelletti, contudo, não se demonstra inteiramente convencido das objeções doutrinárias a respeito de o ativismo de judiciário representar uma atitude antidemocrática. Na sua acepção, não necessariamente o Legislativo estaria efetivamente representando os

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

¹⁵³ BARROSO, 2009, p. 10.

¹⁵⁴ Ibid, 2009.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 93.

interesses do povo, vez que muitas vezes representam vontades de grupos privados que fazem prevalecer sua força política. Para ele, nas deliberações governamentais nem sempre aos conceitos de “voz da maioria” são atribuídas sua devida importância.¹⁵⁶

Ademais, o Judiciário não é sempre desprovido de representatividade, segundo o autor. Consoante leciona o jurista, mesmo no âmbito do *civil law*, muitos juízes, ministros e desembargadores são indicados politicamente, como, no Brasil, por exemplo, é o caso do Supremo Tribunal Federal, em que seus ministros são investidos por decisão do Presidente da República, lastreando suas decisões, ainda que mínima e indiretamente, de certa representatividade.¹⁵⁷

O autor conclui, asseverando:

A noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso, em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossa sociedades contemporâneas.¹⁵⁸

Das críticas tecidas ao ativismo judicial que foram apresentadas, fica evidente que as objeções feitas a seu respeito não são recentes, e continuam, a despeito disso, a serem indagadas quando o assunto é o comportamento judicial ativista. Daí a relevância em observá-las em suas nuances, vez que com os avanços da contemporaneidade e, conseqüentemente, do ativismo judicial, as críticas ao fenômeno tendem a se atualizar, implicando em novos contornos na polêmica tratativa deste tema.

¹⁵⁶ Ibid, 1999, p. 96.

¹⁵⁷ Ibid, 1999.

¹⁵⁸ Ibid, 1999, p. 107.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já demonstrado em diversas oportunidades, o intento do presente estudo não diz respeito a oferecer respostas concretas e fechadas sobre o ativismo judicial em apreço. Afinal, como visto, seu próprio conceito não encontra consenso na doutrina, seja ela nacional ou estrangeira e, em muitos deles, a definição em si concedida por aqueles que se lançam à tarefa traz em seu bojo uma maneira de tecer críticas a respeito do fenômeno, dificultando a percepção da prática incólume de ideias tendenciosas ou influentes para o sim ou para o não.

À evidência da controvérsia que cinge o tema, sua expansão no meio judicial, entretanto, continua a lastrear seus efeitos, deixando o espaço dos Tribunais Superiores a atingir, até mesmo, a prática dos juízes singulares de primeira instância do Brasil, país em que, ainda, a matéria é de fato incipiente, defronte ao direito comparado anglo-saxão.

Porém, da análise aqui proposta, é possível extrair a consideração concernente a legitimidade ou não do ativismo jurisdicional como uma questão contingencial, isto é, a depender da decisão proferida pelo juiz quando da subsunção do fato à norma, do exercício exegético que realiza das disposições normativas, incluindo dos princípios constitucionais aplicados *in casu*, na observância do ordenamento jurídico, se pode considerar que será a partir do caso concreto que se poderá inferir aquela prática ativista pelo Judiciário como legítima ou ilegítima. Quer dizer, essa não é uma resposta a se oferecer de pronto, mas que pode ser entendida caso a caso.

Isso porque, consoante apontado em momento anterior, há variáveis tais como a abstração das regras e princípios constitucionais e costumaz inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, que devem ser apreciadas quando se trata de uma decisão ativista. E, se bem é verdade que o teor vago e ambíguo que aquelas disposições possam oferecer muitas vezes são utilizadas como artifícios para promover decisões indiscriminadas, como também responsabilizar a omissão dos Poderes majoritários corresponde, em grande parte, à criminalização da política em si, respostas aos litígios colocados à apreciação dos órgãos judicantes precisam, em alguma medida, serem concedidas à sociedade.

Em que pese o sistema judicial do *civil law* brasileiro não seja dotado de um sistema de precedentes sólido até o momento, – em evidente prejuízo à segurança jurídica nas decisões jurisdicionais –, é notável, decerto, que a estrutura em que atualmente se inserem os mecanismos democráticos, oportunizados pela Constituição de 1988, dão margem ao comportamento tão criticado do Judiciário, dificultando opções a serem tomadas por seus

órgãos noutro sentido, tendo só a demonstrar a imperiosa necessidade de reformas estruturais e institucionais do país.

E, tendo a noção de que a estrutura em que se assenta a prática ativista do Judiciário favorece sua deflagração, é de se observar que os baluartes democráticos e constitucionais, de igual forma, não auxiliam nos possíveis excessos advindos dos órgãos judicantes quando da tomada de decisão, de forma a obstar ou oferecer parâmetros à necessária limitação de seu, muitas vezes provável, descomedimento.

Sabendo disso, cumpre gizar que excessos devem ser repelidos em sua integralidade, como é o caso de o Poder Judiciário se valer de sua conduta ativista para se sobrepor, ilegitimamente, aos demais poderes, impondo uma espécie de supremacia judicial, principalmente no que tange à interpretação de normas constitucionais. Sendo certo o controle de constitucionalidade difuso e concentrado no ordenamento jurídico brasileiro, não cabe apenas aos órgãos do Judiciário interpretar os preceitos fundamentais em sede constitucional, mas a quaisquer dos Poderes de Governo, em especial ao Poder Legislativo, a quem se atribui, democrática e representativamente, a legitimidade na elaboração normativa.

O ativismo judicial efetivado de forma excessiva e desproporcional, à maneira de configurar verdadeira supremacia judicial, por exemplo, nota-se, presta verdadeira desassistência à sociedade em geral e às balizas democráticas. De fato, a prática jurisdicional objeto do presente estudo deve ser averiguada de maneira equilibrada e ponderada, assim como deve ser a atuação dos agentes judicantes quando optam por sua adoção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

ALMEIDA, Pamela Ferreira. O ativismo judicial e suas implicações no princípio da separação dos poderes. **Revista da Ejuse**, Aracaju, nº 25, 249-265, 2016.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; Antônio CINTRA, Octávio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Unesp, 2007, p. 81-115.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, Madrid, Taravilla, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 15.09.2005. Dje: 19.12.2006.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 05.05.2011. Dje: 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12.04.2012. Dje: 30.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Rel. Maurício José Côrrea. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 25.10.2007. Dje: 31.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602/DF**. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04.10.2006. Dje: 17.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04.10.2006. Dje: 19.12.2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604/DF**. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia Antunes Rocha. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04.10.2006. Dje: 03.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE nº 579.951- 4/RN**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Repercussão Geral. Data de Julgamento: 20.08.2008. Dje: 24.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo tribunal federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do common law**. RT 752/11. São Paulo: Ed. RT, 1998.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial proposta para uma discussão conceitual**. Brasília, a. 49 n. 193 jan./mar. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRAGOSO, Roberta. **O início do fim da era de segregação racial nos Estados Unidos**. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/artigos/o-inicio-do-fim-da-era-de-segregacao-racial-nos-eua/>>. Acesso em: 05 out. 2018.

GARANHANI, Luciane H; BARBOSA, C. M. O respeito aos precedentes e o ativismo judicial: dilemas da política judiciária no sistema de civil law. In: Claudia Maria Barbosa; Nivaldo dos Santos; Orione Dantas de Medeiros. (Org.). **Acesso à Justiça II: XXIII Congresso Nacional do Conpedi**. 1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 397-417.

GRECO, Leonardo. Justiça civil, acesso à justiça e garantias. In: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgências e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. São Paulo, v. 7, n. 7, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2013.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 255-275, 2003. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/50>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/11451>>. Acesso em: 12 fev 2019.

MAGALHÃES, Pedro Naves. **O ativismo judicial e os reflexos no processo civil**. 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15122015-143227/es.php>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

MARCHIORI NETO, Daniel Lena. A Suprema Corte dos EUA e a construção dos direitos sociais: estado-de-arte sobre a posição minoritária durante a era Lochner (1905-1937). **Em Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Noviembre, 2014. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/30/lechner.html>. Acesso: 05 out. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008**, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Ciência Jurídica em Foco**, Brasília, v. 1, n. 260, 2007.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MIRANDA, Victor Vasconcellos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I “A”. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 419-446, ago., 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106098>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

PENNA, Bernardo Schmidt. ‘Papel criador do intérprete’ X ‘papel criativo do intérprete: dois casos paradigmáticos do ativismo judicial à brasileira do Supremo Tribunal Federal’. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Bahia, v. 3, n. 01, p. 57-74, 2016.

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

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SARMENTO, Daniel. (Resenha de Livro) **Um Novo Clássico: O Curso de Direito Constitucional Contemporâneo de Luís Roberto Barroso**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Vol. 12, Renovar, 2008.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 215, p. 97-115, 2017.

SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 50, Número 199, p. 163-178, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p163.pdf>. Acesso: 05 out. 2018.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2015.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap. 3, p. 73-114.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Porto Alegre: Liv. Advogado, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.** Curitiba: Juruá. 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, 'positivação' do direito natural e política. In: **Estudos Históricos.** Vol. 9, nº 18, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.