

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

DANTE GIOVANNI CARMINATI GREIN

**O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: DEFINIÇÕES, CRÍTICAS E PARÂMETROS
DOGMÁTICOS**

**CURITIBA
2021**

DANTE GIOVANNI CARMINATI GREIN

**O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: DEFINIÇÕES, CRÍTICAS E PARÂMETROS
DOGMÁTICOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Roosevelt Arraes

**CURITIBA
2021**

DANTE GIOVANNI CARMINATI GREIN

**O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: DEFINIÇÕES, CRÍTICAS E PARÂMETROS
DOGMÁTICOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____
Prof. Dr. Roosevelt Arraes

Prof. Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2021.

Dedico esta obra primeiramente aos meus pais, Eni e Jorge, pois sem eles nada disso seria viável de ser realizado.

Também, ao meu avô Mario Grein (in memoriam), que demonstrou a todos que sim, era possível estudar uma nova profissão depois de muito tempo.

Da mesma forma, dedico a todos os meus mestres, tanto aos da Medicina, que acreditaram em mim, quanto aos mais recentes, do Direito, pela imensa oportunidade de poder absorver parte de seus conhecimentos.

Por fim, à Giovanna, que me incentivou desde o princípio desta empreitada, me ajudou sobremaneira nestes 5 anos de dedicação, e que esteve e estará ao meu lado nos momentos mais críticos.

*"It is not the strongest or the most intelligent who will survive
but those who can best manage change."
(Charles Darwin).*

*“Quando a política penetra no recinto dos Tribunais,
a Justiça se retira por alguma porta.”*

(François Guizot).

RESUMO

As decisões judiciais das cortes superiores têm se tornado, nas última décadas, alvo de constante controvérsia, uma vez que, para muitos, algumas destas decisões possuem a característica de priorizar a vontade do tribunal em detrimento do direito positivado. Tal cenário tem estimulado os doutrinadores brasileiros a, cada vez mais, vislumbrarem aspectos de um verdadeiro protagonismo judiciário, especialmente quando se remete às decisões políticas que deveriam, idealmente, ser tomadas em foro legislativo, ou até mesmo executivo. O presente trabalho objetiva analisar o atual cenário do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, buscando, através de decisões paradigmáticas, auferir se existem balizas a ser utilizadas nas referidas decisões. De mesma forma, é necessária a análise conceitual do tema, uma vez que existe muita divergência doutrinária, especialmente no que tange à definição de em que momento uma decisão passa a se tornar ativista. Uma vez que existe uma parte importante da doutrina que argumenta em prol da necessidade de que decisões deste caráter sejam parte integrante da sociedade, em busca de uma suposta evolução social, observa-se também que existem grandes argumentos em sentido oposto. Não obstante, é imperativa a exposição da origem e história do ativismo judicial, principalmente no que se refere ao seu berço, a suprema corte norte americana, bem como a variabilidade conceitual que se dá ao tema.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Balizas. Controle de Constitucionalidade. STF. Direito Constitucional.

ABSTRACT

In the last decade, Brazilian superior courts decisions have been the target of controversies as long as, for many people, some of these decisions have prioritized the court's wishes at the expense of the written law. This scenario has stimulated Brazilian law writers to, increasingly, glimpse some aspects of a real judiciary leadership, especially referring to political decisions that ideally should be taken at the legislative or at executive forum. This paper aims to analyze the current judicial activism scenario at the Brazilian Supreme Court scope, trying to measure, through the study of paradigmatic decisions, the possibility of using any kind of beacons to limit these decisions. In the same way, conceptual analyzes of the theme is necessary, as there is some doctrinal divergence, especially regarding to the definition of the point that a decision becomes activist. Yet, while there is a considerable part of the writers arguing in favor to this activism as an important tool for the purposes of a supposed social evolution, one can observe that, in the same proportion, there is also those who argue in the opposite direction. However, the exposition os historical aspects of the judicial activism, such as its origins, is imperative, mainly with regards to its historic cradle, the Unites States Supreme Court, and the conceptual variability that the North American literature attributes to the theme.

Keywords: Judicial Activism. Limits. Constitucional Review. Constitucional Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HISTÓRICO E DEFINIÇÕES	11
2.1 CONCEITUAÇÃO	11
2.2 “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E “POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO”	15
2.3 A DECISÃO POR EQUIDADE	17
2.4 MARCOS HISTÓRICOS	19
2.4.1 Origens e Fases do Ativismo Judicial nos EUA	20
2.4.2 Origens e Fases do Ativismo Judicial no Brasil	23
2.4.3 Paralelo entre o Ativismo das Cortes Brasileira e Norte Americana	24
3 AS DECISÕES ATIVISTAS NO BRASIL	26
3.1 FATORES INDICADORES DO ATIVISMO JUDICIAL	26
3.2 DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO	30
3.3 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	32
3.4 DESCRIMILIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO	35
3.5 O ATIVISMO JUDICIAL SEGUNDO O STF E AS LEGÍTIMAS BALIZAS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL: FALAMOS A MESMA LÍNGUA?	37
3.5.1 O entendimento atual do Supremo tribunal Federal	37
3.5.2 Balizas idealizadas pela Doutrina	42
3.5.2.1 Hans Kelsen	43
3.5.2.2 Lênio Streck	44
3.5.2.3 Ariosto Teixeira	48
3.5.2.4 Daniel Sarmento	49
3.5.2.5 Outros doutrinadores	52
4 ARGUMENTAÇÕES CRÍTICAS E ARGUMENTAÇÕES JUSTIFICADORAS DO ATIVISMO JUDICIAL	56
4.1 ARGUMENTOS JUSTIFICADORES MENORES	56
4.2 ARGUMENTOS CRÍTICOS MENORES	58
4.3 ARGUMENTOS JUSTIFICADORES MAIORES	59
4.4 ARGUMENTOS CRÍTICOS MAIORES	62
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais têm sido foco de reiteradas e relevantes discussões no Brasil, nos últimos anos, fenômeno que se observa cada vez mais claramente, uma vez que os olhos da população estão se voltando com mais veemência para os três poderes, tanto no sentido de fiscalização quanto, e principalmente, no sentido de realmente se tecer uma crítica à atuação da administração pública, dos legisladores e dos órgãos judicantes.

A polarização política que tem sido construída em nosso país também se reflete no Poder Judiciário, principalmente no que tange às argumentações, positivas e negativas, acerca de decisões judiciais que, de alguma forma, alteram o rumo do que os grupos políticos esperam.

Nesse ínterim, especialmente na última década, o Supremo Tribunal Federal tem sido o alvo preferido das críticas provenientes dos segmentos mais conservadores da sociedade, e isto se deve a algumas decisões paradigmáticas que, para estes segmentos, reputa-se terem direcionamento político oposto ao que consideram ideal.

Por outro lado, setores politicamente liberais também tecem críticas exacerbadas à atuação das cortes superiores, especialmente quando se trata de decisões que interferem na vida eleitoral do Brasil. Questiona-se, por estes setores, se tais cortes possuiriam legitimidade para, através de interpretações constitucionais não-literais, alterarem os rumos eleitorais do país.

Sob uma ótica ou sob a outra, entretanto, existe um ponto de convergência, qual seja, as decisões carregadas de ativismo judicial, nas quais o Poder Judiciário e, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, utiliza-se de diversas prerrogativas para tomar decisões para além do que seria seu limite normativo. É sabido que à Corte Suprema se designa o papel de guardião da Constituição, e a sociedade atualmente questiona se há um limite a essa guardiania.

O presente estudo busca demonstrar as diversas abordagens conceituais sobre o tema, tanto do ponto de vista de doutrinadores clássicos quanto modernos, bem como sob a ótica do próprio STF. Visa também a investigar o “limite de prestação jurisdicional”, ou seja, até onde uma decisão pode ir sem ser considerada perniciosa ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, ao próprio Estado de Direito.

No caminho para tentar buscar estes limites, essencial se faz mostrar que o entendimento sobre o fenômeno do ativismo judicial é muito diverso. Não é possível se obter, no presente momento de evolução do direito, de maneira concreta, uma definição exata do que é o ativismo, do que é uma decisão ativista, e nem mesmo se as decisões ativistas são necessárias e, como consequência, “boas” para o Estado de Direito, ou se, na contramão deste entendimento, são deletérias, e, assim, “ruins” a este sistema de garantias.

O fato que não se pode negar é o de que, independentemente da lente que se utilize para avaliar o sistema jurídico, serão encontradas decisões nas quais o protagonismo do Judiciário é evidente. Estas decisões, tanto para os seus críticos quanto para os seus justificadores, são reflexos de uma demanda social crescente ao próprio Poder Judiciário. Cada vez mais as questões políticas e sociais, tanto as discutidas no âmbito legislativo quanto aquelas em que se considera haver omissão por parte destas casas, têm sido judicializadas com vistas à ratificação ou à desconstituição por parte do STF.

Nos dizeres do professor Ariosto Teixeira¹, o fato de a Constituição assegurar direitos, mas não assegurar que sejam atendidos, é uma das explicações para o aumento do volume de demandas sobre o Judiciário registrado no período que se seguiu à sua promulgação. Assim, o novo texto constitucional foi fator determinante para a que o STF se tornasse espécie de arena política de resolução de conflitos constitucionais, “ao redefinir e ampliar suas competências no controle material de constitucionalidade de emendas à Constituição, criar novas garantias constitucionais e alargar a lista dos agentes legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade”.²

Este fenômeno, indubitavelmente, é a fonte do ativismo judicial. E isso não vai mudar. Torna-se necessário, a partir deste entendimento, que a esfera judiciária compreenda o seu papel na repartição dos poderes e busque, incessantemente, cumpri-lo sem que se abuse desta prerrogativa para invadir o quadrado das outras esferas e, assim, usurpá-las o poder.

¹ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a judicialização da política no Brasil**. 1ª. Ed: Brasília, 2001, pág. 59.

² VIEIRA, Oscar (1994, apud TEIXEIRA, 2001: pág. 59).

2. HISTÓRICO E DEFINIÇÕES

2.1 CONCEITUAÇÃO

O Poder Judiciário sempre conviveu com críticas relacionadas aos limites de sua atuação, tendo sido, por inúmeras vezes no curso da história, fonte de decisões consideradas como exorbitantes de sua função, ao que a doutrina costuma trazer diversas definições, como “Ativismo Judicial”, “Judicialização da Política” ou mesmo “Politização do Judiciário”, em que pese haver notórias diferenças entre estes três preceitos.

O tema Ativismo Judicial é foco de muita controvérsia, pois várias decisões, por algumas consideradas ativistas, são muitas vezes por outros consideradas adequadas e em tese sem interferência externa às balizas próprias do Poder Judiciário.

Encontram-se bem estipuladas na doutrina e no próprio ordenamento jurídico brasileiro diversas funções não judiciais presentes na atuação do Poder Judiciário, ao que se define como Funções Impróprias, e que, mesmo não tendo cunho jurisdicional, são inerentes ao seu escopo de atuação. A título de ilustração, podemos citar as funções executivas exercidas pelos Presidentes dos Tribunais, e até mesmo a função legislativa exercida quando da formatação, por exemplo, de Súmulas Vinculantes, pela Suprema Corte. Tais funções, já bem estabelecidas, não são o foco da controvérsia em que se pretende adentrar com este estudo.

O Ativismo Judicial pode ser definido, de maneira geral, como a atuação de um magistrado ou tribunal que exceda a sua função própria, passando desta forma a fazer as vezes do legislador, no caso concreto.

Outra definição comumente dada ao Ativismo Judicial é a de que ele ocorre quando a autoridade julgadora, detentora do poder estatal, decide de forma contrária ao “império da lei”, o que não significa dizer que a decisão seja “além da lei”, nem tampouco “*contra legem*”, mas apenas que estes julgadores possuem recursos a direitos implícitos ou possuem a atribuição de dar novas interpretações ao texto legal.

Entretanto, em que pese a amplitude dos conceitos gerais, inúmeros teóricos tratam de estabelecer mais precisamente o que deve ser considerado ativismo judicial, e dentre eles necessário se faz citar Barroso, que o trata não como um problema, mas como modo proativo de interpretar a Constituição, decorrente da própria função da Corte Constitucional, e nesse sentido se distinguindo da “judicialização da política”:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³

Também relevante se faz citar o posicionamento de outro nome importante nos estudos da temática ativista, Daniel Sarmento, para quem o ativismo judicial encontra íntima relação com o Neoconstitucionalismo, uma vez que as mutações da cultura jurídica, o reconhecimento destas mudanças e a defesa delas fazem convergir a posição filosófica e a atuação ativista do Poder Judiciário:

(...) cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mutações da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa.⁴

No Brasil, a posição de defesa do ativismo judicial em certas circunstâncias, nos moldes em que apregoam os já citados Barroso e Sarmento, parece ser a mais difundida. Esta defesa, entretanto, pode ser considerada como uma posição

³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 25.

⁴ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 7.

moderada, no sentido de que estabelece que em apenas alguns casos a postura ativista seria justificável. Por outro lado, conforme relata Wiviurka,

[...] o marco teórico principal para apresentar um contraponto a posição dominante nos debates acadêmicos brasileiros é o pensamento de Robert P. George. Ele critica o ativismo judicial no contexto americano, e (...) suas reflexões oferecem contrapontos que raramente são considerados pela doutrina nacional.⁵

Sobre o assunto, leciona Robert P. George:

[...] e os tribunais podem usurpar, e usurparam, a autoridade legislativa em causas boas e más. Sempre que fazem isso, no entanto, mesmo em boas causas, eles violam o Estado de Direito ao tomar o poder autoritariamente atribuído pelos autores e ratificadores da Constituição a outros ramos do governo (mesmo que esse poder poderia, com razão, ter sido atribuído a eles). E o respeito pelo império da lei é, por si só, um requisito da justiça natural.⁶

Ainda, de maneira importante, outros autores nacionais tratam o ativismo judicial como algo impróprio, indevido, e estabelecem um limiar muito menor entre a decisão ativista e a que seria, em tese, adequada. Nesse sentido, convém citar Streck⁷, que questiona se “*A decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?*” e define como ativista qualquer decisão que não possa ser repetida em casos semelhantes. Assim, por trazer a baliza para mais próximo da moldura da norma, cria um universo muito mais amplo de decisões que se enquadram como ativistas. Para o autor, inúmeras decisões recentes da Corte Constitucional podem ser consideradas ativistas, exatamente por não poderem ser repetidas em situações similares:

Em um texto recente (...) escrevi acerca do grau de ativismo existente no País, mormente na Suprema Corte. Dizia, então, que uma decisão é ativista até mesmo quando, por exemplo, concede a metade da herança para a concubina-adulterina, assim como é ativista uma decisão que diz que é juízo discricionário dizer se pode haver prova antecipada no caso do artigo 366 do

⁵ WIVIURKA, Eduardo S. Sobre o Ativismo Judicial e a Posição de Robert George: Entre o Estado de Direito e o Despotismo da Toga. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 71-97, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425, pág. 73.

⁶ GEORGE, Robert P. **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000, pág. 2282.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”. **Consultor Jurídico**, 07 de janeiro de 2016. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

Código de Processo Penal (CPP). Também foi ativista a decisão do STF no caso das uniões homoafetivas (não gostaria de debater o mérito desse assunto, novamente – apenas cito a decisão como amostragem de ativismo, nada mais) (STRECK; OLIVEIRA; PARRETTO, 2009). E sobre terras indígenas. E o caso Donadon no MS 32.326. E o que dizer do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) (STRECK, 2015)? Assim, o direito à saúde pode ser concedido por decisões que concretizam adequadamente o direito, como também por decisões ativistas. Por exemplo, conceder um tratamento que consumirá um terço do orçamento do município é um caso de judicialização que acaba em ativismo. Um exemplo explícito de ativismo: foi ativista a decisão que autorizou o consumo da pílula contra o câncer e que provocou uma corrida ao Judiciário.⁸

Lenio Streck também se posiciona com respeito à categorização como ativistas das decisões *contra legem* (já referidas acima). Para ele, nestas decisões, “o juiz se assenhora da lei e coloca seus juízos pessoais no lugar do constituinte e/ou legislador ordinário” (2016, pág. 726).

Também no sentido crítico e restritivo do conceito, é possível citar o jurista Ariosto Teixeira, para quem todo tipo de interferência do Poder Judiciário nas decisões políticas deve ser considerado como ativismo judicial, bem como o seu inverso senso (todas as decisões políticas que afetem a esfera de poder do judiciário também seriam, segundo ele, ativistas). Assim, existem, para o autor, duas hipóteses que, isoladas ou associadas, configurariam o ativismo:

Tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo de decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas” e/ou “negociações não-judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais.”⁹

Por fim, existem também autores que negam a existência do ativismo judicial, dentre os quais merece destaque Thamy Pogrebinski¹⁰, que, em valoroso estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2009, buscou responder se existe realmente uma crise de repartição dos poderes, aferindo em que medida o STF altera decisões legislativas, ou mesmo em que ponto ele toma as rédeas e decide, por ocasião de uma suposta inércia legislativa. Assim, segundo a autora, o

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In **EJL Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016, pág. 725-726.

⁹ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001, pág. 43.

¹⁰ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

STF se vale de três recursos institucionais: (a) a Interpretação Conforme da Constituição; (b) a Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto; e (c) a Modulação dos Efeitos da Decisão, que seriam efetivamente *“uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes e procedentes em parte do STF”*.¹¹

Esta atuação aperfeiçoadora é esmiuçada pela autora:

É um passo nessa direção que este livro pretende dar, ao tomar como objeto as relações entre Judiciário e Legislativo no Brasil, mais especificamente as relações entre o STF e o Congresso Nacional. Com o escopo de falsificar as premissas sob as quais vem se assentando o silogismo da judicialização, este livro tenta mostrar, por um lado, que, se há expansão da atuação do STF, ela não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo Congresso, tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa. Ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do Legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia, chegando mesmo a indicar algum tipo de deferência, quando não uma disposição, de preservar e aperfeiçoar o trabalho do Congresso. Ao mesmo tempo, a atividade legislativa, que já se mostra constante e diversificada ao tempo dos julgamentos do STF, vê-se impulsionada pela atuação deste quando alguma de suas normas é declarada inconstitucional, o que leva a uma resposta do Congresso, que acaba, então, por dar a última palavra.¹²

Desta forma, observa-se que dada uma adequada definição a respeito do Ativismo Judicial, ainda assim existem, na doutrina, diversas interpretações que se assemelham, outras que se confundem, e até mesmo as que amplamente divergem entre si, tanto no aspecto conceitual quanto, de maneira mais importante, no aspecto prático.

Para tentar dirimir algumas destas divergências, faz-se necessário estabelecer as diferenças entre o Ativismo Judicial, a “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário”.

2.2 “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E “POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO”

A importância da diferenciação entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política não poderia ser trazida de maneira mais eficaz do que nos leciona Clarissa Tassinari. Para a autora, mesmo havendo uma clara e necessária distinção entre os termos, “tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia

¹¹ POGREBINSCHI, Thamy. Op. Cit., pág. 13.

¹² POGREBINSCHI, Thamy. Op. cit., p. 9.

do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura”¹³. Diz a autora, ainda sobre a importância de tal distinção:

Com efeito, é preciso diferenciar para compreender. Para além disso, em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro. Apesar disso, da importância que assume explorar a problemática na contemporaneidade, parcela considerável da doutrina insiste em fazer uma abordagem que apresenta pouco esclarecimento, senão nenhuma diferenciação entre estas duas possíveis facetas da jurisdição. Assim, o primeiro passo para situar o problema envolvendo o ativismo judicial no Brasil é possibilitar sua dissociação do que se entende como judicialização da política.¹⁴

Ao se tratar da Judicialização da Política, importante se faz destacar que esta, comumente referida como “*a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas*”¹⁵, pode ser decorrente de diversos fatores que afastam a ideia de que o juiz ambiciona aumentar a sua força propositadamente em detrimento dos demais Poderes, não devendo ser associada, necessariamente, ao ativismo judicial.

Para Werneck Vianna e colaboradores¹⁶, o fato de os juízes ocuparem, cada vez mais, lugares pertencentes às instituições políticas e pela organização e regulação da sociedade como um todo, não decorre de sua ambição, mas sim de processos complexos e permanentes. Esses processos se originaram principalmente das grandes mudanças que afetaram as sociedades ocidentais a partir da segunda Guerra Mundial. A própria guerra iniciou o processo de punição de agentes estatais violadores de direitos humanos, dando ensejo à superposição de um direito internacional sobre o poder soberano nacional. Também ocorreu a explicitação de valores fundamentais nas Constituições dos países, que trouxe consigo a necessidade de um Judiciário capaz de exercer jurisdição sobre a legislação elaborada por aquele poder.

¹³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013: pág. 17.

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. Op. cit., págs. 17-18.

¹⁵ XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 11.

¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social-Revista de Sociologia da USP, vol. 19, n. 2, pág. 39-41.

Necessário neste ponto reiterar os conceitos supracitados, de Barroso, segundo os quais existe uma relação íntima, porém não de equivalência, entre o Ativismo e a Judicialização das Políticas. Para o autor, “(..) a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”¹⁷.

Lenio Streck¹⁸ também pondera sobre a necessidade de distinção entre judicialização e ativismo, ao definir que para um fato político que fora judicializado, o ativismo seria uma resposta na qual o debate político é substituído pela vontade do(s) julgador(es). Assim, conforme o autor:

[...] a questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o *status quo*). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial. Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa.¹⁹

Assim, para o autor, existiriam casos em que a resposta a uma questão política ofertada pelo Poder Judiciário seria adequada à Constituição e, portanto, não poderiam ser taxadas de ativistas. Seriam os casos das respostas que visam a concretizar direitos fundamentais, por exemplo, ou, ainda, as que guarneceriam regras democráticas.

Neste ponto de vista, já começa a ser desenhada o que Lênio considera ser a fronteira entre decisões ativistas e decisões conforme a Constituição.

2.3 A DECISÃO POR EQUIDADE

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2008: pág. 25.

¹⁸ STRECK, Lenio. Op. Cit., 2016: pág. 724.

¹⁹ STRECK, Lenio. Loc. Cit.

A atuação “ativista” do Poder Judiciário pode ser comparada, considerando a amplitude do conceito, aos preceitos do julgamento por equidade, pois também nestes, e mais especificamente quando se fala em equidade “casualista”, o jurista extrapola a sua função jurisdicional e atua legislando no caso concreto.

A equidade casualista, de origem em Aristóteles e no direito romano da antiguidade, busca efetivar conceitos de Justiça no caso concreto, e o faz através de uma atuação do julgador que se dá para além do que o direito positivado orienta. Estes conceitos são, na modernidade, objetos de estudo de Chaïm Perelman, que define situações nas quais a equidade deve ser um recurso do julgador:

[...] apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguido à letra, conduzem a consequências iníquas. Isso pode ser explicado por três razões: a primeira, aquela a que Aristóteles alude, é a obrigação de aplicar a lei a um caso singular, no qual o legislador não pensara; a segunda se apresenta quando condições externas, tais como uma desvalorização da moeda, uma guerra ou catástrofe, modificam tanto as condições do contrato que sua execução estrita lesa gravemente uma das partes; a terceira se deve à evolução do sentimento moral, do que resulta que certas distinções, que o legislador, ou o juiz que havia enunciado o precedente, havia menosprezado no passado, se tornam essenciais na apreciação atual dos fatos.²⁰

Para Arraes²¹, o julgamento por equidade, na vertente casualista, pode ser uma ameaça para o ordenamento jurídico, uma vez que traz aos conflitos uma visão mais política do que propriamente jurídica. A repetição destas condutas poderia ser causa de uma “juristocracia”, ou seja, uma “revolução” feita por autoridades sem poder legitimado para constituir uma nova ordem jurídica. Assim, a consequente desfragmentação do sistema jurídico atual poderia gerar incertezas sobre os valores jurídicos mais elementares, o que, segundo o autor, destruiria “*qualquer possibilidade de consenso valorativo sobre o direito*”. (2017: pág. 577).

Conclui, o mesmo autor, que

Em que pese os riscos da vertente casualista, os quais depõem contra o emprego da equidade, não há uma solução definitiva para o problema posto, já que ela não se propõe a investigar níveis mais abstratos sobre o conteúdo as ideias que fundam uma ordem constitucional, ou sobre os institutos e valores jurídicos empregados na discussão de casos difíceis. Eis uma limitação inerente à vertente, que, em razão de seus pressupostos, não pode elevar-se para além do contexto da própria argumentação. De toda forma, o

²⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pág. 163.

²¹ ARRAES, Roosevelt. Equidade entre a Justiça e a Política: A Vertente Casualista. **Quaestio Juris**. vol. 10, no. 2, Rio de Janeiro, 2017. pp. 560-579 DOI: 10.12957/rqi.2017.22020.

esforço argumentativo é algo melhor que a simples reprodução de uma regra ou precedente pré-existente injusto.²²

Desta forma, as decisões por equidade, em sua vertente mais casualista, assemelham-se ao Ativismo Judicial, sob o ponto de vista de que em ambas as situações o julgador extrapola o limite do texto positivado para julgar conforme seu ponto de vista político.

2.4 MARCOS HISTÓRICOS

Ademais das definições e do “estado da arte” do ativismo judicial, segundo vários autores, também se faz necessário, breve e preliminarmente, sua contextualização histórica.

Nesse ínterim, é válido perceber que o ativismo, bem como a judicialização das políticas, pode ser avaliado historicamente desde as origens de seu estudo, que remete às observações sobre a atuação da Suprema Corte norte-americana, mas também pode ser avaliado em um período menos extenso de tempo, levando-se em consideração apenas a atuação do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que passou a ser foco desta análise unicamente após a Constituição Federal de 1988.

Antes de adentrar às origens e fases do ativismo judicial nas Cortes americana e brasileira, é importante citar que o surgimento das Constituições, no pós-Guerra, foi muito importante como fator de permissão e viabilização da judicialização da política, uma vez que a presença dos Direitos Fundamentais em seu cerne demonstrava uma vontade majoritária da sociedade. A partir da exposição, em uma carta de intenções de caráter supralegal destes direitos é que se deu início às reclamações judiciais de cobrança de prestações positivas por parte do Estado.

A constitucionalização, ou reconstitucionalização, conferiu poder normativo às Cartas, o que acabava por vincular o Estado - e suas decisões - às pretensões estabelecidas pelos Direitos Fundamentais no corpo das próprias Constituições. Desta forma, inevitavelmente o Poder Judiciário se tornaria o cerne destas discussões, e as Cortes Constitucionais, naturalmente, tornaram-se o foro da proteção dos direitos fundamentais e da manutenção das premissas democráticas.

²² ARRAES, Roosevelt. Op. Cit., págs. 577-578.

2.4.1 Origens e Fases do Ativismo Judicial nos EUA

Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorreu mais tarde no Brasil, os doutrinadores da era moderna procuraram estabelecer, ao certo, as origens não só do ativismo judicial como ato dos juristas, mas também o surgimento do termo “*Judicial Activism*”. Assim, observou-se que o termo fora primeiramente cunhado em um artigo não científico, observacional, publicado na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, pelo historiador Arthur Schlesinger Junior.²³

Apesar de deixar extremamente vago o significado do termo, Schlesinger Jr. procurou, em seu artigo, separar os perfis dos 9 juízes da Suprema Corte à época, traçando um paralelo entre suas alianças e diferenças, separando-os em três grupos: (a) os *Champions of Self Restraint*, na qual incluía Felix Frankfurter, Robert Jackson e Harold Burton; (b) os *Judicial Activists*, em que enquadrava Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge; e por fim um grupo descrito como (c) intermediário, que incluía os juízes Frederick Vinson e Stanley Reed.

O impacto deste artigo foi tamanho que, à época, as pessoas alinhadas ao posicionamento ativista, na academia, eram chamadas de “Black-Douglas”, ao passo que os autocomedidos eram conhecidos por “Frankfurterians”.

Após caracterizar cada um dos grupos, mesmo sem definir exatamente o termo *judicial activism*, Schlesinger critica, timidamente, a posição dos “Black-Douglas”, por entender que poderiam significar algum risco à democracia.

Fato é que, apesar do surgimento do termo se dar apenas em 1947, o ativismo judicial remonta muitas décadas atrás. O próprio Schlesinger define o embate entre autocontenção e ativismo como uma tensão histórica no sistema judicial americano. Também Craig Green²⁴ avalia uma fase “pré-Schlesinger” em seu artigo, quando, ao avaliar quatro momentos de épocas diversas da Suprema Corte, auferiu que o elemento que une as quatro decisões é o medo de abuso judicial: “*some of these rulings were contested when they happened, while others became controversial more gradually. The element uniting these four incidents is a fear of judicial abuse*”. (2009, pág. 1.209).

²³ SCHLESINGER JR. Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune Magazine**, vol. XXXV, n. 1, p. 73-79 e 201-208 e 211-212, jan. 1947.

²⁴ GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Journal**, Atlanta, Vol. 58, Nº 5, p.1.209-1.216. 2009.

Green se remete aos julgamentos *Lochner v. New York* (1905), os anos subsequentes à Guerra Civil (1865-1885), e os clássicos *Dread Scott v. Sandford* (1856) e *Marbury v. Madison* (1803), do período da Corte Marshall.

Desta forma, os relatos mais incisivos sobre a origem do ativismo judicial (como fato, não como conceito) nos Estados Unidos remetem ao “leading case” *Marbury v. Madison*, que merece breve relato: William Marbury propôs *writ* em face do Secretário de Estado James Madison, que negara sua investidura como Juiz de Paz do Distrito de Columbia, para o qual fora nomeado pelo presidente John Adams no fim de seu mandato (antes de ser derrotado nas eleições presidenciais de 1800 pelo republicano Thomas Jefferson).

Apesar de negar o pedido de Marbury (sob fundamento de que a Suprema Corte não possuía competência para o julgamento), Madison fundamentou a decisão afirmando que o Congresso não poderia elaborar um ato normativo incompatível com o texto constitucional e, desse modo, reconheceu o direito de Marbury ao cargo.²⁵

Mais recentemente, já no período pós Segunda Guerra Mundial, passou-se a estudar com mais afinco as questões pertinentes à expansão da atividade judiciária. Apesar das diversas observações prévias descritas na literatura, um dos mais importantes trabalhos publicados sobre o assunto se deu em 1995, com Tate e Valinder²⁶. Tais autores revisaram diversas publicações das décadas anteriores e concluíram que o Ativismo Judicial estava intimamente ligado ao processo político de constituição das novas democracias, sendo uma consequência direta da “*queda do comunismo e do colapso do socialismo*”, uma vez que a partir disto é que se percebeu a necessidade de o Estado controlar as escolhas dos seus governantes, evitando, desta forma, o surgimento de decisões antidemocráticas. Nesse sentido, o Estado também promoveria a proteção aos direitos individuais frente à atividade dos seus governantes.

Segundo Grostein²⁷, a doutrina norte-americana majoritária divide a evolução jurisprudencial de sua Suprema Corte em três fases:

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 51.

²⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press and London, 1995, págs. 29-31.

²⁷ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: Análise comparativa do direito constitucional norte-americano e brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2019, pág. 84.

(a) a chamada Era Tradicional (The Traditional Era), que perdurou desde a adoção da Constituição Americana, em 1787, até algum momento no final do século XIX.

(b) a chamada Era de Transição (The Transitional Era), que se estende desde o final do século XIX até o ano de 1937, quando Franklin Delano Roosevelt altera radicalmente a composição da Corte e, por fim,

(c) a denominada Era Moderna (The Modern Era), período compreendido desde 1937 até os dias de hoje.

O autor descreve, brevemente, as três fases, definido como marca da Era Tradicional o fato de “dar preferência à regra da Constituição sobre qualquer ato legislativo ou executivo que conflitasse com ela”²⁸, tal qual ocorreu no acima exemplificado *Marbury v. Madison*. Apesar de não ser uma fase notadamente ativista, por ter, deste modo, um perfil mais contido, o caso *Marbury v. Madison* se torna exemplo de ativismo na concepção de “julgamento orientado pelo resultado”, como será visto mais adiante.

A partir do caso *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad v. Minnesota*, em 1809, passa a se verificar uma compreensão substancial do *Due Process of Law*, conforme os ditames da Quinta Emenda à Constituição americana. Nessa fase, conhecida como Era de Transição, a Suprema Corte passou a decidir em contraposição às políticas intervencionistas do então presidente F. Roosevelt, utilizando-se do texto da quinta emenda, que regravava o devido processo legal em face à União, para suprimir regulações legislativas sobre negócios privados. Assim, a Corte máxima anulou inúmeras tentativas legislativas de promover a regulação econômica. Nesta fase, o leading case mais célebre pelo ativismo é o *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei do estado de Nova York que estabelecia jornada máxima de trabalho diária de dez horas, sob a argumentação de ferir a liberdade de contratar (que se encontrava sob o guarda-chuva do devido processo legal).

Entretanto, a partir de 1937, tem início uma fase chamada de Era Moderna, em que se tornou possível uma maior regulação estatal da economia. Isso se deve, principalmente, à grande mudança que o então presidente Roosevelt conseguiu promover na Suprema Corte, indicando oito novos juízes (dos nove citados por Schlesinger). Esta era se fundamenta, basicamente, “pela aceitação mais explícita do papel legislativo à Suprema Corte, circunstância que se revelou mais intensamente

²⁸ GROSTEIN, Julio. Op. cit., pág. 85.

na interpretação da *common law*”²⁹, pois esta era mais propícia à regulação judicial, uma vez que não se baseava em lei positivada.

2.4.2 Origens e Fases do Ativismo Judicial no Brasil:

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, a doutrina brasileira pouco se interessou em buscar as origens do ativismo judicial, nem mesmo procurou estabelecer quando o termo fora inicialmente utilizado.

De certa forma, afirma-se na doutrina que o início do interesse nas decisões das Cortes Superiores do país se deu apenas em algum momento após a promulgação da atual Constituição Federal, de 1988. Com efeito, não parece aceitável que somente após 1988 é que surgiram debates sobre a separação dos poderes, ou sobre a influência do judiciário no legislativo.

Grostein também destaca que “*são absolutamente escassos estudos sobre as fases pelas quais o ativismo judicial passou no Brasil*”³⁰, e define como causa desta inércia científica o desinteresse acadêmico sobre o assunto.

Ainda assim, o autor identifica, em seus estudos, duas fases ativistas do Supremo Tribunal Federal, que seriam (a) a República Velha e a doutrina brasileira do Habeas Corpus, e (b) a Redemocratização e a Atuação Judicial pós-1988.

Esta primeira fase ativista do STF remonta ao período de vigência da CF/1891, quando o judiciário brasileiro passou a promover a aplicação do instituto do Habeas Corpus para conferir outras liberdades dependentes da liberdade de locomoção, ampliando de maneira ímpar as hipóteses de cabimento do instituto, em desconformidade com seus preceitos originais, dos direitos inglês e norte-americano. Entende Grostein que “a criação da teoria brasileira do Habeas Corpus operou uma postura interpretativa mais elástica e robusta, que contou, talvez de forma pioneira, com grande repercussão dentro e fora do mundo jurídico”.³¹

Após esta época, surgiu a fase autoritária do governo brasileiro, na qual o STF passou a ter postura puramente tecnicista, sem qualquer avanço na questão da proteção das liberdades individuais. Apenas após a Constituição Federal de 1988, de maneira tímida, é que o Supremo Tribunal Federal passa a ter um momento mais

²⁹ GROSTEIN, Julio. Op. cit., pág. 94.

³⁰ GROSTEIN, Julio. Op. cit., pág. 149.

³¹ GROSTEIN, Julio. Op. cit., pág. 155.

ativista. Remete-se apenas a 2003, com uma significativa mudança na composição da Corte, o início de uma segunda fase ativista mais intensa no Tribunal. Nesta fase, as justificativas mais delineadas na doutrina para uma postura ativista do STF com relação principalmente às políticas públicas são uma suposta inércia dos demais poderes em sua efetivação, bem como as frequentes omissões legislativas, especialmente no que se refere às prestações de saúde e educação.

2.4.3 Paralelo entre o Ativismo das Cortes Brasileira e Norte-Americana

Com a finalidade de se tornar mais elucidativo o paralelo que se pretende traçar, é necessária uma explanação preliminar sobre os conceitos de liberalismo e conservadorismo, conforme são reconhecidos nos Estados Unidos, e seu significado e divergência com a compreensão brasileira sobre os temas.

Cumprir definir aqui que, nos Estados Unidos, existem majoritariamente duas correntes políticas, que são opostas entre si, mas não totalmente delimitadas, e que acabam por carregar consigo alguns dos temas centrais das decisões consideradas ativistas. Desta forma, o liberalismo norte-americano defende, em linhas gerais, uma promoção das liberdades individuais e econômicas, o que afetaria a população também nestes dois pontos de vista. No aspecto social, o liberalismo norte-americano pode ser comparado ao que, no Brasil, conceitua-se por “Esquerda”, de forma que defende a possibilidade de cada pessoa ser livre para se autodeterminar, em relação ao trabalho, à religião, posicionamento ideológico, percepção sexual, racial, entre outros.

Possuem, também, posicionamento de defesa sobre as questões de direitos humanos positivadas na esfera internacional. Já, sob a ótica da economia, o liberalismo norte-americano tende a aceitar melhor a intervenção estatal. Importante ressaltar aqui que esta comparação não é necessariamente oportuna, pois, apenas como exemplo de diferenças, os liberais americanos não possuem a característica (fortemente notada na esquerda brasileira) de exigibilidade do Estado, sendo sua aceitação da intervenção estatal na economia um tanto quanto comedida.

Por outro lado, o Conservadorismo norte-americano seria comparável, sob o ponto de vista político, com a Direita brasileira, que possui visão diametralmente oposta à dos liberais políticos e preza pelo tradicionalismo dos costumes. Em seu viés econômico, os conservadores defendem pautas como o Estado mínimo.

Feitas estas considerações, é possível afirmar que a postura ativista nos Estados Unidos e no Brasil possuem posicionamento ideológico diferente. Enquanto se percebe que nas Cortes americanas o ativismo ocorre indistintamente sob a ótica liberal e sob a ótica conservadora, de forma oposta é evidenciável que, no Brasil, a prática ativista está revestida de um perfil predominantemente liberal.³²

A partir das considerações acima tratadas, é possível, então, observar importantes distinções entre o ativismo judicial americano e o brasileiro. Primeiramente, do próprio ponto de vista do debate, em que se observa que a farta literatura americana sobre o assunto remete a uma discussão muito mais longa, inclusive histórica, a respeito da temática.

Distinção muito importante se dá, também, ao avaliar o culto e a crítica ao ativismo judicial. Em um primeiro momento, as doutrinas brasileira e americana convergem para estabelecer, em sua maioria, uma valoração negativa ao ativismo, uma vez que para ambas ele estaria ligado à falha que juízes e tribunais têm em atuar dentro das funções próprias do Poder Judiciário.

Por outro lado, entretanto, a doutrina americana é muito mais rígida sobre o caráter negativo do ativismo judicial face a sua influência no arranjo dos poderes, enquanto que, no Brasil, é até certo ponto admissível que o ativismo possa propiciar aperfeiçoamentos institucionais, sendo que inclusive parte da doutrina especializada defende que o ativismo é mecanismo de uma expansão legítima do campo de atuação do Poder Judiciário, conforme pode se observar, a título de exemplo, nas ponderações de Roberto Barroso, no capítulo 4.5 a seguir.

Outro ponto em que se pode inferir uma notória diferença entre as doutrinas brasileira e americana reside no fato de que é possível notar uma certa seletividade doutrinária quando das críticas a precedentes. Explica-se: a doutrina americana não se furta a apontar vícios ativistas em julgados consagrados, sendo eles julgados com decisões moralmente inaceitáveis (como no caso *Lochner vs. Dread Scott*), mas também nos não universalmente celebrados, como o precedente *Brown vs. Board of Education*.³³

Nesse aspecto, nota-se que, diversamente, a doutrina brasileira não presta a mesma isenção, à medida que as decisões mais atacadas com a pecha de ativista são as que não estão em consonância com os valores morais e políticos

³² GROSTEIN, Julio. Op. cit., pág. 203.

³³ GROSTEIN, Julio. Op. cit., págs. 208-209.

prevalecentes. A esta característica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho define como uma “*politização da doutrina brasileira*”³⁴ o fato de esta desvincular certos casos da carga de ativismo judicial que elas parecem ter, mesmo quando “positivas”, sob o ponto de vista de moralidade.

Por fim, Julio Grostein também destaca que na doutrina brasileira existe uma preferência temática nos debates sobre ativismo judicial³⁵, pois, segundo o autor, ao passo em que a doutrina americana busca discutir o ativismo principalmente com base na revisão constitucional, a brasileira assenta suas teses primordialmente no debate sobre a efetivação de direitos fundamentais e, mais precisamente, no que tange à concretização de direitos sociais.

3. AS DECISÕES ATIVISTAS NO BRASIL

Conforme exposto, o Supremo Tribunal Federal tem recebido, nas últimas décadas, críticas não mais veladas a respeito do caráter ativista de algumas decisões da Corte. Uma vez esclarecido que o Ativismo Judicial não pode ser definido como algo exclusivamente positivo, e nem como algo integralmente negativo, convém aqui tentar demonstrar alguns fatores que podem possibilitar sua identificação, visto que os conceitos a seu respeito não são objetivos, e que ele pode se manifestar basicamente em todas as áreas do direito.

3.1 FATORES INDICADORES DO ATIVISMO JUDICIAL

Assim, observam-se algumas situações que permitem ao menos se suspeitar que uma decisão está revestida de ativismo, quais sejam: (i) a interpretação expansiva da Constituição; (ii) a criação legislativa; (iii) a ampliação da competência de controle do STF; e (iv) o julgamento orientado pelo resultado.

A interpretação expansiva é a aplicação do texto constitucional de maneira ampliativa ao seu texto literal, de modo a estabelecer realismo a preceitos

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da Política e Politização da Justiça. **Revista de Direito Administrativo**, n. 198 (out.- dez. 1994). Rio de Janeiro: Renovar, pág.15.

³⁵ GROSTEIN, Julio. Op. cit., p. 211.

constitucionais vagos, ou, também, aumentar os direitos e/ou poderes previstos constitucionalmente.

A autora Fabiana Gomes Rodrigues, em tese de doutorado apresentada à Universidade Estadual do Norte Fluminense, ao discorrer sobre o direito a medicamentos e a intervenção do Poder Judiciário, assim define a Interpretação Expansiva:

[...] identificada nas decisões em que há a ampliação de direitos e poderes implícitos na Constituição ou não claramente previstos, ou, ainda, em decisões que conferem concretude a princípios constitucionais vagos. É o que ocorreu com o STF ao interpretar o art. 226, § 3º da CF, reconhecendo a união estável entre casal do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando-a à união estável entre um homem e uma mulher.³⁶

Exemplifica-se com o voto do Min. Ayres Brito, em voto sobre a ADI 4.277/DF³⁷, ao versar sobre o mesmo reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Ao aceitar o entendimento de que “a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo” como justificativa para o aumento de um direito, ocorre a interpretação expansiva da Constituição, hipótese que evidencia certo grau de ativismo judicial no referido voto.

Com relação à criação legislativa, importante dizer que aqui talvez se encontre a forma de ativismo judicial que mais possui defensores em toda a doutrina. Trata-se de suprir uma inércia do poder legislativo, ou eventualmente do poder executivo, em suas funções impróprias, em criar textos legais dos quais a sociedade insistentemente carece.

A omissão da legislação tem como consequência uma demanda da sociedade, que pode vir em forma de provocação ao próprio legislativo, mas que também, comumente, chega ao Poder Judiciário por meio de demandas judiciais com temática abordando lacunas na lei, o que abre uma brecha para a exacerbação da função

³⁶ RODRIGUES, Fabiana Gomes. **Ativismo Judicial e Defesa dos Direitos: Fornecimento Gratuito de Medicamentos e a Intervenção do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, 2018, pág. 30.

³⁷ BRASIL. STF - Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ de 14.10.2011: “Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos”.

judiciária pelo próprio Tribunal, e este acaba por se imbuir de uma função não prevista nas suas competências originárias, qual seja, legislar.

Diversos exemplos atuais são esclarecedores de tal atuação, dentre as quais podemos apenas citar as decisões a respeito do aborto de fetos anencefálicos, ou a decisão a respeito do direito de greve dos servidores públicos.

No que tange à ampliação de competência de controle, trata-se aqui de um mergulho do Poder Judiciário (e neste caso em específico, não apenas dos Tribunais Superiores, mas também dos próprios juízes de primeira instância) nas celeumas do Poder Executivo. Por meio da expansão da competência de controle das decisões do próprio Judiciário, o STF autorizou, em 2010, ao julgar do RE 607.582³⁸, que todos os juízes do país pudessem bloquear verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos em demandas do gênero.

Também neste sentido de controle, importante se faz citar o Ministro Luís Roberto Barroso³⁹, que define, dentre as posturas que considera ativistas, “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*”. Assim, o aumento das demandas por inconstitucionalidade de dispositivos legais e infralegais acarreta uma maior possibilidade de que as Cortes Superiores, em sua avaliação, acabem deduzindo a inconstitucionalidade, porém tendo como base critérios mais subjetivos, menos firmemente expressos na Carta Magna, ou até mesmo baseado em interpretações expansivas, conforme visto anteriormente.

³⁸ BRASIL, STF: RE 607.582/RG, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Julgamento 13/08/2010, Publicação 26/08/2010: “1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim do: AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. BLOQUEIO DE VALORES NA CONTA CORRENTE DO ENTE PÚBLICO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA JUDICIAL. CABIMENTO. Agravo desprovido. Unânime. 2. Este Tribunal, no julgamento do RE 607.582, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Cito os seguintes julgados: AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008. O acórdão recorrido não divergiu desse entendimento. 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 2 de setembro de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora”.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26.

Isso caracteriza o aumento da competência de controle, e quando esta competência se preenche de subjetividade, de menor rigor literal, ou de interpretações diversas, surge em seu cerne o ativismo judicial.

Por fim, outra particular forma de ativismo judicial é o que se conhece por “julgamento orientado pelo resultado”, no qual se observa a pré-existência de uma vontade política ao julgamento ou à decisão jurídica em debate. Tal qual foi acima citado, ao analisar o caso *Marbury v. Madison*, o que se vislumbra em situações similares é a busca incessante por uma justificativa legal literal, ou próxima da literalidade, que possa embasar uma decisão que já está tomada. No caso americano exposto, optou-se por justificar uma decisão já tomada sob a alegação de que o Congresso não poderia criar ato normativo que violasse disposição constitucional.

Também no Brasil é possível exemplificar o julgamento orientado pelo resultado, e um dos casos mais relevantes é o da edição da Súmula Vinculante nº. 13, que versa sobre o nepotismo na esfera administrativa e legislativa, em correlação com a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12 (sobre o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário).

No caso, o STF se aproveitou de julgamento sobre a constitucionalidade de resolução sobre nepotismo no Poder Judiciário, de cunho do CNJ (Resolução 07/2005), para fazer valer sua vontade política de, ante a inércia / omissão dos poderes legislativo e executivo, estabelecer regramento também para estes Poderes e para os entes da Federação.

Sobre o tema, entende Grostein⁴⁰:

A crítica doutrinária que pende sobre este caso, assim, considera o fato de o STF externar a opinião particular de seus membros sobre assunto que deveria ser regulado pelo Legislativo. Diz-se, ainda, que a inércia em afastar o incômodo causado pelo nepotismo propiciou que o Supremo Tribunal se substituísse na vontade política do legislador, expondo claramente suas convicções sobre o ajuste fino da vedação, o que alcançou a definição dos graus de parentesco.

Assim, a vontade política previamente definida é que direciona o entendimento do julgador, que se utiliza de uma questão ainda pouco debatida para positivar o seu ponto de vista sobre determinado tema.

⁴⁰ GROSTEIN, Julio. Op. cit., págs. 170-171.

Como forma de melhor observar os conceitos expostos em termo práticos, passa-se a explicitar algumas decisões que servem como parâmetro sobre os limites que o próprio STF considera como razoáveis para a sua atuação jurisdicional. A análise destes julgados permite demonstrar não apenas o pensamento da própria Corte em termos de ativismo judicial, mas também expõe os conceitos que o carregam, bem como os argumentos que a Corte utiliza para justificá-lo.

3.2 DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO

As controvérsias sobre o direito dos servidores públicos à greve se situam num patamar ainda anterior à própria discussão sobre o direito à greve, qual seja, se os servidores públicos são trabalhadores. Assim, seria a relação com seu tomador de serviços (o Estado) uma relação bilateral ou, ao contrário, seria uma relação unilateral em que, em nome do interesse público, o Estado impõe as condições de trabalho, não havendo espaço para a negociação contratual.

Superando uma noção restrita de “interesse público”, a Carta Magna brasileira reconhece que o interesse público se encontra também na base dos direitos fundamentais dos trabalhadores, entre os quais estão o direito de sindicalização e o direito de greve. Deste direito, não é possível, em termos constitucionais, excluir os servidores públicos, na medida em que o art. 9º da Constituição Federal assegura o direito de greve a todos os trabalhadores, não discriminando os servidores públicos. Ressalte-se, ainda, que não há dúvidas de que os servidores públicos civis gozam de direito de sindicalização (inciso VI do art. 37 da CF), já que, quanto aos militares, há expressa proibição (§ 5º do art. 42 da CF).⁴¹

Em 1990, com a lei que instituiu o regime público dos servidores civis (lei 8.112/90), ficaram estabelecidos dois importantes direitos sindicais aos servidores públicos, quais sejam: (i) o direito à negociação coletiva; e (ii) o direito ao dissídio coletivo. Entretanto, tais direitos foram declarados inconstitucionais pelo STF, em julgamento de mérito da ADI 492-1⁴², surgindo, assim, uma aberração, segundo a qual

⁴¹ Quanto a determinadas categorias, ditas sensíveis (militares, funcionários de alto escalão), a OIT entende justificável a existência de restrições aos direitos de sindicalização e de greve.

⁴² BRASIL, STF: ADI 492-1. Requerente: Procuradoria Geral da República; requerido: Congresso Nacional. Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 12/11/1992.

os servidores públicos tinham direito à greve, mas não tinham direito à negociação coletiva.

Ainda, mais tarde, em 1994, o próprio STF decidiu que o Art. 37, VI da Constituição Federal - dispositivo que reconhecia o direito à greve dos servidores públicos – constituía apenas norma de eficácia limitada, ora que dependia de regulamentação através de Lei Complementar⁴³. Tais oscilações jurisprudenciais que eram seguidas também de oscilações doutrinárias não impediram que, no país, eclodissem diversas greves de servidores públicos.

Assim, ante a um verdadeiro clamor pela regulamentação do direito à greve, o STF, que já no citado julgamento do Mandado de Injunção nº 20 havia denunciado a omissão legislativa, em revisão de seu próprio posicionamento anterior, decidiu pela adoção da legislação de greve para o setor privado como regulamentação para as greves do setor público, ao julgar conjuntamente os mandados de injunção de números 670, 708 e 712, no ano de 2007.⁴⁴

Na decisão, o Ministro Gilmar Mendes acolheu a pretensão dos impetrantes no sentido de que, após um prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria, caso não o fizesse, ficou determinado que fosse aplicada a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989 aos servidores públicos, enquanto a omissão legislativa não fosse devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.

Destaca-se a clara preocupação da Corte Constitucional em dar efetividade à norma fundamental que assegura o direito de greve aos servidores públicos, superando a inércia abusiva do poder legislativo que, por anos, frustrou “(...) a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional”. Segundo o Ministro Celso de Mello⁴⁵,

[...] revela-se essencial que se estabeleça, tal como sucede na espécie, a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à

⁴³ BRASIL, STF: MI 20. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 19/05/1994.

⁴⁴ BRASIL, STF: MI 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes. MI 708. Impetrante: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes. MI 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Data de Julgamento: 25.10.2007.

⁴⁵ BRASIL, STF: MI 708. Impetrante: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes. Voto do Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 25.10.2007.

legislação, de outro, de forma que, presente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, tornar-se-á possível não só imputar comportamento moroso ao Estado [...] mas, o que é muito mais importante ainda, pleitear, junto ao Poder Judiciário, que este dê expressão concreta, que confira efetividade e que faça atuar a cláusula constitucional tornada inoperante por um incompreensível estado de inércia governamental.

Desta forma, evidencia-se uma posição ativista justificada, ou justificável, por uma omissão legislativa em situações nas quais existe uma imposição constitucional de legislar.

3.3 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

É notório que a Constituição Federal de 1988 se preocupou em garantir, ao menos formalmente, os direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros, motivo pela qual foi reconhecida, já em sua promulgação, como a “Constituição Cidadã”. Porém, o papel de responsável pela efetivação destas garantias deveria ser do Poder Legislativo, que, para muitos, dominado por bancadas mais conservadoras, limitou-se a garantir apenas os próprios direitos e se omitiu em legislar sobre tais direitos.

Assim, ao não observar a evolução social e dispor sobre alterações legislativas que a acompanhassem, o Congresso Nacional se viu esvaziado deste poder quando, a partir de provocações sociais, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a ADPF 132/RJ e sobre a ADIN 4277/DF, que versavam sobre a união estável, e os direitos que dela decorreriam, entre pessoas do mesmo sexo.

Sinteticamente, a ADPF⁴⁶ apresentada em fevereiro de 2008 pelo então governador do estado do Rio de Janeiro requeria que fosse dada aplicação análoga

⁴⁶ BRASIL. STF: ADPF 132/RJ, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 Divulgação 13/10/2011, Publicação 14/10/2011. “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica.

Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO

do Art. 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a vigente não equiparação estaria ferindo diversos preceitos fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a ADI 4277⁴⁷, de propositura da Procuradoria Geral da República, visava à declaração de obrigatoriedade do reconhecimento da entidade familiar aos casais homoafetivos, quando estivessem na mesma condição e respeitando os mesmos requisitos necessários para configurar união estável entre homem e mulher, o que lhes garantiria como consequência os mesmos direitos e deveres. Importante dizer que as duas decisões foram dadas em conjunto, motivo pelo qual as ementas são idênticas.

As referidas ações foram julgadas pelo Supremo em 2011, sob a relatoria do então Ministro Ayres Britto, que votou no sentido de dar “interpretação conforme a Constituição” para excluir qualquer significado do referido artigo que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Para o Ministro, “*o sexo das pessoas, salvo disposição em contrário, não se presta para desigualação jurídica*” e, assim, o não reconhecimento destas uniões feriria o Art. 5º, IV, da CF, que veda qualquer discriminação em função de raça, sexo ou cor:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, **faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.** Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁴⁸

Sabe-se que ao constitucionalismo moderno é inerente a efetivação de uma Constituição que se pautar em direitos fundamentais, na separação dos poderes e no princípio da legalidade. Convém lembrar que existem alguns princípios constitucionais que são considerados axiológicos do Estado de Direito e que, portanto, estariam

DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

⁴⁷ BRASIL. STF: ADIN 4277/DF – Vide Referência 37.

⁴⁸ BRASIL. STF: ADIN 4277/DF. Voto do Min. Ayres Britto.

ligados aos direitos fundamentais, aos bens comuns, à pluralidade das dimensões do cidadão e à dignidade da pessoa humana, ou seja, os princípios enraizadores do Estado de Direito seriam os princípios fundamentais sociais.⁴⁹

Assim, quando se considera a Corte Constitucional como a guardiã da Constituição no Estado de Direito, é de pleno interesse da população que o STF possa agir de modo a garantir os direitos contidos na Carta Maior, tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, nos moldes em que agiu por ocasião desta temática. Permitiu, assim, o STF, que os casais homoafetivos tenham os mesmos direitos garantidos aos casais heterossexuais em união estável, o que inclui, por exemplo, o direito à adoção, que provavelmente seria negado se dependesse somente do poder legislativo (e, nos dizeres de Ariosto Teixeira, de suas bancadas conservadoras).

Analisando este espectro do ativismo judicial, é possível observar uma efetiva atuação da Corte Constitucional no sentido de prover direitos fundamentais e, como consequência, adaptar o ordenamento jurídico pátrio às evoluções sociais que a população apresenta. Assim, para seus defensores, o ativismo judicial não seria uma afronta à separação dos poderes, mas sim uma ferramenta a serviço do Estado de Direito e da consolidação dos direitos fundamentais.

Sob esta ótica, a casa judiciária se ostenta como um foro de mais confiança por parte da população do que a própria casa legislativa, uma vez que puxa para si o dever de impor soluções frente à reiterada e contínua omissão legislativa, exatamente como no caso da ADPF e da ADI ora analisadas.

3.4 DESCRIMINILIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Outra questão recente que trouxe à tona a discussão sobre o ativismo judicial no STF foi o julgamento da ADPF 54/2004⁵⁰, de propositura pela Confederação Nacional dos Profissionais de Saúde, que neste ato foi representada pelo

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, pág. 138.

⁵⁰ BRASIL. STF: ADPF 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-080 Divulgação 29-04-2013 Publicação 30-04-2013. “ESTADO. LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. MULHER. LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. SAÚDE. DIGNIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME. INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

constitucionalista Luiz Roberto Barroso. Tal medida objetivava obter um pronunciamento da Corte Constitucional a respeito da possibilidade em privilégio ao princípio da dignidade humana da mulher gestante de feto inviável (anencefálico) em contraposição ao direito à vida do feto.

Tal situação se deu em controle difuso de constitucionalidade, uma vez que em controle concreto não houve espaço para definição: o famoso caso Gabriela Oliveira Cordeiro, em que uma jovem de dezoito anos de idade obtivera, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, permissão para realizar aborto, após os médicos certificarem através de laudo que o feto não tinha cérebro, portanto não sobreviveria fora do útero.

Nesse caso, entretanto, um padre católico ingressou perante o Superior Tribunal de Justiça um habeas corpus em favor do feto anencefálico, sendo cassada a decisão do TJ/RJ, proibindo-se então o procedimento cirúrgico, sob o argumento de que não havia previsão expressa no Código Penal para prática do aborto em tais casos. Posteriormente, um grupo de defesa do direito de escolha das mulheres ingressou com outro habeas corpus no STF, alegando que a decisão do STJ feria a dignidade da mulher grávida e sua autonomia da vontade. Infelizmente, o julgamento do mencionado habeas corpus restou prejudicado, pois Gabriela desistira do aborto, e em 28/02/2004 dera à luz a uma criança que chamou de “Maria Vida” e que faleceu sete minutos depois do parto por causa de uma parada cardíaca.

Sustentou-se, na petição da ADPF, que impor à mulher a obrigação de carregar por nove meses um feto que sabidamente não sobreviveria seria uma violação de sua dignidade. Com efeito, pedia-se, então, a interpretação conforme a Constituição dos artigos do Código Penal brasileiro referentes ao aborto, com vistas a declarar inconstitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação dos dispositivos que impedem a antecipação terapêutica do parto nesses casos, e assim o consequente reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter ou não ao abortamento cirúrgico, independente de autorização judicial prévia.

Antes do julgamento da ação, muito importante citar a atitude ativista do Ministro Marco Aurélio, ao conceder uma liminar que: (i) possibilitou que mulheres gestantes de fetos com anencefalia pudessem se submeter à antecipação terapêutica de parto; e também (ii) suspendeu os processos penais que envolviam profissionais da saúde que realizaram este procedimento em virtude de anencefalia.

Mais recentemente, em 12 de abril de 2012, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator (Ministro Marco Aurélio), julgou

procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta penalmente tipificada. Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello acrescentaram condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo próprio Min. Celso de Mello. Já, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso (Presidente do STF) a julgaram improcedente. Por fim, o Ministro Dias Toffoli declarou seu impedimento para atuar no processo, em virtude da sua atuação nos autos como Advogado-Geral da União.

Neste caso, o direito à “vida” do feto anencefálico foi relativizado frente à autonomia materna, pois, se for “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”; e se “por vontade da gestante até a 12º semana de gestação”, será possível a antecipação terapêutica do feto.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, sustentou que *“a incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”*⁵¹, acrescentando que nestes casos o direito da mãe é maior que o do feto, e, assim, que *“cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”*.⁵²

Desta forma, o Estado continua com o seu papel de garantidor do direito à vida, porém nestas situações se atribui uma relativização deste direito, uma vez que o Estado não retira da gestante o seu direito de escolha e de autonomia sobre o seu próprio corpo em razão de algo cientificamente comprovado como inviável e extremamente degradante para a gestante.

3.5 O ATIVISMO JUDICIAL SEGUNDO O STF E AS LEGÍTIMAS BALIZAS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL: FALAMOS A MESMA LÍNGUA?

No atual momento histórico vivenciado pelos brasileiros, torna-se muito perceptível a atuação do Supremo Tribunal Federal. Diariamente, a Corte Máxima de nosso país está nos noticiários, seja na televisão, nas redes sociais, ou até mesmo em nossos celulares, proveniente de compartilhamentos infundáveis de matérias que

⁵¹ BRASIL. STF: ADPF 54/DF, Voto Min. Marco Aurélio. Loc. cit.

⁵² BRASIL. STF: ADPF 54/DF, Voto Min. Marco Aurélio. Loc. cit.

tratam daquela “decisão ilógica” (conforme ditames populares) que acabara de ser externada.

A judicialização é, de fato, a origem de tudo isso, uma vez que a cada ano aumentam as cobranças por não realizações sociais, a participação dos cidadãos na vida política do país, as próprias críticas aos modelos políticos atualmente adotados, entre outros.

Assim, o Supremo Tribunal Federal está, a cada dia, mais vigiado pelos olhares dos cidadãos, e a judicialização acaba por trazer em seu bagageiro uma interminável gama de decisões, necessárias, mas foco de controvérsias.

Neste intervalo de tempo, percebe-se, nos estudos sobre o ativismo judicial, uma enorme gama de decisões que, em algum momento, recebem o carimbo de “decisões ativistas”, uma vez que até os mais leigos cidadãos também querem opinar sobre o que o STF vem decidindo.

Em que pese as intermináveis decisões consideradas ativistas pela população, fato é que o próprio mundo jurídico consegue perceber, em várias delas, uma postura realmente ativista sob o ponto de vista estritamente legal. Nesse sentido, o próprio STF tem buscado fazer publicações, eventos, simpósios, entre outros, com a temática do ativismo judicial, e assim se torna possível uma avaliação do entendimento atual de nossa Corte Constitucional sobre o tema.

Uma das vozes mais ativas na narrativa do ativismo judicial do STF é a do Ministro Luís Roberto Barroso, que sempre externa sua opinião sobre o assunto, e com a mesma frequência publica suas considerações que são representativas da maneira como o Tribunal tem decidido recentemente.

3.5.1 O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal:

Luís Roberto Barroso, conforme descrito anteriormente, é uma das vozes mais ativas na atual composição do Supremo Tribunal Federal a versar sobre o ativismo judicial. O que traremos aqui é, em parte, significativo do entendimento atual da Corte Constitucional brasileira, em que pese sabermos existirem divergências entre os próprios Ministros neste particular.

Em um artigo publicado recentemente, intitulado “*Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*”, o Ministro expõe, de maneira muito clara, qual o atual estado da arte do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

Define, Barroso, o ativismo, como “*uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*”⁵³. O autor defende que a Constituição Federal possui uma série de metas, de diretrizes e de normas programáticas que devem (ou deveriam) ser implementadas através da normatização legislativa e de sua consequente execução, por parte dos administradores públicos.

Face à verificação de uma retração do Poder Legislativo, observada pelo autor no final dos anos 2000, a qual gerava um distanciamento entre o Congresso Nacional e a sociedade civil, e uma consequente omissão dos legisladores em dar sentido prático às metas e diretrizes constitucionais, é que seria adequado ao STF se fazer valer de interpretações que tornem mais próxima a concretização destas metas.

Assim, decisões ativistas, segundo o entendimento de nossa Corte Constitucional, são aquelas (todas!) que, ao ampliar o alcance da norma, geram avanço social, político, ou, por que não dizer, jurídico.

A elasticidade inferida ao conceito de Ativismo pelo STF carrega consigo dois efeitos importantes: O primeiro, no que diz respeito ao próprio conceito, é que ao partirmos de um pressuposto que qualquer decisão que amplie o alcance da norma é ativista, temos que o ativismo está presente em uma frequência muito corriqueira, e este conceito amplo acaba por colocar “no mesmo pacote” tanto decisões que são verdadeiramente ativistas e, por exemplo, escapam até mesmo da legalidade, quanto decisões em que não podem ser vislumbrados sequer traços de ativismo judicial.

O segundo efeito é o de que, como tudo que é generalizado se torna corriqueiro e aceitável, a sociedade acabe por aceitar de maneira muito mais complacente e aceitável tudo o que for decisão ativista, e isso tornariam justificáveis posturas que, em absoluto, não poderiam ser. Afirmo o respeitável Ministro:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.⁵⁴

Observa-se, ainda, o conceito positivo que o Ministro Barroso aufere ao tema quando afirma ter o ativismo uma face positiva, qual seja a de atender as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento, ao passo que

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2012: pág. 26.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2012: págs. 26 e 27.

minimiza a face negativa imputando à inércia do Parlamento a suficiente motivação para o judiciário legislar.⁵⁵

Na mesma obra, o autor também se preocupa em trazer seus conceitos quanto ao que se refere como “*objeções à crescente intervenção judicial na vida brasileira*”, porém, ao denotar o mesmo sentido positivo ao ativismo judicial, considera que nenhuma das três objeções poderia minimizar a importância deste tipo de atuação. Segundo ele, os três argumentos desconstitutivos do ativismo judicial seriam: (a) os riscos que ele traz à legitimidade democrática, pelo fato de agentes públicos não eleitos estarem desempenhando poder político, que é definido pela doutrina como *difficuldade contramajoritária*; (b) o risco de politização da justiça, que reside no fato de que a decisão ampliadora pode fugir às balizas legais e se tornar discricionariedade plena, e desta forma utilizar-se do judiciário para corroborar decisões políticas das outras esferas do poder, mesmo que *contra legem*; e, por fim, (c) a capacidade institucional do judiciário e seus limites, em que define que algumas vezes, mesmo tendo o poder de interferir, o judiciário precisa, ao avaliar criteriosamente sua “capacidade institucional” e a “repercussão sistêmica” que a decisão pode acarretar, se abster em decidir, optando pelo não exercício do poder, o que o autor define como *autolimitação espontânea*⁵⁶.

Em outra obra, denominada “*Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*”, Barroso defende que um dos papéis inerentes às Cortes Constitucionais nas democracias da atualidade é de exercer um papel de vanguarda iluminista, qual seja, o de promover e contribuir, em nome de valores racionais, para avanços civilizatórios, e em procedendo desta forma, empurrar a história para frente⁵⁷.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2012: págs. 29 e 30: “O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões 9 ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.”

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2012: págs. 30-36.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2207-2210.

Nesse contexto, o autor se vale do julgamento aqui citado, do hard case *Brown v. Board of Education*⁵⁸, de 1954, no qual a Suprema Corte norte-americana se fez valer de ativismo judicial para promover avanço social, quando julgou pela proibição da criação de locais públicos de segregação racial nas escolas americanas. Entretanto, como veremos de forma mais detalhada a seguir, este argumento é frágil, e pode ser repellido facilmente com o contraexemplo do também hard case norte-americano *Pless v. Fergusson*⁵⁹, de 1896, quando o mesmo ativismo judicial foi utilizado para, em senso contrário ao que apregoava a Constituição, a permissão da criação de espaços públicos de segregação racial. Assim, considera-se que a postura ativista da Suprema Corte, no caso *Brown v. Board of Education* apenas corrigiu o que ela mesmo criara em 1896, demonstrando-se assim que o ativismo judicial é uma faca de dois gumes.

Por fim, ainda dentro dos preceitos norteadores da boa decisão, provenientes do STF, é inevitável citar o entendimento do Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 140265/SP⁶⁰, no qual são invocados os conceitos de Justiça Natural para justificar o posicionamento.

Neste modo de decidir, considera-se que alguns valores morais estão acima de qualquer norma positivada e podem ser invocados a qualquer tempo, dentro da fundamentação de um julgamento. Assim, decisões *contra legem* em hard cases seriam em conformidade com princípios balizadores da justiça, como pode ser verificado no voto do Ministro:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MOLDURA FATICA - INTANGIBILIDADE - CONSIDERAÇÕES. No julgamento de recurso de natureza extraordinária, há de se distinguir entre o revolvimento de fatos e provas coligidos na fase de instrução, e o enquadramento jurídico da matéria contida no próprio acórdão impugnado. A vedação limita-se ao assentamento de moldura fática diversa da retratada pela corte de origem para, à mercê de Acórdão inexistente, concluir-se pelo conhecimento do recurso. **2. OFÍCIO JUDICANTE – POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o Magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.** 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – OFENSA. Ocorre a transgressão ao Princípio da Legalidade – Artigo 5º, Inciso II, da Constituição Federal – quando o Tribunal “a quo” admite a existência de norma legal impondo determinada exigência para o provimento do cargo e, no entanto, agasalha item do edital de concurso que

⁵⁸ EUA. Suprema Corte: 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁹ EUA. Suprema Corte: 163 U.S. 537 (1896).

⁶⁰ BRASIL. STF - RE: 140265/SP, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 20/10/1992, Segunda Turma, Data de Publicação: 28/05/1993.

a elastece. Isto acontece quanto ao interstício requerido para a movimentação no Ministério Público – Acesso ao cargo de supervisor de ensino. Se na Lei Complementar pertinente – Nº 444, de 27 de dezembro de 1985, do estado de São Paulo, cuida-se do interstício para o provimento do cargo, descabe cogitar da aplicação de item do edital que acabe por retroatrar o implemento da condição na data em que realizada a inscrição no certame. Tal extravasamento resolve-se pela declaração de ilegalidade do ato administrativo, mediante conhecimento de Recurso Extraordinário, por violência ao Princípio da Legalidade, interposto contra decisão proferida em demanda rescisória, para acolher o duplo pedido nela formulado – De rescisão do Acórdão e, no juízo rescisório, de prolação de outro que implique homenagem à ordem jurídica.⁶¹

Assim, ao reconhecer o julgamento orientado pelo resultado, o Ministro adota postura que inegavelmente pode ser considerada ativista. Da mesma forma, o também Ministro Celso de Mello, em discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência da Corte em abril de 2008, defendeu explicitamente o ativismo judicial da Corte Constitucional, ao dizer:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Deste modo, resta indubitável o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto: o ativismo judicial é bem-vindo, e sim, este continuará a ser praticado sempre que puder ser verificado algum potencial desrespeito à Constituição da República por parte dos demais poderes públicos.

3.5.2 Balizas idealizadas pela Doutrina

Inicialmente, é de suma importância esclarecer, neste tópico, que não se busca esgotar o assunto, até porque, na atualidade, inúmeros doutrinadores têm buscado conceituar, esclarecer e balizar o Ativismo Judicial, e o têm feito com brilhantismo. Assim, este trabalho buscou apenas exemplificar, dentro do que considera ponderações de pontos de vista diferentes, os limites que alguns dos principais autores têm estabelecido sobre o ativismo judicial.

⁶¹ BRASIL. STF - RE: 140265/SP. Voto Min. Marco Aurélio.

3.5.2.1 Hans Kelsen

Em que pese o fato de que a temática em discussão é o ativismo judicial na esfera nacional, ainda assim torna-se imprescindível avaliar, ainda que superficialmente, os estudos do filósofo Hans Kelsen sobre o assunto.

O positivismo jurídico pode ser, à primeira vista, encarado como uma sede de decisões estritamente legais, no sentido do ordenamento jurídico e conforme as normas positivadas. Veremos, então, como surge o ativismo jurídico no âmbito do positivismo kelseniano, e qual é a baliza definida por esta escola como limite das decisões que se devem reputar adequadas.

O pensamento de Hans Kelsen e de seus seguidores atribui, em síntese, uma prerrogativa aos legisladores e aos juízes para definirem a produção (pelos primeiros) e a utilização (pelos segundos) de algumas normas individuais que, entretanto, devem estar dentro do que se convencionou chamar de “Norma Geral”. Assim, dentro de uma norma geral existem diversas interpretações possíveis e, estando estas interpretações legitimamente cravadas na literalidade do ordenamento jurídico, várias normas individuais podem ser validadas e utilizadas como parâmetro decisional nas cortes.

[...] a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.⁶²

Desta maneira, Kelsen afirma de maneira categórica que a interpretação não só é autêntica, como ela também ajuda a produzir o direito.

O objetivo principal da forma de estruturação do ordenamento jurídico que apregoa o positivismo é garantir que as decisões possam ser repetidas em casos similares, em outras palavras, é o de garantir a segurança jurídica a todos os que estão sob o guarda-chuva deste mesmo ordenamento jurídico. Assim, a segurança jurídica é o aspecto fundamental do positivismo jurídico.

Para Kelsen, a baliza que define a exata fronteira entre uma decisão conforme e uma decisão ativista é a moldura da norma geral. Assim, a utilização de uma norma

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Dr. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra/Portugal: Arménio Amado Editor/Sucessor Ceira, 1976. p. 470.

individual que esteja à margem da moldura da norma geral sempre gerará uma decisão ativista e, por assim dizer, antijurídica. A consequência de uma decisão ativista, em Kelsen, é seu caráter de anulabilidade, uma vez que, mesmo produzindo efeitos, a decisão reputa-se anulável.

Assim, as normas constitucionais funcionam como a moldura da norma geral, pois vinculam não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a aplicação das normas individuais que sejam produzidas com base nelas.⁶³

Sob o ponto de vista da anulabilidade das decisões ativistas, para o pensamento kelseniano isto seria função das Cortes Constitucionais, que teriam o papel de legislador negativo, declarando inconstitucionalidade de normas individuais que transcendem a moldura da norma geral, e também declarando anuladas decisões baseadas nestas. Começa aqui a surgir um paradoxo no pensamento de Kelsen, pois é natural que a própria Corte Constitucional atue criando normas e, dentro deste panorama, existe a possibilidade desta mesma Corte criar ou aplicar uma norma individual que exceda os limites da norma geral. A este aspecto, o positivismo não atribui à Corte de última instância um papel ativista, pois considera que apesar de antijurídica, uma decisão de instância final sempre será válida, vez que a ela se condicionou dar a última palavra.

Ao aceitar a possibilidade de uma Corte (mesmo sendo ela a mais alta Corte, a Cúpula do Poder Judiciário) tomar decisões fora da moldura da norma geral que sejam válidas, o positivismo jurídico entra em conflito com seus próprios preceitos fundamentais, pois como pode haver segurança jurídica quando existe a possibilidade de validação de decisões antijurídicas?

3.5.2.2 Lênio Streck

Um dos doutrinadores mais críticos do ativismo judicial à *brasileira* é o jurista gaúcho Lênio Luiz Streck. Ele é responsável por algumas das mais pertinentes considerações a respeito do ativismo das Cortes brasileiras, especialmente sobre o fato de que o ativismo, nos moldes em que é visto nos Estados Unidos, não é aplicável à realidade dos Tribunais brasileiros. Neste particular, considera que o ativismo

⁶³ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 161.

judicial é uma experiência não originária do contexto brasileiro⁶⁴, e desta forma implicaria uma transposição inadequada do conceito, e também a ausência de adaptação do que se aprende do constitucionalismo norte-americano.

Ainda sobre a diferenciação de como é tratado o ativismo judicial no Brasil, em comparação com o contexto norte-americano, o autor cita:

[...] as medidas intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorreram em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que do resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juízes e não de um sentimento constitucional acerca desta problemática. Já no Brasil esse tema toma ares dramáticos. Basta lembrar, nesse sentido, que *ativismo judicial* aparece como um princípio no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (Art. 2º, i). [...] a simples menção ao ativismo judicial como um “princípio norteador” do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.⁶⁵

Ao avaliar a atuação do STF no referido MS 3326, Streck et. al. definem que a decisão do Ministro Relator para o caso em questão revela os problemas que envolvem a interpretação jurídica no contexto brasileiro, que seriam: (a) o aparente retorno à “letra-da-lei”; (b) a busca pela vontade do intérprete; e (c) o problema das decisões tomadas sob uma pretensa fundamentação na opinião pública.⁶⁶

Apenas para contextualização, brevemente pode ser descrito o julgamento do MS 3326 como uma situação em que o STF, após ter reconhecido que o dever de decidir sobre o mandato de congressistas condenados por crimes era do próprio Congresso Nacional – conforme preceitua o artigo 55 da Constituição Federal/88⁶⁷, responde ao referido Mandado de Segurança definindo que o texto constitucional seria aplicável sempre que o regime inicial de cumprimento da pena não fosse o fechado, dando nova interpretação ao dispositivo e liminarmente revertendo, assim, a decisão prévia do Congresso Nacional em não cassar o mandato do deputado federal

⁶⁴ STRECK, Lênio; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano O. O problema do ativismo judicial: Uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.5, Nº. Especial. 2015: pág. 58.

⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

⁶⁶ STRECK, Lênio; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano O. Op. cit., 2011: pág. 53.

⁶⁷ BRASIL. Congresso Nacional. C.F./1988, Art. 55: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...). VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...)”; §2º Nos casos dos incisos I, II e VI, **a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa**”.

Donadon. Resta afirmar que a opinião pública e seu descontentamento com a postura do Congresso Nacional foram determinantes para a mudança de postura do STF neste caso em particular.

Para o autor, uma postura ativista traz uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Konrad Hesse denomina de rompimento constitucional, quando o texto permanece idêntico, mas a prática é modificada pelos conceitos das maiorias. Define ser exatamente isso o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.⁶⁸

Streck ainda é crítico do neoconstitucionalismo conforme ele é visto e aplicado no Brasil. Para o autor, o neoconstitucionalismo, apesar de ser uma corrente bem-intencionada e de características interessantes, quando se coloca como contraponto ao positivismo legalista, apostando na discricionariedade e na ponderação Alexyana de valores, arrisca-se a cair nos braços de outro tipo de positivismo, o positivismo fático ou empirismo jurídico, que aposta na discricionariedade e no subjetivismo como formas de utilizar o direito objetivando a transformação social. Assim, o inegável valor do neoconstitucionalismo para as questões sociais *“acaba dando vazão, como no Brasil, a um forte ativismo social”*.⁶⁹

O autor se mostra firme ao conceber o viés negativo do ativismo judicial para a democracia e para o estado democrático de direito:

Para mim, não existe “bom ativismo”. Ele é pernicioso para a democracia. Deve, pois, ser evitado. Na minha teoria da decisão, tenho colocado um conjunto de mecanismos para primeiro identificá-lo e, na sequência, evitá-lo, enfim, controlá-lo. Mormente no lugar mais sensível do ativismo, o direito a saúde e a educação, há três perguntas fundamentais a serem respondidas: está o judiciário diante de um direito fundamental, subjetivamente exigível? Este direito, em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir? Por fim, se é possível transferir recursos das outras pessoas para fazer aquela ou um grupo feliz, sem violar a isonomia no seu sentido substancial, já levando em conta toda a força do estado social previsto na Constituição? Se uma das respostas for negativa, não se está diante de uma judicialização, mas, sim, de uma atitude ativista. Tenho escrito muito sobre isso. Ativismo é o modo como o judiciário introduz a moral no direito. É como se o legislador e o poder constituinte não tivessem discutido na esfera pública as questões relacionadas à moral e à ética, por exemplo. E que o juiz é a figura transcendental apta a incluir a moral. Ora, isso é antidemocrático.⁷⁰

⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., 2011: pág. 53.

⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., 2016: págs. 395-396.

⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., 2016: pág. 397.

Também sobre a face negativa com que enxerga o ativismo judicial, em artigo publicado recentemente no Conjur, o autor reitera os perigos do protagonismo judicial:

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? ⁷¹

Na obra *Verdade e Consenso*, o professor exalta o direito fundamental que todos os cidadãos possuem de obter uma resposta correta, qual seja, uma resposta “*constitucionalmente adequada à Constituição*” (sic), e define que o primeiro passo para o cumprimento deste verdadeiro direito social é o de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito e dos fenômenos sociais⁷². Cita, nestes termos, Habermas, que defendia que a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas, qual seja, de um aprendizado social ao longo da história do direito.

Ao buscar a resposta correta, há a necessidade de se superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente. Assim, define-se pelo autor uma primeira baliza limitadora das decisões ativistas.

Ainda, sobre a resposta correta, o autor define que ela possui uma abrangência que evitaria decisões *ad hoc*, e assim as decisões relacionadas à jurisdição constitucional seriam de elevada importância pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Ou seja, uma decisão baseada em princípios que, quando aplicados em casos semelhantes, possam trazer o mesmo resultado. Desta forma, é possível assegurar a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Nestes termos, surge uma segunda baliza proposta pelo autor, que seria a exigência de “uma fundamentação da fundamentação”⁷³, visto que o dever de

⁷¹ STRECK, Lênio Luiz: “O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?” **Consultor Jurídico**, 13 de junho de 2013. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

⁷² STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., 2011: pág. 620.

⁷³ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., 2011, págs. 618-619.

fundamentar encontra-se inegavelmente ligado ao direito fundamental de se obter respostas adequadas à Constituição.

3.5.2.3 Ariosto Teixeira

Foi o saudoso cientista político e jornalista Ariosto Teixeira⁷⁴ um dos primeiros brasileiros a discorrer sobre o fenômeno que denominou, no final da década de 90, de judicialização da política. Para o doutrinador, o ativismo judicial encontrava-se em duas vertentes: quando os juízes, por meio de suas decisões, interferem na política, ou, *contrario sensu*, quando a política faz alterar uma decisão que caberia única e exclusivamente ao judiciário.

Para o autor, existem basicamente quatro fatores que levaram, na história do Brasil, a um significativo aumento da judicialização das políticas públicas e, como consequência, a um maior ativismo do Poder Judiciário, notadamente do STF⁷⁵.

O primeiro fator seria o de que o STF efetivamente tem dado respostas eficazes quando requisitado e, como consequência, os agentes políticos passaram a se dirigir a ele de forma muito mais expressiva. Em segundo lugar, porque com a Constituição de 1988 houve um aumento de legitimação para a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e com isso o STF se tornou uma arena de discussão dos conflitos político-constitucionais, ora que um foro legítimo para os agentes sociais e partidários minoritários, que geralmente são contrariados nas arenas políticas majoritárias.

Ainda, o papel do STF no controle de constitucionalidade reflete o esforço de institucionalização do sistema de freios e contrapesos, uma vez que as decisões do Tribunal são consideradas e obedecidas. Por fim, considera o autor que a judicialização é um instrumento das minorias para obter as reformas que do Estado se espera:

A judicialização da política no Brasil se evidencia de maneira relevante como instrumento de ação das minorias no ambiente de reformas das estruturas básicas do Estado. Essa conclusão se sustenta no fato comprovado de que o aumento de demanda sobre o STF coincide com o crescimento de atividades do Legislativo e com a tramitação e aprovação das reformas

⁷⁴ TEIXEIRA, Ariosto. **A judicialização da política no Brasil (1990-1996)**. Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB. 1997.

⁷⁵ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a judicialização da política no Brasil**. 1ª. Ed: Brasília, 2001, págs. 150-154.

constitucionais pelo Congresso Nacional no período de 1995-1996. Em outras palavras, pode-se dizer que a judicialização da democracia brasileira é também provocada pela conjunturalização da produção normativa.⁷⁶

Assim, é possível notar que o horizonte em que Teixeira vislumbra o exercício do ativismo judicial é, além de amplo, também iminentemente político: existe ativismo sempre que uma questão política é judicializada, e, também, sempre que o Poder Judiciário toma uma decisão que deveria ser tomada pelos outros poderes, mormente o Poder Legislativo.

Assim, considera que a ampliação da legitimação para a propositura de ADIN's e a necessidade de aprimoramento das legislações, com consequência do descontentamento das minorias, são as principais causas do ativismo exacerbado do judiciário.

[...] o alargamento das funções do Supremo Tribunal Federal no exercício de suas prerrogativas tem estimulado a requisição de pronunciamento do tribunal em maior número de questões constitucionais. Ou seja, os novos agentes se dirigem ao STF em maior número e com maior frequência, porque tem expectativas estimuladoras quanto à atuação do tribunal no controle de constitucionalidade das leis e dos atos dos governantes, embora o resultado dos julgamentos de mérito das ações nos desautorize a esperar decisões definitivas favoráveis a seus pleitos.⁷⁷

É possível vislumbrar, aqui, uma ligação com a decisão do direito de greve dos servidores públicos. A propositura dos mandados de injunção que culminaram com a definição da aplicação analógica da regulamentação aplicável aos funcionários privados se deram pelos sindicatos, que se aproveitaram da legitimação constitucional para provocar o STF a dar uma resposta que não estava sendo obtida por via legislativa.

Assim, a função da Suprema Corte foi alargada, e a decisão que se obteve, ainda que possa carregar a pecha de ativista, foi eficaz para a solucionar uma demanda que estava se perdurando indefinidamente no tempo.

3.5.2.4 Daniel Sarmento

⁷⁶ TEIXEIRA, Ariosto. Op. cit., 2001: pág. 154.

⁷⁷ TEIXEIRA, Ariosto. Op. cit., 2001: pág.148.

O doutrinador Daniel Sarmento, em obra denominada “*O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*” define a visão brasileira sobre o neoconstitucionalismo e afirma que ao avaliar a posição de nossos doutrinadores, percebe-se um relativo consenso na definição das características centrais da então “nova” perspectiva:

[...] valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.⁷⁸

Assim, o neoconstitucionalismo já estaria afetando de maneira muito intensa a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, especialmente a do STF, que se apresenta, após a reformulação da Corte, (a) utilizando-se cada vez mais de princípios abertos; (b) valendo-se de uma reiterada atitude de ponderação de interesses; e (c) usando o princípio da proporcionalidade com frequência impactante; além de (d) vir se embasando cada vez mais em referências filosóficas, nas suas fundamentações.

Aqui, a título de exemplo, pode-se citar a decisão que definiu a aplicação da lei de greve dos funcionários privados aos servidores públicos. O STF, na ocasião, valeu-se da ponderação de interesses, avaliando a necessidade de se regulamentar um direito constitucional versus a necessidade de, em se o fazendo, não afetar de maneira muito impactante o interesse público.

O autor define estes tipos de atuações da Corte Constitucional como ativismo judicial, e discorre no sentido de que esta postura tem feito a sociedade, cada vez com mais frequência, buscar o STF para resolver suas celeumas, o que contribui para a progressiva alteração da agenda da Corte:

Atualmente, ao lado das questões mais tradicionais de Direito Público, o STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. Para citar apenas alguns casos, pode-se falar da decisão que assentou que a mudança de partido implica, salvo determinadas exceções, perda de mandato parlamentar; da que estabeleceu critérios rígidos para a fixação do número de vereadores de acordo com a respectiva população, e da intensificação do

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: pág. 9.

controle jurisdicional dos atos das CPIs, bem como dos pressupostos de edição das medidas provisórias.⁷⁹

Em seus estudos sobre o neoconstitucionalismo, que acaba por abordar de maneira muito singular o ativismo judicial, o autor apresenta três objeções à corrente neoconstitucionalista, que podem ser extrapoladas para o ativismo judicial, uma vez que o subjetivismo e a discricionariedade se apresentam em todas.

A primeira objeção seria o risco de se estabelecer uma “judiciocracia”, o que teria como grande problema o seu caráter antidemocrático. A justificativa do autor para tal feição contrária à democracia não se daria, em absoluto, pelos resultados das decisões dos juízes, mas pelo simples fato de que suas decisões, uma vez que não decorram de cidadãos que foram democraticamente eleitos para cumprir função legislativa, seriam avessas à democracia em si. Nesse aspecto, em uma democracia real, um dos pontos mais importantes é que as decisões políticas fossem tomadas pelo próprio povo, através de seus representantes eleitos, e não por “*sábios ou tecnocratas de toga*”⁸⁰. Além disso, considera essencial à feição antidemocrática que o ativismo judicial possui o fato de que a Constituição é caracterizada por uma abertura das normas, de forma que seu intérprete participa de um verdadeiro processo de criação de normas, e por que não dizer, de política.

Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício, dos revolucionários franceses do século XVIII,¹⁰⁹ passando por Carl Schmitt, 110 na República de Weimar, até os adeptos do constitucionalismo popular nos Estados Unidos de hoje.⁸¹

Apesar de ser um crítico do ativismo do judiciário, o autor vislumbra aspectos que o fazem ter uma face positiva. Para ele, o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira, visto que através do ativismo se torna possível enfrentar a sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, e também da séria crise de representatividade do Poder Legislativo. Sarmento considera o ativismo bem-vindo em algumas searas, como a tutela de

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: págs. 10-11.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: pág. 12.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: pág. 13.

direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.

Em contrapartida, considera que em outros aspectos é necessária uma postura de autocontenção judicial, *“seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito”*.⁸²

A segunda objeção estabelecida pelo autor seria a possibilidade de, devido a questões culturais inerentes ao nosso país, o neoconstitucionalismo carregar consigo um verdadeiro “oba-oba constitucional”, e isto se daria através de uma deturpação dos próprios conceitos da corrente jusfilosófica, uma vez que no Brasil apenas parte dos conceitos dela foram recepcionados. Assim, haveria um grande risco de se alargarem cada vez mais as possibilidades interpretativas dos princípios constitucionais, o que acarretaria um certo risco ao Estado Democrático de Direito, pois isso acabaria favorecendo, segundo o autor, “os de sempre”. Com relação a esta objeção, Sarmiento vislumbra que *“um maior cuidado metodológico, associado à adoção de uma diretriz hermenêutica substantiva, que afirme a missão essencial do Direito de assegurar justiça e segurança às pessoas, tratando-as como livres e iguais, pode minimizar as possibilidades de um uso enviesado da teoria neoconstitucional”*.⁸³

Finalmente, a terceira objeção diz respeito ao excesso da constitucionalização, ao qual o autor denomina de *“panconstitucionalização”*, que seria a amputação, pelas decisões já contidas na própria Constituição, do espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia. Assim, o excesso de constitucionalização do direito se reveste de um caráter antidemocrático, uma vez que, diante da já referida abertura semântica dos fundamentos e princípios constitucionais, o principal agente de interpretação se torna o Poder Judiciário. É neste ponto que o neoconstitucionalismo se confunde com o ativismo judicial e com a judicialização da política.

3.5.2.5 Outros Doutrinadores

Conforme exposto no início deste capítulo, este trabalho não objetiva (e nem possui a audácia) de esgotar o assunto proposto, até porque existem inúmeras

⁸² SARMENTO, Daniel. Ibidem.

⁸³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: pág. 14.

publicações sobre o tema, de modo que diversos estudiosos do direito constitucional brasileiro buscaram, nos últimos 15 anos, expor suas opiniões a respeito de tão relevante tema.

Entretanto, diante de um número tão significativo de estudos individuais a respeito do ativismo judicial apresentados neste curto período de tempo, torna-se frágil basear qualquer argumentação em uma parcela tão ínfima de opiniões, ainda que tenha se buscado opiniões altamente relevantes de profissionais altamente qualificados sobre a temática. Assim, com o condão de incrementar a proporção de opiniões sobre o assunto, e também como consequência de expor a diversidade de concepções por ele abarcadas, faz-se necessário, aqui, expor brevemente mais algumas opiniões sobre os limites do ativismo judicial.

Inicialmente, conforme já devidamente citada no início do trabalho, válido se faz expor a opinião de Thamy Pogrebinski, exímia pesquisadora dos campos das Ciências Políticas e Sociais, escritora da obra *“Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil”*, na qual aborda o tema do ativismo judicial por meio de pesquisa de campo, qual seja, o levantamento das 4.574 ações protocoladas no STF entre 1988 e 2009, relativas ao controle constitucional direto e abstrato. São 4.347 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), 202 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e 25 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). Procedendo a sucessivos recortes, a autora reduz este universo a 810 ADI’s e ADPF’s que tiveram como objeto leis e atos normativos do Poder Legislativo federal. Ao apresentar seus dados, define a autora:

Se o Poder Judiciário vem sendo crescentemente procurado pela sociedade, disso não decorre logicamente que o Poder Legislativo, lócus principal da soberania popular, tenha se tornado menos apto a representá-la. Se o número de ADI’s impetradas no STF cresceu significativamente desde 1988, disso não decorre logicamente que em nossa corte constitucional tenha se instalado um ativismo, tampouco que este decorra de “uma retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade”, citando Barroso.⁸⁴

Nos resultados de seu trabalho, encontra-se que o STF confirma a expressiva maioria da produção legislativa do Congresso Nacional, ao julgar procedentes apenas cerca de 13% das proposições de inconstitucionalidade levadas à Corte. Este número

⁸⁴ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012: pag. 22.

expressivo de “julgamentos conforme” o legislador é um critério para a autora negar a existência de um papel contramajoritário do STF⁸⁵ e, como consequência, negar a existência de um relevante ativismo judicial.

Também é expressivo citar o professor José Laurindo de Souza Netto, que em brilhante artigo que enfoca o direito à saúde e as decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de permitir o pagamento de medicamentos por demandas judicializadas⁸⁶, define que tais decisões têm caráter ativista, uma vez que, ao conceder medicamentos que ainda não gozam de registro perante a ANVISA, o Superior Tribunal de Justiça afasta as normas legais editadas pelo legislador, sejam as normas punitivas, ou as de política pública.

Trata-se, portanto, da criação de direito novo, de conduta ativista, pois a Corte reconhece direitos inexistentes com base numa suposta aplicação direta da Constituição da República, indo contra a política pública criada para atender a saúde nesta seara, o que fragiliza o sistema como um todo, na medida em que o direito à saúde, tal qual como qualquer direito fundamental, não é absoluto.⁸⁷

Para os autores, a concessão destes medicamentos ainda violaria o princípio da igualdade, uma vez que conferiria um privilégio aos que decidem judicializar a questão. Assim, para o autor, o juiz deve considerar as consequências sistêmicas de uma decisão tomada em plano individual, analisando se a sua resposta tem potencial para elevar a judicialização sobre o tema em questão. Caso tenha este potencial, deve ainda o juiz considerar se esta decisão causaria uma interferência indevida nas esferas legislativa e executiva⁸⁸. Além da necessidade de avaliação profunda por parte do juiz, os autores ainda defendem que uma das possibilidades de solução para casos desta natureza repousaria na teoria dos diálogos institucionais⁸⁹, uma vez que, segundo

⁸⁵ POGREBINSCHI, Thamy. Op. cit., 2012: pág. 183.

⁸⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo do Superior Tribunal de Justiça e o Direito Fundamental Social à Saúde. **Revista Jurídica (FURB)**, ISSN 1982-4858, v. 23, nº. 52, set./dez. 2019: pág. 2.

⁸⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Op. cit., pág. 19.

⁸⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Op. cit., pág. 20.

⁸⁹ Conforme: HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997. p. 75-124. Definem os autores, tradução livre: “O diálogo que culmina em uma decisão democrática somente pode ter espaço se a decisão judicial de derrubar uma lei puder ser revertida, modificada, ou proibida pelo processo legislativo ordinário”. (pág. 81). Neste sentido, o diálogo a que este artigo se refere consiste dos casos nos quais uma decisão judicial que derruba uma lei é seguida por alguma ação pelo corpo legislativo competente. Em todos estes casos, deve ser considerada a decisão judicial pelo governo, a uma decisão deve ter sido tomada no sentido de como reagir a ela. Isto também ocorreu em casos onde uma decisão não foi seguida por nenhuma ação do

eles, a interpretação da Constituição deve ser tarefa compartilhada entre os três Poderes, sem que haja qualquer primazia entre eles.

Por fim, também importante se faz a exposição sucinta do entendimento de um dos maiores constitucionalistas brasileiros, José Afonso da Silva. Para ele, o ativismo judicial não está presente em toda criatividade via interpretação.

A partir de regras muito gerais, se constrói um instituto. Você tem ativismo judicial distorcido, desde que se faça coisa que não está prevista na Constituição. Quando um ministro, por exemplo, dá uma medida liminar para não se seguir a tramitação de um veto, isso é um abuso, porque não cabe ao Judiciário interferir na tramitação de vetos, por exemplo.⁹⁰

Relata, ainda, que o ativismo judicial somente se configura quando a solução encontrada pelo julgador não está amparada na Constituição.

Por exemplo: chamaram de ativismo aquela decisão do TSE, que foi mantida pelo Supremo, a respeito da fidelidade partidária. Decidiu-se que os votos pertencem ao partido e não ao parlamentar e, portanto, se ele sai do partido, perde o mandato. De fato, a interpretação foi razoável, porque no sistema de representação proporcional, os votos são realmente do partido.⁹¹

Assim, José Afonso orienta que uma das balizas do ativismo judicial seria a fiel interpretação da Constituição, ou seja, quando a interpretação da norma em discussão se der de maneira conforme, não está se tratando de ativismo judicial.

Conforme as observações levantadas neste capítulo, observa-se que é notório o fado de que a doutrina brasileira possui entendimentos diversos, não apenas acerca do conceito de ativismo judicial, mas também sob o aspecto de onde se posiciona a linha que define uma decisão como ativista ou como autocontida. Apesar desta inconsistência doutrinária, quando avaliada de um espectro à distância, fato é que existe uma grande preocupação em tentar se determinar o que é e onde está o ativismo judicial.

O conhecimento destes parâmetros é que irá servir de guia para definir qual valoração se deve dar ao ativismo judicial, se negativa, como grande parte da doutrina

corpo legislativo competente. Entretanto, nós não conseguimos cumprir com a difícil tarefa de documentar todos os casos de controle concentrado de constitucionalidade em que se discutiu com o Governo, mas não se seguiu nenhuma ação legislativa". Pág. 82.

⁹⁰ LÉLLIS, Leonardo. "Todo conservador quer uma Constituição enxuta": Entrevista com José Afonso da Silva. **Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2016. Seção "Testemunha da História". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>. Acesso em 28 de novembro de 2020.

⁹¹ LÉLLIS, Leonardo. Ibidem.

compreende, ou se positiva, conforme se pode observar em outros entendimentos, a exemplo do próprio entendimento do STF.

Desta forma, buscam-se, a seguir, argumentos doutrinários contrários e outros argumentos, favoráveis, à presença de decisões ativistas na instância constitucional brasileira, com vistas a se formular um posicionamento mais racional com relação à prática do ativismo judicial ao nível do Supremo Tribunal Federal.

4. ARGUMENTAÇÕES CRÍTICAS E ARGUMENTAÇÕES JUSTIFICADORAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Após a análise pormenorizada do pensamento de alguns dos mais relevantes nomes da literatura nacional e internacional sobre o ativismo judicial, principalmente sobre a forma que criam balizas para definir se uma decisão é ativista ou não, é importante realizar uma organização dos argumentos relacionados às justificativas e às críticas à postura ativista das Cortes. Neste aspecto, os argumentos apresentados pela doutrina podem possuir força e relevância maior, de forma que mais complexo se torna desconstituí-los, ou possuírem força menor e, por conseguinte, serem mais facilmente contrapostos.

Utilizaremos aqui esta organização, que nos foi primeiramente apresentada no trabalho de Wiviurka⁹², a respeito do pensamento de Robert P. George, em que são avaliados sobremaneira os argumentos considerados contrários, ou críticos, à postura ativista das Cortes Constitucionais, porém sempre em contraposição com os argumentos considerados favoráveis.

4.1 ARGUMENTOS JUSTIFICADORES MENORES

Dentre os argumentos utilizados pela doutrina que é favorável ao ativismo judicial, existem alguns que, ou já estão ultrapassados pela própria evolução do direito, ou possuem contra-argumentação que aparenta possuir maior plausibilidade.

Assim, pode-se por exemplo colocar neste grupo a argumentação de que não se pode defender uma corrente de interpretação estrita da Constituição, e que este

⁹² WIVIURKA, Eduardo S. Op. cit., 2018: pág. 74.

conceito justificaria, por si só, a presença de atitudes ativistas por parte dos Tribunais. Entretanto, o argumento é ultrapassado. As próprias teorias positivistas já apresentavam, em algumas de suas correntes (como a corrente subjetivista, por exemplo), algum espaço à interpretação constitucional. Desta forma, defender que os juízes não sejam puramente a “boca-da-lei” não significa, necessariamente, que eles devam exibir uma postura ativista, uma vez que entre estas duas formas de atuação existe um universo de outras atuações possíveis.

Neste grupo de argumentos, também é possível afirmar que existem, na própria Constituição, garantias implícitas e normas não escritas que poderiam ser utilizadas como referência e fundamentação de uma decisão. Ora, aqui também se encontram conceitos que não necessariamente caracterizam uma decisão como ativista, como por exemplo a proporcionalidade de Alexy, ou a amplitude possível de se concretizar o Princípio da Igualdade. Decidir conforme estes princípios não significa, impreterivelmente, ser ativista.

No que tange à legitimidade de atuação dos representantes do Poder Judiciário para atuarem de forma a legislar, alguns argumentos também procuram definir o ativismo como possível. Nesse contexto, alguns autores, como o próprio Ministro Barroso⁹³, defendem que o fato de haver uma sabatina no Congresso Nacional transforma, ainda que indiretamente, os Ministros do STF em representantes do povo. Talvez este argumento possa até ser válido no contexto do Supremo Tribunal Federal, porém, por analogia, como seria possível extrapolar tal argumentação para um determinado juízo de primeira instância?

Ainda sobre a atuação judicial, alguns poderiam defender a existência de sanções e punições aplicáveis aos magistrados que cometem abusos ou excessos, ou seja, que efetivamente existam institutos de modulação da ação judicial. Entretanto, ao trazermos para o mundo dos fatos, torna-se fácil a verificação de que os referidos institutos ou inexistem, ou não são aplicáveis. Exemplificadamente, por mais que se diga que há punição ao juiz que extrapola, punições como aposentadoria compulsória jamais se demonstraram eficazes. Neste aspecto, importante citar o Projeto de Lei 4.754/2016, ao qual fora apenso o Projeto de Lei 1.182/2019, que versa

⁹³ BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit., 2012: pág. 135.

sobre criação de crime de responsabilidade para juiz que passa a decidir de forma muito política, usurpando competência dos outros poderes⁹⁴.

4.2 ARGUMENTOS CRÍTICOS MENORES

Do mesmo modo, alguns dos argumentos utilizados para definir o Ativismo Judicial como pernicioso à democracia possuem muita fragilidade. Nesse sentido, a argumentação de que as decisões ativistas sempre serão erradas, sob o ponto de vista legal, encontra muita discussão na literatura. O simples fato de existirem notórios doutrinadores que discorrem favoravelmente às práticas ativistas, como por exemplo, defendendo que o ativismo judicial é um instrumento da modificação – e por que não dizer - da evolução social, já explicita que o ativismo não pode ser considerado simplesmente um erro.

Nesse contexto, importante citar uma das conclusões de Thamy Pogrebinski em sua já referida obra: A existência de maneiras de os próprios poderes Executivo e Legislativo exercerem algum controle sobre as decisões do STJ, como por exemplo a repropositura, com pequenas alterações, de projetos de lei, torna o controle de constitucionalidade exercido pelo STF legítimo, ainda que algum resultado prático possa parecer ativismo judicial, vez que o considera este ato um exercício da vocação experimentalista, que condiciona o crescimento da própria democracia.⁹⁵

Um outro argumento que pode se enquadrar neste grupo é o de que quando o Judiciário comete um equívoco, a quem se salvaguarda o compromisso de corrigi-lo? Em outras palavras, quem é o guardião dos guardiões? Conforme já se utilizou aqui, é um argumento que pode até ser verdadeiro para alguns tipos de decisões, mas que de forma alguma se aplica a todas. Por exemplo, em termos de controle concentrado de constitucionalidade, ao tornar uma lei, ou parte dela, inconstitucional, existe permissão constitucional para repropositura, desde que com alterações mínimas.

⁹⁴ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 1.182/2019: “Art. 1º Esta lei acrescenta o inciso 6º ao art. 39 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, para incluir como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo. Art. 2º O art. 39, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso 6º: “Art. 39: (...) 6. **Usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.**” (NR) Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

⁹⁵ POGREBINSKI, Thamy. Op. cit., pág. 175.

4.3 ARGUMENTOS JUSTIFICADORES MAIORES

Neste ponto, adentre-se em uma seara argumentativa que traz consigo embasamentos mais rígidos, que fazem com que os conceitos aqui expostos se tornem, no mínimo, controversos e tragam consigo uma força de argumentação mais difícil de ser contraposta.

Primeiramente, um dos argumentos que mais frequentemente é adotado pela doutrina favorável à postura ativista é o do “ativismo por legítima defesa”. Reside, este argumento, no fato de que a sociedade demanda respostas dos outros Poderes e, por conta de uma reiterada omissão destes em resolver as situações emergentes da coletividade, é que se abre uma brecha para que o Poder Judiciário os substitua na tarefa.

Trata-se da verdadeira omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, trazendo situações em que o Poder Judiciário se obriga a, através de uma postura verdadeiramente ativista, cumprir o papel social de resolução de Hard Cases.

É facilmente observável o papel do judiciário na substituição ao legislativo inerte na já tratada omissão quanto ao tratamento da questão do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, conforme se discutiu anteriormente. Também, nas demandas sociais sobre as emergentes necessidades de rever as regulamentações a respeito do aborto, por exemplo, na já citada regulamentação sobre o aborto de fetos anencefálicos, ou no aborto de gestação resultante de estupro.

Também se observa, neste ponto, a interferência do STF em questões de omissão do Poder Executivo, como é possível observar na sua atuação frente ao discutido “Estado de coisas inconstitucional”, por meio da ADPF 347.⁹⁶

⁹⁶ BRASIL. STF: ADPF 347/MG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031 Divulgação 18-02-2016 Publicação 19-02-2016: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de

Outro argumento em que muito se aprofunda a doutrina filosófica do direito brasileiro é o de que, em alguns casos, o ativismo é necessário para cumprir com os ditames de uma suposta “justiça natural”. Assim, para quem argumenta neste sentido, existem normas naturais e valores morais que estão acima do texto jurídico positivado, e que devem ser invocados para se tomar uma decisão em que haja conflitos de normas e de princípios.

Os defensores desta linha de pensamento argumentam que os “hard cases” são sempre julgados com base em ponderação de princípios, o que de certa forma é uma aplicação da justiça natural, o que validaria o ativismo judicial nestes e em outros casos.

Nesse sentido, cita-se novamente a decisão do Ministro Marco Aurélio⁹⁷, defendendo que o magistrado, ao examinar uma lide, deve idealizar uma decisão mais justa baseada em valores metapositivos, e somente depois recorrer à dogmática para formalizar sua decisão.

Um terceiro argumento justificador que encontra respaldo na obra de Roberto Barroso é o da “vanguarda iluminista”⁹⁸. Segundo o autor, a Corte Constitucional possui entre suas atribuições a de promover avanços civilizatórios e, em tese, como consequência, empurrar a história para frente. Nesse aspecto, utiliza-se frequentemente o já citado caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, considerado

custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

⁹⁷ BRASIL. STF - RE: 140265/SP, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 20/10/1992, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-05-1993: “*RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MOLDURA FATICA - INTANGIBILIDADE - CONSIDERAÇÕES. No julgamento de recurso de natureza extraordinária, há de se distinguir entre o revolvimento de fatos e provas coligidos na fase de instrução, e o enquadramento jurídico da matéria contida no próprio acórdão impugnado. A vedação limita-se ao assentamento de moldura fática diversa da retratada pela corte de origem para, à mercê de Acórdão inexistente, concluir-se pelo conhecimento do recurso. 2. OFÍCIO JUDICANTE – POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o Magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – OFENSA. Ocorre a transgressão ao Princípio da Legalidade – Artigo 5º, Inciso II, da Constituição Federal – quando o Tribunal “a quo” admite a existência de norma legal impondo determinada exigência para o provimento do cargo e, no entanto, agasalha item do edital de concurso que a elastece. Isto acontece quanto ao interstício requerido para a movimentação no Ministério Público – Acesso ao cargo de supervisor de ensino. Se na Lei Complementar pertinente – Nº 444, de 27 de dezembro de 1985, do estado de São Paulo, cuida-se do interstício para o provimento do cargo, descabe cogitar da aplicação de item do edital que acabe por retroatrar o implemento da condição na data em que realizada a inscrição no certame. Tal extravasamento resolve-se pela declaração de ilegalidade do ato administrativo, mediante conhecimento de Recurso Extraordinário, por violência ao Princípio da Legalidade, interposto contra decisão proferida em demanda rescisória, para acolher o duplo pedido nela formulado – De rescisão do Acórdão e, no juízo rescisório, de prolação de outro que implique homenagem à ordem jurídica”.*

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2018: págs. 2207-2210.

um caso paradigmático em que a postura ativista foi responsável por superar a segregação racial nos Estados Unidos.

Este argumento, entretanto, encontra crítica dura no aspecto de contraexemplo: Em verdade, a decisão dada ao caso *Brown vs. Board of Education* é considerada como uma correção a outro caso paradigmático anterior, o *Pless vs. Fergusson*, de 1896, quando a mesma postura ativista, celebrada no caso de 1954, foi a responsável pela criação dos ambientes de segregação racial nos moldes “iguais mas separados”, ou seja, o caso de 1954 apenas corrigira uma distorção do texto constitucional criada por meio de ativismo judicial, em 1896.

Também, ainda na seara da dita vanguarda iluminista, uma crítica que se mostra bastante pertinente é a de que inexiste uma real legitimidade para que o STF seja o real “guardião da moralidade”, uma vez que o próprio Iluminismo se trata de permitir que o povo se autodetermine, se esclareça, e defina seus caminhos. Assim, como poderiam onze Ministros, que sequer foram indicados pelo povo, arrogar-se o dever de promover valores civilizatórios e dizer o que é melhor para toda a população?

Por fim, existem ainda dois fortes argumentos, que são conexos, e que demonstram uma verdadeira utilidade prática aos atos ativistas: (i) a mobilização social e (ii) o papel contramajoritário do STF.

Os argumentos baseados na mobilização social são os de que as Cortes Constitucionais conseguiriam, de forma mais adequada que os poderes legitimados, atender às demandas sociais, uma vez que aos Ministros se atribui um poder constitucional permanente, ainda que limitado, que lhes permite utilizar a Constituição Federal da melhor forma possível para promover seu espírito. Tal ação está estritamente vinculada ao papel contramajoritário da Corte Constitucional.

Segundo este entendimento, o STF possui a incumbência de remediar alguns dos males da democracia, contrapondo, para isso, uma pretensa “ditadura da maioria”. Haveria, assim, um papel de representação das minorias ao Poder Judiciário, que deve atuar sempre que se vislumbre um conflito entre o constitucionalismo e seu poder limitado de defesa dos direitos fundamentais, e a democracia o seu papel de prevalência do desejo da maioria. Irrefutável, neste aspecto, o papel do Poder Judiciário, e por que não dizer, do ativismo judicial, de trazer equilíbrio ao constitucionalismo democrático.

4.4 ARGUMENTOS CRÍTICOS MAIORES

Também por parte de quem pensa o ativismo judicial como nocivo ao bem-estar do direito e das instituições, existem argumentações contundentes e de difícil contraposição.

Neste aspecto, muito se emprega na defesa da existência de um assim chamado “Império da Lei”, que seria a linha que diferencia o estado de direito de um estado, por assim dizer, absolutista. Apenas neste último tipo de estado é que haveria espaço para cidadãos acima da legalidade, ao passo que no estado de direito não há ninguém que se posicione acima da lei, a quem não infira o Princípio da Legalidade. Desta forma, no estado de direito, o Governo da Lei está acima do Governo dos Homens, e as decisões ativistas podem ser vislumbradas como um verdadeiro regresso histórico.

Assim, se formaria um absolutismo da Corte Constitucional que, ao tomar uma decisão ativista, estaria contrariando o principal fundamento do estado de direito, a própria lei. Como não compreender como regresso histórico uma situação hipotética em que onze senhores, em suas togas, decidem que o que está fora da lei é que é o correto?

Outro argumento conexo a este é a crítica que se faz à politização da justiça, no sentido de que a imparcialidade do julgador é extremamente importante, e para que seja resguardada deve ser dada uma interpretação mais restritiva dos princípios.

Também, muito próximo a este entendimento, situa-se o conflito visível entre a adequada fundamentação judicial e a “ex post facto”. As situações em que o julgador primeiro decide e depois busca as justificativas para a sua decisão demonstra uma tenebrosa contradição com o próprio estado de direito. A não fundamentação adequada abre caminho para uma interpretação ao bel prazer, pois torna viável a tomada de uma decisão não embasada, e a subsequente busca de princípios que possam, de algum modo, justificá-la. Nesse sentido, o Ministro Lewandowski, no RE 575.144⁹⁹, estabelece que é “*direito do cidadão conhecer as motivações, sob pena de*

⁹⁹ BRASIL. STF - RE: 575.144/DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 11/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Repercussão Geral – Mérito. Voto: “(...) Com efeito, constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, o de conhecer a motivação das decisões judiciais, sob pena de retornar-se ao voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos monarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: ‘*le roi le veut*’.”.

retornarmos ao voluntarismo”, remetendo este tipo de decisão sem motivação ao estado francês pré-revolução, quando os reis, ao decidirem conforme sua vontade, cravavam ao fim: “assim deseja o rei”.

Outro conflito que deve ser verificado é aquele existente entre a soberania popular e a vontade dos juízes. Conforme já explicado ao se referir ao papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, tenta-se justificar a defesa das minorias em uma democracia constitucional através da possibilidade de o STF exercer sua função limitadora da vontade soberana, qual seja, pela imposição de limites às decisões da maioria, ou até mesmo pela sua declaração de inconstitucionalidade.

Ocorre que, para muitos dos críticos do ativismo judicial, este papel contramajoritário na verdade seria uma substituição da vontade da maioria do povo pela vontade da maioria do Tribunal, sob a pretensa argumentação de que o povo nem sempre é capaz de decidir o que é melhor para si, pelo simples fato de não saber exatamente o que é melhor para si.

Tal situação pode ser explicitada no julgamento do caso paradigmático *Lochner vs. New York*¹⁰⁰, pela Suprema Corte Americana, em 1905. O estado de Nova Iorque (seu “povo”) promulgou lei limitando a jornada de trabalho para não mais que 60h semanais. Os empresários locais, capitaneados por *Lochner*, recorreram à Suprema Corte, por entenderem haver clara violação ao vigente princípio da liberdade contratual. Ao decidir, foi derrubada a limitação da jornada de trabalho sob o entendimento de que a soberania popular do estado de NY não era adequada. Sobre o precedente, entende-se, nos dias atuais, que há discussões que deveriam ser encerradas no âmbito do legislativo, pois o fato de os Juízes não serem eleitos não lhes confere mandato para representar a moral da população, que dirá para dizer que a vontade soberana é inconstitucional tendo como base o direito não escrito.

Há ainda outro argumento que é dos mais importantes para se tecer críticas veementes ao ativismo judicial: trata-se da interferência na repartição dos poderes. Conforme brevemente citado no item sobre o paralelismo das concepções brasileira e americana do ativismo judicial (item 2.4.3), a doutrina brasileira não é rígida ao atacar atos que colocam em risco os limites de cada um dos três poderes, ao contrário da doutrina americana, que é impositiva sobre mecanismos que possam preservar a

¹⁰⁰ EUA. Suprema Corte: 198 U.S. 45 (1905).

adequada função de cada um deles. Nesse aspecto, convém afirmar que o ativismo judicial, sem sobra de dúvidas, viola o princípio da separação de poderes.

Tal afirmação foi primeiramente evocada desde o caso *Marbury vs. Madison*¹⁰¹, quando se observou que a opinião dos Juízes poderia sobrepor as decisões dos outros poderes. Os defensores da autocontenção do judiciário baseiam suas críticas às posturas ativistas pelo fato que se vislumbra, quando ao judiciário lhe é permitido violar atos dos outros poderes, a possibilidade de surgimento de decisões arbitrárias, e até mesmo despóticas. Ainda em 1804, Abraham Lincoln definiu que a criação de um “superpoder” seria algo despótico, e que deveria a todo custo ser evitado.

Por fim, importante comentar sobre uma das críticas mais adequadas ao ativismo judicial, que é desdobramento da crítica sobre a repartição dos poderes, que é o que se entende por usurpação de competência pelo Poder Judiciário. O judiciário, de forma ativista, assume para si competências que são originárias de outros poderes, e isso pode ser mais claramente visto na hipótese de, em análise de legalidade de um ato, a Corte Suprema eventualmente julgar necessário substituí-lo por uma outra decisão.

Esse argumento ganhou uma expressão maior a partir do caso *Dred Scott vs. Sandford*, de 1857. Scott era um escravo de Sandford, porém foi levado para Louisiana, que era um Estado onde não havia previsão de escravidão. Isso fundamentou o pedido de libertação de Scott, e Sandford se defendeu alegando que Scott não era cidadão de nenhum Estado, visto que sua raça era considerada “inferior”. O caso chegou à Suprema Corte, que reconheceu o direito de Sandford ter propriedade na forma de escravos, mesmo sem previsão constitucional para tanto.

Em sua dissertação de doutorado, o professor Eduardo Seino Wiviurka¹⁰² afirma:

Após a Guerra Civil Americana, o Congresso proibiu discriminação racial em público, legislação que foi invalidada pela Suprema Corte, sob o argumento de que o Congresso não tinha autoridade para fazer isso a partir da Constituição. Essa interpretação prevaleceu até metade do século XX. Diante disso, George afirmou que a decisão foi “uma usurpação da autoridade constitucional do povo para se governar através das instituições da democracia deliberativa.” Com alegado intuito de efetivar a Constituição, dentre outros pretextos, o Judiciário usurpa o Legislativo – autoridade

¹⁰¹ EUA. Suprema Corte: 5 U.S. 137 (1803).

¹⁰² WIVIURKA, Eduardo Seino. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**. Dissertação de Tese de Doutorado, Curitiba: UFPR. 2020, pág. 125.

composta por representantes do povo, os verdadeiros titulares do poder. Nesses casos, o poder judicial acaba sendo exercido sem suporte legal – independente da intenção ou do fim almejado. A usurpação do autogoverno do povo é em si inconstitucional e injusta.

Assim, é possível perceber que esta usurpação de competência é dos mais fortes argumentos sobre a necessidade de se evitar o ativismo judicial, pois que inconstitucional e injusto o fato de não ser o povo que define seus rumos, por meio de seus representantes eleitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou demonstrar limites mais claros para a prestação jurisdicional, buscando na doutrina e nas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal parâmetros que pudessem levar a desenhar esta fronteira, ou mesmo apresentar algumas balizas para o ativismo judicial.

Inicialmente, é imperativo dizer que não há, no estudo do ativismo judicial brasileiro, nenhum tipo de consenso sobre sua definição. Os doutrinadores, cada qual com sua definição e interpretação próprias, aplicam estes conceitos não parametrizados para taxar uma decisão judicial como ativista ou não. A partir disso, inferem um grau de valoração ao ativismo judicial; alguns, como Barroso, classificando-o como essencial e necessário, e outros, como Streck, definindo-o como pernicioso na maioria absoluta dos casos.

Outros doutrinadores se posicionam em algum lugar entre estes dois pontos. Teixeira, por exemplo, define como impossível, nos moldes atuais, querer suprimir a postura ativista do STF, partindo do pressuposto de que é a própria sociedade que o estimula a tomar as decisões preenchidas de ativismo.

Sarmiento, por sua vez, considera essencial que haja, em alguns aspectos, uma postura de real autocontenção judicial, independentemente se por respeito às deliberações majoritárias ou por reconhecimento da falta de expertise do Poder Judiciário em tomar decisões que promovam os valores constitucionais em jogo de maneira mais eficiente, especialmente em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos.

Em suma, uma vez que o próprio conceito “decisão ativista” é pensado de maneiras diversas pelos autores citados no trabalho, seria possível chegar a um consenso sobre os limites das prestações jurisdicionais?

Apesar da dificuldade, é necessária a criação de um conceito unificado, não apenas do termo ‘ativismo judicial’ em si, mas principalmente sua qualificação como algo que deve ser buscado pelas cortes, ou, em *contrario sensu*, que deve ser a todo custo evitado. Apenas após uma mais clara conceituação, é que se poderá balizar, também de maneira mais precisa, os limites que se esperam da atuação do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal na prerrogativa de Corte responsável pela guarda da Constituição.

Uma vez que é visível que as decisões recentes consideradas como paradigma neste trabalho (bem como diversas outras da atualidade) possuem, em graus variáveis, algum nível de ativismo e de protagonismo do STF, também se faz necessário, secundariamente, refletir sobre maneiras de minimizar os efeitos potencialmente negativos deste ativismo. Sendo certo que existem vários estudos sobre estas possibilidades.

Uma destas possibilidades seria, talvez, a implementação do sistema de indicação dos Ministros do STF com algum tipo de avaliação popular, com vistas a legitimá-los como representantes, também, do povo. Por outro lado, uma vez estando configurado o STF como um Tribunal de expressão da vontade popular, e uma vez recebendo um chamado a agir proveniente de um caso concreto, seria desejável que este atuasse como “estimulador” e “provocador” do Congresso Nacional, e uma solução possível, neste contexto, seria a imputação de prazo, ao Congresso, para que este traga as leis suplementares efetivadoras do direito em discussão, antes de o STF tomar para si a responsabilidade de fazê-lo.

Também, com relação às leis suplementares efetivadoras de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição, seria mais legítimo, por exemplo, que o STF utilizasse de seu poder para confrontar o legislativo, em vez de implementá-las por sua própria vontade política.

Ao fazer isso, estimulando a presença de um poder legislativo positivo e forçando-o, por assim dizer, a sair da inércia, e consequentemente preencher de leis as lacunas existentes no ordenamento jurídico, o Poder Judiciário (representado aqui pelo STF) poderia assumir o que consideramos ser o seu papel, o de legislador apenas negativo, responsável por tirar do universo jurídico brasileiro aquelas definições que fossem consideradas ofensivas à Constituição e aos direitos fundamentais.

Enfim, existem infinitas possibilidades para não apenas estabelecer mais legitimidade à atuação do SFT, mas também, como consequência, aumentar sua visibilidade democrática e, enfim, sua confiabilidade como Corte Guardiã da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRAES, Roosevelt. Equidade entre a Justiça e a Política: A Vertente Casualista. **Quaestio Juris**. vol. 10, no. 2, Rio de Janeiro, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 1.182/2019.

BRASIL. **Congresso Nacional**. C.F./1988, Art. 55.

BRASIL. **STF**: ADI 492-1. Requerente: Procuradoria Geral da República; requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 12/11/1992.

BRASIL. **STF**: ADI 4.277/DF, Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento 05/05/2011, Publicação 14/10/2011.

BRASIL. **STF**: ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: 30/04/2013.

BRASIL. **STF**: ADPF 347/MG. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015. Publicação 19/02/2016.

BRASIL. **STF**: RE 140.265/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/10/1992. Publicação: 28/05/1993.

BRASIL. **STF**: RE 575.144/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 11/12/2008.

BRASIL. **STF**: RE 607.582/RG, Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento 13/08/2010, Publicação 26/08/2010.

BRASIL. **STF**: MI 20. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 19/05/1994.

BRASIL, **STF**: MI 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. MI 708. Impetrante: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. MI 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP; impetrado; Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 25/10/2007.

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

EUA. **Suprema Corte**: 5 U.S. 137 (1803).

EUA. **Suprema Corte**: 163 U.S. 537 (1896).

EUA. **Suprema Corte**: 198 U.S. 45 (1905).

EUA. **Suprema Corte**: 347 U.S. 483 (1954).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da Política e Politização da Justiça. **Revista de Direito Administrativo**, n. 198 (out.- dez. 1994). Rio de Janeiro: Renovar.

GEORGE, Robert P. **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Journal**, Atlanta, Vol. 58, Nº 5, 2009.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: Análise comparativa do direito constitucional norte-americano e brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2019.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Dr. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra/Portugal: Armênio Amado Editor/Sucessor Ceira, 1976.

LÉLLIS, Leonardo. "Todo conservador quer uma Constituição enxuta": Entrevista com José Affonso da Silva. **Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2016. Seção "Testemunha da História". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>. Acesso em 28 de novembro de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

RODRIGUES, Fabiana Gomes. **Ativismo Judicial e Defesa dos Direitos: Fornecimento Gratuito de Medicamentos e a Intervenção do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, 2018.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHLESINGER JR. Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune Magazine**, vol. XXXV, n. 1, p. 73-79 e 201-208 e 211-212, jan. 1947.

SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo do Superior Tribunal de Justiça e o Direito Fundamental Social à Saúde. **Revista Jurídica (FURB)**, ISSN 1982-4858, v. 23, nº. 52, set./dez. 2019.

STRECK, Lênio Luiz: “O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?” **Consultor Jurídico**, 13 de junho de 2013. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”. **Consultor Jurídico**, 07 de janeiro de 2016. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In **EJLL Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

STRECK, Lênio; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano O. O problema do ativismo judicial: Uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.5, Nº. Especial. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press and London, 1995.

TEIXEIRA, Ariosto. **A judicialização da política no Brasil (1990-1996)**. Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB. 1997.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**, vol. 19, n. 2.

WIVIURKA, Eduardo Seino. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**. Dissertação de Tese de Doutorado, Curitiba: UFPR. 2020.

WIVIURKA, Eduardo Seino. Sobre o Ativismo Judicial e a Posição de Robert George: Entre o Estado de Direito e o Despotismo da Toga. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 71-97, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.