

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FELIPE IAROCZINSKI FRANÇA

ATIVISMO JUDICIAL EM PERSPECTIVA: CONCEITO, SEMÂNTICA E FUNÇÃO

CURITIBA

2019

FELIPE IAROCZINSKI FRANÇA

ATIVISMO JUDICIAL EM PERSPECTIVA: CONCEITO, SEMÂNTICA E FUNÇÃO

Artigo apresentado como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Melina Girardi Fachin

CURITIBA

2019

## **Ativismo Judicial em Perspectiva: conceito, semântica e função**

Felipe Iaroczinski França

### **RESUMO**

O presente trabalho explora o conceito de ativismo judicial, com a pretensão de expor a funcionalidade da qual ele pode e deveria se revestir no debate público e acadêmico sobre a qualidade da prestação jurisdicional, apesar da indeterminação semântica que o caracteriza. Para tanto, depois de esclarecer as circunstâncias nas quais o termo “ativismo judicial” se consolidou na história do pensamento jurídico, o texto se volta para alguns dos significados por ele compreendidos atualmente. A partir daí, são discutidos o avanço da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da hermenêutica jurídica, no propósito de afastar as concepções de ativismo judicial incompatíveis com a realidade por meio deles delineada.

Palavras-chave: 1. Ativismo judicial 2. Jurisdição Constitucional 3. Interpretação jurídica

### **ABSTRACT**

The present work explores the concept of judicial activism, in order to underline the functionality it could and should carry on the public and academic debate about the quality of judicial provision, despite the semantic imprecision that speaks against it. Therefore, after clarifying the circumstances that explain how the term “judicial activism” became part of legal discussions, the article describes some of the meanings that it currently conveys. Thus, the advancement of constitutional jurisdiction and the development of judicial hermeneutics are discussed, with the purpose of challenging the conceptions of judicial activism that are incompatible with the reality outlined by them.

Keywords: 1. Judicial Activism 2. Constitutional Jurisdiction 3. Judicial hermeneutics

## **1 INTRODUÇÃO**

Amiúde, comunidade jurídica e opinião pública sugerem alarmante avanço da função jurisdicional sobre a do legislador. A atuação dos Tribunais, instintivo dizer, parece por vezes delinear o conteúdo do Direito, antagonizando o que consubstanciaria, em linha de princípio, a vontade do legislador com o enunciado normativo das regras aplicadas.

A partir daí, não é raro ouvir a crítica denunciar a falta de previsibilidade ou estabilidade do sistema normativo. E a responsabilidade pelo estado de insegurança jurídica é, nesse sentido, diretamente depositada sobre a atividade jurisdicional, aparentemente descompromissada com a unicidade, coerência e clareza das quais a ordem jurídica deveria se revestir.

Não por acaso, traços do que poderia ser interpretado como populismo judicial, interpretações consequencialistas ou ânimos de natureza política por detrás de pronunciamentos judiciais, assim declarados e até mesmo assimilados, inflam a sensação de discricionariedade, na condução do direito. Como resultado, espaço e papel reservados ao poder jurisdicional terminam inevitavelmente questionados, normalmente, por não mais encontrarem limites precisos ou estanques.

Se, nessa linha de intelecção, os juízos de reprovação vazados em face do Poder Judiciário pudessem ser sintetizados num só argumento, teria ele – provavelmente – amparo no conceito de ativismo judicial. É como, enfim, academia e operadores do direito assemelham denominar a diluição da fronteira entre as searas política e jurisdicional. Isso, quando o ingresso arbitrário da jurisdição nas funções típicas dos poderes legislativo e executivo – variação mais radical do argumento – não é também sustentado.

A noção de ativismo judicial, no entanto, não se consolidou no debate público independentemente de determinadas idealizações do direito, que a antagonizam ou a sustentam. A depender da perspectiva teórica utilizada para explicar as tendências ativistas nos espaços de aplicação do direito, o fenômeno é positiva ou negativamente recepcionado, além de ser exemplificado com base em diferentes manifestações do poder jurisdicional.

Com efeito, por mais que, sob o pálio do ativismo judicial, comumente se enuncie a desordem naquilo que nos deveria permitir, proibir, orientar ou impor escolhas, não se sabe ao certo quais formas de julgar podem ser efetivamente consideradas ativistas. E, na mesma esteira, também não desponta possível assumir, por definição, a irregularidade do fenômeno, ao menos sem antes identificar e sopesar as diferentes posições teóricas sobre o tema, delas extraíndo eventuais riscos ou vantagens envolvidos nos movimentos ativistas da jurisdição, quando assim categorizados. Na interseccionalidade entre as matérias que integram o debate público sobre o tema, a propósito, são diversas as respostas apresentadas na tentativa de conceituar, dissipar controvérsias e aventar soluções.

Passados os fatos dessa forma, portanto, resta saber de que maneira posturas ativistas no exercício do poder jurisdicional podem ser melhor compreendidas, num ambiente hoje dominado por fatores que desafiam os papéis e limites tradicionalmente atribuídos ao poder judiciário, a exemplo da constitucionalização da legislação ordinária, da ampla autonomia hermenêutica do julgador, da judicialização de matérias não tratadas diretamente pela lei, da ascensão e relativo êxito de movimentos críticos ao positivismo jurídico clássico, dentre a múltiplas variáveis que compõem a complexidade da ordem jurídica atual.

Desta feita, envidar esforços para precisar possíveis formas de esclarecer como o ativismo judicial de fato se acomoda na estrutura e conteúdo contemporâneos do direito significa, por extensão, refletir como devemos pensar e operar o arcabouço jurídico dentro do arranjo institucional vigente.

São essas, enfim, as razões que animam o estudo do chamado ativismo judicial, a fim de colher reflexões críticas capazes de, em tese, contribuir com a justa demarcação dos papéis e limites do poder jurisdicional, naquilo que – idealmente – otimiza a qualidade da prestação jurisdicional. A pretensão deste ensaio, vale dizer, é de encontrar a funcionalidade do conceito de ativismo judicial, para além das ambivalências que marcam o debate público e acadêmico sobre o tema.

O plano de trabalho se concentrará no estudo da literatura científica produzida em torno dos comportamentos judiciais considerados ativistas, a partir da análise crítica do material bibliográfico anteriormente reunido, segundo o método analítico-indutivo.

O texto passará pela origem histórica do termo “ativismo judicial” e pelos sentidos que lhe foram originalmente atribuídos, para então examinar as diferentes formulações teóricas do conceito na bibliografia pertinente, na tentativa de encontrar as particularidades que mais bem o explicam no direito contemporâneo. Em seguida, será também avaliada a funcionalidade das abstrações teóricas sobre o ativismo judicial no debate acadêmico, em face das dificuldades de defini-lo precisamente. Uma vez assentadas as razões pelas quais continuar tentando superar a obscuridade semântica do conceito ainda se justifica, o artigo se debruçará sobre a expansão da jurisdição constitucional e, depois, sobre o desenvolvimento da teoria da interpretação, a fim de estimar o impacto que tais transformações tiveram sobre os limites hermenêuticos da atividade jurisdicional. Por fim, o trabalho se voltará contra uma concepção em particular do ativismo judicial, para expor como ela pode

ser problemática para a continuidade dos debates acadêmicos travados em torno da dimensão semântica do conceito.

## 2 ORIGEM DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” nem sempre integrou o vocabulário de quem discute os modelos de atuação jurisdicional admitidos numa ordem constitucional democrática. De fato, embora as ideias por detrás do conceito fossem há muito discutidas, foi Arthur Schlesinger Jr. quem o denominou pela primeira vez, numa das publicações do periódico “*Fortune*” do ano de 1.947<sup>1</sup>. No artigo, o autor fez uso da expressão para qualificar a atuação de alguns membros da suprema corte norte-americana, cujos padrões de julgamento aparentemente contrastavam o perfil conservador da ala oposta do tribunal. A divergência entre os dois grupos residia sobre o papel que a suprema corte deveria desempenhar, diante das inovações legislativas associadas ao “*New Deal*”. Enquanto alguns “*justices*” advogavam em favor da autocontenção judicial, outros pareciam mais preocupados com a responsabilidade da instituição para com a promoção das políticas públicas do “*Welfare State*”.

Sob a presidência de Earl Warren, dentre os anos de 1.954 e 1.969, a jurisprudência progressista do Tribunal induziu alterações relevantes sobre as políticas públicas então vigentes, sem qualquer intervenção dos poderes legislativo e executivo. Todavia, na contramão do sentido pejorativo que hoje acompanha a noção de ativismo judicial, os juízes considerados ativistas não eram malvistas, naquele período. Longe disso, a alcunha era dispensada em favor dos “*justices*” partidários da ampliação dos direitos civis pela via judicial<sup>2</sup>.

Diante da reação conservadora, no entanto, o termo logo assumiu uma conotação negativa. Na década de 1970, adeptos da autocontenção judicial utilizavam do conceito de ativismo judicial para levantar argumentos contra as decisões judiciais que promoviam os direitos civis. Como fundamento, as críticas se voltavam contra a vazão das subjetividades dos juízes, o desrespeito aos precedentes e a inobservância dos sentidos originalmente atribuídos ao texto

---

<sup>1</sup> KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **Cal. L. Rev.**, v. 92, 2004, p.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 1450-1452.

constitucional<sup>3</sup>. A partir de 1980, em contrapartida, foram os progressistas que se apropriaram do termo, a fim de questionar julgados proferidos sob a presidência do “*justice*” Rehnquist. Desta vez, contudo, a inclinação das decisões criticadas era considerada conservadora, o que desencadeou apreciável “deslocamento dos críticos, dos esquemas teóricos e do conteúdo das decisões judiciais qualificadas de ativistas”<sup>4</sup>.

O fato é que, desde que academia e opinião pública se apropriaram do termo “ativismo judicial” para discutir a função jurisdicional, ele passou por diversas iterações semânticas, que substanciaram interessantes discussões acadêmicas sobre as relações entre as esferas jurídica e política. Assim, a despeito de surgir como um rótulo retórico nas páginas de uma revista jornalística, o ativismo judicial se transformou num conceito de valor intelectual próprio na história do pensamento jurídico<sup>5</sup>. Sobre ele, certamente vale a pena debater, na pretensão de mais bem entender quais são os sentidos por ele abarcados.

### 3 DEFINIÇÕES CORRENTES DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Ao descrever as dicotomias que delineavam as desavenças entre os integrantes da suprema corte norte-americana, Schlesinger Jr. introduziu o público ao termo “ativismo judicial”. Entretanto, apesar de todas as informações levantadas com o objetivo de retratar cada uma das correntes filosóficas então vertentes no tribunal, ele nunca explicou o que exatamente queria dizer com a expressão. Abordou muitas qualidades do comportamento ativista, é verdade. Porém, nenhuma que desvele o significado essencial do conceito, em especial. Nesse sentido, expôs desde já um dos problemas que dificultam o debate técnico-jurídico sobre o tema até hoje: a falta de consenso sobre a definição do conceito de ativismo judicial.<sup>6</sup>

De acordo com Andrei Koerner, o ativismo judicial pode ser compreendido como uma forma de “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com

---

<sup>3</sup> KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos Estudos-CEBRAP*, n. 96, 2013, p. 79.

<sup>4</sup> loc. cit.

<sup>5</sup> GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory LJ*, v. 58, 2008, p. 1216-1217.

<sup>6</sup> KMIEC, op. cit., p. 1449-1450

incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado”<sup>7</sup>. Assim:

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos.<sup>8</sup>

De modo semelhante, Elival Ramos vislumbra o ativismo dos juízes nos espaços de intersecção entre as funções de julgar e, de outra parte, legislar e administrar, reprovados pelo autor. Na concepção de Ramos,

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício dasabrido da legiferação (ou de outras funções jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.<sup>9</sup>

Desta feita, segundo o autor, os critérios utilizados para aferir a existência do ativismo judicial poderiam ser colhidos dos exemplos de desrespeito aos limites de interpretação admitidos pela textualidade dos dispositivos legais<sup>10</sup>. Como causas do fenômeno na realidade brasileira, aliás, Ramos cita o modelo predominantemente intervencionista de Estado, o incremento do controle abstrato sobre a constitucionalidade de atos normativos, a crescente influência de tendências neoconstitucionalistas sobre a jurisprudência constitucional, o subjetivismo das decisões judiciais essencialmente fundadas em princípios jurídicos de conteúdo e funcionalidade dúbios, a ineficiência do Poder Público na implementação do projeto social-democrático delineado na Constituição e, por fim, o exercício de competências normativas atípicas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> KOERNER, op. cit., p. 72.

<sup>8</sup> loc. cit.

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Editora Saraiva, 2017, p. 364.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 365.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 320-360.



Craig Green apresenta outra variação conceitual do termo “ativismo judicial”. Depois de rejeitar alguns dos significados correntes do conceito<sup>12</sup>, Green o reformula nos próprios termos. Para ele, o ativismo judicial pode ser definido como o abuso do poder jurisdicional, quando exercido fora dos limites do papel judicial<sup>13</sup>. A proposta conceitual de Green pressupõe o fato de que as decisões judiciais são prolatadas sem a supervisão efetiva de outros órgãos estatais. No sistema judicial norte-americano, como no brasileiro, não há meios institucionais de controlar o trabalho das instâncias superiores do Poder Judiciário, exceto pelos expedientes processuais típicos da prática judicial. Assim, como o mérito dos atos jurisdicionais não passa pelo crivo dos demais Poderes de Estado – a fim de preservar a independência dos magistrados no exercício da atividade jurisdicional – alguns juízes exploram a possibilidade fática de extrapolar suas atribuições funcionais. Daí, para o autor, procederiam decisões de natureza não-judicial, que mereceriam ser reprovadas como exemplos de ativismo judicial.

O conceito, nesse sentido, não poderia ser utilizado para rotular decisões judiciais conforme fossem elas progressistas ou conservadores, na promoção de liberdades e direitos individuais. Com base na inclinação política dos pronunciamentos judiciais, com efeito, o autor nota que o conceito somente poderia designar uma das posições judiciais, conquanto não haja evidências de que o ativismo favoreça, prejudique ou produza qualquer efeito sobre a promoção de igualdade ou liberdade. Valores, a propósito, de conteúdo nem sempre incontroverso. Nessa toada, Green igualmente observa que a falta de deferência dos juízes para com os poderes políticos também não parece ser um critério elegível, se o ativismo, ao revés, pode se manifestar através da confluência excessiva entre juízes e forças políticas. Da mesma forma, a jurisdição pode barrar atos governamentais sem agir de maneira necessariamente ativista. Na opinião de Green, enfim, o ativismo judicial estaria mais bem estampado nos exemplos de inobservância das normas culturalmente convencionadas da conduta judicial.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Green sistematiza as concepções teóricas modernas do ativismo judicial nas seguintes categorias: (i) qualquer erro legal grave, (ii) qualquer resultado controverso ou indesejável, (iii) qualquer decisão que anule um ato normativo, ou (iv) uma variação desses e outros fatores. Para o autor, nenhum dos significados aí compreendidos servem para explicar o ativismo judicial de maneira coerente, mas indicam como o exame aperfeiçoado do tema deveria ser conduzido, com a finalidade de recuperar a funcionalidade do conceito na atualidade (GREEN, op. cit., p. 1217-1220)

<sup>13</sup> GREEN, op. cit., p. 1220-1224.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 1226-1230.

Luís Roberto Barroso, à sua vez, prefere definir o ativismo judicial como a “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”<sup>15</sup>. Trata-se, de acordo com o autor, de aproveitar todas as potencialidades do texto constitucional, a fim de estender o alcance e sentido das disposições lá insculpidas. Pronunciamentos judiciais ativistas, nesse sentido, afastam “juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito”<sup>16</sup>. Nestes termos, as posturas ativistas estariam particularmente representadas nas seguintes condutas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>17</sup>

Na realidade brasileira, em particular, a expressão “ativismo judicial” tem sido empregada para “apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação”<sup>18</sup>. Não é para menos, quando a corte protagoniza tão frequentemente a resolução de casos de larga repercussão social, política e moral, muitas vezes, no lugar dos órgãos de representação da vontade popular. A ampla judicialização de matérias constitucionais, embora nada mais seja do que mera sequela do modelo institucional vigente<sup>19</sup>, enfatiza a autoridade com a qual o STF parece relativizar os limites entre criação e interpretação do direito.

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, 2009, p. 22.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, 2010, p. 874.

<sup>17</sup> Idem, 2009, p. 22.

<sup>18</sup> KOERNER, op. cit., p. 70.

<sup>19</sup> Para Barroso, a frequência com a qual demandas judiciais de notório impacto político ou social são ajuizadas perante o STF se explica pela confluência dos seguintes fatores: (i) o processo de redemocratização, que despertou a cidadania e reforçou a autoridade do Judiciário, no exercício das competências constitucionais que lhe foram conferidas; (ii) a constitucionalização extensa de matérias antes reservadas ao legislador ordinário, fato que transformou controvérsias políticas em pretensões judiciais; (iii) o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Constituinte, que conjuga

Não é como se o tribunal, diante das controvérsias jurídicas ali suscitadas, necessariamente excedesse as prerrogativas que o poder jurisdicional lhe confere. No entanto, a posição de destaque que a corte involuntariamente assume no sistema político, ao decidir questões relevantes para aquele ambiente, sem dúvidas atrai o olhar crítico de quem vê o avanço da jurisdição constitucional com desconfiança. Em outras palavras, a proeminente judicialização das relações políticas e sociais, conquanto não provoque o ativismo judicial<sup>20</sup>, amplia o lastro argumentativo de quem o invoca para, normalmente, sugerir a reposição da racionalidade jurídica pelas discricionariedades da esfera política, no exercício das funções jurisdicionais.

Para Oscar Vilhena Vieira, além de interpretar e proteger a integridade da Constituição, o Supremo Tribunal Federal acumulou autoridade para criar novas regras, ao arripio das decisões já consolidadas nos fóruns de representação política<sup>21</sup>. Segundo o autor, a Constituição Federal incumbiu a corte da efetivação de um projeto político ambicioso e, para tanto, investiu-a de um rol excessivo de competências. Como resultado, o tribunal vem extrapolando a função tradicional de legislador negativo, para também assumir papel político relevante, fato que o aproximou do exercício do poder constituinte reformador. O STF, nesse sentido, passou a avaliar o mérito de escolhas políticas com cada vez mais naturalidade e substituir decisões do parlamento pelas próprias soluções judiciais, além de julgar inconstitucionais atos normativos sem vícios aparentes.<sup>22</sup>

A concentração excessiva de competências na corte de vértice, cumulada com a natureza notadamente analítica da ordem constitucional, resultou no que o Vieira chamou de “supremocracia”, retrato da posição hoje ocupada pelo STF no sistema político brasileiro. Diante da proeminência do tribunal na função de revisor das decisões do corpo político, no entanto, coube ressaltar:

---

meios incidentais e difusos de controlar a constitucionalidade da legislação com a competência do STF para discutir o tema em sede concentrada e abstrata (BARROSO, op. cit., 2009, p. 19-21).

<sup>20</sup> “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam 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. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, op. cit., 2009, p. 21-22).

<sup>21</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008, p. 441-463.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 452-456.

Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.<sup>23</sup>

Apesar das caracterizações tendencialmente negativas das condutas ativistas, elas nem sempre são peremptoriamente rejeitadas na esfera teórica, como se fossem disfuncionalidades de um sistema que, por definição, não deveria as admitir. Nos momentos de contraposição entre Constituição e os poderes por ela constituídos, Katya Kozicki e Estefânia Barboza justificam o ativismo da jurisdição constitucional, como uma estratégia válida de determinação e proteção dos direitos fundamentais, em conformidade com uma concepção substantiva de democracia<sup>24</sup>. Nas palavras das autoras:

“apesar de não excluir a importância do processo democrático, [a Constituição Federal] é uma constituição de valores e, por isso, estaria justificada a limitação dos Poderes Executivo e Legislativo pela jurisdição constitucional, bem como o ativismo judicial na definição e proteção dos valores escolhidos pela comunidade [...] Segundo a teoria substantiva da Constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A Constituição, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, é o Poder Judiciário, que, por sua vez, irá interpretar os valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição permitindo dessa forma uma ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.”<sup>25</sup>

Mayra Miarelli e Rogério de Lima<sup>26</sup> também não compartilham do pessimismo com o qual outros autores encaram o fenômeno. Para eles, o ativismo judicial consistiria num meio alternativo de efetivar a Constituição, quando os demais poderes não o fizerem por conta própria. Nestes termos, por meio de iniciativas ativistas, o poder judiciário poderia suprir as deficiências da política majoritária e,

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 453.

<sup>24</sup> KOZICKI, Katya; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 29, n. 56, 2008, p. 153 e 163

<sup>25</sup> loc. cit.

<sup>26</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; DE LIMA, Rogério Montai. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2012 apud KOERNER, op. cit., p. 72-73.

assim, materializar os direitos fundamentais destituídos da tutela infraconstitucional necessária para assegurá-los concretamente. Anderson Teixeira se posiciona de forma semelhante, reconhecendo os efeitos positivos da atuação ativista do Poder Judiciário, quando voltada para remediar os déficits do Poder Público, no cumprimento mandamentos constitucionais que lhe foram impostos. Com efeito,

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais [...] A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última.<sup>27</sup>

A partir daí, as concepções teóricas sobre o ativismo judicial se ramificam na forma de outras formulações conceituais, que desencadeiam discussões paralelas sobre outros componentes da racionalidade jurisdicional, no contexto institucional da Constituição. Apresentadas dessa forma, portanto, essas concepções não esgotam a diversidade do debate acadêmico sobre o tema, mas transparecem o bastante para, com base nelas, concatenar algumas reflexões sobre a funcionalidade do conceito de ativismo judicial.

#### **4 FUNCIONALIDADE DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL**

As concepções anteriormente descritas claramente não exaurem as variações conceituais idealizadas ou examinadas nos múltiplos trabalhos acadêmicos produzidos sobre o tema. Servem, antes, para ilustrar os parâmetros comumente utilizados para delinear os contornos do que, em tese, definiria o ativismo judicial.

Uma explicação uníssonas do fenômeno, contudo, não parece existir. Embora sejam profusas as descrições já formuladas do ativismo judicial, não transparece

---

<sup>27</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, 2012, p. 48-49.

possível encontrar qualquer consenso entre elas. Nada, ao menos, que reúna os atributos de cientificidade esperados de um conceito doutrinário. Em verdade, até mesmo nos estudos mais diligentes do assunto, os autores regularmente se valem de exemplos concretos ou abstrações demasiadamente genéricas de como, em tese, juízes manifestariam tendências ativistas, na tentativa de esclarecer a natureza do fenômeno. Não apresentam, todavia, alguma definição capaz de, sozinha, incorporar todos esses exemplos ou particularizar essas generalizações<sup>28</sup>.

De fato, mesmo depois de sopesar os parâmetros dos quais a academia comumente se vale para explicar o fenômeno<sup>29</sup>, Kmiec afirma não ser possível abreviá-los na forma de uma única definição do conceito de ativismo judicial, pois ele comportaria sentidos diversos e, inclusive, contraditórios<sup>30</sup>. Nesse sentido, o rótulo de ativista, por si só, não transmitiria qualquer significado.

Não obstante, a relevância do conceito transcende as dificuldades de pormenoriza-lo tecnicamente. Pouco importa, ao final e ao cabo, se o ativismo judicial pode ou não ser explicado por meio de uma única abstração dogmática, ideal e amplamente reconhecida, tanto na academia quanto na opinião pública. As divergências teóricas sobre o significado do conceito, ao contrário do que pareceria intuitivo imaginar, não o inutilizam. Longe disso, se interferem de alguma maneira sobre a funcionalidade do conceito, fazem-no com o potencial de otimizá-la.

---

<sup>28</sup> As concepções analisadas por Green (op. cit., p. 1217-1220) demonstram a generalidade com a qual o ativismo judicial é usualmente descrito. De acordo com o autor, a despeito da ligação tênue entre ativismo judicial e erros judiciários, os dois não se equivalem, pois os desacertos do Poder Judiciário são muito diversos e idiossincráticos para serem todos rotulados como formas de ativismo judicial. Da mesma forma, vincular o conceito de ativismo judicial aos resultados politicamente indesejados das decisões judiciais o torna irrelevante, pois o abstrai de qualquer significado próprio. Green também explica que falar em ativismo judicial para se referir a qualquer decisão judicial que invalide atos normativos do Poder Público diz pouca coisa sobre a natureza do fenômeno, somente evidenciando o fiel cumprimento da função jurisdicional de afastar atos inconstitucionais, fato que não pode ser coerentemente interpretado com antipatia. Sem uma definição mais específica, não é possível afirmar se, algumas ou todas as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade podem ser consideradas ativistas. Por fim, a combinação dos diferentes significados atribuídos ao termo “ativismo judicial” somente ressalta as críticas fundadas na incoerência do conceito daí decorrente. Teixeira parece escolher essa via, ao conceituar o ativismo judicial a partir de quatro modalidades do comportamento judicial, sendo elas: (i) atuação como legislador positivo; (ii) ofensa ao princípio da separação dos poderes; (iii) desconsideração por precedentes jurisprudenciais; (iv) decisões judiciais viciadas por decisionismo político (op. cit., p. 51).

<sup>29</sup> Entre eles, o autor problematiza a invalidação de atos discutivelmente constitucionais dos poderes legislativo e executivo, inobservância de precedentes, legislação judicial, renúncia às metodologias de interpretação normalmente admitidas e decisões judiciais orientadas pelo resultado (KMIEC, op. cit., p. 1463-1476).

<sup>30</sup> KMIEC, op. cit., p. 1476-1477.

E assim, pois a obscuridade semântica do conceito, ao invés de obstruir o desenvolvimento do debate público e acadêmico em torno do tema, termina estimulando sucessivas reflexões sobre os papéis e limites da atividade jurisdicional e tudo o que lhe diz respeito, na tentativa última de mais bem definir a noção de ativismo judicial. Quando devidamente exploradas, portanto, as ideias que compõem o debate sobre o fenômeno – seja ele citado nominalmente ou não – geram controvérsias proveitosas sobre como os juízes deveriam exercer suas funções jurisdicionais, discussões essas das quais a comunidade jurídica não pode abrir mão<sup>31</sup>. De acordo com Kmiec, com efeito, a ambiguidade da expressão “ativismo judicial”, por meio das perguntas secundárias que ela naturalmente desperta, serve de instrumento para iniciar discussões ainda mais importantes e profundas sobre a natureza da atividade jurisdicional<sup>32</sup>.

Dessa forma, recai sobre os acadêmicos e juristas o ônus de continuar destrinchando as particularidades que instigam as iniciativas ativistas do poder judiciário, para igualmente dimensionar eventuais implicações positivas e negativas do fenômeno e explicar se, como e porque ele também pode ser um problema e, em sendo esse o caso, aventar soluções ou avaliar criticamente aquelas já apresentadas.

Afinal, quanto mais preciso for, o conceito de ativismo judicial mais bem demarcará os papéis e limites da função jurisdicional, num dado arranjo institucional. Nas condições propostas por Green<sup>33</sup>, por sinal, os debates sobre o ativismo judicial podem gerar preceitos que, embora desprovidos de força normativa, orientam os juízes na atividade de julgar, segundo parâmetros amplamente reconhecidos na cultura jurídica. Dessa forma, quiçá, os padrões de qualidade esperados da prestação jurisdicional poderão ser melhor identificados, exigidos e controlados.

A proposta deste ensaio, no entanto, não passa pela formulação de mais uma definição do conceito. Deveras, ao invés de buscar, interminavelmente, os elementos que poderiam definir mais precisamente a noção do ativismo judicial, talvez fosse melhor determinar, senão até mesmo mais produtivo cogitar, quais proposições teóricas definitivamente não explicam os movimentos ativistas do Poder

---

<sup>31</sup> GREEN, op. cit., p. 1225-1226.

<sup>32</sup> KMIEC, op. cit., p. 1444 e 1477.

<sup>33</sup> GREEN, op. cit., p. 1254-1260.

Judiciário, em vista das singularidades que demarcam a complexidade do direito contemporâneo. Afinal, diante da profusão de pontos de vista sobre os possíveis significados do ativismo judicial num Estado de Direito, desponta mais proveitoso afastar as concepções mais retrógradas do fenômeno do que criar outra variação daquelas já apresentadas.

Com efeito, diante de algumas das transformações pelas quais o modo de pensar e operar o direito vem passando, não parece excessivo aventar hipótese no sentido de que nem todas as variações semânticas do termo “ativismo judicial” subsistem híidas ou pertinentes, a depender das premissas teóricas sobre as quais elas se sustentam. Afinal, quando invocado, o conceito pressupõe uma forma particular de interpretar o modo pelo qual nos organizamos juridicamente, que nem sempre será capaz de atender as complexidades do direito, na forma mais apurada de interpretá-lo contemporaneamente. Nesse sentido,

Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política. Diante desse cenário, o magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é chamado a atender demandas cujo elevado e crescente grau de complexidade impede que ele se mantenha adstrito ao padrão de racionalidade jurídica, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias, que fundamentavam a era do apogeu do positivismo jurídico ocidental, durante o século XIX e a primeira metade do XX. Com isso, elementos tradicionais foram alterados nas suas concepções mais fundamentais, outros surgiram e se consolidaram, mas o resultado circunstancial desse processo social de modificação de categorias elementares do Direito e da Política culmina em uma nova ideia de racionalidade jurídica.<sup>34</sup>

Assim é que, contingências fático-jurídicas de relativo – porém relevante – impacto sobre a forma de teorizar o direito e colocá-lo em movimento atualmente podem servir de critério para questionar o quão útil é definir o ativismo judicial de uma ou outra forma.

Se juristas e acadêmicos, nestes termos, desejam continuar se valendo do conceito para discutir como aperfeiçoar os padrões atuação do poder judiciário, como deles se espera, é indispensável que as reflexões difundidas sobre o assunto, quando menos, se coadunem com as condições em que o direito é de fato aplicado. Daí por que falar sobre a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento

---

<sup>34</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 42.



da teoria da interpretação. São eles, como adiante se demonstrará, fatores chave para compreender a racionalidade com base na qual os juízes realmente julgam.

Quaisquer que sejam os significados pretensamente transmitidos com a expressão “ativismo judicial”, deverão eles comportar essas realidades da atividade jurisdicional. Somente assim, os papéis e limites do Poder Judiciário não serão - nem involuntariamente - debatidos em bases anacrônicas. O constitucionalismo e a hermenêutica contemporâneos, portanto, são os critérios eleitos para identificar e afastar as concepções retrógradas do ativismo judicial, por bem representarem os modelos decisórios atualmente admitidos, na administração da Justiça.

#### 4.1 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito, como imaginado na fase legalista do positivismo, residiria essencialmente na lei. E a lei, naquele contexto, não valia por qualidades morais. Valia, em verdade, como ordem. Assim, a legitimidade da norma jurídica não dependeria do conteúdo nela veiculado, se justo ou não. Bastaria ter sido editada pela autoridade competente para tanto, em atenção ao procedimento legislativo regular.<sup>35</sup>

O princípio da legalidade, dessa forma, privilegiava a autoridade do parlamento, em detrimento dos poderes executivo e judiciário. Enquanto a Administração Pública somente poderia agir quando autorizada por lei e nos limites da lei, ao poder judiciário, restava aplicar as disposições legais vigentes, sem espaço para interpretá-las.

Na esteira das estruturas normativas erigidas conforme as teorizações positivistas, as teorias procedimentais da democracia reforçam, com argumentos próprios, a soberania do princípio majoritário, para eximir o legislador de eventuais controles jurisdicionais sobre a substância das decisões políticas do parlamento. A qualidade dos resultados daí decorrentes pouco importaria, desde que os direitos de participação política tenham sido devidamente observados no decorrer dos procedimentos legislativos.

Na “democracia procedimental”, com efeito, caberia ao Poder Judiciário

---

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo Código de Processo Civil, CPC**. Revista dos Tribunais, RT, São Paulo, 2014, p. 31-33.

somente “garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático”<sup>36</sup>. A jurisdição constitucional, em vista disso, não deveria atuar senão para garantir o cumprimento das regras que disciplinam e asseguram os processos de deliberação política, nos canais de representação formal da vontade popular. Qualquer iniciativa de controlar a constitucionalidade de atos legislativos ou administrativos pela via judicial seriam considerados antidemocráticos, pois “os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático realizado pela própria sociedade e não pelo Poder Judiciário, que não teria legitimidade por não ter sido eleito”<sup>37</sup>.

Evidentemente, as concepções majoritaristas da democracia, ao delegarem competências legislativas discricionárias em favor das maiorias políticas, resguardam a organização formalmente democrática do ordenamento jurídico, mas deixam de proteger os direitos das minorias, contra os quais o voto majoritário poderia se voltar sem maiores consequências jurídicas. A lei, nesse caso, valeria por si só, independente das prescrições nela contidas, sejam elas compatíveis ou não com a estrutura axiológica sobre a qual a Constituição se sustenta.

Não obstante, amparar a juridicidade das leis basicamente na autoridade de quem as editam, como pretendido na fase legalista do positivismo jurídico, não funcionou por muito tempo. Logo se percebeu que, sob o primado da legalidade, maiorias legislativas precárias reuniriam condições de, por conjuntura, criar regras eminentemente injustas e irracionais.

Por isso, as constituições circunscreveram o conteúdo das legislações ordinárias aos valores e princípios nelas acolhidos. A supremacia dos legisladores, conseqüentemente, sucumbiu diante da eficácia normativa da Constituição, que passou a tutelar a substância da lei, para além dos aspectos formais que, até então, bastariam para lhe conferir validade e eficácia. Desta forma, ao inaugurar uma nova ordem constitucional, o poder constituinte “estabelece a forma jurídica do político, a qual será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e

---

<sup>36</sup> KOZICKI; BARBOZA, op. cit., p. 153.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 154.

democracia”<sup>38</sup>.

Nessa ordem de ideias, o princípio da legalidade, antes meramente formal, adquire outro conteúdo, desta vez materializado na juridicidade da legislação infraconstitucional. Em oposição ao procedimentalismo, em que os poderes legislativo e executivo poderiam eleger os valores sociais comuns com total liberdade, as correntes constitucionalistas exigem dos órgãos de representação política mais do que a simples observância das regras de deliberação democrática. A ordem constitucional, afinal, se opõe “aos poderes ilimitados de quem quer que fosse (monarca ou povo), estabelecendo os parâmetros e as extensões da atuação do poder”<sup>39</sup>. Nesse sentido, viabiliza o autogoverno do povo, ao mesmo tempo em que o confina nos limites dos direitos e liberdades mais basilares do cidadão. Daí a necessidade de que os atos normativos emanados do sistema político também respeitem as disposições constitucionais, em especial, o rol de direitos fundamentais por meio delas consagrado.

E nesse caso, a compatibilidade entre, de um lado, legislação ordinária e atos administrativos e, do outro, a Constituição, não tem natureza meramente formal, da maneira como seria numa democracia procedimentalista. Sob o primado do constitucionalismo, os direitos fundamentais precedem os juízos circunstanciais da política majoritária, que não podem avançar para além dos limites materiais estipulados na Lei Maior. Com efeito, “nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem ser protegidos”<sup>40</sup>. Ao criar leis ou exercer competências administrativas, equivale dizer, as autoridades eleitas não podem deixar de atender aos valores de estatura constitucional, mesmo que isso signifique preterir as escolhas formalmente válidas das maiorias políticas.

Inevitavelmente, a ascensão da corrente substantiva da democracia, orientada pela supremacia dos direitos fundamentais, termina redimensionando os espaços de atuação da Justiça, em vista da tradicional divisão entre os Poderes de Estado. Embora a tutela das regras procedimentais seja de fato importante para

---

<sup>38</sup> DE CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia-soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, 2010, p. 166.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>40</sup> KOZICKI; BARBOZA, *op. cit.*, p. 152.

garantir a lisura e estabilidade do regime democrático, ela não se mostra suficiente para também proteger as minorias políticas de eventuais atentados contra os direitos e garantias fundamentais universalmente assegurados em sede constitucional. Nesse sentido, nas palavras de Kozicki e Barboza<sup>41</sup>:

deve-se afastar a ideia de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário; ela se liga igualmente à promoção da liberdade-igual, de proteção de minorias e de grupos vulneráveis que ficam fora do processo político democrático, por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Por isso mesmo, na esteira das formulações teóricas da democracia substantiva, as Constituições passaram a depositar sobre juízes e tribunais a responsabilidade de conter a vontade popular, quando ela por ventura comprometer a integridade da estrutura axiológica na qual se ampara a ordem constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais, como já destacado, restringem a liberdade da qual os poderes constituídos gozam para exercerem suas respectivas funções típicas, sob a justificativa de que “é necessário mais do que um procedimento democrático adequado para se alcançar resultados justos, sendo também necessários juízos de valores substantivos, que levem em consideração os resultados a ser alcançados”<sup>42</sup>. Desta feita, na posição de intérprete final da Constituição, incumbe ao Poder Judiciário fazer valerem os limites materiais impostos pelo constituinte, mediante valorações técnico-jurídicas do mérito dos atos legislativos ou administrativos que os excederem, e não forem devidamente invalidados.

O controle de constitucionalidade, nestes termos, expõe os espaços de tensão entre constitucionalismo e democracia, que aproximam a jurisdição constitucional da política.

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 152

Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria Constituição, como vimos, não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos.<sup>43</sup>

Para incrementar ainda mais a complexidade e protagonismo da jurisdição constitucional, no caso brasileiro, atores políticos e grupos de interesse dispõem da possibilidade de participarem ativamente do julgamento de ações propostas em sede controle de constitucionalidade perante o STF, a fim de esclarecer questões ou circunstâncias de fato lá debatidas, em caso de repercussão geral e de interesse público relevante. Por meio da intervenção de “*amicus curiae*” e a convocação de audiências públicas<sup>44</sup>, a corte promove a ampliação do círculo – antes fechado – de intérpretes do sistema de bens e valores acolhidos na Constituição, em condições análogas àquelas propostas por Häberle<sup>45</sup>.

Bem vistas as coisas, a democratização da interpretação constitucional acentua o papel do tribunal como “palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político”<sup>46</sup>, posição da qual parcela da academia espera resultados positivos, em direção da concretização mais eficaz dos direitos fundamentais. Sobre o tema, a opinião de Cittadino:

---

<sup>43</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 63-64.

<sup>44</sup> Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a intervenção de terceiros é disciplinada pelo §1º dos art. 9 e art. 20 da Lei 9.868/99, segundo o qual, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Já no caso das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, o §1º do art. 6º da lei 9.882/99 prescreve que “se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>45</sup> HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

<sup>46</sup> VIEIRA, op. cit., p. 448.

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza a *dimensão comunitária* do ordenamento constitucional brasileiro. A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do poder público, e, por outro, de uma hermenêutica constitucional que, ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.<sup>47</sup>

Pluralizar as vozes formalmente competentes para influenciar sobre a resolução de questões discutidas no STF, nesse sentido, significa devolver para os destinatários das normas constitucionais a oportunidade de contribuir ativamente na interpretação dos valores e preceitos normativos que conformam a organização político-jurídica da qual eles fazem parte<sup>48</sup>. O teor e a extensão dos direitos fundamentais que lhes são constitucionalmente assegurados, conseqüentemente, podem ser determinados com o rigor de quem deles depende para subsistir como pessoa digna.

Contudo, excetuados os benefícios decorrentes da ampliação da sociedade de intérpretes constitucionais, observa-se que a participação de terceiros nas discussões travadas no âmbito do STF traz para dentro do ambiente jurídico reflexões de ordem moral, política, científica e, até mesmo, religiosa, que escapam da natureza técnico-jurídica dos argumentos normalmente manejados no tribunal, mas seguramente conformam, em alguma medida, o convencimento dos ministros. Por certo, a política assim se aproxima, colateral e espontaneamente, do exercício da jurisdição constitucional, sendo possível dizer que

---

<sup>47</sup> CITTADINO, op. cit., p. 63-64.

<sup>48</sup> HÄBERLE, op. cit., p. 13-18.

A presença de organizações da sociedade civil, expressando a polaridade de opiniões difusas entre os diversos segmentos da sociedade brasileira definitivamente politizou o debate jurídico levado a cabo na Corte. Mais do que isso, a liberalidade na aceitação dos *amici* por parte dos Ministros indica que o Supremo está voluntariamente se democratizando e conseqüentemente abrindo-se de forma mais clara para a política. Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica. Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria.<sup>49</sup>

Não fosse isso o bastante, a tutela infraconstitucional dos direitos fundamentais nem sempre se mostra suficiente para efetivá-los. E, como as normas constitucionais responsáveis por positivar esses direitos gozam de aplicabilidade imediata<sup>50</sup>, as pretensões delas decorrentes – objetos de ampla judicialização – entregam para os juízes o papel de suprir as deficiências da legislação ordinária. Com efeito, segundo Barroso,

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.<sup>51</sup>

No propósito de garantir minimamente a satisfação dos direitos fundamentais reivindicados em juízo, com efeito, a jurisdição regularmente se depara com preceitos constitucionais imbuídos de conceitos e critérios de patente carga axiológica. São normativas programáticas, outrossim, demasiadamente genéricas para esclarecer de que modo o Estado deveria efetivamente concretizar os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. Daí porque dizer que

---

<sup>49</sup> VIEIRA, op. cit., p. 452-453.

<sup>50</sup> O § 1º do art. 5º da Constituição Federal preceitua que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>51</sup> BARROSO, op. cit., 2009, p. 24.

o verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplifica a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso.<sup>52</sup>

Nada, porém, que absolva a jurisdição da apreciação de possíveis violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais. De fato, “mesmo nos casos de ausência, no ordenamento jurídico, de norma aplicável a um caso, cabe ao juiz solucioná-lo, concretizando o direito dos impetrantes, independentemente da inexistência de regulação”<sup>53</sup>.

Assim é que, diante da subordinação da legislação ordinária à Constituição, coube aos juízes investigar os possíveis significados por detrás de disposições constitucionais notadamente imprecisas, por vezes, considerando questões alheias ao espectro jurídico da atividade hermenêutica. Some-se a isso o fato de que,

A presença constante de normas-princípio nos textos constitucionais, normas essas dotadas de maior abrangência, porém de menor precisão, associada ao fato de que sua atuação é feita, comumente, por tribunais dotados de independência institucional ou posicionados no topo do aparato judiciário, de um lado, tornaram inviável a interpretação declarativa, porém, de outro, fizeram premente uma elaboração mais consistente em torno dos limites da função jurisdicional, cujo potencial criativo experimentou notável expansão.<sup>54</sup>

São esses alguns dos aspectos da ordem constitucional brasileira que favorecem fundadas críticas lastreadas na suposta ingerência de valorações morais, parcialidades ideológicas, oportunismos políticos, dentre outras formas de discricionariedades, na condução das funções jurisdicionais, circunstâncias que, a propósito, certamente fomentariam profunda desigualdade na resolução de casos homólogos em juízo, se provadas verdadeiras.

A sucessão dos desdobramentos teóricos e especificidades práticas do constitucionalismo brasileiro, conforme anteriormente alinhavados, centraliza as preocupações da opinião pública em torno da perceptível expansão da jurisdição constitucional. Não é para menos, quando o protagonismo atual das Cortes

---

<sup>52</sup> MARINONI, op. cit., p. 34.

<sup>53</sup> CITTADINO, op. cit., p. 69.

<sup>54</sup> RAMOS, op. cit., p. 362-363.



Constitucionais sobre temas de ampla repercussão política ofusca o trabalho dos poderes que, pela própria natureza, deveriam concentrar as deliberações políticas mais relevantes.

Não por acaso, quando vinculado ao exercício da jurisdição constitucional, o ativismo judicial antagoniza a crise de representatividade e funcionalidade que assola os poderes executivo e legislativo, de modo que, em momentos de retração da política majoritária, o judiciário faria uso da interpretação jurídica para extrair as potencialidades do texto constitucional e, desta forma, concretizar as ambições político-sociais do constituinte e atender as expectativas frustradas da sociedade<sup>55</sup>, particularmente em relação à materialização mais satisfatória dos direitos fundamentais. A expansão do Poder Judiciário, nesse sentido, seria “parte da solução, e não do problema. Mas ele [ativismo judicial] é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”<sup>56</sup>.

Em contrapartida, também se assemelha possível extrair desse mesmo ativismo graves implicações sobre a legitimidade democrática da atuação judicial. Se, imbuídos de intenções político-ideológicas, juízes excedem as competências que lhe foram constitucionalmente deferidas, contrariam a vontade majoritária, pois. Não é por outra razão que

O ativismo, definido como orientação do juiz para contrariar a política majoritária, é uma das condições para a emergência da judicialização da política, que designa processos de mudança no papel e poderes dos juízes nas sociedades contemporâneas. Ambos se tornaram centrais no debate e na pesquisa em ciência política sobre o Judiciário em outras partes do mundo.<sup>57</sup>

Remanesce a dúvida, portanto, quanto ao conteúdo do ativismo judicial e, por conseguinte, quanto ao que de fato ele representa na dimensão constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.2 DESENVOLVIMENTO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

---

<sup>55</sup> BARROSO, op. cit., 2009, p. 24.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>57</sup> KOERNER, op. cit., p. 74.

Para além da ascensão e consolidação do constitucionalismo, a hermenêutica jurídica também experimentou evoluções teóricas relevantes, que por certo repercutem sobre sentidos que poderíamos ou não admitir do conceito de ativismo judicial atualmente. Deveras, os discursos teóricos que fundamentavam a interpretação da lei segundo os preceitos do positivismo não subsistiram incólumes. Para começar, a mera subsunção lógica do caso concreto às hipóteses estampadas na lei, como método de efetivação das normas jurídicas, claramente não mais garante certeza, na distribuição da justiça.

De acordo com as correntes legalistas do positivismo, a ordem jurídica deveria ser pretensamente autônoma em relação a realidade que a circunda. Não é para menos, quando o “direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a "justiça", mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”<sup>58</sup>.

Ademais, para vincular o legislador às leis por ele editadas, o direito deveria ser composto, em tese, por proposições jurídicas abstratas, coerentes entre si e livres quaisquer lacunas. Abrangência e clareza organizacional, nesse sentido, seriam os fatores aptos a garantir a calculabilidade das ações sociais disciplinadas no ordenamento jurídico<sup>59</sup>. A garantia de longevidade e imparcialidade das regras jurídicas residiria no fato de que elas não deveriam atender qualquer hipótese concreta ou voltar-se para alguém em específico.

Desejava-se uma lei abstrata e dotada de generalidade, que pudesse albergar quaisquer situações futuras e eliminasse a possibilidade de o juiz, ao decidir, tomar em conta características específicas da situação conflitiva concreta. Não fosse assim, estariam prejudicadas a previsibilidade e a certeza do direito, indispensáveis para a manutenção da liberdade.<sup>60</sup>

Quando clara, plena e coerente, portanto, a lei deveria gerar somente uma única interpretação válida. Ao juiz, como resultado, não seria necessário recorrer à critérios estranhos aos conceitos legais para dissolver as controvérsias levadas ao crivo da Justiça. Todos os casos seriam, na teoria, resolvidos por meio da simples subsunção lógica das circunstâncias fáticas à norma jurídica aplicável, de conteúdo e efeitos inequívocos.

---

<sup>58</sup> MARINONI, op. cit., p. 32.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>60</sup> loc. cit.

Na vertente cognitivista da teoria da interpretação, desta feita, a atividade do intérprete deveria consistir na declaração do conteúdo teoricamente implícito nos enunciados normativos. O resultado da hermenêutica, nesse sentido, seria nada mais do que a mera descrição da norma preexistente no texto legal<sup>61</sup>. As decisões judiciais, por conseguinte, deveriam – por natureza – refletir o sentido exato da lei, trazendo certeza de resultado para o jurisdicionado. Naturalmente,

Recusava-se ao Poder Judiciário a possibilidade de contribuir para a criação do direito, devendo os magistrados, devidamente informados pela exegese científica, se ater à estrita concretização da vontade do legislador, exercendo, pois, tanto quanto a doutrina, atividade de natureza cognoscitiva ou declaratória.<sup>62</sup>

Correntes influentes da teoria da interpretação, entretanto, se desenvolveram contra os fundamentos do positivismo clássico. A superação da hermenêutica formalista nos permitiu assimilar a natureza criativa do processo interpretativo, no sentido de que a norma jurídica tem autor, e ele não é verdadeiramente o legislador. “Caíram por terra os mitos exegéticos de um “legislador racional” capaz de antever todas as situações possíveis para o emprego da norma jurídica, de modo que restava ao intérprete tão somente aplicar a lei por subsunção ao caso concreto”<sup>63</sup>. Nas mãos do intérprete, as disposições legais são sistematicamente valoradas, para delas recompor o sentido da norma aplicável, entre os diversos significados que poderiam ser extraídos do texto legal, nem sempre compatíveis ou similares.

O que hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização. Um dos pilares em que se assenta a Hermenêutica Jurídica na atualidade é, efetivamente, a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é, desse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir.<sup>64</sup>

Portanto, ao dizer o direito, as decisões judiciais traduzem uma escolha

---

<sup>61</sup> RAMOS, op. cit., p. 74-86.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>63</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 45.

<sup>64</sup> RAMOS, op. cit., p. 95-96.

consciente do julgador. Como a atividade do intérprete é cognitiva e volitiva, a resolução das controvérsias deduzidas em juízo refletirá – em alguma medida – o entendimento pessoal do juiz sobre o sentido e alcance da norma jurídica. Com efeito,

normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. Por terem caráter prospectivo, precisarão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos. Como consequência, tanto a criação quanto a aplicação do direito dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. [...] E a jurisdição, que é a interpretação final do direito aplicável, expressará, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas.<sup>65</sup>

O desenvolvimento da hermenêutica jurídica, em última instância, desloca a racionalidade da atividade jurisdicional, não mais calcada na compatibilidade das decisões judiciais com a vontade original do legislador. Agora, ao invés de se fundar na mera declaração do sentido exato da lei, a função jurisdicional se reflete na “justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação. O direito então é interpretação e prática argumentativa e, assim, ganha autonomia em relação à lei”<sup>66</sup>.

Portanto, ao eleger determinada linha de interpretação, entre todas as valorações possíveis do sentido da lei, o juiz deve se desincumbir do ônus argumentativo de justificá-la racionalmente, independentemente do sentido nela veiculada. Por mais despropositadas ou arbitrárias que pareçam, portanto, as razões de decidir encerram interpretação teoricamente legítima do texto legal, se robustas o suficiente para, do ponto de vista retórico, manterem-se híidas em face das tentativas de reformá-las, por meio das vias recursais disponíveis.

## **5 OS SENTIDOS IMPRÓPRIOS DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL**

As transformações pelas quais o direito passou, com a consolidação do constitucionalismo e o desenvolvimento da hermenêutica jurídica<sup>67</sup>, fazem parte da realidade atual de quem pensa e opera o sistema normativo e, por isso, frustram as

---

<sup>65</sup> BARROSO, op. cit., 2010, p. 889.

<sup>66</sup> MARINONI, op. cit., p. 39.

<sup>67</sup> Entre outros tantos fatores, de cuja exposição este ensaio não cuida, por extrapolar seu objeto.

expectativas daqueles que continuam administrando suas funções perante as instituições judiciais a partir de bases teóricas ultrapassadas. E não por acaso. Se os desdobramentos teóricos desvelaram a autonomia do julgador na determinação do sentido da norma jurídica, quer dizer que as barreiras antes impostas sobre poder judiciário se diluem substancialmente e, com elas, também as condutas de autocontenção judicial outrora tão valorizadas. O espaço de atuação do poder jurisdicional termina distendido em direção de limites nunca antes admitidos, mitigando o grau de previsibilidade originalmente esperado da estrutura racional-formal do direito liberal.

Na condução das funções jurisdicionais, em outras palavras, magistrados parecem atuar fora dos limites formais nos quais a comunidade jurídica costumava depositar as garantias de previsibilidade e estabilidade do sistema normativo. E é precisamente nesse contexto que as atitudes ativistas do poder judiciário se reproduziriam, como frequentemente advertido.

A jurisdição não só julgaria. Também inovaria na ordem jurídica, ao excepcionar normas fechadas, relativizar a letra da lei, ampliar, delimitar ou afastar a aplicabilidade de regras jurídicas, colmatar lacunas, definir conceitos jurídicos indeterminados e conceber novos critérios para a incidência das regras legais. Assim exercida, a atividade hermenêutica se encarregaria de propósitos variados, nem sempre jurídicos ou declarados, como é o caso do atendimento a imperativos éticos e morais, a satisfação de contingências fáticas e anseios sociais, o implemento de políticas judiciárias visando a efetividade da Justiça, por exemplo. Tudo, enfim, para estimular a exposição dos supostos excessos do poder judiciário, sob o rótulo do ativismo judicial.

As advertências, não obstante, serão retrogradadas, se acolhidas sem maiores cuidados. Diante da profusão de posições teóricas sobre o conceito de ativismo judicial, os sentidos que lhe são atribuídos devem, ao menos, comportar as particularidades mais contemporâneas do pensamento e aplicação do direito. Do contrário, não terão qualquer utilidade, no nicho acadêmico em que as discussões sobre o tema são travadas. Portanto, mais importante do que encontrar o significado ideal do conceito, talvez seja afastar as definições destituídas da força retórica necessária para promover, colateralmente, o avanço qualitativo da prestação jurisdicional.

E, entre as interpretações correntes do ativismo judicial, parece haver um exemplo relevante deste tipo concepção, que merece uma análise crítica mais detidamente elaborada, especialmente porque ela desponta se difundir com facilidade no debate público, assim que ele se debruça sobre as relações – inapropriada e gradualmente mais próximas, de acordo com este ponto de vista – entre jurisdição e instituições de representação política. Não se trata, nestes termos, de uma definição especificamente defendida por uma corrente acadêmica, em oposição às demais perspectivas teóricas sobre o assunto. Constitui, diversamente, lugar-comum dos argumentos que se valem do conceito de ativismo judicial para descrever ou criticar a racionalidade da jurisdição, mormente em vista das fronteiras tradicionalmente projetadas sobre as funções típicas de julgar, administrar e legislar.

De acordo com este ponto de vista, enfim, as iniciativas ativistas do poder judiciário poderiam ser razoavelmente definidas como espécie de desvio funcional, pelo qual magistrados implementam soluções judiciais alheias à vontade original do legislador ou constituinte. Não é por outra razão que, para distinguir as atitudes ativistas dos juízes, bastaria verificar se os fundamentos da decisão judicial se afastaram do sentido manifesto da lei.

O conceito de ativismo judicial, dessa forma, pressuporia a separação absoluta entre o que é certo e o que é errado, no ato de aplicar a lei. Se, com efeito, o ativismo se define pelo abuso das atribuições funcionais dos juízes, então os membros ativistas do poder judiciário julgariam de forma evidentemente equivocada. Isso faz pressupor, por consectário lógico, que existiria uma forma incontestavelmente certa de fazê-lo, geralmente representada pela autocontenção judicial.

Talvez por isso, o ativismo tem sido retratado como um fenômeno factual e criteriosamente aferível. Quando mencionado, é comum ficar implicitamente pressuposta a possibilidade de constatá-lo objetivamente, pois se trataria – nos juízos mais perfunctórios do conceito, ao menos – de componente irrefutável da realidade.

E, assim sendo, não haveria mesmo por que cogitar a existência de quaisquer problemas sobre a utilidade das críticas dispensadas contra os padrões de atuação do Poder Judiciário, quando essencialmente calcadas no estigma do ativismo judicial. Os antecedentes lógicos desse debate, com efeito, são inadvertidamente anacrônicos:

Toma-se como parâmetro uma idealização do governo representativo e constitucional do século XIX com poderes limitados pela separação de poderes e a declaração de direitos individuais, e que seria capaz de gerar uma dinâmica virtuosa de representação popular e proteção de direitos. O Judiciário teria missão e forma de atuação claramente definidos: a solução de litígios concretos e a interpretação das leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular. Esse modelo implicaria a contenção dos juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão.<sup>68</sup>

Ora, com base nessas premissas gerais sobre o funcionamento do direito, não pareceria mesmo estranho contrapor supostos abusos do Poder Judiciário em face dos limites que teoricamente o separam do âmbito puramente político, a fim de caracterizar o ativismo judicial, superficialmente, como o ingresso da jurisdição sobre as funções típicas do Poder Público.

Tanto é assim que, como forma de conter os impulsos políticos do poder judiciário, a solução proposta por Elival Ramos compreende o retorno do constitucionalismo aos compromissos assumidos com a consolidação dos Estados liberais, com base na releitura das teorias positivistas do Direito, no reforço da separação entre os poderes e na submissão das discricionariedades da atividade jurisdicional aos espaços de interpretação autorizados pela textualidade da lei. Assim, não seria

apenas possível, mas, sobretudo, indispensável, à luz do ideário democrático, trabalhar a teoria constitucional sob as premissas de um positivismo renovado pelas conquistas da moderna Hermenêutica, situando a discricionariedade envolvida na tarefa de atuação da Constituição no plano estritamente dogmático e submetendo tanto o legislador, ao concretizar na lei comandos constitucionais, quanto ao juiz, ao escolher entre diferentes possibilidades exegéticas, às exigências do Estado de Direito.<sup>69</sup>

São essas, então, as condições nas quais o conceito de ativismo judicial é, por vezes, empregado nos meios acadêmicos, realidade que não prevalece somente nas discussões tecnicamente qualificadas do assunto. Nos juízos mais triviais sobre os padrões da prestação jurisdicional, não é muito diferente.

E é compreensível que seja assim, quando prepondera no senso comum uma percepção quase primitiva da administração da Justiça, que insiste em interpretar o

---

<sup>68</sup> KOERNER, op. cit., p. 72.

<sup>69</sup> RAMOS, op. cit., p. 363-364.

direito como uma simples questão de fato. Nas palavras de Dworkin, o ponto de vista leigo sobre o direito pode ser assim descrito:

o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser [...] quando eles [advogados e juizes] parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito. [...] Se juizes se dividem em algum grande processo, e se sua divergência não pode dizer respeito a nenhuma questão de direito, por ser este uma questão apenas de fato, que se decide facilmente entre advogados bem informados, um dos lados deve estar desobedecendo à lei ou ignorando-a, e este deve ser o lado que sustenta uma decisão inusitada, no sentido trivial do termo.<sup>70</sup>

De acordo com o “ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito”, por conseguinte, seria claramente ilógico falar em divergências teóricas sobre o sentido da lei. O conteúdo das normas vigentes, afinal, não poderia ser nada menos do que inequívoco e, para alcançá-lo, bastaria consultar o histórico de decisões anteriormente firmadas pelas instituições jurídicas. Entre advogados e juizes, nesse sentido, não poderia haver qualquer dúvida sobre os fundamentos do direito. Eles podem discordar sobre o que o direito deveria ser, idealmente. Sobre o que ele é, porém, nunca poderiam divergir, já que as regras do ordenamento jurídico, na perspectiva dos leigos, deveriam ser aplicadas como se fatos fossem – algo evidente e certo, que não dependeriam de atitudes interpretativas para serem esclarecidos.<sup>71</sup>

A maneira, enfim, desavisada pela qual a opinião pública, por vezes, assimila a racionalidade da atividade jurisdicional, conjugada com as teorizações excessivamente rasas sobre as atitudes supostamente ativistas da jurisdição, explicam por que elas são tão comumente conceituadas como desvios funcionais do Poder Judiciário, pelos quais os magistrados passariam a desempenhar funções aparentemente legiferantes. As condições nas quais essa concepção se reitera nos meios acadêmico e público, em contrapartida, não esclarecem por que ela deveria necessariamente prevalecer, como a forma mais apropriada de conceituar o ativismo judicial.

Deveras, conquanto se mostre sobremaneira popular, a concepção não convence. Embora retrate o ativismo judicial como um fato categoricamente aferível,

---

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes, 1999. P. 10-11.

<sup>71</sup> Ibidem. P. 10-15.



ela não fornece meios objetivos de distinguir o estrito exercício das competências judiciais de eventuais iniciativas político-ideológicas no âmbito jurisdicional. Pressupor o contrário, a partir dos contornos eminentemente genéricos dessa variante conceitual, significaria resgatar as teorizações formalistas do positivismo clássico, pois somente com base nelas seria hipoteticamente possível determinar e impor limites abstratos em face da hermenêutica jurídica.

Na realidade, ao contrário do que os preceitos positivistas poderiam sugerir, ninguém dispõe de qualquer referencial hermenêutico que evidencie, acima de qualquer crítica, dúvida ou divergência, a solução inequivocamente correta para cada um dos casos apresentados em juízo. Isso fica ainda mais evidente nos casos difíceis, que “envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma”<sup>72</sup>.

Nessas condições, quase sempre não há consenso acerca dos fundamentos jurídicos que deveriam reger a composição das controvérsias fático-jurídicas discutidas em juízo. Por esse motivo, acreditar na autocontenção judicial, como se houvesse uma resposta única e irrefutável para todas as demandas judiciais, não se justifica. Seria ilusório defendê-la, em oposição ao ativismo judicial, se a legitimidade da atuação judicial não puder ser reconhecida senão quando os juízes atenderem aos sentidos supostamente expressos dos enunciados legais ou constitucionais. Pensar dessa forma, na realidade, significaria condenar as cortes constitucionais por praticamente todas as decisões que tomaram em casos difíceis, pois nenhuma delas – como qualquer outra decisão judicial, diga-se – foi proferida com a pretensão de declarar a norma jurídica metafisicamente existente no texto da lei ou da Constituição.<sup>73</sup> O pronunciamento judicial, na realidade, expressa o entendimento que prevaleceu na corte, dentre os posicionamentos possivelmente divergentes dos de seus membros.

Assim, pouco importa quais sejam os argumentos elencados para justificar pronunciamentos judiciais. Até onde a capacidade retórica da crítica pode alcançar, as razões que embasam qualquer decisão judicial não passam de mais uma forma de interpretar a ordem jurídica. Um jurista bem intencionado, é claro, poderia até

---

<sup>72</sup> BARROSO, op. cit., 2010, p. 892.

<sup>73</sup> ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. Yale: Yale University Press, 2006, p. 15-21.

discordar da exegese, como meio de expor o método hermenêutico que, na opinião dele, justifica mais satisfatoriamente o deslinde judicial da celeuma, com base numa reconstrução argumentativa própria do sistema normativo vigente. Porém, denunciar o ativismo judicial do julgador, sob o frágil argumento de que a decisão extrapolou as fronteiras que abstratamente distinguem a esfera jurídica da política, não parece ser o caminho mais eficiente de dardejear os fundamentos jurídicos lá ventilados. É preciso reconhecer que,

Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações [...] o mantra repetido pela comunidade jurídica mais tradicional de que o direito é diverso da política exige um complemento. É distinto, sim, e por certo; mas não é isolado dela [...] O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa [...] a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada: entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito.<sup>74</sup>

Na esteira da concepção em comento, o caso da fidelidade partidária<sup>75</sup> serve de exemplo para explicar como, a partir de uma compreensão precária das complexas relações entre direito e política, o conceito de ativismo judicial pode ser distorcido. Para Barroso, o caso exemplifica a “aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”<sup>76</sup>. Vieira cita o caso para demonstrar que o STF não mais se atém ao papel de legislador negativo e, agora, já se aproxima do exercício do poder constituinte reformador. Com efeito, no entendimento do autor, “o

---

<sup>74</sup> BARROSO, op. cit., 2010, p. 867, 889 e 896.

<sup>75</sup> No julgamento dos mandados de segurança 26.602/DF (Rel. Min. Eros Grau), 26.603/DF (Rel. Min. Celso de Mello) e 26.604/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia), o Supremo Tribunal Federal endossou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral sobre os efeitos da desfiliação partidária, que havia se sedimentado na resposta da Justiça Eleitoral à Consulta de nº 1.398/DF, da qual sobreveio a Resolução de nº 22.526 do TSE. Naquele procedimento, prevaleceu a posição do relator, Min. Cesar Asfor Rocha, segundo o qual “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda” (excerto do respectivo voto, DJ 8 de maio de 2007). Diante daquelas ações mandamentais, o STF reverteu a própria jurisprudência, para confirmar a possibilidade de que representantes políticos eleitos segundo as regras do sistema proporcional perdam seus mandatos eleitorais em caso de posterior desligamento do partido político pelo qual foram eleitos.

<sup>76</sup> BARROSO, op. cit., 2009, p. 23.

Supremo vem não apenas conferindo efeito legiferante a algumas de suas decisões, mas que esta atuação legislativa eventualmente tem hierarquia constitucional”<sup>77</sup>. Ainda, de acordo com Ramos, o caso representa “um dos episódios mais característicos de ativismo judicial de toda a história daquela Excelsa Corte”<sup>78</sup>, tendo em vista que

A afirmação de um princípio constitucional [princípio da representação proporcional] não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de condutas.<sup>79</sup>

Abstraídos os diferentes posicionamentos doutrinários, é a justificativa de que os ministros do STF teriam inovado na ordem jurídica, ao supostamente estabelecerem nova hipótese de perda dos mandatos parlamentares<sup>80</sup>, que mais interessa. Embora as críticas lançadas contra os fundamentos da decisão da corte certamente mereçam atenção, falar em ativismo judicial parecerá precipitado, se com a expressão, o argumento pressupor nada mais do que o Poder Judiciário fazendo as vezes do legislador.

Deveras, se assim fundamentada, a crítica não se sustentará por si só. Por mais arbitrária que a decisão possa parecer, não há como negar a legitimidade da interpretação na qual ela se ampara, segundo a qual as vagas conquistadas por meio de eleições proporcionais pertenceriam ao partido político. Os fundamentos jurídicos da decisão se mostrarão corretos ou equivocados, a depender das premissas teóricas de quem o analisa. Porém, não serão eles metafisicamente errôneos, a ponto de sustentar argumentos no sentido de que o STF extrapolou suas competências jurisdicionais, apropriando-se de atribuições funcionais dos poderes de representação política. Por certo,

---

<sup>77</sup> VIEIRA, op. cit., p. 454.

<sup>78</sup> RAMOS, op. cit., p. 284.

<sup>79</sup> loc. cit.

<sup>80</sup> Relativamente às hipóteses arroladas no art. 55 da Constituição Federal.

não se pode confundir ativismo judicial com proatividade interpretativa. O ativismo é proibido, a proatividade é dever. Dever de desentranhar dos dispositivos jurídicos, isoladamente e também imersos no sistema de que eles façam parte, todas as respectivas angulações ou propriedades normativas. Dever de não ficar aquém do potencial normativo ali engastado. Dever, enfim, de imprimir aos enunciados jurídicos todos os ganhos de funcionalidade sistêmica a que eles se predisponham. Inclusive e sobretudo diante de comandos ativistas por si mesmos. Ativismo, óbvio, não como subjetiva postura do intérprete, porém como objetivo traço de preceitos que tudo investem na sua própria força normativa.<sup>81</sup>

Não há, enfim, como alegar que havia uma maneira indiscutivelmente certa de dissolver aquela controvérsia, sem – por coerência – também contradizer o aperfeiçoamento das bases científicas que hoje orientam os juízes, no processo de interpretação da ordem jurídica. E, no entanto, é exatamente isso que acontece quando o caso é invocado como exemplo de ativismo judicial, sob a justificativa de que STF e TSE agiram como se legisladores fossem. Por detrás do argumento, estão as premissas teóricas do direito liberal-positivista, no sentido de que

“as normas jurídicas trazem sempre um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, cabendo ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização”<sup>82</sup>

Se empregado sob esses fundamentos, com efeito, o conceito de ativismo judicial não serviria para muita coisa além de rotular decisões judiciais de maneira depreciativa, sob o argumento falho de que, por acolherem elas determinada linha de interpretação, indicariam inequívoco abuso das competências constitucionalmente deferidas ao Poder Judiciário.

Funcionalmente, o conceito terminaria se convertendo em mero subterfúgio retórico de apreciações críticas mal concebidas das decisões judiciais. Recurso linguístico, aliás, de utilidade questionável. Falar em ativismo judicial, com o fim de denunciar a atuação alegadamente legiferante de quem subscreveu o julgado, não contribui em nada para debelar os argumentos que o amparam. Apenas os tangencia, sem contrapô-los com uma interpretação alternativa que esclareça de maneira, alegadamente, mais acertada o sentido da norma aplicável. E, ainda que a

---

<sup>81</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. Estadão, São Paulo, 24 de maio de 2015. Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>. Acesso em: 15 de nov. de 2019.

<sup>82</sup> BARROSO, op. cit., 2010, p. 888.

análise crítica efetivamente questione a qualidade das razões de decidir, arguir o abuso das atribuições próprias do poder jurisdicional – como forma de manifestação do ativismo judicial – não incrementa a força retórica dos argumentos utilizados para tanto.

Esses problemas se renovam quando as críticas erigidas com base no conceito de ativismo judicial insinuam serem as decisões judiciais arbitrárias, nas situações em que a jurisdição constitucional exige do Poder Público a efetivação de políticas públicas, com o propósito de materializar direitos sociais reconhecidos por normas constitucionais de eficácia limitada. Como a Justiça, em nome da proteção de direitos fundamentais desguarnecidos de regulamentação infraconstitucional que os assegure concretamente, interfere no âmbito de atuação dos demais poderes, os contornos dentro dos quais o poder jurisdicional é exercido são inevitavelmente questionados.

Proceder dessa forma, em vista dos desafios hoje enfrentados pelas cortes superiores em matéria constitucional, não é só legítimo como também necessário, pois esses limites precisam ser continuamente delineados. Porém, afirmar que o Poder Judiciário age de maneira ativista sempre que assegura direitos fundamentais sem, é verdade, recorrer aos critérios legais que deveriam discipliná-los, significa colateralmente distorcer as funções indispensavelmente desempenhadas pela Justiça, em sede constitucional. Não há como ignorar o fato de que o legislador nem sempre define quais são esses critérios, de modo que o julgador – mais frequentemente, o próprio STF – se vê diante da necessidade de dimensionar as condições nas quais o constituinte assegurou os direitos fundamentais enunciados na Constituição.

A iniciativa, em linha de princípio, pode até parecer discricionária, a julgar pela falta de parâmetros legais capazes de orientar a construção argumentativa das soluções judiciais por fim implementadas. Contudo, tais decisões judiciais não se distanciam drasticamente das premissas teóricas a partir das quais o constitucionalismo é desenvolvido contemporaneamente. No âmbito das debates acadêmicos da disciplina, impende reconhecer, não são elas recepcionadas sem quaisquer reservas. Entretanto, entre a inércia dos poderes constituídos e a necessidade de proteger os direitos fundamentais, o dever de resguardar a integridade da ordem constitucional por certo se sobrepõe, ainda que ele subsidiariamente recaia sobre o Poder Judiciário. Deveras,

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.<sup>83</sup>

Destarte, o conceito de ativismo judicial, na conotação negativa que dele normalmente se extrai, não parece ter lugar certo – e tolerável, talvez – no contexto de implementação judicial de direitos de estatura constitucional, quando omissos tanto legislador quanto Administração Pública. Ao menos, não sem definição mais precisa do que exatamente seria desbordar das funções jurisdicionais em direção das discricionariedades da política, desta vez, à luz dos desdobramentos teóricos observados com a expansão da jurisdição constitucional.

O fato é que, se equiparado com a incursão insidiosa do Poder Judiciário sobre competências típicas dos órgãos de representação política, o termo “ativismo judicial” poderia ser utilizado para qualificar qualquer decisão judicial, a depender do posicionamento hermenêutico ou das preferências extrajurídicas de quem a avalia, provavelmente, com a intenção mal dirigida de infirmar a robustez retórica do pronunciamento judicial.

Contudo, se o rótulo for tão flexível a ponto de se estender para qualquer julgado, independentemente dos juízos interpretativos lá exercidos, a noção de ativismo judicial resta desprovida de significado próprio. Ao invés de robustecer a dimensão semântica do conceito, indeterminada por natureza, a concepção o esvazia dos critérios que poderiam lhe dar sentido, a fim de designar mais precisamente os pronunciamentos judiciais de fato ativistas.

O conceito, portanto, serviria mais como forma de desqualificar decisões judiciais incompatíveis com as convicções pessoais de quem as analisa do que qualquer outra coisa. Sustentá-lo nestes termos, em verdade, significaria diluir a utilidade que a noção de ativismo judicial poderia ter no debate público e acadêmico sobre os limites hermenêuticos da atividade jurisdicional, em favor de uma compreensão excessivamente rasa de como eles são atualmente administrados na esfera judicial. A concepção, enfim, evoca os preceitos do positivismo clássico e ignora as complexidades da jurisdição constitucional para contornar os ônus

---

<sup>83</sup> BARROSO, op. cit., 2009, p. 28.

argumentativos dos quais qualquer arguição deve se desincumbir, ao pretender rebater o mérito das decisões judiciais.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito, como é cediço, não atravessa espaço e tempo sem experimentar transformações substanciais. Estrutura, conteúdo, legitimidade, eficácia, aplicabilidade, dimensão e finalidade da ordem jurídica se alteram, em paralelo ao desenvolvimento contexto histórico-cultural que a circunda, sem contar com a relativa influência das relações de poder no ambiente institucional, inovações doutrinárias e jurisprudenciais e demais contingências fáticas.

Sob o crivo do Poder Judiciário, a influência de fatores extrajurídicos termina absorvida, rejeitada ou relativizada, sem que seus efeitos sobre os limites da jurisdição sejam prévia e adequadamente aferidos. Como resultado, o modo pelo qual o direito é colocado em movimento, dentro ou fora do ambiente jurisdicional, também transita por diferentes estágios de desenvolvimento. E isso nem sempre acontece conforme antecipam ou anseiam as abstrações teóricas da filosofia do direito, a partir das quais, inclusive, diferentes formas de interpretar e materializar as normas jurídicas se consolidam na experiência prática.

O ativismo judicial parece ser mais um daqueles conceitos que, como visto, não podem ser invocados sem gerar questionamentos legítimos sobre a ambiguidade dos sentidos por meio dele veiculados. Ao revés do que pareceria intuitivo imaginar, no entanto, talvez sejam justamente essas incertezas as responsáveis por estimular – entre outras controvérsias teóricas, é claro – constantes e necessárias inovações teóricas sobre matérias de notável importância, que são colateral e inevitavelmente abordadas nos debates públicos e acadêmicos sobre o assunto, como a investigação dos melhores métodos de interpretação dos textos constitucionais e legais, o papel e limites do Poder Judiciário na ordem institucional estabelecida na Constituição, os desafios atualmente enfrentados pela jurisdição constitucional, entre outros. O estudo das condições fáticas e institucionais em que o ativismo dos juízes se reproduz, por exemplo, também remete os juristas nele empenhados para os déficits de representatividade dos quais os poderes executivo e legislativo podem padecer.

Por isso, abstraídos os entraves conceituais que afetam as discussões juridicamente qualificadas do ativismo judicial, incumbe aos acadêmicos e juristas envidar esforços para mais bem entender onde, como, quando, porque o fenômeno acontece. E se o ativismo judicial, ao final e ao cabo, representar mesmo uma ameaça contra a estabilidade e previsibilidade no sistema normativo, como por via de regra advertido, seria de salutar relevância também aventar soluções ou avaliar criticamente aquelas já apresentadas, destacando as propostas, em tese, mais eficazes e viáveis. Não obstante, a prioridade não é de explorar a possibilidade de, por conjuntura, transformar a noção indefinida do ativismo judicial num conceito dogmático. Basta que, a partir desta abstração teórica, a comunidade jurídica continue investigando quais são os limites constitucionalmente admitidos, em se tratando do exercício do poder jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Seção 1, p. 1.

BRASIL. **Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Seção 1, p. 2.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. **Estadão**, São Paulo, 24 de maio de 2015. Opinião. Disponível em: <https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>. Acesso em: 15 de nov. de 2019.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.



DE CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia-soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes, 1999.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory LJ**, v. 58, 2008.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **Cal. L. Rev.**, v. 92, 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos-CEBRAP**, n. 96, 2013.

KOZICKI, Katya; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 29, n. 56, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo Código de Processo Civil, CPC**. Revista dos Tribunais, RT, São Paulo, 2014.

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

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Editora Saraiva, 2017.

ROOSEVELT III, Kermit. The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions. **Yale: Yale University Press**, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 22.526, de 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 8 de nov. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008.