

ATIVISMO JUDICIAL: mecanismo de efetivação de direitos ou ferramenta para o autoritarismo?

Anna Clara Galvão Santana (IC) e Antônio Isidoro Piacentin (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

O presente artigo representa o relatório final da iniciação científica desenvolvida entre agosto de 2018 e julho de 2019 e tem como tema central o ativismo judicial. Procura-se analisar, mediante pesquisa bibliográfica e qualitativa, o conceito de ativismo judicial, sua origem no direito norte-americano, suas características na atual situação jurídica e política brasileira e seus parâmetros de legitimidade. Para tanto, são utilizados livros, periódicos, dissertações e jurisprudência. Ao longo do texto, são apresentados entendimentos de renomados doutrinadores acerca do tema debatido, bem como são apresentados julgados brasileiros e estrangeiros nos quais é verificada conduta ativista. Outrossim, salienta-se que a relevância do presente trabalho se justifica pela divisão de opiniões doutrinárias quanto a legitimidade do ativismo judicial, bem como pela realidade política atual, que demonstra a dificuldade dos Poderes Políticos ao tentar equacionar as demandas sociais e acarreta na figura do juiz legislador. O problema central a ser discutido consiste na clara violação ao princípio-base do constitucionalismo, que é a Separação de Poderes, em decorrência da necessidade da atuação do Judiciário na concretização de direitos fundamentais individuais e sociais, que muitas vezes são previstos em normas programáticas e de eficácia contida. Desse modo, tem-se como fim averiguar a existência de legitimidade na conduta proativa judiciária, seus limites e sua importância na concretização de direitos individuais e sociais no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Revisão Judicial. Democracia.

ABSTRACT

This article represents the final report of the scientific research accomplished from August 2018 to July 2019 and has as its central theme the judicial activism. Through bibliographical and qualitative research, we seek to analyze the concept of judicial activism, its origin in US law, its current characteristics in Brazil as well as its parameters of legitimacy. For such, were used books, periodicals, dissertations and jurisprudences. To along the text, we present the intellect of renowned jurists about the debated topic. We also present cases tried in Brazil and in the world in where judicial activism occurs. Moreover, it stands out that the relevance of this work is justified by the diverse opinions about the legitimacy of judicial activism and the current politics, that demonstrates the State's difficulty in dealing with social demands and entails the activist judge. The central problem to be discussed is a clear violation of the founding principle of constitutionalism, which is the separation of power, in relation to the needed judicial acting in the realization of social rights. Thus, the purpose of this article is to check legitimacy in the judicial activism, its limits and its relevance in the realization of individual and social rights.

Keywords: Judicial Activism. Judicial Review. Democracy.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional é alicerçado, sobretudo, no princípio basilar da Separação dos Poderes, segundo o qual o Poder Público é dividido em três funções harmônicas e independentes entre si.

Ocorre que, com o advento do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, a separação de poderes tomou novas formas, vez que os três poderes passaram a exercer funções típicas e atípicas, em um sistema de freios e contrapesos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, no entanto, houve uma ampliação do Poder Judiciário, que, por inspiração do direito norte-americano, passou a ser órgão de efetivação de direitos fundamentais e revisor de atos administrativos e normativos dos demais poderes.

Tal ampliação tem como efeito o ativismo judicial, que, segundo Elival da Silva Ramos, pode ser definido como:

[...]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). (2015, p. 131)

O problema central que se coloca é justamente a violação do princípio constitucional da Separação dos Poderes em face da conduta proativa, que pode ter como efeito a confusão entre política e direito e a efetivação de direitos fundamentais e de normas programáticas.

Nesse sentido, pretende-se desenvolver com a presente pesquisa os limites da legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Para tanto, utiliza-se de método qualitativo e de revisão bibliográfica de livros, artigos, periódicos e julgados.

Primeiramente, será desenvolvido um panorama histórico da jurisdição, com análise da atuação do magistrado desde o Estado Liberal de Direito até o atual Estado Democrático de Direito.

Após, será apresentada breve análise sobre a origem do ativismo judicial no direito norte-americano, bem como suas diferentes vertentes doutrinárias. Nesse ponto, serão mencionados ainda julgados paradigmáticos, que foram responsáveis pelo reconhecimento de direitos civis e pela construção do direito estadunidense.

Em seguida, abordaremos o ativismo judicial no Brasil a partir de uma análise histórica e jurídica do Poder Judiciário nas Constituições e nos diferentes momentos políticos.

Por fim, será discutida a legitimidade do ativismo judicial com base no estudo de doutrinadores brasileiros e estrangeiros, a fim de se estabelecer parâmetros e limites para a atuação do Poder Judiciário.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 De Júpiter À Hércules: Um Panorama Histórico Da Jurisdição - Do Estado Liberal Ao Estado Democrático De Direito

Em oposição ao governo despótico e absolutista, vigente na Europa Ocidental do século XV ao século XVIII, surgiu uma corrente filosófica iluminista, preocupada com ideais revolucionários, democráticos e com a proteção dos direitos da ascendente classe burguesa. Entre os diversos pensadores que influenciaram a mudança paradigmática entre o Estado Monárquico Absolutista e o Estado Liberal de Direito, destaca-se Montesquieu, o qual previu a tripartição do poder como uma forma de limitar o governo e evitar a tirania. (Dallari, 2009)

Nesse sentido, afirmava Montesquieu que a limitação e tripartição do poder seria um mecanismo necessário para afastar o autoritarismo. Cita-se:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares. (2007, p. 169 -170)

Com a eclosão dos ideais republicanos, catalisados pelas referidas teorias iluministas, emergiram movimentos revolucionários, como a Independência Americana e a Revolução Francesa, os quais foram responsáveis pelo surgimento do Estado Liberal de Direito.

Em suma, pode-se dizer que o Estado Liberal de Direito se caracteriza juridicamente pela estrita atividade de subsunção da norma aos fatos, bem como pela observância do princípio da demanda, segundo o qual a cognição do juiz deve estar restrita aos fatos e alegações apresentadas pelas partes. Nesta toada, afirma Sabrina Nasser de Carvalho:

O Poder Judiciário julgava apenas conflitos entre sujeitos individuais, restringindo a sua esfera de atuação à função corretiva, por meio do reconhecimento da violação a direitos individuais dos jurisdicionados e ao retorno do *status quo*. A igualdade formal e a segurança jurídica serviam de vetores que direcionavam a atividade julgadora. (2016, p.56)

Desse modo, de acordo com a metáfora empreendida pelo professor belga François Ost (1993, p.169-194), o Magistrado do Estado Liberal poderia ser representado pela figura arquetípica de Júpiter, o qual remete a uma ideia sagrada, pautada no imperativo e na aplicação de normas. Cita-se:

Tomemos el modelo de la pirâmide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre preferido desde arriba, de algum Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la natureza de lo prohibido. Intenta inscribirse em un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidade emana el resto del Derecho em forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirâmide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la transcendencia (OST, 1993, p.170)

Assim, em atenção ao novo modelo de Estado e ao princípio da separação dos poderes, o Juiz Júpiter, em uma clássica atuação liberal e positivista, tinha como única atividade a jurisdição, a aplicação de normas e a solução de lides entre particulares. Sua cognição não poderia superar os fatos alegados, de modo que o processo era visto apenas como uma forma de resolução de conflitos, e não como um meio para efetivar políticas públicas e dirimir desigualdades sociais.

Dessa forma, a hermenêutica caracterizava-se pelo positivismo jurídico estrito, o qual era contrário à inserção de elementos valorativos à norma jurídica. Conforme assevera Dworkin, o positivismo tem algumas proposições centrais, quais sejam: (i) o direito de uma comunidade corresponde às regras por ela utilizados para punição de comportamentos e coação pelo Poder Público; (ii) existe uma coextensão entre o conjunto das regras jurídicas e o “direito”, o que faz com que somente seja possível aplicar o direito em casos acobertados por uma norma jurídica específica; (iii) a “obrigação jurídica” corresponde à subsunção de um caso concreto a uma norma jurídica válida e gera o dever de uma conduta ou de uma abstenção. (DWORKIN, 2002, p. 27-29)

Em razão dessa submissão irrestrita à lei, o Poder Legislativo figurou como protagonista no Estado Liberal, de modo que a atuação jurisdicional *“limitava-se ao cumprimento das opções estatais expressas no arcabouço legislativo, por intermédio de um processo mecânico, padronizado e impessoal de subsunção da norma ao fato”* (CARVALHO, 2016, p.58).

No entanto, anos após a ascensão da burguesia e a Revolução Industrial, novos desafios assolaram a sociedade: más condições de trabalho, falta de saneamento básico, necessidade de assistência social, de previdência pública e de garantia de serviços públicos como a educação e a saúde fizeram com que trabalhadores se unissem em greves e revoluções em favor da ampliação da atuação estatal.

A partir desse momento, surge o denominado Estado Social, o qual agrega finalidades sociais ao governo. Deste modo, a nova realidade política e social fez com que surgissem novas formas de interpretação, por meio de regras e princípios de maior fluidez e inexatidão normativa. Tais mudanças fizeram com que passasse a ser aceita, no campo da hermenêutica jurídica, a interpretação criativa.

Na metáfora de Ost, o Magistrado do Estado Social pode ser descrito como Juiz-Hércules. Trata-se do julgador que ultrapassa os limites tradicionais da legalidade e passa a atuar como figura que concretiza direitos sociais previstos no ordenamento.

Nesse sentido, o juiz Hércules aproxima-se do magistrado idealizado por Dworkin, o qual defende a necessidade de razoabilidade e de valoração para a solução das querelas em razão da impossibilidade de se ter normas claras que antecedam os conflitos humanos. Pode-se dizer, portanto, que o modelo herculeano traz um juiz legislador, que muitas vezes se utiliza da criatividade para solucionar demandas de maior complexidade. (OST, 1993) (GUEST, 2010)

Sobre o mencionado modelo herculeano, afirma Streck:

Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende “equiparar” a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os “defeitos” que caracterizariam o juiz “monopolizador de jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. (2010, p. 22)

Vale salientar que a atividade criativa do Poder Judiciário foi catalisada pela omissão e ineficácia do Estado em atender aos anseios populares, bem como pelo fim dos governos totalitários do século XX, que acarretou a necessidade política de atribuir a um poder independente a função de proteger os valores constitucionais. Nesse sentido, afirma Paulo Gonet Branco:

Terminando o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar da efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem. (2015, p.47-48)

A valorização do Poder Judiciário e a proteção da Constituição Federal e da dignidade da pessoa humana são características do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito é atribuído ao Poder Judiciário não apenas a função jurisdicional, mas também a proteção e construção da Constituição. Assim, destaca-se o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), no qual os diferentes órgãos de poder exercem funções típicas e atípicas, sendo aquelas predominantes e estas excepcionais. (MELLO, 2011)

Em suma, o Poder Público que era tradicionalmente limitado em três funções independentes e harmônicas entre si sofreu modificações ao longo da evolução histórica. Destarte, a pluralidade social e a carência da sociedade por direitos sociais e políticas públicas acarretou a ampliação do Poder Judiciário, que atualmente exerce controle das normas prolatadas pelo Legislativo e pelo Executivo e que participa de forma ativa e criativa na construção do direito.

2.2 O Direito Norte Americano e as Origens do Ativismo Judicial

É consensual entre os doutrinadores que o ativismo judicial teve suas origens no direito norte-americano, mais precisamente no julgamento emblemático do caso *Lochner v. New York*, em que a liberdade contratual foi definida como princípio implícito da Constituição dos Estados Unidos e no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, o qual abriu precedente ao controle de constitucionalidade. (TEIXEIRA, 2012)

A partir de decisões de conduta proativa da Suprema Corte Americana, o historiador Arthur Schlesinger Jr, em um artigo para a revista *Fortune*, difundiu o termo *judicial activism*. Segundo o historiador, os juízes que desempenhavam um papel afirmativo na promoção do bem-estar social eram ativistas judiciais, enquanto aqueles que entendiam que o Judiciário não poderia extrapolar seu espaço poderiam ser denominados como “campeões do autocomedimento”. (TEIXEIRA, 2012)

Arthur Schlesinger Jr observou que os ativistas judiciais entendiam que direito e política eram assuntos indissociáveis, de modo a impedir que exista um julgamento correto e inflexível para as situações concretas. De acordo com esses julgadores, “o autocomedimento não passaria de uma ilusória pretensão de objetividade do ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhorias sociais que devem nortear o julgador”. (TEIXEIRA, 2012, p. 39)

O ativismo judicial americano ganhou destaque a partir da década de 1950, quando a jurisdição passou a ser protagonista na defesa dos direitos civis das minorias e quando

surgiram as primeiras ações afirmativas para o combate de desigualdades sociais. Destaca-se nesse período o governo do presidente Lyndon Johnson, que em 1964 editou o *Civil Rights Act*, o qual tinha como objetivo a proteção de indivíduos marginalizados. Nesse sentido, afirma Teixeira:

No governo do presidente Lyndon Johnson, o *Civil Rights Act*, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente e encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se demonstravam suficientes. (2012, p.40)

Desse modo, o ativismo judicial “era associado ao pragmatismo e ao progressismo político e tinha sentido positivo por valorizar juízes que utilizavam o ‘judicial review’ para salvaguardar os direitos básicos na democracia”. (KOEMER, 2016, p. 236)

Destaca-se aqui a decisão proferida pela Corte Warren no caso *Brown v. Board of Education*, na qual foi declarada inconstitucional a segregação racial em escolas públicas, em contraposição à decisão anteriormente tomada pela Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, que havia validado a separação entre brancos e negros em trens, ônibus e espaços públicos. (1954, 347 U.S. 483)

Segundo Barboza e Kozicki, o caso *Brown v. Board of Education* teve como consequência a anulação de diversas leis estaduais que propagavam a discriminação racial e o desencadeamento de movimentos a favor de direitos civis nos Estados Unidos. (2016, p. 743)

Todavia, com as decisões da Corte Warren o termo “ativismo judicial” passou a ter conotação negativa e ser amplamente utilizado, pelos próprios magistrados, para criticar decisões judiciais. (KOEMER, 2016)

Verificou-se, portanto, um conflito interno entre os membros da Suprema Corte sobre os limites e a legitimidade do *judicial review* e do ativismo judicial. Nesse sentido, se destacavam duas correntes antagônicas: a Escola de Harvard, que defendia a dissociação entre política e direito; e a Escola de Yale, que admitia o raciocínio político em decisões judiciais. (KOEMER, 2016)

A partir dos anos 1970, no entanto, o debate ganhou novos contornos quando os conservadores passaram a defender que a interpretação constitucional deveria estar alinhada à intenção original do constituinte. Desse modo, a decisão judicial apenas seria legítima se

confirmasse o significado da Constituição do modo como foi promulgada e emendada. Cita-se:

O originalismo propugnava que os juízes deveriam determinar o significado da Constituição tal qual ela foi ratificada e emendada, pois seria este o significado aprovado pelo povo e, portanto, o legítimo. Se orientassem suas decisões pelo significado atual da Constituição, os juízes estariam de fato emendando-a e, pois, criando normas constitucionais ilegítimas porque distintas das regras determinadas pelo próprio artigo V da Constituição para sua emenda. O originalismo oferecia uma teoria coerente para os casos em que o Judiciário deveria ser deferente aos outros poderes ou atuar na proteção de direitos, no que se colocavam em primeiro plano as liberdades, a propriedade e o federalismo. (KOEMER, 2016, p.239)

Em contrassenso à corrente originalista, no entanto, em 1973 a Corte Burger destacou-se pela prática do ativismo judicial ao proteger direitos não expressamente previstos no texto da Constituição Americana. Como exemplo, cita-se o caso *Roe v. Wade*, no qual a Suprema Corte Americana reconheceu o direito à privacidade e concluiu pela possibilidade da interrupção voluntária da gravidez. (BARBOZA; KOZICKI, 2016)

Em análise do histórico ora traçado sobre o direito norte-americano, Elival da Silva Ramos destaca a semelhança entre o juiz americano e o legislador, vez que ambos produzem normas jurídicas. *In verbis*:

Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas. A capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras [...] conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade, que detém, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado. (2015, p. 109-110)

Nesse sentido, contribui Tocqueville, o qual afirma que no direito estadunidense o juiz pode ser considerado como uma grande força política. Isto porque o magistrado desempenha, a princípio, o papel do árbitro que só atua quando provocado ou por expressa previsão legal, mas, diferentemente do que ocorre nos demais países, é-lhe atribuído o poder político de não aplicar normas que considere injustas ou inconstitucionais. (TOCQUEVILLE, 2015)

Esse modelo americano de judicial review influenciou os demais países ocidentais a ampliar a atuação do Poder Judiciário após a Segunda Guerra Mundial, o que contribuiu para a atual discussão sobre o ativismo judicial no Brasil, que veremos a seguir.

2.3 O Ativismo Judicial no Atual Cenário Jurídico-Político Brasileiro

O debate sobre ativismo judicial no Brasil é de construção recente e está relacionado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isto porque a atual Constituição Brasileira aumentou o âmbito do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. (CAMPOS, 2014)

Observa-se, assim, que o Judiciário após a promulgação da vigente Constituição de 1988, tornou-se mais amplo e acessível, especialmente na proteção dos direitos das minorias.

Em razão disso, inclusive, verifica-se que se tornou cotidiano o ajuizamento de ações civis públicas e de ações individuais em 1ª e 2ª instância com a finalidade de compelir o Poder Público à efetivação de direitos fundamentais e de políticas públicas. Entre estas demandas destacam-se as ações que versam sobre moradia, sistema prisional, educação e saúde. (CAMPOS, 2014)

Todavia, nem sempre o Sistema Judiciário Brasileiro foi aberto ao ativismo e à judicialização. O Supremo Tribunal Federal foi criado na República velha, em 1890, e tinha como competência a revisão das decisões de Tribunais Federais e Estaduais em grau de recurso. Originalmente, portanto, as decisões da Corte eram extremamente limitadas e não possuíam efeito vinculante ou eficácia erga omnes.

Em seguida, a Constituição de 1934, outorgada no Governo Vargas, alterou o Supremo Tribunal Federal para “Corte Suprema” e definiu que a inconstitucionalidade das normas só poderia ser declarada mediante maioria absoluta dos seus membros.

Nessa época, destaca-se, ainda, a representação interventiva, a qual foi conhecida como o “embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil”, vez que possibilitava certo grau de abstração no controle de normas.

No entanto, embora a Constituição de 1937 tenha trazido avanços, foi também instrumento de autoritarismo, que suprimia a atuação do Poder Judiciário e, inclusive condicionava a declaração de inconstitucionalidade à posterior anuência do Presidente da República.

A Constituição de 1946, por sua vez, restabeleceu o controle difuso das normas mediante recurso destinado ao Supremo Tribunal Federal, bem como restabeleceu a representação interventiva – que se assemelhou ainda mais à atual ação direta de inconstitucionalidade. Já a Constituição de 1967 não trouxe grandes novidades no que se refere à revisão judicial e às competências do Judiciário e do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1988, conforme mencionado anteriormente, foi responsável pela redemocratização do país e pela ampliação do Poder Judiciário. Destaca-se, pois, que o

Supremo Tribunal Federal foi expressamente definido como protetor da Constituição e teve suas competências originárias ampliadas, nos termos do artigo 102 da Carta Magna. (1988)

Contudo, em análise das decisões do Tribunal Superior, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal demorou a manifestar atitude ativista e ampliar sua atuação. Apenas a partir da década de 2000 passou-se a advir decisões proativas do referido Tribunal. Nesse sentido, afirma Carlos Alexandre Azevedo Campos:

À medida que o novo milênio se aproximava, contudo, teve início a *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois, como já dito, todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando *ortodoxias de autorrestrrição judicial*. Ela flexibilizou os requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em favor das entidades de classe e intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias, minimizando o caráter de “questões políticas” e passando a julgar inconstitucionais medidas carentes de urgência e de relevância. (2014)

Assim, destacam-se na Era Ativista do Supremo Tribunal Federal decisões como: a ADI 5.081/15, na qual o Supremo Tribunal Federal criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar ao julgar caso que envolvia a fidelidade partidária no sistema majoritário; e o caso da verticalização, em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionalidade das regras sobre coligações eleitorais aprovadas mediante emenda constitucional.

Vale ressaltar que a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 vieram acompanhadas da ampliação do acesso à justiça, do fortalecimento do Ministério Público, do aperfeiçoamento dos instrumentos processuais coletivos (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ações constitucionais) e da mobilização da sociedade civil por garantia aos direitos fundamentais. (CAMPOS, 2014)

Todos os fatores supramencionados colaboraram para a extensão do Poder Judiciário nos parâmetros atuais. Em sua dissertação de mestrado, Wanderley Neto identifica que atualmente cerca de 32,85% das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal contém alguma forma de ativismo judicial. (2016, p. 55)

De acordo com Luís Roberto Barroso, além da redemocratização do país e da promulgação da Constituição de 1988, são causas da conduta proativa do Judiciário brasileiro: a constitucionalização abrangente, fenômeno que trouxe ao âmbito constitucional matérias antes reguladas pelo legislador ordinário e o sistema de controle de constitucionalidade híbrido, que permite tanto o controle difuso quanto o concentrado. (BARROSO, 2009)

2.4 Legitimidade e Ilegitimidade na Conduta Proativa Judiciária

A principal crítica feita pela doutrina em relação ao ativismo judicial consiste na legitimidade democrática e na violação do princípio da Separação dos Poderes, o qual constitui princípio-base do constitucionalismo e tem como finalidade a limitação do Poder Público, conforme já comentado.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a Separação dos Poderes constitui cláusula pétreia na Constituição Federal Brasileira, prevista no seu artigo 60, §4º, inciso III, cujo texto preceitua que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (1988)

Não obstante a relevância desse princípio tradicional para a manutenção da democracia, a realidade política atual demonstra a dificuldade dos Poderes Políticos ao tentar equacionar as demandas sociais (WANDERLEY NETO, 2016), de modo que por vezes é imprescindível que o juiz atue como legislador negativo, suprimindo lacunas normativas e realizando controle de constitucionalidade.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a conduta proativa do Judiciário pode apresentar riscos para a democracia no que concerne à legitimidade democrática, à polarização da justiça e aos limites da capacidade institucional do Judiciário. (2009)

Segundo ele, o ativismo judicial pode representar risco para a legitimidade democrática a medida em que os membros do Judiciário – que participam ativamente da construção do direito – não são agentes públicos eleitos, de modo que há uma dificuldade contramajoritária. (BARROSO, 2009)

Argumenta-se, no entanto, que os Estados “reservam uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral”, bem como, tradicionalmente, cabe ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de interpretar a constituição, a qual, teoricamente, é exercida com fins políticos neutros. (BARROSO, 2009, p. 11-12)

O ativismo judicial geraria, ainda, risco de polarização da Justiça, em razão da confusão entre direito e política. Todavia, cabe ao juiz agir apenas em nome da lei e da Constituição, sem manifestar qualquer orientação política particular. (BARROSO, 2009)

Outrossim, a conduta proativa do magistrado pode extrapolar as capacidades institucionais ao produzir decisão sobre matéria técnica sobre a qual o Poder Judiciário não está habilitado a julgar, de modo a acarretar efeitos sistêmicos indesejáveis. (BARROSO, 2009)

Barroso destaca, no entanto, que a conduta proativa do Judiciário pode ser classificada como judicialização ou como ativismo judicial. Segundo ele, a judicialização é a discussão de questões de interesse político e social pelo Judiciário e não pelos órgãos tradicionais – Legislativo e Executivo. (BARROSO, 2009)

Pode-se dizer que a judicialização envolve uma transferência de poder decorrente do próprio ordenamento jurídico. Desse modo, o magistrado aprecia uma questão não jurídica, mas o faz sem discricionariedade, nos limites da legalidade e nos parâmetros constitucionais. (BARROSO, 2009)

No ativismo judicial, por sua vez, a atuação do juiz é mais ampla e intensa e tem como efeito uma maior interferência do Judiciários no âmbito dos demais poderes. Segundo Barroso, o ativismo judicial pode se dar de três formas diferentes, *in verbis*:

(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 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 matérias de políticas públicas. (2009, p. 6)

Assim, a judicialização é um fenômeno amparado constitucionalmente e que ocorre mediante provocação, de modo que serve como ferramenta legítima para a efetivação de direitos fundamentais e para a concretização de normas programáticas e de eficácia contida.

Dworkin, por sua vez, considera que a criatividade jurídica é inevitável e bem-vinda. Segundo o jurista, especialmente em países de tradição common law, as normas por vezes são muito vagas e insuficientes para a resolução do caso concreto, de modo que caberá ao juiz atentar-se à presumida vontade do legislador e criar o direito a ser aplicado. Vejamos:

As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticada, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e regras do direito costumeiro (common law) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplica-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. (DWORKIN, 2002, p. 128-129)

Assim como Dworkin, Mauro Cappelletti também entende que a criatividade jurídica é inevitável, vez que *“certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação”* (CAPELETTI, 1999, p.21)

Para Cappelletti, a partir do advento do Estado Social, o juiz passa a desempenhar um papel participativo na sociedade, vez que tem a função de concretizar os anseios da sociedade. Nesse sentido, afirmam Hoffman, Cavalheiro e Ribas do Nascimento:

Neste caminho, o juiz torna-se verdadeiro intérprete do Direito, cabendo-lhe a missão de, ao interpretar os textos legislativos, ou suprir as lacunas deixadas pelo mesmo – texto- tornar possível a questão social. Deste modo, discricionariamente o juiz ora declarador de vontades, torna-se um juiz construtor do arcabouço político-social, que só vai ser totalmente construído a partir da atividade jurisdicional marcadamente intenda nestes novos tempos.

(...)

Por tais motivos, o juiz passa de uma condição de inércia, a uma condição de participante interventivo e ativista, mas não arbitrário capaz de solidificar as bases que originarão o Estado Democrático de Direito – donde os direitos já estão – no caso brasileiro deveriam estar – concretizados. (2011, p. 81-82)

Em um posicionamento contrário, Jeremy Waldron critica o mecanismo de revisão judicial e a conduta ativista do Judiciário por serem inapropriadas para decidir, em sociedades livres, sobre questões sociais e morais controversas. No entanto, defende o que denomina de “revisão judicial em sentido fraco”, na qual o magistrado examina se a legislação está em conformidade com os direitos fundamentais, mas não pode deixar de aplica-la nem pode minar seus efeitos. Assevera Loiane Prado Verbicaro:

Waldron concentra as suas críticas no que denomina de modelo forte de revisão judicial (*strong judicial review*), no entanto diferencia este do modelo fraco de revisão judicial (*weack judicial review*) que não será, de maneira predominante, alvo de seus questionamentos. A revisão judicial em sentido forte confere autoridade aos tribunais para não aplicarem uma lei ou mesmo para modificar os seus efeitos para supostamente deixa-la e conformidade com os direitos individuais em pauta. Por outro lado, a revisão judicial em sentido fraco pode até examinar a legislação acerca da sua conformidade com direitos individuais, mas isso não confere autoridade aos tribunais para deixar de aplica-la ou reduzir seus efeitos sob pena de violação de muitos outros direitos. (2017, p. 191)

Em julgamento da ADPF 45-9, o Ministro Celso de Mello apresentou interessante parecer sobre a legitimidade da conduta proativa do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas. Vejamos:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS DE VIEIRA ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p.207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais

competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado.

(...)

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL, 2004)

Desse modo, a legitimidade da atividade positiva judiciária somente seria verificada na existência de inércia estatal ou de atuação pública injustificável e irrazoável que comprometa a eficácia de direito fundamental ou de políticas públicas.

Tal parecer é de bastante sensibilidade e sensatez, vez que não atribui ao Judiciário a discricionariedade de Dworkin e de Cappelletti, nem é rígida ao ponto de inadmitir qualquer atuação participativa do magistrado. A atuação ativa do Poder Judiciário deve pautar-se na ameaça a direitos que versem sobre a dignidade humana e deve ter, pois, caráter excepcional

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que há significativa divergência doutrinária em relação à legitimidade da conduta proativa judiciária e seus efeitos.

No entanto, conforme defendido por Dworkin e Cappelletti, a interpretação criativa das normas é inevitável e inerente a um sistema jurídico plural e aberto, que tem como finalidade o atendimento à demandas sociais.

Ocorre que, conforme defendido por Celso de Mello, Luís Roberto Barroso e Jeremy Waldron, a atuação ativa do Poder Judiciário só pode ocorrer mediante provocação, expressa permissão legal ou por omissão dos demais Poderes. Outrossim, o juízo deve manter racionalidade jurídica e pensamento político neutro, voltado à realização de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas.

Não cabe ao juízo, portanto, analisar questões puramente morais e controvertidas socialmente, mas sim verificar se a norma aplicada está coerente com os princípios constitucionais da dignidade humana, da impessoalidade e da isonomia.

O ativismo judicial pode ter como efeito a supressão dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como a dissociação entre decisões políticas e jurídicas, motivo pelo qual devem ser sempre observados os parâmetros constitucionais e legais ao se realizar a função hermenêutica típica do magistrado, a fim de se evitar a discricionariedade.

Isso posto, apesar da tênue diferença entre a sua legitimidade e ilegitimidade, o protagonismo judicial, quando realizado de forma consciente, constitucional e neutra pode ser um mecanismo de efetivação de direitos fundamentais individuais e sociais.

4. REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal Of Law [ejjl] - Qualis A2**, [s.l.], v. 17, n. 3, p.733-752, 20 dez. 2016. Universidade do Oeste de Santa Catarina. <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i3.8750>.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 13,2009, p. 71-91.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 45-9. Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Brasília,

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processos Coletivos e Políticas Públicas: Mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática**. São Paulo: Contracorrente, 2016. 302 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2010. 313 p

KOERNER, Andrei. **O Ativismo Judicial como Problema Intelectual e Político nos Estados Unidos**: uma análise crítica. Lua Nova, São Paulo, n. 99, p.233-255, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, Alicante, 1993.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 349 p.

STRECK, Lênio Luiz. O (Pós) Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes): Dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p.15-45, jan./jun. 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 8, p.37-58, jan./jun. 2012. Semestral.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**: Leis e costumes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 560 p.

VERBICARO, Loiane Prado; CASTRO, Pietra Galutty Bezerra de. DIREITO, CONTROLE JUDICIAL E DEMOCRACIA: O DEBATE ENTRE AS TEORIAS DEMOCRÁTICAS DE JEREMY WALDRON E RONALD DWORIN. **Revista Direito em Debate**, [s.l.], v. 26, n. 47, p.177-204, 21 set. 2017. Editora Unijui. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2017.47.177-204>.

WANDERLEY NETO, João Bosco de Barros. **Ativismo Judicial**: entre a efetividade e a autocontenção. 2016. 125f. Dissertação (mestrado) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

Contatos: annaclarag.santana@gmail.com e antonio.piacentin@mackenzie.br