

ATIVISMO JUDICIAL CAUSAS E FUNDAMENTOS

Ana Luíza de Moraes Rodrigues

JUDICIAL ACTIVISM – CAUSES AND FOUNDATIONS

RESUMO

O ativismo judicial é tema que vem causando grandes divergências doutrinárias e originando constantes tensões institucionais, especialmente entre Judiciário e Legislativo. Diante do caráter controvertido do assunto, o presente trabalho busca, por meio do contraste de posições doutrinárias paradigmáticas, elucidar as causas e os fundamentos do ativismo judicial, isto é: o contexto histórico, político e social favorável a esse fenômeno, assim como o conjunto de motivos racionalmente justificáveis com que seus defensores o fundamentam. Nesse percurso textual, lança-se mão de argumentos doutrinários brasileiros e estrangeiros, mormente da literatura norte-americana. Com isso, demonstrar-se-á que o ativismo judicial revela nada mais do que uma postura legítima e necessária por parte do Poder Judiciário.

» PALAVRAS-CHAVE: ATIVISMO JUDICIAL. CAUSAS. FUNDAMENTOS. PODER JUDICIÁRIO. PODER LEGISLATIVO.

ABSTRACT

The judicial activism is a subject that has caused great doctrinal disagreements and constant institutional tensions, especially between Judiciary and Legislative. Because of the controversial nature of the theme, this paper seeks, through performing a contrast of paradigmatic doctrinal positions, elucidate the causes and foundations of judicial activism or, in others words: the historical, political and social context that was favorable to this phenomenon, as well as the set of rationally justifiable reasons raised by its supporters. In this textual course, reference is made to Brazilian and foreign doctrinal arguments, especially of American literature. With this, it will be able to demonstrate that judicial activism reveals nothing more than a legitimate and necessary posture taken by the Judiciary.

» KEYWORDS: JUDICIAL ACTIVISM. CAUSES. FOUNDATIONS. JUDICIARY. LEGISLATIVE.

INTRODUÇÃO

A temática do ativismo judicial é multifacetada. Para que seja bem compreendida, requer que se analisem os limites da jurisdição à luz de conceitos clássicos do direito constitucional, tais como separação de poderes, democracia, direitos fundamentais e legitimidade. Essas noções, que permeiam o ambiente jurídico, estão indissociavelmente ligadas ao espaço público e político, motivo pelo qual, por meio delas, se estreitam as relações entre Direito e Política e, conseqüentemente, se acirram os questionamentos sobre até que ponto esse relacionamento pode ser profícuo ou pernicioso.

Por essa razão, estudar o fenômeno do ativismo judicial não é tarefa simples e exige um olhar sensível do jurista: é preciso estar conectado com a sociedade e suas cada vez mais rápidas transformações para compreender (e criticar) os rearranjos institucionais que se impõem.

Desta feita, o presente trabalho pretende realizar uma abordagem panorâmica acerca do ativismo judicial, demonstrando os diversos posicionamentos doutrinários acerca da questão, sem, contudo, deixar de fixar uma opinião, juntamente com os argumentos que levaram a ela.

Nesse percurso, o trabalho esclarecerá, na parte 1, o conteúdo semântico da expressão ativismo judicial, apresentando as ideias abordadas por diversos autores, representantes de opiniões diversas, para que, então, se realize uma síntese própria acerca do sentido que este texto atribuirá à terminologia.

Na parte 2, averiguar-se-á a conjuntura histórica e política que teria levado ao recrudescimento do ativismo judicial, assim como os fundamentos normativo e filosóficos que racionalizam o fenômeno.

Com tudo isso, demonstrar-se-á que mais do que produto de um contexto favorável, existem razões para considerar o ativismo judicial como salutar à própria democracia e à efetividade do texto constitucional.

1 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

1.1 PANORAMA DOUTRINÁRIO

Em seu livro “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, professor titular da Faculdade de Direito da USP, afirma que a conceituação de ativismo judicial não pode passar ao largo de uma discussão acerca das diferentes características atribuídas às duas famílias do direito ocidental, isto é, a *common law* – como é o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, este último com a peculiaridade de contar com uma Constituição escrita – e a *civil law* – conforme se passa na França e no Brasil. Isso porque, consoante afirma o professor, na esteira de René David, o lugar atribuído às decisões judiciais é diferente em cada um desses sistemas (RAMOS, 2010, p. 104).

Dessa forma, defende Ramos, ressalvadas algumas exceções, “há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica” (RAMOS, 2010, p. 104). Por essa mesma razão, o autor afirma que se torna mais dificultosa a definição de ativismo judicial no âmbito do *common law*, em que a função do juiz e do legislador estão muito próximas no tocante à produção de normas jurídicas¹.

Diante disso, resta claro que os sistemas de origem anglo-saxã comportam uma postura naturalmente mais ativa por parte dos juizes do que decorre um conceito de ativismo judicial mais amplo, tornando-se tarefa árdua identificar quando o Poder Judiciário extrapola seus limites de atuação, dadas suas linhas demarcatórias bastante difusas.

A despeito disso, não se pode ignorar que o constitucionalismo, independentemente do sistema jurídico em que esteja inserido, visa a estabelecer um governo limitado em seus poderes, o que, consoante a célebre lição de Montesquieu², ocorre quando o próprio poder é dividido. Partindo desse pressuposto, Elival da Silva Ramos fornece um conceito claro e bem definido de ativismo

judicial como “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” (RAMOS, 2010, p. 116). Isso implica, em outros termos, a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 117). Nesse sentido, apesar de não negar que a função jurisdicional se presta à inovação do ordenamento jurídico, importando, em certa medida, numa atividade criativa, o autor entende que os atos jurisdicionais se situam em escala hierarquicamente inferior aos atos de legislação, de modo que é precisamente o sobrepujamento dos limites à criatividade da jurisprudência que caracteriza o ativismo judicial.

Ocorre que, conforme reconhece o próprio Elival da Silva Ramos (2010, p. 107), a diferenciação entre os sistemas de *common law* e *civil law* não se mostra mais tão evidente na atualidade, de modo que é inegável a crescente aproximação entre essas duas famílias, no âmbito de diversos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, um dos exemplos expressivos desse processo de interpenetração se deu por obra dos próprios legisladores, no art. 557 do Código de Processo Civil, quando dispõe que o relator negará seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior, assim como, pelas mesmas razões, proverá recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com tais paradigmas³.

Esse dispositivo, em outros termos, estabelece que o entendimento consolidado pelos tribunais e tribunais superiores tem, na prática, força de lei, o que reforça a ideia, endossada por Miguel Reale, de que a jurisdição não só é fonte do direito como, igualmente, “não tem sentido continuar a apresentar a jurisprudência ou o costume como fontes secundárias ou acessórias” (REALE, 2001, p. 160).

Sendo assim, negar à construção jurisprudencial o estatuto de fonte do direito nos países de tradição romanística é fechar os olhos para o fato de que, ainda que os precedentes jurisprudenciais não exerçam, nesses sistemas, o papel desempenhado nos países de *common law*, não se pode negar a sua importância como fonte de regras obrigatórias, portadoras de eficácia.

Em defesa da jurisprudência como legítima e imediata fonte do direito, Inocêncio Mártires Coelho é ainda mais incisivo. Para o autor, não existe diferença hierárquica efetiva entre a criação do direito pelos legisladores e a interpretação do direito pelos juízes – que, em certos casos, estariam até mesmo constitucionalmente autorizados a criar o direito (COELHO, 2015, p. 7). Concordando com Lúcio Bittencourt, quando este afirmou, ainda em 1942, que a interpretação constitui uma das partes do processo legislativo, o professor Inocêncio, com os olhos na regra de reconhecimento de Hart, é categórico ao defender que “o acolhimento das leis pelos juízes parece ser o elemento decisivo para se dizer que uma norma pertence de fato a determinado sistema jurídico” (COELHO, 2015, p. 7), de tal modo que legisladores e juízes trabalhariam em dois tempos e a quatro mãos na confecção do direito (COELHO, 2015, p. 16).

Nesse sentido, para Inocêncio Coelho, a atividade criativa do juiz seria inerente à sua própria função, por duas razões principais. Inicialmente, destaca o autor, não se pode olvidar que os textos legais e a própria Constituição comportam abertura semântica, de tal modo que incumbe ao Poder Judiciário indicar qual interpretação é plausível diante do caso concreto (COELHO, 2015, p. 12). Além disso, e com ainda maior força, remanesce a constatação de que o direito positivado não atende a todas as demandas geradas pelo complexo tecido social, de tal modo que incumbe aos juízes – norteados pelo princípio do *non liquet* e da inafastabilidade da jurisdição – criar o direito para os casos em que o legislador não previu solução e, ainda assim, merecem respostas por parte do Estado (COELHO, 2015, p. 19).

Desta feita, conforme defende o professor Inocêncio, o ativismo judicial seria tão somente uma expressão nova com a qual os críticos pretendem rebatizar a antigüíssima e indiscutivelmente necessária criação do direito pelos juízes (COELHO, 2015, p. 21).

Luís Roberto Barroso, por sua vez, diferencia o ativismo judicial do fenômeno que denomina judicialização da vida. Consoante explica, a judicialização da vida indica o processo crescente e conjectural de tomada de decisões políticas e sociais – que normalmente incumbiriam aos poderes Legislativo e Executivo – por parte do Poder Judiciário, ao passo que ativismo judicial diz respeito a uma “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p. 6).

Assim, enquanto a judicialização da política no Brasil não depende de uma vontade deliberada por parte do magistrado, mas tem como causas o modelo constitucional adotado no país – caracterizado pela, cada vez mais ampla, atuação política do Poder Judiciário (decorrente de suas novas prerrogativas constitucionais), a constitucionalização abrangente e um complexo sistema de controle de constitucionalidade –, o ativismo judicial não decorre de uma circunstância imposta, mas de um contexto político favorável à adoção de uma postura proativa.

Desta feita, Luís Roberto Barroso reconhece os riscos do ativismo judicial, mas o considera um fenômeno que, inserido em momentos históricos peculiares, é apto a fornecer respostas positivas para muitas demandas sociais.

A seu turno, Lênio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2008, p. 138) também consideram o ativismo judicial uma atitude, mas, criticamente, afirmam que essa postura equivale a um decisionismo ou discricionariedade dos juízes, que – valendo-se do contexto crescente de judicialização das demandas políticas e sociais – acabariam decidindo à revelia da lei e do texto constitucional.

Uma última nota a se fazer acerca das conceituações doutrinárias sobre o ativismo judicial está em sua oposição à postura de autocontenção judicial, que indica uma atitude mais resguardada do Poder Judiciário, no sentido de não tomar decisões que competiriam, originalmente, ao âmbito de atuação dos demais poderes. O contraste entre essas duas formas de exercício da jurisdição foi bem ilustrado, no que tange à Suprema Corte Norte-Americana, por Keenan D. Kmiec, o qual explica que a autocontenção

judicial pressupõe uma deferência à lei e ao legislador, endossando uma espécie de ceticismo em relação às noções individuais de justiça de cada juiz – ainda que estas se proponham a uma defesa mais efetiva dos direitos humanos (KMIEC, 2004, p. 1.447). Assim, conforme propugnam os partidários dessa postura menos atuante dos juízes, a criação do direito incumbiria exclusivamente ao Poder Legislativo, de tal modo que ao Poder Judiciário competiria tão somente a interpretação estrita da legislação já existente.

1.2 UMA SÍNTESE DA CONCEPÇÃO QUE NORTEARÁ O TRABALHO

Feitas essas considerações a respeito do conceito de ativismo judicial, cumpre realizar uma síntese, a fim de que se elucide em que perspectiva a ideia será tratada nas próximas partes do artigo.

Inicialmente, é necessário esclarecer que esse texto não se filiará à corrente doutrinária que deixa de apontar a jurisprudência como fonte do direito. Na esteira de Inocêncio Coelho, defende-se que a jurisdição tem crescente impacto na configuração do ordenamento jurídico – ainda que num sistema de raiz romano-germânica, como é o brasileiro – de tal modo que negar que a jurisprudência introduz novas regras cogentes é fechar os olhos para o papel que o Poder Judiciário tem exercido na atualidade, especialmente no Brasil. Nesse sentido, e como resultado dessa forma de pensar, entende-se que o ato de criação do direito não é exclusividade do Poder Legislativo, de tal modo que os juízes exercem importante e legítimo papel nesse sentido.

Tal legitimidade, aliás, tem duplo fundamento: um que decorre da própria natureza da função judicial, cuja raiz se encontra na atribuição de funções realizada pela Constituição, e o outro que se relaciona à necessidade de uma releitura permanente e democrática do texto constitucional. Dada a imperativa imersão nesses dois fundamentos, eles serão tratados na segunda parte deste artigo, juntamente com as causas – estas últimas entendidas como fundamentos de ordem histórico-conjuntural – do fenômeno.

Por ora, então, importa apenas fixar que a postura denominada de ativismo judicial, tal como será tratada neste texto, não implica um conceito negativo, mas uma afirmação da própria democracia, a partir do exercício da tarefa interpretativa que incumbe à magistratura. Desse modo, apesar de o ativismo judicial indicar riscos de excesso inerentes a qualquer atuação política – seja ela oriunda do Judiciário ou mesmo do Executivo e Legislativo – não se entende que essa atitude, por si mesma, deva albergar uma conotação negativa.

2 AS CAUSAS E OS FUNDAMENTOS DO CHAMADO “ATIVISMO JUDICIAL”

Na medida em que este trabalho busca identificar as origens da postura conhecida por ativismo judicial, importa distinguir os conceitos de fundamentos e causas, a partir dos quais é possível identificar as raízes do fenômeno. Assim, identifica-se por fundamentos um conjunto de motivos racionalmente justificáveis e intencionalmente estabelecidos que fornecem o embasamento preconcebido para a defesa de determinada postura. Por outro lado, as causas se referem a um motivo não elaborado intencionalmente, mas histórico e conjuntural, para o advento de determinado fenômeno.

Desta feita, o texto passará, a partir de agora, a destrinchar as causas e os fundamentos do ativismo judicial, indicando, inicialmente, o contexto histórico, político e social que permitiu o advento dessa atitude jurisdicional para, em seguida, apresentar os fundamentos normativo e filosófico que a embasam. Tal ordem de apresentação das ideias atende ao pressuposto lógico de que a fundamentação teórica do ativismo judicial só foi possível (e se tornou necessária) a partir da existência de um contexto favorável a uma postura mais proativa por parte do Poder Judiciário. Assim, as causas antecedem os fundamentos.

Por fim, atente-se que, uma vez que o ativismo judicial se faz sentir com maior força no âmbito do controle de constitucionalidade, em que o confronto entre juízes e legisladores se torna mais evidente, a análise desse fenômeno não pode prescindir de tangenciar, igualmente, a temática da revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo. A despeito disso, importante destacar que o ativismo judicial não é exclusividade dos tribunais superiores, sendo identificado, igualmente, no exercício da jurisdição de primeiro grau.

2.1 CAUSAS

» 2.1.1 HISTÓRICAS

No artigo intitulado *El control constitucional – Un Estudio Comparativo*, Gabriel Bouzat demonstra que a maneira como ocorre a relação entre Legislativo e Judiciário está, em grande parte, determinada pelo desenvolvimento histórico dos Estados Nacionais. Assim, consoante explica, em países com forte tradição de centralização e burocracia estatal, como é o caso da França e a exemplo do que predomina no Brasil, a autoridade estatal encontra-se fundada na racionalidade e sistematicidade da lei por meio da experiência da codificação. Nesses Estados, existe uma tendência a se observar a proeminência da legislação como fonte de direito, já que ela consiste no produto mais evidente da autoridade pública. Desta feita, evidencia-se, nesses países, a crença de que a justiça só poderia ser alcançada unicamente por meio da aplicação estrita do direito positivado (BOUZAT, 1991, p. 62).

De maneira completamente diferente se passou nos Estados de sistema anglo-saxão, cujos exemplos mais notáveis são a Grã-Bretanha e os Estados Unidos (este último, como já se disse, com a peculiaridade de contar com uma Constituição escrita). Nesses países, cuja tradição estatal é menos centralizadora, o direito se caracterizou pela pluralidade de fontes de autoridade e pela difusão do poder político. Interessante recordar que, na esteira de sua tradição consuetudinária do direito, o ordenamento jurídico não era visto, nesses países, como uma emanção racionalizada do Estado, mas como um conjunto de preceitos que eram descobertos e reconhecidos pelos magistrados, que, portanto, ocupavam especial papel na configuração do mundo jurídico (BOUZAT, 1991, p. 80).

Desse modo, quanto mais ligado a uma concepção centralizadora de poder estatal e de direito, menos disseminada e mais suscetível de crítica será uma postura ativista por parte do Poder

Judiciário; por outro lado, quanto mais reduzida for a produção de normas por parte do Estado-legislador, mais relevante será a atividade desenvolvida pelos juízes no processo de criação do direito.

Ocorre que o cenário acima, especialmente nos países da *civil law*, modificou-se de maneira notável com o advento do Estado Providência, cujo período de maior desenvolvimento se deu entre as décadas de 1950 e 1970 (ROSANVALLON, 1995, p. 1), no qual os governos deixaram de ser identificados como simples provedores de segurança, esta entendida como fonte de estabilidade, e passaram a ser vistos como agente de transformação das estruturas econômicas e sociais (BOITEUX, 1990, p. 39). Nesse contexto – e consoante a lição de Konrad Hesse (LIMA e LANÇA, 2013, p. 277) –, as Constituições passaram a ser identificadas como condicionantes da realidade, isto é, verdadeiras fontes de modelagem social dotadas de força normativa, às quais, dada a sua supremacia, todos os poderes passaram a ser submetidos. Desta feita, conforme elucida a professora Elza Boiteux, o Poder Judiciário deixou de estar submetido ao Poder Legislativo, tendo passado a ter sua atuação subordinada tão somente à Constituição, incumbindo-lhe, ainda, a nobre função de proteger o texto constitucional em face de eventuais abusos do legislador (BOITEUX, 1990, p. 35). Acerca da transformação do papel do juiz no *civil law*, explica Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 39):

[...] mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do Legislativo.

Esse processo de constitucionalização do direito, do qual adveio um crescente prestígio dos juízes, teve impacto em países adotantes de ambos os sistemas jurídicos, mas se fez sentir de modo especialmente forte nos Estados Unidos, dado o importante papel exercido pela Constituição e pela Suprema Corte no processo de formação do Estado norte-americano. Não por acaso, a mais vasta literatura existente acerca do ativismo judicial provém desse país.

No Brasil, o impacto dessa transformação, ainda que paulatino, não passou despercebido. Assim, a despeito de a estrutura normativa brasileira se identificar com o sistema de *civil law* – do qual é marca a profusão legislativa – a sua jurisdição, inclusive a constitucional, passou a apresentar fortes traços anglo-saxões, notadamente importados dos Estados Unidos.

Um exemplo de característica ianque em nosso constitucionalismo está precisamente na possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, por meio do qual a qualquer juiz está facultado deixar de aplicar uma lei por sua inconstitucionalidade. Também acerca desse aspecto, Marinoni (2009, p. 42) se colocou de maneira contundente:

Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.

Disso decorre a constatação de que no *civil law* (e no Brasil não é diferente), há uma dificuldade em adequar a antiga concepção de separação de poderes aos renovados imperativos do constitucionalismo, que conferem novos vultos à função judicial.

Não se deseja afirmar, com isso, que o princípio da separação de poderes perdeu seu valor. A esse respeito, aliás, é ilustrativa a defesa que Charles Black (em GARVEY e ALEINIKOFF, 2003, p. 196) faz da Suprema Corte norte-americana, no sentido de que *judicial review* é salutar à própria limitação do poder político, já que o governo não poderia estar autorizado a rever seus próprios atos. Conforme argumenta o autor, a fim de preservar a legitimidade governamental e reafirmar a conformidade de sua atuação com os preceitos constitucionais, o governo democrático demanda a existência de um órgão independente e respeitador de seus próprios precedentes, apto a realizar, de maneira imparcial, o controle das leis e dos atos administrativos. Esse órgão, evidentemente, é identificado como a Suprema Corte norte-americana.

Por tudo isso, o princípio da separação de poderes continua a nortejar os Estados constitucionais, fazendo-se necessário, contudo, repensá-lo e conformá-lo à luz do irretroatável fenômeno de interpenetração dos sistemas jurídicos e da supremacia da Constituição. Nesse trabalho de atualização, evidentemente que a tarefa do Poder Judiciário não pode se manter intacta: ela necessita ser redimensionada, afinal, “como pode o juiz controlar os abusos dos demais poderes, se o Judiciário deve aplicar servilmente todas as decisões do legislador?” (BOITEUX, 1990, p. 34).

» 2.1.2 CONJUNTURAS

Some-se a essas causas históricas a atual conjuntura da crise de representatividade do Poder Legislativo e se terá como resultado o cenário perfeito para o fortalecimento de uma postura ativista por parte da magistratura.

Assim, a despeito do evidente progresso da convivência democrática no Brasil, não se pode negar que as instituições políticas brasileiras têm demonstrado algumas deformidades, resultantes, principalmente, de uma hipertrofia do Poder Executivo em relação ao Legislativo, cujo grau de confiabilidade popular vem despencando nos últimos tempos. Além de problemas envolvendo a própria conduta política e ética dos mandatários de cargos eletivos – o que, no Brasil, não é exclusividade dos parlamentares, mas atinge também os governantes –, a crise de representatividade do Legislativo ainda é agravada por fatores objetivos. Tais razões, de ordem normativa e eleitoral, têm gerado uma situação de verdadeiro desprestígio do papel do Legislativo, que tem se apequenado em virtude do agigantamento das funções do Executivo.

A esse respeito, Filomeno Moraes (2001, p. 47) destaca que no sistema presidencialista, o Executivo é constituído a partir do voto de toda a nação, ao passo que o Legislativo é eleito para a representação de anseios regionais, corporativos ou clientelistas, o que termina por refletir em seu alto grau de fragmentação e na sua ausência de identificação com políticas de âmbito nacional.

Também corrobora esse quadro o fato de que é o povo quem elege diretamente a figura pessoal do governante – o qual sintetiza os anseios sociais como nenhum outro representante do Poder Legislativo o fará – ao passo que, com exceção dos senadores, os demais integrantes do Legislativo são eleitos pelo chamado sistema proporcional de lista aberta, do que decorre, em certa medida, uma desconexão entre eleitores e eleitos (MORAES, 2001, p. 47).

Igualmente determinante para esse papel coadjuvante do Legislativo é a amplitude das funções com que a Constituição dotou o Presidente da República (MORAES, 2001, p. 47), as quais vão desde a possibilidade de edição de medidas provisórias – que congestionam a pauta do Congresso Nacional – até a ampla quantidade de matérias cuja iniciativa legislativa incumbe exclusivamente ao Presidente, passando, é claro, por sua forte intervenção no processo legislativo, com o poder de veto.

Todos esses fatores concorrem para um vácuo de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, o que tem enfraquecido a sua postura como criador do direito e tem exigido ao Judiciário preencher esses espaços vazios, a partir das novas demandas levadas à sua apreciação.

2.2 FUNDAMENTOS

Entendendo-se fundamentos como justificativas teóricas, pode-se dizer, na esteira de Logan Barcellos (2011, p. 25), que o ativismo judicial se baseia em uma razão normativa e uma razão filosófica.

O fundamento normativo decorre do próprio texto constitucional, que atribui ao Poder Judiciário a incumbência de controlar as decisões políticas dos demais Poderes em face das disposições da Constituição. Em sendo assim, não há que se argumentar que a declaração de inconstitucionalidade das leis e atos administrativos por parte do Poder Judiciário, atividade em cujo cerne se encontra a discussão acerca do ativismo judicial, se trataria de uma afronta aos Poderes Legislativo e Executivo, como afirmam os partidários mais radicais da autocontenção judicial.

O próprio professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 190) admite que a Constituição de 1988 teve amplo papel na configuração dos novos contornos da atividade judicante. Entretanto, realizando uma crítica em face do fenômeno da judicialização da política – e, portanto, do próprio ativismo judicial que o teve como conjuntura –, o catedrático da USP vê o fenômeno com preocupação, conforme explica:

Dele [o fenômeno da judicialização da política] é, no Brasil, largamente responsável a Constituição de 1988. Esta atribui ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de fiscal da legalidade, um novo, o de guardião da legitimidade. Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos. Acarretou, porém, um efeito perverso – reflexo imprevisível de institutos adotados como inovações positivas – exatamente o de judicializar o tratamento de questões políticas ou político-administrativas e, conseqüentemente, de dar uma dimensão política desse Poder, até então visto como “neutro” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 190).

Consoante já se explicitou, a judicialização do tratamento de questões políticas ou político-administrativas – para usar a expressão do professor Manoel Gonçalves – não é vista, neste artigo, como uma disfunção, mas como um legítimo resultado do novo arranjo institucional. Mais do que

isso, defende-se que a judicialização da política, da qual decorreu o ativismo judicial, é essencial à própria democracia. Essa forma de pensar, aliás, liga-se à própria investigação dos fundamentos filosóficos dessa atitude, o que exige uma digressão no sentido de se analisar o papel exercido pelo Poder Judiciário na proteção das minorias.

Um autor que contribuiu largamente nesse sentido foi Ronald Dworkin, para quem o Judiciário não poderia ser considerado um *locus* antidemocrático simplesmente por seu caráter contramajoritário. Consoante explica o jusfilósofo norte-americano:

“[...] a concepção majoritarista encara o controle judicial de constitucionalidade com desconfiança, e seus adeptos rejeitam o poder judicial de derrubar leis favorecidas por uma maioria estável e informada: a pena de morte, por exemplo, ou as orações nas escolas públicas, ou ainda, em alguns estados norte-americanos, as restrições ao aborto no início da gestação. Eles compreendem que a questão de saber se a maioria política deve ou não ter o poder de adotar essas leis é controversa. Mas insistem que, exatamente pelo fato dessa questão ser controversa, deve-se permitir que a maioria a decida por ela mesma” (DWORKIN, 2014, p. 588).

Dessa forma, para Dworkin, a uma ideia estatística de democracia deveria se sobrepor uma concepção coparticipativa, para cujo fortalecimento a magistratura exerce importante papel. Isso porque, conforme defende, o Poder Judiciário constitui um espaço de igualdade e pluralidade, já que, a um só tempo, garante a independência das minorias e, concomitantemente, resguarda o direito da maioria para decidir acerca de outras questões.

Percorrendo um raciocínio semelhante, Michael Seidman (em GARVEY e ALEINIKOFF, 2003, p. 197) argumenta que o Poder Judiciário é responsável por traçar um caminho de conexão entre minorias políticas descontentes – cujos pontos de vista normalmente não prevalecem nos procedimentos da democracia estatística – e o restante da sociedade. Assim, a *judicial review* exerceria um importante papel na manutenção da unidade social.

Em prol do papel ativista do Judiciário há, ainda, a argumentação desenvolvida por Ana Paula Repolês Torres, no sentido de que “a democracia constitucional é um processo inconcluso que se prolonga no tempo” (TORRES, 2011, p. 201), para o qual os juízes exercem o importante papel de atualização e, portanto, de resgate de sua eficácia. Assim, a despeito da existência de procedimentos formais de alteração da Constituição, Ana Paula Torres (2011, p. 192) entende que a continuidade da ordem constitucional depende do

“[...] entendimento adequado do que seja a Constituição, pela compreensão de que a via da interpretação [judicial] é outro caminho existente para realizar essa compatibilização entre constitucionalismo e democracia”.

A defesa da interpretação judicial e do próprio exercício de uma atividade criativa por parte dos juízes, contudo, não resulta em que os magistrados recebem carta branca para decidir conforme suas próprias convicções valorativas, sem qualquer pretensão de verdade ou de se chegar a uma resposta correta – o que não significa ser possível demonstrar de que modo ela é correta⁴. Entende-se, aqui, tal como defende Dworkin, que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).

Nesse sentido, é salutar a observação de Ana Paula Repolês Torres quando afirma, na esteira de Dworkin, que tais decisões jurídicas de conteúdo substantivo devem encontrar seu fundamento

dentro do próprio ordenamento de princípios (TORRES, 2011, p. 199), por meio dos quais o juiz recorre a direitos políticos de cidadãos individuais, garantindo, mediante o arranjo constitucional, a legitimidade de sua decisão.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial não pode ser necessariamente visto como uma disfunção. A despeito do fato de que qualquer tomada de decisões de cunho político-administrativo está sujeita a excessos, não é possível negar ao Judiciário o seu importante papel na criação do direito e na resolução de demandas sociais salutares. Aliás, ainda diante de negativas, a realidade social e jurídica vai em sentido diferente, reafirmando a importância da jurisprudência como fonte de direito.

Encarado como uma atitude, o ativismo também obedece a causas históricas e conjunturais. As causas históricas se ligam à transformação do papel do Estado, a partir do advento do conceito de Estado Providência (ou Estado de Bem-Estar Social), que resultou em um redimensionamento das funções estatais, e desembocaram no constitucionalismo que se conhece hoje, no qual a Constituição é dotada de supremacia. As causas conjunturais, mormente no Brasil, se conectam com a crise de representatividade do Poder Legislativo.

No tocante aos seus fundamentos, o ativismo obedece a razões normativas e filosóficas. As motivações normativas se ligam ao papel conferido ao Poder Judiciário pela própria Constituição, que prestigiou a função do juiz como controlador dos demais Poderes e guardião da Carta Magna. As justificativas filosóficas, por sua vez, se ligam à necessidade de se defender uma noção coparticipativa de democracia, em detrimento de uma ideia estatística – com isso, a pluralidade política está garantida na medida em que as minorias têm no Judiciário um *locus* de proteção de seus direitos. Outro fundamento filosófico se liga à constante necessidade de resgate da legitimidade da própria Constituição, por meio de sua atualização pelas vias da interpretação judicial.

Por tudo isso, a expressão ativismo judicial, que sugere uma atitude anormal, na verdade revela uma postura legítima e necessária por parte do Poder Judiciário.

Aprovado: 26/10/2015. Recebido: 01/09/2015.

NOTAS

¹ Ainda assim, conforme o autor, é inegável que, mesmo nesses sistemas, remanescem grandes diferenças nas funções exercidas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, já que ao primeiro incumbe a solução de litígios concretos e, portanto, uma atuação predominantemente aplicativa e executória, enquanto ao segundo incumbe normatizar de maneira abstrata e geral (RAMOS, 2010, p. 107 e 109).

² Nas palavras de Montesquieu: “*Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n’y a point de liberté; parce qu’on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement*”. (MONTESQUIEU, 1995, p. 112).

³ Tal redação foi repetida, com pequenas modificações, pelo art. 932, IV, a, e V, do Novo Código de Processo Civil, que entra em vigor em março de 2016.

⁴ Acerca da resposta correta, Dworkin adverte, no prefácio de *O Império do Direito*: “Na interpretação de alguns críticos, o que eu quis dizer era que, nesses casos, uma resposta poderia ser demonstrada para todos como correta, de forma incontestável, ainda que eu tenha

ênfatisado, desde o início, que a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa uma resposta é diferente da questão de se poder ou não demonstrar que tal resposta é certa” (DWORKIN, 2007. P. XIII).

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Logan Caldas. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial*. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização (substituída pela Revista de Direito Internacional)* 8.1, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.
- BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional – Un Estudio Comparativo*. In: Centro de Estudios Constitucionales. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad: investigación colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. 69-92.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília V. 5. Número especial (2). P. 02-22. 2015.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARVEY, John H.; ALENIKOFF, Thomas. *A Modern constitutional theory: A reader*. West Academic Publishing, 2003.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, 92 *California Law Review*. California, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 25. Jun. 2015.
- LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 275-303, jan./jun. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito –UFPR*, Curitiba, 47, p. 11-58, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat. *De l'esprit des lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1995.
- MORAES, Filomeno. *Executivo e Legislativo no Brasil pós-constituente*. *São Paulo em Perspectiva* 15.4 2001, 45-52.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROSANVALLON, Pierre. *La nueva cuestión social: Repensar el Estado providencia*. Buenos Aires: 1995.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- TORRES, Ana Paula Repolês. A relação entre constitucionalismo e democracia: revisões periódicas e abertura interpretativa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional –RBDC* n. 18, 2011, p. 183-203.

Ana Luíza de Moraes Rodrigues

Mestranda em Teoria Geral e Filosofia do Direito
pela Universidade de São Paulo (USP).
Graduada em Direito pela Universidade Federal
do Rio Grande do Norte (UFRN).

Rua Dr. Plínio Barreto, 173, apto. 254-B
Bela Vista
São Paulo/SP
CEP 013013-020
analuizamrodrigues@gmail.com