

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**DO ATIVISMO JUDICIAL À
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA:
LIMITES E ALCANCE**

**FROM JUDICIAL ACTIVISM TO THE
JUDICIALIZATION OF POLITICS:
LIMITS AND EXTENT**

**Antonio Dantas de OLIVEIRA JUNIOR
Centro Universitário de Brasília
(UNICEUB)**

E-mail: antoniodantasstjto@gmail.com

**Dênia Rodrigues CHAGAS
Faculdade de Ciências do Tocantins
(FACIT)**

E-mail: denia.enf@gmail.com



RESUMO

O presente estudo tem por escopo ver o papel do Poder Judiciário na perspectiva e no alcance do que se intitula ativismo judicial e judicialização da política, como também se esses instrumentos são contrários ou a favor de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva o artigo aventa a questão dos juízes substituírem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, sendo subjetivistas. Nos vieses do ativismo judicial e da judicialização da política não deve ocorrer é a politização dos tribunais, apesar de que não tem como separar o modelo ideológico do comportamento judicial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Autocontenção. Politização dos Tribunais. Criação do Direito.

ABSTRACT

The present paper has the objective to analyze the Judiciary's role on judicial activism and the judicialization of politics, as well as the compatibility of these instruments with the Democratic State of Law. In this perspective, the article exposes the substitution of the legislators' judgment by the judges' subjective value judgment. When it comes to judicial activism and the judicialization of politics, there should not be the politicization of Courts, even if there is no way of separating the ideological model from the judicial behavior.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of politics. Self-restraint. Politicization of Courts. Creation of Law

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer uma diferenciação em relação às expressões judicialização da política e ativismo judicial, pois apesar de extremamente parecidas não são sinônimas. A judicialização, diante da constitucionalização de direitos, deve ser entendida como a transferência de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em matérias de importante repercussão política ou social, ao Poder Judiciário? Haverá, portanto, interferência indevida de um poder em relação ao outro, ou apenas será respeitada a vontade do poder constituinte originário? (BARROSO, 2009, p.3).

É o ativismo judicial uma forma peculiar de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance, quando de uma norma jurídica aberta, em um *hard case* ou em situações em que o Poder Legislativo, injustificadamente, ao invés de atuar, retrai-se? É, na verdade, a afirmação do papel proativo do Poder Judiciário, uma forma de interpretação constitucional para criação e garantia de direitos, e a superação da figura do “legislador” negativo? Neste artigo, será relatado se esse fator acarreta ou não na perda da soberania popular.

Assim, apresenta-se como o problema de pesquisa: Será a judicialização uma invasão da política no mundo do direito, na medida em que, pós Segunda Guerra Mundial, algumas Constituições ocidentais passaram a prever uma pauta extensa de direitos e garantias fundamentais, e o ativismo judicial é o direito adentrando na seara da política, isto é, a prolação de decisões políticas por intermédio de tribunais e magistrados de primeiro grau?

Desse modo, como hipóteses aponta-se para os que relativizam o Poder Judiciário, por vezes vem ultrapassando os seus limites, notadamente quando, ao configurar ativismo judicial e jurisdicional, cria direito novo em aparente desrespeito ao poder titular do processo legislativo democrático, carecendo, portanto, de limites mais precisos, inclusive em relação ao próprio sistema de freios e contrapesos da separação de poderes.

E ainda, que em sentido contrário, a justiça constitucional sempre possuirá ampla legitimidade na concretização de direitos fundamentais, nunca desbordando de seus alcances, nem mesmo no instante da caracterização dos ativismos judicial e jurisdicional com a formação de um novel direito, isso porque não estaria agindo em desobediência aos Poderes Legislativo e Executivo, em função do princípio da força normativa da Constituição de Kelsen (2003) e do princípio da proteção insuficiente de Hesse (1991) que impõem, no primeiro caso, sua máxima efetivação, e, na segunda situação, a exigência de que os direitos fundamentais sejam protegidos de maneira suficiente, não importando os meios e caminhos para tal.

Nesta perspectiva o direito poderá ser visto como um fato isolado da política, apesar das normas jurídicas serem criadas por escolhas políticas, tendo em vista que a interpretação final deverá ser emanada do Poder Judiciário? Em respondendo positivamente serão menosprezadas as funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo na criação e execução de direitos fundamentais?

BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS E A SIMILITUDE DAS EXPRESSÕES ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. QUAL É O PAPEL DA SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL?

Passo ao estudo do termo ativismo judicial que, segundo a experiência norte-americana (VALLE, 2009, p. 20-21)¹, não possui um conceito uniforme, mas sim expressões ambíguas. Por um lado, é o compromisso com os direitos individuais, e, de outra banda, é o pensamento, a visão singularizada de cada juiz em relação às normas constitucionais. O sistema de controle de constitucionalidade, no caso concreto, mesmo sem previsão constitucional, diante da força do *common Law*, fora construído pela Suprema Corte Americana.

Um fato histórico precisa ser reconhecido: a nomenclatura ativismo judicial originou-se em uma revista americana com o nome de *Fortune* (VALLE, 2009, p. 20), em artigo escrito por Arthur M. Schlesinger, datada de janeiro do ano de 1947, sem cunho jurídico que esmiuçou as características dos juízes da Suprema Corte norte-americana entre os ativistas que decidiam de maneira diferente da jurisprudência prevalente.

Neste sentido, encontrava-se, por parte de alguns constitucionalistas, a crítica e uma conotação negativa ao comportamento judicial ativista, e os auto limitadores que mantinham a jurisprudência dominante. Assim, alguns juízes foram denominados de Ativistas Judiciais (activists) e outros de passivistas (self-restraint), e esta classificação não foi resultado de nenhuma reflexão conceitual (BRANCO, 2011).

Na verdade, o nascedouro, não da expressão, mais dos primeiros sinais do que seria ativismo judicial aconteceu no ano de 1920, na obra de Édouard Lambert, quando o mundo começava a debater os perigos de uma conduta judicial que superasse os limítrofes da própria função que, para os juízes norte-americanos, não seria mais uma novidade, pois já possuíam poder político para desconstituírem legislações que não atendiam a vontade constitucional (URBANO, 2013, p. 88)².

¹ Segundo Vanice acerca da expressão ativismo: “Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico: a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana FORTUNE, voltada não para juristas, mas para o público leigo. No artigo “The Supreme Court: 1947”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana: foram classificados como ativistas judiciais os juízes BLACK, Douglas, Murphy e Rutlege; como campeões de autolimitação, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton; e os juízes Reed e Vinson, como integrantes de um grupo de centro. Schlesinger Jr, ganhador do Prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país, tinha no ativismo judicial um elemento condicionante de sua análise, ao reconhecer, em uma linha divisória entre juízes ativistas e os de uma autolimitação, um reflexo de tendência liberal ou conservadora na atividade judicante de cada magistrado [...]” (VALLE, 2009, p. 20-21).

² Com propriedade fala a autora nos seguintes termos sobre ativismo judicial: “[...] Os primeiros sinais deste ativismo judicial podem ser vislumbrados em meados do século XIX, no *hallamark case Dred Scott v. Sandford*, de 1857. Mas é durante o período mais conturbado do *New Deal* (1935-37), que opôs a *Supreme*

A grande dúvida, academicamente, nos dias de hoje, é saber se o ativismo judicial, também intitulado “governo dos juízes”, é um instrumento contrário ou a favor de um Estado Democrático, isto é, se visa resguardar os direitos fundamentais, ou se é apenas uma forma do judiciário fazer impor suas vontades, com o argumento de aplicação e proteção de uma Constituição, em prol das escolhas dos representantes eleitos pelo povo. Normalmente, a expressão ativismo é usada de maneira pejorativa, todavia, a depender de como se utiliza, poderá ser algo positivo, o que seria para alguns um “estadismo” ou “sabedoria salomônica judicial (SMITH, 2015, p. 22, tradução nossa)”³.

A judicialização da política e das relações sociais, por sua vez, refere-se ao fato de que temáticas importantes sob o ângulo político, social ou moral estão sendo decididas, como última palavra, pelo Poder Judiciário. Nas lições de Barroso (2018, p.44) é uma transferência de poder, por vontade do constituinte originário, para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Nada mais, nada menos, está-se diante do fenômeno da constitucionalização abrangente e analítica, quer dizer; um assunto do cenário político passa a ser sindicável, por exemplo, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade.

A judicialização, portanto, é um fenômeno do paradigma institucional brasileiro, diferentemente do ativismo que é uma escolha acerca de uma forma, uma maneira de interpretar a Constituição, alargando o seu alcance, e, neste caso, a sua incidência, comumente é fruto da inércia do Poder Legislativo (BARROSO, 2018, P.49)⁴, mormente, em conteúdos delicados e com uma maior divergência no seio da sociedade.

Court à Administração Roosevelt, que a discussão em torno dos alegados excessos cometidos pelos juízes no exercício da sua função assumiu proporções relevantes e alarmantes. A uma atitude de constante sabotagem da legislação social e econômica que procurava implementar, respondeu o Presidente *Roosevelt* com o *Court-packing plan*, que tentou fazer passar, sem sucesso, no Congresso. Com este plano, destinado a alterar a composição da *Supreme Court*, pretendia o Presidente Roosevelt formatar este tribunal superior aos interesses das suas políticas de cariz social. Apesar de perdida a batalha, a guerra contra o “criativismo” da *Supren Court* foi ganha por Roosevelt. Efetivamente, a batalha do *New Deal* fez cair por terra o “mito do judiciário”, chamando a atenção da opinião pública para as circunstâncias de um órgão destituído de legitimidade democrática estar, afinal a fazer política [...]”.

³ “[...] Assim, os conservadores reclamam do ‘ativismo’ quando o Tribunal se intromete no governo para derrubar leis tradicionais de matrimônio ou restrições de aborto; progressistas clamam ‘ativismo’ quando os juízes intervêm para proteger direitos de liberdade de expressão de corporações contra campanhas de regulação de finanças [...]”.

⁴ “No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Entre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição da fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 2013, no caso *United States X Windsor* não conheceu ser o casamento apenas a união entre um homem e uma mulher, e, portanto, declarou a lei inconstitucional. Segundo Steven D. Smith, o argumento da Suprema Corte foi, apesar de outras justificativas, direcionada no sentido de que o objetivo do Congresso Americano foi o de menosprezar um grupo impopular, agindo, assim, com base na “maldade.” Para o professor citado, não é possível que os juízes da Suprema Corte possam afirmar que os membros do Congresso atuaram com “hipocrisia ou mentira”, tampouco uma grande parcela da população americana. Conclui o mencionado autor, que os integrantes da Suprema Corte, mesmo com a justificativa de tratar a todos com igual respeito, foram eles que não tiveram respeito com os que discordam de suas decisões (SMITH, 2015).

A posição mais adequada de uma Suprema Corte, em assuntos dessa espécie, não é definir se o Congresso Americano agiu com “ódio ou não”, mas se restrições a direitos fundamentais foram ou não utilizadas de maneira proporcional, seja qual tenha sido a justificativa apresentada pelo legislativo. Essa, sim, deve ser a “razão” da decisão de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

O fato é que surge um debate acerca do modelo real das relações entre direito e política, isto é, o que realmente ocorre quando de uma prestação jurisdicional e na interpretação das normas jurídicas, na medida em que há elementos que norteiam um magistrado, com uma atuação criativa, em casos difíceis que estão além da boa aplicação do direito. Para Barroso (2018, p. 42)⁵ (...) “Por fim, são identificados diversos fatores extrajurídicos relevantes, capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento, como os valores pessoais do juiz, as relações do Judiciário com outros atores políticos e a opinião pública, entre outros(...)”.

Sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, no artigo “O princípio da igualdade e o direito de ser diferente nas uniões homoafetivas”, de minha autoria, houve contrariedade a uma parte da decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que autorizou o instituto do casamento, por entender, neste ponto, que seria matéria exclusivamente do legislador a definir o casamento, ou outra denominação para o enlace de pessoas do mesmo sexo. O que não poderia acontecer, como de fato não ocorreu, seria a mais alta corte brasileira, negar o caráter de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo.

público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde (...)”.

O ativismo judicial, quando estruturado no subprincípios da proporcionalidade, ou mesmo, diante de uma ponderação racional em caso de omissão legislativa, não pode ser visto como um opróbrio, nem ser taxado de uma filosofia em que magistrados imponham suas opiniões e pontos de vista em desonra à lei ou à falta dela (RIBEIRO, 2015)⁶. Exercer o ativismo judicial da maneira aqui colocada, não é permitir aos juízes a escolha de preferências políticas subjetivas, ao invés de imparcialmente aplicar a lei no seu sentido inicial, mas, ao contrário, é preservar a vontade do constituinte originário, a dignidade dos cidadãos. A vontade original da lei, não pode se sobrepor a uma limitação desmedida de direitos fundamentais.

Uma constatação indubitável, com o passar dos anos, é a diminuição da distância do alcance, apesar das diferenças, do termo ativismo no Brasil e nos Estados Unidos, na medida em que, este último adota o sistema da *Common Law*, e aquele o sistema romano-germânico.

No formato do Common Law a participação do judiciário é decisiva para a criação do direito através de casos concretos, com a vinculação das decisões judiciais baseada na fórmula do *Stare Decisis*, na qual uma situação análoga a outra anterior deverá ser julgada da mesma maneira, ou seja, é a verticalização e horizontalização dos precedentes. Elival assim define como “[...] a capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras” (RAMOS, 2014, p. 108).

Nessa vertente, atualmente, no Brasil, com a Súmula Vinculante, instituto disciplinado pela emenda constitucional nº 45/2004, intitulada de Reforma do Judiciário, conferiu a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, diante da reiteração de julgados no mesmo sentido, vincular algumas matérias levadas ao Estado-juiz, no sentido de uniformizar as decisões, o que se estende a administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. Para que isso ocorra, além de requisitos formais é imprescindível analisar os aspectos materiais envolvendo reiteração de decisões sobre matéria constitucional e a existência de controvérsia judicial entre órgãos judiciários ou entre eles e os órgãos da Administração Pública⁷.

⁶De maneira totalmente contrária ao pensamento exposto no parágrafo, e com aversão, ao menos, de visualizar uma perspectiva positiva do ativismo judicial na seara de uma jurisdição constitucional, [...] ‘Ativismo Judicial contra austeridade em Portugal’ eu certamente não tive a intenção de elogiar juízes do Tribunal Constitucional Português, e eu esperava que meus leitores percebessem isso imediatamente. ‘ativismo’ é raramente usado como um termo de aprovação quando se fala sobre julgar – um juiz acusado por ‘ativismo’ é responsável por dano de alguma forma, apesar de não ser claramente algo tão sério quanto extravio da justiça ou corrupção direta.

⁷ Artigo 103-A da Constituição Brasileira “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional,

É perceptível, em uma análise perfunctória, afirmar ser a súmula vinculante um instrumento peculiar de legislação por parte do poder judiciário que ao mesmo tempo cria e aplica um direito em um caso concreto. Na jurisdição constitucional é possível, diante do controle de constitucionalidade, em casos concretos ou abstratos, criar normas pela interpretação da vontade do Constituinte originário, e isso, apesar da proximidade de conceituação com o termo ativismo judicial, não é a mesma coisa que editar súmulas vinculantes.

O Supremo Tribunal Federal, ao editar uma súmula vinculante, possuirá um grau de liberdade de conformação bem inferior ao do legislador, isso porque os integrantes da Suprema Corte estão vinculados a um entendimento jurisprudencial consolidado, e que, apenas reflexamente poderá ter um sentido normativo geral. Para Manoel Gonçalves, a Suprema Corte, por intermédio das súmulas vinculantes, possuem “uma função paralegislativa” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 268).

Independentemente da natureza jurídica da súmula vinculante, ela nada mais é do que a criação de uma norma legal com as características da obrigatoriedade, generalidade, abstratividade e impessoalidade. Assim, diante da situação há ofensa ao princípio da separação de poderes? A matéria constante em súmula vinculante não obriga o Poder Legislativo que poderá criar leis com conteúdos diversos, todavia, o malefício da súmula vinculante é engessar a interpretação judicial constitucional com o passar dos tempos, a não ser que o legislador atue de maneira proativa em cada momento da vida em sociedade.

Um fato mundialmente inegável é a proximidade entre a performance dos julgadores e a dos legisladores, o que merece reportar os ensinamentos de Kelsen (1984, p. 268):

[...] A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes [...].

É a complexidade em saber se o termo ativismo judicial deve ser visto como algo negativo ou positivo em relação à separação de poderes e à democracia. É inquestionável, no sistema do *common Law*, uma participação ativa, intensa do Poder Judiciário no processo, dificultando o reconhecimento de uma conduta ativista negativa. Diferentemente, durante longos anos, foi o judiciário brasileiro que seguia o modelo do *civil Law*, já que

aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”.

Antonio Dantas De Oliveira JUNIOR; Dênia Rodrigues CHAGAS. DO ATIVISMO JUDICIAL À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: limites e alcance. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. AGOSTO-OUTUBRO/2022. Ed. 39. Vol. 2. Págs. 67-92. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

não atuava como legislador positivo, a não ser comunicando o Poder Legislativo das omissões constitucionais⁸.

No modelo adotado pela maioria das Constituições do mundo ocidental é indissociável o direito da política (ativismo judicial) e a política do direito (jurisdicização da política), isto é, decisões políticas, via tribunais, e Constituições com pautas extensas, sem deixar passar em branco a figura contemporânea da jurisdicização das relações sociais, em que a sociedade civil está mobilizada para garantia de direitos individuais, coletivos e difusos.

Apesar da similitude com a jurisdicização da política, o ativismo judicial possui peculiaridades, sendo a principal aquela que possibilita ao magistrado interpretar a Constituição para além do seu sentido original. Uma curiosidade é buscar a compreensão sobre a necessidade de uma interpretação judicial mais abrangente e o seu motivo. Isso ocorre, geralmente, em questões extremamente delicadas, sensíveis e sem um entendimento da sociedade, o que recai na classe política, pois, temerosa com o resultado de eleições futuras e a possibilidade da perda do “poder”, preferem não regulamentar esses assuntos de veras importantes, tendo como resultado uma falta de efetivação de direitos de primeira linhagem, e inevitavelmente acarreta a busca dos cidadãos pela sindicabilidade⁹.

Ativismo judicial, para Ramos (2014), é a atuação da função jurisdicional para além dos limites estipulado pelas normas postas, ou seja, é um acréscimo, um excesso da competência do Poder Judiciário, e, por isso, em regra, a expressão ativismo não é aceita de bom grado quando utilizada pelo Poder Judiciário, sobretudo, pelo argumento do desrespeito ao princípio constitucional da separação de poderes e da usurpação de funções.

Sobre a judicialização e o ativismo judicial, relata Streck (2009, p. 15):

⁸ Exemplificando o Mandado de Injunção 712/PA que tratou da greve dos servidores públicos. Em casos anteriores o STF limitava-se a cientificar o Congresso nacional de que este estava em mora. A partir de 2007 a Suprema Corte passou a adotar uma posição mais concretista, destaque para trechos do voto do Ministro Celso de Mello, o atraso de 19 anos para regulamentar um direito constitucional “traduz incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição Federal [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos”.

⁹ “Dialogando com Dominique Rousseau, o professor aponta que, ante a insuficiência da via parlamentar com uma ligação entre os cidadãos e o poder – o que, no caso brasileiro, podem ser corroborados pelo grau de insatisfação da sociedade com os parlamentos e nossa herança patrimonialista, argumentos que leio nas entrelinhas de seu artigo-, colocando a democracia representativa como algo sazonal, as Constituições modernas dão às sociedades uma democracia contínua, pois a jurisdição constitucional permite “aos indivíduos exercer um trabalho político: o controle, fora dos momentos eleitorais, da ação do governantes.”.

[...] Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos [...].

Para saber o que está por trás da decisão judicial, necessário se faz uma pincelada sobre o realismo jurídico norte-americano, movimento intelectual surgido na primeira metade do século XX. Justifica-se essa escolha pelo fato de o realismo jurídico, além de responsável por uma das mais interessantes teorias acerca da decisão judicial, ter acessado o processo de tomada de decisões judiciais a partir da observação da prática de como os juízes efetivamente julgam os casos. Jerome Frank, um dos grandes nomes do movimento, afirmava que as decisões redigidas por juízes eram apenas uma representação imprecisa dos processos mentais reais que ocorrem em suas mentes (CAPURSO, 1998, p.6). A análise do realismo jurídico norte-americano tem como objetivo trazer luz para a questão de como efetivamente os juízes produzem suas decisões.

Fica evidente que, para os realistas, juízes decidem de acordo com suas preferências pessoais, não sendo o direito plenamente determinado, e, posteriormente, definem sua argumentação jurídica, com o fim de explicitar o resultado por eles desejado (TAMANHA, 2010). Em sendo assim, diante de questões não muito claras, uma substituição de maioria parlamentar por um maioria togada seria salutar à democracia em razão de um julgamento com influência de razões extralegais? Ou seguindo a linha realista seria correta, já que inerente ao ser humano, as decisões judiciais baseadas (consciente ou inconsciente) em vieses pessoais ou políticos, construído a partir de instintos, com a análise primeira do fato, decisão e, em seguida, a busca pela regra ou princípio?

Segundo a professora Patrícia Perrone (2015, p. 57), o modelo ideológico de comportamento judicial, a ideologia dos magistrados constitui o elemento central, determinante da decisão judicial. Mormente nos casos difíceis, são os valores e as crenças dos juízes que proporcionam a verdadeira explicação para seus votos. As normas jurídicas, os precedentes judiciais, os métodos de interpretação e aplicação do direito, ou seja, o discurso jurídico que fundamenta o julgado é, na verdade, elaborado a posteriori, depois de tomada a decisão sobre o mérito da causa e apenas para legitimá-la. Na minha visão, o que

não pode acontecer é uma ideologia partidária e a politização dos tribunais, em que a paixão se sobreponha à razão.

Decorre especificamente o ativismo judicial, bem verdade, da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem acarretado apreciações críticas, muitas vezes injustas, ao Poder Judiciário em virtude da discussão em saber qual é a leitura correta de dispositivo constitucional de cunho aberto, em casos difíceis, diante da omissão, da ação de uma lei ou de uma política pública. O magistrado comprometido com o Estado Constitucional de Direito é aquele que, argumentativamente, localiza-se entre a lei e o decisionismo.

Qual a técnica a ser utilizada para afirmar que uma decisão judicial é ativista? É pelo controle de constitucionalidade? No modelo de Estado Constitucional de Direito, em uma primeira análise, não, eis que os Poderes Legislativo e Executivo devem respeito e obediência ao Texto Constitucional. O ponto crucial da configuração do ativismo como algo negativo é a reiteração da conduta de um órgão jurisdicional com nítido caráter de desafio aos outros poderes, apenas transformando uma vontade subjetiva de um órgão, em outra vantagem subjetiva de outro órgão (VALLE, 2009, p. 21).

Conclui-se que os três Poderes interpretam a Constituição, realizam um controle recíproco entre eles para coibir o surgimento da arrogância de uma dessas funções ou a origem de “instâncias hegemônicas”¹⁰. A abrangência interpretativa não pode deixar de atender os valores e os objetivos constitucionais, e, diante dessa verdade, surge o questionamento: entre os poderes, quando não houver consenso em razão da interpretação de uma norma constitucional, qual vontade deverá vingar? Frise-se que nem toda matéria deve ser levada e decidida pelo judiciário, mas quando houver a necessidade da atuação de um tribunal, essa última vontade deve prevalecer.

A CAPACIDADE INSTITUCIONAL E O EFEITO SISTÊMICO: O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. PODE-SE FALAR EM CRIAÇÃO DO DIREITO?

Entre a dança interpretativa dos poderes estatais é preciso atenção a dois aspectos: as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, aquela com atenção a qual poder está mais apto, em assuntos de uma maior complexidade técnica ou científica, não necessariamente o judiciário, mais sim as instância políticas, embasadas em pareceres de profissionais técnicos da área, a proferirem decisões com eficiência, um maior acerto, e,

¹⁰ Expressão citada pelo Ministro Celso de Melo, Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça da União, 12 de maio de 2000, MS nº 23.452/RJ.

portanto, proporcional. Nessa situação, a interferência do judiciário é maléfica, mesmo sendo o legitimado da última palavra.

Partindo para os efeitos sistêmicos, o magistrado deverá agir com cautela e prudência no ato de decidir, justamente por ele ter sido preparado para assegurar uma justiça no caso concreto, com a nomenclatura de microjustiça (BARCELLOS, 2007, p. 34).

Dessa maneira, um juiz nem sempre é embasado em informações ou em conhecimentos para mensurar as consequências, em processos singulares, de suas decisões. Como exemplo, a dificuldade do Poder Judiciário possuir detalhes sobre a situação econômica real de um ente público, correndo-se o risco da escolha judicial ser temerária e prejudicial à determinada política pública ou a determinada legislação e, conseqüentemente, a toda coletividade.

É preciso que o Estado-Juiz, por falta de capacidade institucional, não chegue ao ponto de desorganizar a atividade administrativa com a afetação na distribuição dos recursos públicos (BARROSO, 2014). Embora seja evidente que, no modelo atual democrático, a autoridade judicial deverá interferir no resguardo de direitos fundamentais, porém isso não impede, em algumas situações criteriosas, o judiciário de auto limitar-se e de não exercitar o poder por falta de aptidão técnica.

Assim sendo, em relação ao efeito sistêmico e a capacidade institucional o Poder Judiciário, regra geral, respeitará as escolhas e valorações das casas políticas especializadas, com a ressalva de que as atuações, destas últimas, possuam razoabilidade e obedeçam ao procedimento adequado. Em não sendo assim, não haveria sentido na criação de um Estado Constitucional de Direitos, o que, nas lições de Barroso (2009, p. 19): “Deferência não significa abdicação de competência”¹¹.

A terminologia ativismo judicial não pode ser confundida, segundo doutrina abalizada, com a criação judicial do direito, isso porque é da competência do julgador transformar um direito legislado em direito interpretado e aplicado. O problema é quando o texto constitucional possui uma norma com conteúdo jurídico indeterminado, com interpretações diversificadas e em que há excessos.

¹¹ O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Em virtude do até aqui expandido, constata-se ser a judicialização da política o mecanismo em que uma parcela de questões de repercussão política ou social poderá ser decidida por órgãos do Poder Judiciário, e não pelos Poderes Legislativo e Executivo, por vontade da Constituição e não do Poder Judiciário. Na judicialização envolve legitimamente uma “troca de bastão” do legislador para o julgador, com uma nítida alteração na forma de argumentação e no modo de atuação da sociedade.

Conforme Barroso, *litteris*:

[...] A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. 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. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo [...] (BARROSO, 2009, p. 3).

O ativismo judicial é mais intenso e extremamente perigoso, quanto da maior probabilidade de desrespeitar os limites de um poder sobre o outro, tendo em vista o aumento do “raio de ação” de juízes e tribunais, com o fim de assegurar os desejos constitucionais em assuntos que não foram expressamente definidos na Constituição ou pelo legislador infraconstitucional, tendo a expressão ativismo a pecha de ser pejorativa. É o que Urbano denomina extração de direitos das “zonas de penumbra” da Constituição Federal (URBANO, 2011).

Na direção contrária ao ativismo, encontra-se a não atuação do Estado-juiz, e, como consequência, a sua não invasão generalizada na competência dos demais poderes. Assim, as questões constitucionais, aparentemente sem solução, naquele momento, permanecerão à espera das instâncias genuinamente políticas (BARROSO, 2009, p. 7)¹². Esse acúmulo do judiciário é identificado, na teoria constitucional, como dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 16).

¹² Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário [...] (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas [...]. O ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas [...].”

É surreal imaginar que uma nação torne-se um Estado social em demasia e não sofra graves consequências econômicas, bem como, em razão da pluralidade da sociedade e sua implosão, o Estado-Legislator e o Estado-Gestor não acompanham e regulamentam em tempo hábil as transformações da sociedade no caminho da pacificação social. Diante da situação, nas democracias contemporâneas, com uma quantidade volumosa de litígios, surge a figura do juiz (XIMENES, 2012) como o único guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.

Entre o ativismo judicial e a judicialização da política está a atualidade do debate constitucional em todas as partes do mundo (URBANO, 2011, p. 10)¹³, principalmente no que concerne à relação entre o poder judicial, a legitimidade democrática e as instâncias tradicionais políticas. Pergunta-se: Toda interpretação judicial pode ser considerada ativista? Como se verá mais adiante, nem toda interpretação, ou, para alguns, a “criação do direito”, é ativista.

No que tange ao ativismo judicial, no início do trabalho, houve a citação de alguns casos ocorridos nos Estados Unidos, e a constatação foi à alternância de formas de ativismo com a autocontenção judicial.

Em relação ao ativismo, dividiu-se em dois instantes distintos: o primeiro, conservador e sem a preocupação com os direitos fundamentais, mas favorável às liberdades contratuais e às liberdades econômicas; o segundo, liberal e focado nos valores majoritários e progressistas do mundo contemporâneo (URBANO, 2013, p. 93)¹⁴.

A autocontenção judicial baseou-se na presunção de constitucionalidade das leis, e, principalmente, no judiciário evitar a expansão de direitos assegurados na Constituição, além de não interferir na proteção de direitos não assegurados expressamente na lei Maior (ZOLLER, 1994, p. 168).

Na relação entre estado de direito, democracia, ativismo judicial e da judicialização da política, sintetizou Sanchis:

[...] mais princípios que regras; mais ponderação do que subsunção; onnipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em vez de espaços vazios em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em vez de

¹³ Em relação ao alcance global do ativismo: “Apesar de inicialmente sediado nos EUA, o debate acerca do ‘ativismo judicial’ ou do ‘governo de juizes’ (porventura as expressões mais comuns) acabaria por transpor as fronteiras deste país, universalizando-se, e até os auto-contidos tribunais constitucionais alemão e português já fizeram a sua incursão em ‘terrenos legislativos’”.

¹⁴ Segue lições da autora portuguesa sobre o ativismo: “Resta dizer que um traço comum ao ativismo conservador e ao ativismo liberal é o de que em ambos os casos o ativismo constitui na afirmação de direitos que não estavam constitucionalmente consagrados, pelo menos de forma expressa [...]”.

autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em vez de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas [...] (SANCHIS, 2003, p. 131).

O que fica perceptível, trazendo para os dias atuais, é que as decisões judiciais emanada dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes podem ser, em determinados momentos, ativistas ou autocontidas. O mais complexo é compreender a possibilidade de na mesma decisão judicial as condutas dos juízes serem, simultaneamente, ativistas e autocontidas.

No caso luso, algumas leis que restringiram direitos sociais de servidores públicos, durante a crise econômica, foram declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, daí os ministros atuaram de maneira ativista em relação aos direitos sociais, e auto contidos em razão das liberdades civis.

Apesar da afirmação acima, ser ativista não é igual a ser liberal; e ser conservador, não é o mesmo que autocontenção. Assim, uma decisão judicial que diz o direito a uma situação não expressamente prevista na Constituição pode ser conservadora na defesa das liberdades contratuais e interesses econômicos, ou liberal na proteção de liberdades individuais e direitos de defesa clássicos. Por fim, não pode ocorrer é o ativismo aristocrático, onde sempre vigorará a vontade política daqueles que indicaram os integrantes da Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

Na relação entre ativismo judicial e autocontenção, por dever acadêmico, enfatizo a Teoria do Minimalismo Judicial, desenvolvida por Thayer (1893)¹⁵, avessa ao controle judicial de constitucionalidade, com a seguinte ponderação:

Essas opções teóricas são rejeitadas pelos críticos que as consideram como meio para aumentar o poder dos juízes, em detrimento de órgãos eleitos pelo voto popular e estão mais preparados para tomar decisões em temas políticos ou de alta complexidade técnica. O texto constitucional é aberto e vago (baixa densidade normativa). Isso equivale, segundo os críticos, à decisão de encarregar o legislador e o Executivo da concretização de normas abstratas de maneira discricionária. Essa decisão do constituinte limita a amplitude e a profundidade do controle judicial, pois em muitos casos faltam critérios constitucionais objetivos para invalidar a opção do legislador. Essa é a tese central do minimalismo judicial (DIMOULIS, 2015, p. 465).

¹⁵ Professor de direito em Havard, a Teoria Minimalista encontra-se em um trabalho publicado em 1893, intitulado “Origem e finalidade da doutrina Americana do direito constitucional”.

A teoria minimalista, por obviedade, conduzem juristas a defenderem a tese da autocontenção do judiciário, haja vista que os Poderes Legislativo e Executivo possuem legitimidade para dar a última palavra em sede de interpretação constitucional.

Consoante o expendido, volta-se ao princípio da proporcionalidade, e com isso o magistrado não deve ser passivista e manter-se inerte em flagrante lesão à Constituição, tampouco ativista, sem um substrato consistente, com a intervenção exagerada em assuntos políticos. Essa teoria (minimalista) não tem vazão no nosso ordenamento jurídico que é embasado pelo instituto do controle de constitucionalidade.

A grande dificuldade do Estado-Juiz está, essencialmente, no âmbito social, especificamente na área da saúde, educação, etc. Neste sentido, são os ensinamentos do Desembargador Nalini (2013, p. 386): “O ativismo pode ser um fator preocupante, quando o juiz tende a fazer justiça no varejo e a produzir injustiça no atacado”.

A judicialização da política é advinda do constitucionalismo dirigente, surgido após a segunda guerra e da crise de representatividade, tendo como consequência o aumento da litigiosidade. O ativismo judicial, por outro lado, é um decisionismo jurídico que pode ser legítimo ou ilegítimo.

O ativismo judicial ocorre nas situações em que se aplica, de primeira, a Constituição em temáticas não definidas expressamente pelo constituinte, e, ao mesmo tempo, sem a espera da atuação do legislador ou do executor diante das zonas de silêncio, sob a batuta da imprescindibilidade e da normatização da realização dos valores constitucionais (BARROSO, 2009, p. 6).

Questiona-se: É o ativismo judicial uma forma de criação de direito novo¹⁶ ou um modelo de interpretação? O ativismo judicial é salutar para a democracia? A interferência do Poder Judiciário, quando do ativismo judicial, atingindo o raio de alcance dos demais poderes é legítima? A resposta, seja ela qual for, poderá chegar a “um beco sem saídas.”

Em não havendo previsão constitucional explícita, e sendo a omissão do legislador ordinário ou do gestor, da época, baseadas nas tradições e costumes de um povo, o

¹⁶ No julgamento do Supremo Tribunal Federal referente ao caso específico da perda do mandato por desfiliação partidária houve, segundo Elival, uma nova criação de direito: “[...] De modo até mais contundente do que na jurisprudência examinada no item anterior, a construção empreendida pelo Supremo Tribunal Federal para, sob determinados pressupostos, impor ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional a perda de mandato em caso de desfiliação partidária configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte. O rigor científico exige que se aparte, no exame da atuação do STF, tanto aqui como em qualquer outro exercício supostamente ativista, a discussão sobre o fim que se pretendeu atingir, invariavelmente dignos de serem prestigiados, porém mediante a indispensável intermediação normativa. A afirmação de um princípio constitucional 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 conduta. [...]” (RAMOS, 2014, p. 249-250, grifo nosso).

ativismo judicial precisa ser evitado em atenção ao princípio democrático da separação dos poderes. Entretanto, a interpretação judicial e a criação do direito se completam, ou seja, um juiz quando interpreta uma lei infraconstitucional ou constitucional estará de certa forma criando um direito, apesar de não poder ele (intérprete) agir de maneira plena e irrestrita (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)¹⁷. A “criação judicial”, nos termos aqui apresentada, é legítima.

O problema surge, no momento em que a passagem do tempo impiedosamente avança, e a geração do futuro transforma-se em atual, mas a Constituição continua a mesma, estagnada, e o legislador permanece inerte. Aqui, é inaceitável que uma sociedade não veja seus direitos reconhecidos, por obra de uma maioria essencialmente política de índole tendenciosa, discriminatória e corrompida.

O caso que envolve gerações, e como a jurisdição constitucional poderá atuar é bastante delicado por dois motivos: o primeiro é saber se uma geração, quando da promulgação de uma Constituição, pode impor os seus desejos a outra geração (ELSTER, 2009, p. 124); o segundo é ser o Estado-Judicial capaz de aferir se determinada situação posta passa por um conflito intergeracional.

Na última citação, em constatando o conflito entre gerações, haverá uma nítida atuação de um poder originalmente não político em situações constitucionais não expressas na Constituição, por intermédio da interpretação ou pela criação de um direito novo. A Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Portuguesa de 1976 passam por conflitos intergeracionais?

A cultura baseada em crenças, tradições, costumes e “preconceitos”, em momentos históricos iniciais, é compreensível e conduz a atuação dos poderes legislativo e executivo, contudo essa situação não pode eterniza-se e, por obviedade, impedir o legislador ou o administrador de promoverem as ações necessárias em prol de toda a comunidade, a uma pelo aparecimento de situações novas com a evolução da sociedade; e a duas pelo fato da opinião pública majoritária – povo, detentor do poder –. Neste último caso, mesmo sendo o medidor da atuação de representantes populares, muitas vezes, é alavancada por fatores

¹⁷É esse o sentido do texto: “[...] não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se, contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação da total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais, quanto substanciais [...]”.

emocionais, por paixões, ligados a uma propaganda ideológica, política ou econômica, e não pela racionalidade (CAETANO, 2014, p. 381).

Partindo da premissa de que o Poder Legislativo e o Poder Executivo não acompanham a evolução intergeracional de uma sociedade e, como consequência lógica, deixa a mercê direitos fundamentais, surge a figura da jurisdição constitucional e da teoria da maioria de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte que, a depender dos critérios de escolha, do perfil e da índole dos seus componentes, pode ou não ser paradigma para adentrar mais profundamente na zona de atuação dos outros dois poderes.

Assim sendo, a interpretação judicial mais abrangente dos valores e fins constitucionais nem sempre será o melhor caminho para um Estado Democrático de Direito, mas também não quer dizer que seja o pior ou não possa ser utilizada. Como, então, legitimar a figura dos juízes constitucionais em sede de ativismo judicial sem que haja rompimento com o princípio da separação de poderes?

Algumas situações que incentivam o ativismo: magistrados que asseguram ou alargam a Constituição de acordo com a realidade, sendo ela do povo (URBANO, 2013, p. 97-98); a participação de terceiros interessados no processo judicial, também conhecidos como *Amicus Curiae*; inúmeras demandas ajuizadas e o juiz atuando com uma legitimidade democrática indireta, passando a assegurar direitos fundamentais ao povo; decisão judicial contrária a uma opção política dos demais poderes é enveredada na argumentação jurídica, mesmo discutindo um assunto político; minorias excluídas e insatisfeitas no sistema de democracia representativa valendo-se do Poder Judiciário; etc.

Há quem defenda a figura do juiz constitucional decidindo questões políticas, mas também judicial, pelo fato de ser possível, posteriormente, uma nova legislação regulamentando a matéria de maneira diversa. Essa justificativa é contraproducente, eis que pode haver um controle de constitucionalidade e voltar a prevalecer a medida judicial anterior (DWORKIN, 2002, p. 18).

A única certeza, por ora, é que diante das normas jurídicas abertas, quando de uma interpretação judicial haverá a criação de um direito, não tendo como conceituar de maneira diferente as decisões judiciais com a contribuição criativa e a figura interpretativa. A dúvida é se essa situação é boa ou ruim (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

O que está configurado no mundo atual do direito sobre o ativismo judicial são grupos doutrinários e jurisprudenciais antagônicos. Para os ativistas não é possível ao judiciário, desde que devidamente interpelado, manter-se inerte diante de uma letargia, de uma influência clientelista, de uma incompetência administrativa dos outros poderes que

ocasionará em inúmeras lesões a direitos fundamentais, na medida em que, por obediência ao princípio da igualdade, todos os poderes constituídos têm o dever de assegurar e efetivar a Constituição. Para ser democracia não basta o nome, o conceito, é preciso a inexistência de vícios.

Os que propalam a autocontenção judicial, de prima, veem uma afronta ao princípio da separação de poderes com juízes tirânicos que julgam, legislam e administram politicamente quando deveriam concretizar, por intermédio da interpretação, as escolhas dos representantes populares.

Em assim sendo, não passa, sequer de longe, a figura do magistrado como legislador positivo diante de tamanha inconstitucionalidade, juntando-se ao fato que os aplicadores, intérpretes do direito, não passam pelo crivo dos eleitores e não existe controle de suas decisões, a não ser pela consciência da autocontenção.

O ativismo judicial, portanto, recebe o contraponto da autocontenção judicial que coíbe o judiciário, através de seus integrantes, de terem ingerência nos poderes eleitos pelo voto popular (BARROSO, 2009, p. 7). Por essa fronteira, não é possível que a Constituição de maneira direta e sem o caso estar devidamente estabelecido no seu texto possa ser assegurada por juízes, em virtude da problemática ser política.

Situação melindrosa ocorre em normas constitucionais valorativas abertas, de conteúdo jurídico indeterminado, é que o Poder Judiciário, quando de uma atuação, no ato da interpretação precisará dizer o direito, mas não poderá livremente criar o direito. É o que se intitula de dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 16).

O professor Andrade (1991), complementando a tese crítica do ativismo, menciona uma visão extensiva da separação de poderes, com a impossibilidade do Poder Judiciário modificar a Constituição sem que haja processo de reforma ou de revisão constitucional, nos seguintes termos: “[...] a separação de poderes não existe apenas entre os poderes constituídos: há também, de outro modo, uma divisão de poderes entre o poder constituinte e os poderes constituídos [...]”. (BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, 1991).

É o pensamento da corrente do originalismo propalada por Ely (1980): “Os juízes devem ter em conta tão-somente as normas que decorrem explicitamente da constituição ou (que estão) pelo menos claramente implícitas no seu texto [...]”.

Na premissa deste último autor Hart (2007), o mínimo de dúvida que passar pela mente de um juiz sobre se o alcance da interpretação foge do narrado por ele é sinal que precisa aguardar pela atuação do poder constituinte originário ou pela competência reformadora. De outra forma, na mudança do texto constitucional haveria uma prevalência

das convicções sociais, econômicas, etc, dos tribunais em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Coelho (2010), fazendo uma diferenciação com a Suprema Corte, entende que o Tribunal Constitucional poderá criar o direito e, portanto, perfeitamente possível o ativismo judicial. O fundamento do autor é que os Tribunais Constitucionais não integram nenhum dos poderes consagrados em uma Constituição, mas, de forma independente, possui a missão de controlar a constitucionalidade dos atos normativos emanados dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Logo, os poderes tradicionais não podem furtar-se ao estatuído em uma Constituição, sendo o Tribunal Constitucional uma espécie de garantidor.

É de bom alvitre mencionar que a discricionariedade dos ministros de um Tribunal Constitucional não pode ser absoluta ou ilimitada ou disfarçada, até porque já é arbitrariedade, e eles também têm o dever de obediência à Constituição.

Fazendo um contraponto a Cappelletti, apesar dos ministros de um Tribunal Constitucional serem, em regra, escolhidos pelo Chefe do Executivo com a anuência do legislativo e possuírem uma representatividade popular reflexa, esse fator, caso não haja estrita obediência à Constituição, não é suficiente para que possa criar o direito livremente, sem controles, na medida em que incidirá nos mesmos equívocos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A perspectiva de esperar a atuação do Estado-Legislator e do Estado-Administração, no plano do ideal, é irretocável pelo fato de presumir que eles sempre respeitarão os direitos fundamentais, seja garantindo-os, seja restringindo-os a depender da situação e do balanceamento. Por isso, a decisão final ficará a cargo da representação popular, conforme a teoria da autoridade, contudo não é o que se vê na prática, principalmente nos países em desenvolvimento.

Nos tempos hodiernos não se pode mais fugir da constatação do princípio da força normativa da constituição, e, em sendo o poder político eleito desidioso, injustificadamente, ou atuante com arbitrariedade legislativa, deixando ao relento valores fundamentais, o que deverá acontecer? Segundo Dworkin, como os trunfos em um jogo de cartas, a maioria eleita, além de observar o procedimento, a forma, precisará ater-se ao aspecto substancial das normas constitucionais por serem os direitos fundamentais trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2006, p. 79).

Nesse cabo de guerra ativista e de autocontenção deverá prevalecer, primeiramente, uma ponderação justificada ou mesmo uma omissão coerente com a Constituição pelas

instâncias políticas originárias, senão os tribunais deverão manifestar-se com proporcionalidade e bom senso. É que, não sendo causa de espanto e muito comumente acontece, a possibilidade de haver uma omissão ou ação de representantes eleitos democraticamente contrárias à Constituição.

De igual maneira, sendo plenamente plausível, a conduta de julgadores que, apesar de invocarem a Constituição, atuam ou omitem-se de maneira dissimulada, mediante escancarada subversão dos fatos em nome da aparente e imaginária proteção a direitos fundamentais.

Chega-se a fase, fazendo uma analogia ao jogo de sinuca, em que o “jogador”, em “sinuca de bico”, tem a “bola da vez” protegida atrás de outras bolas de forma que fica impedido de acertá-la, quer dizer: é quando os direitos fundamentais, inerentes a toda e qualquer pessoa, não sejam verdadeiramente considerados pelas maiorias dos órgãos legislativos ou dos órgãos judiciais, daí, metaforicamente falando, os direitos fundamentais seriam a “bola da vez” que nunca chegará à caçapa, e o “jogador da vez” é o titular desses direitos. Os interesses próprios, casuísticos ou de grupos que comandam as maiorias (“jogador subsequente”) estão representados pelas bolas que tolhem o acerto na bola principal (direitos fundamentais).

Está claro que o titular de direitos fundamentais, “jogador da vez”, em “sinuca de bico”, não conseguirá jogar pelo fato das bolas secundárias (interesses endógenos das maiorias) não permitirem. Assim, o “jogador subsequente”, integrante das maiorias, estará imune ao dever de legislar, administrar ou aplicar o direito de acordo com uma Constituição normativa. Nesta hora, o “jogador da vez”, desconsiderando as normas do jogo de sinuca, e considerando a regra constitucional, estará autorizado a retirar as “bolas secundárias” do local em que se encontram para que ele deixe a condição de “sinuca de bico”, e, assim, os direitos fundamentais sejam resguardados no conteúdo material de leis e de decisões administrativas e judiciais.

Diante disso, surge uma constatação angustiante em face de ausência, por ora, de respostas em razão da desconstrução do modelo democrático arraigado em uma visão moderna da separação de poderes, a partir do momento em que os direitos fundamentais consagrados e nascidos, a cada dimensão para toda e qualquer pessoa, muitas vezes, são deixados a um segundo plano pelas maiorias.

O aplicador-intérprete do direito é o encarregado de “criar o direito” com limites, não podendo haver confusão entre o ativismo e a interpretação judicial, de outra maneira estará configurada uma lesão ao princípio da separação de poderes. Nem sempre o

ativismo judicial (SAMPAIO JUNIOR, 2013, p. 406)¹⁸ é um instituto arbitrário e contrário ao Estado Democrático de Direito, pois ele pode ser fundamental para garantir valores fundamentais.

De mais a mais, como antes comentado, a Constituição possivelmente trará no seu bojo normas jurídicas abertas, ou questões não tratadas pelo legislador ordinário por não ser ele capaz de, ao mesmo tempo, regulamentar no formato lógico-formal todas as complexidades inerentes à vida em sociedade. Nada obsta, desde que observadas as ressalvas apresentadas, a atuação do Poder Judiciário através da interpretação conforme os princípios constitucionais. Isoladamente, a interpretação literal não pode prevalecer sobre os valores normativos inerentes a cada situação colocada em discussão.

A reflexão a qual deve ser feita, em razão da avalanche de normas constitucionais abertas, é saber se os órgãos jurisdicionais não estariam a sufocar toda a esfera de atuação dos representantes eleitos pelo povo (poder constituinte derivado reformador), com o fundamento da constitucionalização ou judicialização, e, em sendo assim, dever-se-ia aguardar o interregno temporal do legislador, utilizando-se o cidadão da força do voto.

A delicadeza desse raciocínio, presentemente, está interligado com a figura do tempo que já foi tratado neste artigo, no instante em que é preciso ter a percepção de saber até onde um direito de grandiosa importância pode esperar o legislador comum ou mesmo o surgimento de um novo Estado Democrático de Direito. Por outro ângulo, mas que calhará na mesma vala, é a previsão nas Constituições Democráticas de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais.

Fazendo uma junção do até aqui tratado, fica perceptível que a judicialização da política é um gênero, e o ativismo judicial uma espécie, porém com características bem definidas, ou seja, a primeira é a política invadindo o direito em atenção a constituições extensas; o segundo é o direito invadindo a política com a emanção de decisões políticas através dos tribunais.

A terminologia e as consequências da judicialização da política e da jurisdicização das relações sociais, para parcela de juristas, surgiu com uma conotação negativa representando um tipo de colonização do mundo da vida pelo direito (VALLINDER,

¹⁸ O ativismo judicial não deve ser visto exclusivamente no sentido pejorativo ou negativo. A título de justificativa, entendemos que ativismo não é sinônimo de judicialização da política. Segundo doutrina abalizada: “[...] Daí porque as críticas aduzidas a uma possível intromissão do judiciário, a qual se convencionou chamar de ativismo judicial, judicialização da política, dentre outras expressões, não podem ser aceitas, pois na realidade deve-se compreender de forma bem natural, já que com o surgimento das Constituições escritas e a necessidade de respeito às mesmas, em países eminentemente democráticos- como o nosso- a ampliação da função jurisdicional nada mais é do que um corolário dessa conjuntura e não uma indevida cumulação de funções [...]”.

1995). É preciso entender que, além dos fatos negativos, ocorreram, igualmente, fatos positivos. Na judicialização da política a situação vista como negativa é a transferência de poderes decisórios do eixo legislativo-executivo para o Poder Judiciário. Referente à juridicização das relações sociais, o marco de negação é o crescimento da tutela judiciária na resolução de conflitos sociais. Nos dois casos haverá a perda da soberania popular.

Pelo ângulo positivo, a judicialização da política é o preenchimento de lacunas do poder com garantia da ordem constitucional e limitação dos casuísmos do legislativo e do executivo. Na juridicização das relações sociais é a mobilização da sociedade civil para garantia de direitos individuais, coletivos e difusos.

Nos dois casos acima está-se na presença da necessidade de uma instituição da “representação generalizada” em razão de um paradigma democrático que vê o cidadão apenas, minimamente, participando do processo político como mecanismo de escolha de representantes, o que vem acarretando um declínio da relevância do Poder legislativo e da política partidária e a concepção de um juiz virtuoso em busca da justiça e de uma lei condizente com a Constituição.

CONCLUSÃO

O ponto chave do trabalho é o ativismo judicial, sendo que a conduta ativista não deve ser vista, em toda e qualquer situação, como uma performance jurisdicional a maior, exorbitante da limitação estabelecida no Ordenamento Jurídico, tampouco rompedora do princípio constitucional da separação de poderes, mas isso não significa que o Estado-Juiz seja tolhido da sua competência transformadora do direito legislado em interpretado e aplicado. Não se está a falar em decidir judicialmente com base em princípios constitucionais vagos, pois princípios, como os da dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade, confiança, possuem requisitos básicos que devem ser analisados pelo julgador.

O ativismo é vislumbrado pela maior parte da doutrina como algo negativo, no instante em que Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes ultrapassam os limites interpretativos da vontade do constituinte originário, derivado, e do executivo nas escolhas das políticas públicas. Essa constatação é relativa pelo fato de que a conduta ativista deverá ocorrer quando os Poderes Legislativo e Executivo, através de suas ações, não derem a devida atenção ao princípio da proporcionalidade, o que autoriza e legitima a mudança autocontida para proativa do Poder Judiciário em matérias políticas constitucionalizadas.

Dessa forma, não há óbice, pela força normativa da própria Constituição e por expressamente reconhecer a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional, órgãos não eletivos, como autênticos legitimados para proferirem decisões contrárias ao Chefe do Executivo ou do Poder Legislativo em assuntos inerentes aos direitos fundamentais, ambos, sufragados por milhões de votos populares. Para os críticos, a situação debatida, pela teoria constitucional, não é possível, diante da dificuldade contramajoritária consistente em uma ofensa à democracia, em que o Poder Judiciário, sem a anuência do crivo das eleições, rechaçará atos dos poderes eleitos (legitimidade democrática). Na prática, a “dificuldade” deve ser lida como “virtude”, desde que o Poder Judiciário não se valha da notoriedade do ativismo judicial para manipular direitos e interesses com a utilização de princípios constitucionais, como fachada, na “defesa” pessoal, de governos, políticos¹⁹, de partidos, etc. Se a maioria for baseada somente pelo fato de ser maioria, é preferível a maioria legislativa.

Nas Constituições modernas ocidentais não existem mais dúvidas de que integrantes de Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes, no instante em que “invalidem” atos dos Poderes Legislativo e Executivo, estão exercendo uma atuação política legítima, sem que isso seja uma ofensa à vontade popular, pois foi o legislador constituinte, representante do povo, que assim escolheu. Em sentido oposto, deve haver as “virtudes passivas” na atuação do Poder Judiciário, evitando anular atos dos outros poderes soberanos, quando uma questão com fundamentos constitucionais puder ser resolvida com fundamentos infraconstitucionais que justifiquem a medida, isto é, para o citado constitucionalista um Tribunal ou uma Suprema Corte não deve transformar um conflito jurídico em pendengas políticas e constitucionais, evitando a perda de credibilidade das decisões judiciais.

É perceptível a superação do formalismo jurídico e de uma atuação judicial mecânica e acrítica, o que fora incentivado pelo movimento teórico do realismo jurídico, por isso a lei não pode ser vista como o único fator a influenciar uma decisão judicial. É

¹⁹ Nos dias atuais, Renam Calheiro, presidente do Congresso Nacional é “aliado” do Governo Federal que há doze anos está no poder. Em sentido oposto, Eduardo Cunha é “inimigo” do Governo Federal, pelo fato de ter aceitado o pedido de impeachment da Presidente da República. Segundo a revista Veja: “[...] Revelado por VEJA, o fato rendeu a abertura de inquérito no Supremo Tribunal Federal (STF) ainda em 2007. Depois disso a investigação entrou em estado de animação suspensa. Os procuradores levaram quase sete anos para denunciar Renan ao STF. No tribunal, por sua vez, o caso hibernou por mais três anos – dois deles na gaveta do ministro Ricardo Lewandowski, o atual presidente da corte. Na semana passada, o ministro Edson Fachin, o novo relator, liberou a denúncia para julgamento. Em data ainda incerta, os magistrados vão decidir se Renan será ou não réu por crimes de peculato, falsidade ideológica e uso de documento falso – situação agora idêntica à do presidente da Câmara, Eduardo Cunha. Investigado na Lava-Jato, Cunha também se tornou alvo de inquérito, foi denunciado e deve ser transformado em réu nos próximos dias. Tudo em céleres onze meses de trabalho.” (VEJA, 2016, p. 50),

aceitável a teoria realista em um Estado Democrático de Direito e a necessidade do Poder Judiciário ou de um Tribunal Constitucional prover a garantia dos direitos fundamentais pela ação ou omissão inconstitucional dos poderes políticos originários, e isso não é permitir que os juízes decidam da maneira que quiserem, apesar da ideologia (valores que temos introjetados), e sim pela proporcionalidade em sentido amplo, sem que isso deslegitime os demais poderes.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado** 3:17, 2007.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista eletrônica do conselho federal da OAB**, n. 4, jan/fev. 2009.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9u20-0Zjc1IJ:www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, Fórum, 2018. p. 290 .

BICKEL, A. **The least dangerous branch**. Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

BRANCO, P. G. G. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. i de; e NOVELINO, M. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CAPURSO, Timothy J. **How Judges Judge: Theories on judicial decision making**, University of Baltimore Law, Fórum, 1998, vol. 29, n. 1, p. 6.

CAETANO, M. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2014.

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

COELHO. I. M. Ativismo Judicial ou criação judicial do direito? **Revista jurídica Consulex**, Brasília, n. 329, p. 18-24, out. 2010. (DIMOULIS , p. 465).

Antonio Dantas De Oliveira JUNIOR; Dênia Rodrigues CHAGAS. **DO ATIVISMO JUDICIAL À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: limites e alcance**. JNT- Facit Business and Technology Journal. **QUALIS B1. AGOSTO-OUTUBRO/2022**. Ed. 39. Vol. 2. Págs. 67-92. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf>. Acesso em: 16 abr 2015.

DWORKIN, R. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, J. **Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e retrições**. Tradução de Ulisses liberto. São Paulo: Unesp, 2009

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

NALINI, J. R. **Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada?** Bahia: Juspodvim, 2013.

NOVAIS, J. R. **Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direitos Democrático**. Curitiba: Unibrasil, 2006.

NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOVAIS, J. R. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2014.

RIBEIRO, G. A. Na Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences. In: COUTINHO, L. P. (Org.). **Judicial Activism**. Lisboa: Series editors, 2015.

Antonio Dantas De Oliveira JUNIOR; Dênia Rodrigues CHAGAS. DO ATIVISMO JUDICIAL À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: limites e alcance. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. AGOSTO-OUTUBRO/2022. Ed. 39. Vol. 2. Págs. 67-92. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

SAMPAIO JÚNIOR, J. H. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, A. L. F. et al. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodium, 2013.

SANCHIS, L. P. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid : Miguel Carbonell, 2003.

SANCHIS, P. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Miguel Carbonell, 2003.

SMITH, S. D. Na Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences. In: COUTINHO, L. P. (Org.). **Judicial Activism**. Lisboa: Series editors, 2015

STRECK, L. L. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAMANAH, Brian Z. **Balanced realism on judging**. Valparaiso University Law Review, 2010, Vol. 44, n. 4, p. 1243.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Havard Law Review**, v. 7, n. 3, 129-156, out. 1893.

URBANO, M. B. Criação Judicial e ativismo judicial: As duas faces de uma mesma função. In: **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, org. – 35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2011.

URBANO, M. B. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2013.

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

VALLINDER, N. T. T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VEJA, edição 2464. São Paulo: Abril, 2016 .

XIMENES, J. M. A Judicialização da Política e a Democracia – O Papel do campo jurídico. **RIDB**, Lisboa, nº 11, 7093-7116. 2012.

ZOLLER, E. Splendeurs et miseres du constitutionnalisme. **Revue du Droit Public**, p.168, jan-fev. 1994.