

FUNDAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL: PERSPECTIVAS E LIMITES***FOUNDATION OF JUDICIAL ACTIVISM: PERSPECTIVES AND LIMITS***

Artigo recebido em 16/09/2022

Artigo aceito em 03/10/2022

Artigo publicado em 12/03/2023

Jaqueline Costa Silva Freitas

Mestranda do Programa de Pós -graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Riberão Preto.

E-mail: jaquelinecosta15@hotmail.com.**Lucas de Souza Lehfeld**

Possui graduação em Direito pela Universidade de Riberão Preto (1999), graduação em Ciências Contábeis pela Universidade de São Paulo (1999), mestrado em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Atualmente é docente titular da Universidade de Riberão Preto (Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (mestrado) e Tecnologia Ambiental (mestrado e doutorado)), Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Barão de Mauá (graduação e pós-graduação EAD) e docente do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos. E-mail: lehfeldrp@gmail.com.

RESUMO: Após o processo de redemocratização, o fenômeno do ativismo judicial passou a estar diretamente ligado à atividade jurisdicional. O termo é utilizado para acentuar a interferência do Judiciário no âmbito dos outros Poderes Constituídos. Ocorre que, o fenômeno, vem sendo confundido com a judicialização da política, sendo que, ambos, apesar de estarem diretamente vinculados à atividade jurisdicional, são distintos. Com isso, objetiva-se demonstrar que a falta de um comprometimento teórico em definir-se ativismo judicial faz com que a expressão assumam variados sentidos, acarretando grandes problemas, notadamente, quando o fenômeno é confundido com a judicialização. Pôde-se concluir que a dissociar as expressões é imprescindível para poder compreender o ativismo como um problema, que deve ser enfrentado como tal. O estudo foi elaborado por pesquisa bibliográfica e documental, na área de direito constitucional, sendo os dados levantados analisados pelos métodos hipotético-dedutivo e dialético.

PALAVRAS-CHAVE: atividade jurisdicional; ativismo judicial; judicialização da política; direito e política.

ABSTRACT: After the redemocratization process, the phenomenon of judicial activism became directly linked to judicial activity. The term is used to accentuate the interference of the Judiciary in the scope of the other Constituted Powers. It so happens that the phenomenon has been confused with the judicialization of politics, and both, despite being directly linked to the

jurisdictional activity, are distinct. With this, the objective is to demonstrate that the lack of a theoretical commitment in defining judicial activism makes the expression take on different meanings, causing great problems, notably, when the phenomenon is confused with judicialization. It could be concluded that dissociating the expressions is essential to be able to understand activism as a problem, which must be faced as such. The study was elaborated by bibliographical and documental research, in the area of constitutional law, being the collected data analyzed by the hypothetical-deductive and dialectical methods.

KEYWORDS: jurisdictional activity; judicial activism; judicialization of politics; law and politics.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito, Política e suas Distinções. 3 Ativismo Judicial: Fundamentos, Perspectivas e Limites. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O clímax do rompimento do Brasil com o período ditatorial, denominado processo de redemocratização, ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A norma constitucional apresentou um rol de direitos às pessoas, compilou o controle de constitucionalidade, previu a possibilidade de revisão os atos dos demais Poderes e estabeleceu, ao Supremo Tribunal Federal, a função de cuidar do seu devido cumprimento. A partir de então, inicia-se em nosso país os debates acerca do Ativismo Judicial.

Em análise perfunctória, o fenômeno do ativismo judicial traduz-se na ingerência de um dos Poderes sobre os demais, precisamente, do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, existem variadas e distintas formas sendo empregadas para definir o fenômeno, inclusive, contraditórias. Tal problemática é reconhecida por juízes e estudiosos do tema, mas, ainda assim, persistem em falar sobre o conceito sem um comprometimento teórico com a definição. (KMIEC, 2004)

A questão ganha complexidade quando entendimentos como o de Luís Roberto Barroso (2012b), que considera o fenômeno como parte da solução, e não do problema, devendo ser utilizado eventualmente e de modo controlado.

Nesse cenário, há que se pôr em evidência a Judicialização Política, que, assim como o Ativismo Judicial, passa a estar diretamente ligado à atividade jurisdicional, sendo ambos os

termos utilizados para enfatizar o elevado grau de judicialização vivido pelo direito brasileiro na contemporaneidade.

Inobstante, tais fenômenos são distintos e, devido ao gradual aumento das atribuições do judiciário, conseqüentemente, do seu protagonismo – que leva o Direito a reexaminar seus pressupostos teóricos – apresentar suas distinções ajuda a impedir que o Direito seja reduzido à produtos de decisões judiciais e que seu conteúdo seja esvaziado, prejudicando os pilares fundadores do Estado Democrático Brasileiro.

O estudo foi elaborado por pesquisa bibliográfica e documental, na área de direito constitucional, sendo os dados levantados analisados a partir de método hipotético-dedutivo e dialético.

2 DIREITO, POLÍTICA E SUAS DISTINÇÕES

O ápice do processo de redemocratização no Brasil, que rompeu com o período ditatorial no país, se deu com a promulgação da Constituição de 1988, que simbolizou as transformações efetuadas na forma de exercer a jurisdição constitucional, haja vista ter assegurado um imponente rol de direitos aos cidadãos. (MANDARINO; FREITAS, 2015).

Lenio Streck (2011, p. 27) elucida que a Norma Constitucional em vigor é o elo que une política e direito, e o grande salto de paradigma nesse ponto da história é o fato de que o direito deve se apresentar como garantia da democracia, assim, “a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito”.

Consoante Barroso (2012a), a Constituição de 1988 é o elemento primordial e essencial que conecta Direito e Política, em razão de criar os Poderes do Estado, outorgando-lhes competências variadas. Dessa forma, ao Executivo e Legislativo são conferidos poderes essencialmente políticos, sendo que, ao primeiro, é destinado as atribuições de chefe de Estado e de Governo, com destaque na liderança da política interna e externa; ao segundo, fundamentalmente, é confiado a criação do direito positivo. Já ao Poder Judiciário – agentes públicos não eleitos – são concedidas atribuições consideradas substancialmente técnicas, “função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política”. (BARROSO, 2012a, p. 17)

Segundo o mesmo autor, a maioria dos estados democráticos do mundo separa uma parte de poder político para ser exercido pelo Judiciário, a título de exemplo, tem-se os casos de disputas entre particulares em que o juiz determina uma indenização pecuniária em prejuízo de causador de um acidente, homologa um divórcio ou decreta o despejo de um imóvel. Nesses casos não existem muitas polêmicas acerca da legitimidade de seu poder, haja vista que a Constituição lhe confere competência para resolver os litígios em geral.

O problema ganha complexidade quando o Poder Judiciário, além de suas funções típicas e atípicas previstas constitucionalmente, interfere, também, na dos demais poderes, “sem que haja alteração constitucional prévia instituindo essa possibilidade” (PATAH, 2016, p. 1280), como é caso de declarar a inconstitucionalidade da cobrança de um tributo, suspender a execução de uma obra pública devido a questões ambientais ou determinar a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que pleiteou tal providência; situações em que juízes e tribunais priorizam sua vontade em detrimento às de agentes públicos dos outros Poderes. (BARROSO, 2012a)

Nesse contexto – após o advento da Constituição de 1988 –, o Ativismo e a Judicialização da Política passaram a estar diretamente ligados à atividade jurisdicional. Os fenômenos se distinguem um do outro, apesar de ambas as expressões serem empregadas para acentuar o alto grau de judicialização que vive o direito brasileiro na contemporaneidade. Por conseguinte, acentuar suas diferenças é imprescindível para compreender cada um deles de modo efetivo, evitando que o Direito seja resumido tão somente à produtos de decisões judiciais – que atinge diretamente os pilares democráticos do Estado brasileiro. (TASSINARI, 2013)

Com base na citada autora, a compreensão da Judicialização da Política requer o entendimento da interação, no mínimo, de três elementos, sendo: Direito, Política e Judiciário. Desse modo, a própria percepção de constitucionalismo nas suas múltiplas interpretações assevera como se dá a vinculação entre o Direito e a Política, notadamente, podendo definir-se constitucionalismo como uma tentativa jurídica (Direito) de apresentar limites ao poder político (Política) que se realiza através das Constituições. (TASSINARI, 2013)

Segundo Friedrich Müller (2003, p. 11) o “Direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o decisionismo”. Vê-se que o autor fortalece o elo entre Política e Direito (constitucional) e, ainda, pontua que a associação não se vincula à ‘decisionismo’.

À esse respeito, Streck *et al.* (2015) acentua que, assim como Müller não tem consentir com o decisionismo – ou ativismo judicial, acrescenta – para sustentar a conexão

que existe entre o Direito e a Política, também não precisa dissentir que há uma ligação, unindo ambos, para afastar a postura decisionista – ativista – do Judiciário.

Os mesmos autores pontuam que, como o vínculo Direito e Política proporciona um ponto de vista como o exposto acima, também pode ensejar posicionamentos profundamente distintos, como nos casos em que a Política na esfera jurídica é tida como uma causa externa de incidência causal. À vista disso, se a Política passa a ser empregada como uma forma de correção do Direito – que geralmente acontece pela via judicial –, deixando de ser o impulso para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, acaba sendo apontada como “predador externo da autonomia do Direito”, e, em consequência disso, o ativismo judicial e a judicialização da política acabam sendo embaralhados e confundidos. (STRECK et al., 2015, p. 55)

Nesse cenário, evidencia-se Barroso (2012b, p. 29), que entende haver uma duplicidade na conexão Direito e Política, onde o Direito expõe a ambiguidade de ser e, simultaneamente, não ser Política, de modo a existir uma circunstância de autonomia relativa. “Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder” (BARROSO, 2012b, p. 29). Paradoxalmente, expõe que “Direito é política”, no que respeita à sua criação, sendo o produto da vontade geral exteriorizada na norma Constitucional e legislação; ao seu emprego, que não desassocia-se da realidade política, dos impactos causados no meio social e das emoções e expectativas dos cidadãos; aos juízes, por não serem “seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que fórmula”. (BARROSO, 2012b, p. 29)

Tassinari (2013) bem analisa sobre a contradição do posicionamento acima, acentuando a dificuldade em encontrar referências acerca do papel da Política no Direito no texto apresentado pelo autor – cujo propósito é distinguir ativismo de judicialização –, fazendo com que a Política seja acometida por subjetivismo, ao dispor que Direito é Política e, também, não é. Desse modo, para a mesma autora, a contradição apresentada reflete diretamente no objetivo do texto de Barroso, não tendo sido, portanto, possibilitado aos fenômenos a sua dissociação.

Barroso (2012b) compreende, ainda, que a conduta ativista se manifesta através de comportamento distintos, que abarcam:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do

legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BAROSSO, 2012b, p. 25)

Tais comportamentos – apontados pelo autor como ativistas –, consoante bem colocado por Tassinari (2013), são intrínsecos a todo magistrado no desempenho das suas funções, portanto, há contrariedades que, novamente, impedem a compreensão das diferenças entre judicialização e ativismo através da leitura de Barroso.

Não há que se olvidar que a judicialização seja produto das mudanças processadas no Direito com a promulgação da nova Norma Constitucional, ou seja, que um dos traços da superação da concepção de Estado Social para Estado Democrático de Direito evidencia-se, precisamente, pela transposição do foco do Poder Executivo para o Poder Judiciário (TASSINARI, 2013). Em consequência disso, podem ser estabelecidos os passos iniciais para diferenciar ativismo de judicialização.

Consoante Streck *et al.* (2015), a judicialização mostra-se como uma demanda social, que não se sujeita ao desejo do juiz ou tribunal, longe disso, ela é consequência de causas distintas à jurisdição, iniciando-se de uma maior confirmação de direitos, atravessa a ineficácia do Estado em processá-los e resulta no crescimento da litigiosidade – traço da sociedade de massas. Desse modo, a redução da judicialização requer uma junção de providências que abarcam um compromisso dos três Poderes do Estado, e não somente do Judiciário. (STRECK *et al.*, 2015)

Já o ativismo, de acordo os mesmos autores, é concebido no âmago do sistema jurídico, e refere-se ao comportamento empregado pelos julgadores no desempenho de suas funções. Sua caracterização advém do exame de determinada conduta de um órgão ou pessoa, ao tomar uma decisão que, por forma, é acometida de juridicidade. Assim, um passo é dado acima da centralidade reconhecida ao Poder Judiciário no cenário social e político contemporâneos, compreendendo a apreciação e o controle sobre o critério a ser empregado para decidir, uma vez que a judicialização revela-se inexorável. (STRECK *et al.*, 2015)

Oliveiras *et al.* (2013) explanam que o ativismo judicial associa-se intimamente à vontade do judiciário; já a judicialização da política não resulta desse ato volitivo do órgão que julga, e sim da amplificação da sociedade – que aumenta sua complexidade a cada dia – e da respectiva crise da democracia, inclinada a gerar grandes vultos de normatizações, situando seu ponto de capilarização no judiciário.

Para Penna (2017, p. 13), o ativismo judicial, especialmente, àquele à brasileira, é quando os juízos pessoais dos magistrados substituem-se pelos juízos institucionais; e a judicialização da política é quando “ocorre um fenômeno de ampliação da ordem hermenêutica do direito, permitindo que o Judiciário corrija eventuais defeitos dos demais poderes”. Dito de outra forma, “o ativismo é um ato; a judicialização é um fato. Confundir os institutos é a maneira mais fácil de deturpá-los. Torná-los elásticos pode levar ao uso indiscriminado, sob o manto da confusão.” (PENNA, 2017, p. 13)

Abre-se parênteses para pontuar que o termo ativismo judicial ‘à brasileira’ foi utilizado por Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 422) para referir-se ao excesso de trabalho do Supremo Tribunal Federal (STF) e a impressão de desequilíbrio que aparenta ser inerente ao “nosso sistema atual de revisão difusa de constitucionalidade”. Acredita que o volume de processos recebidos anualmente e julgados quase à sua totalidade pela Suprema Corte – considerada por ele como a mais produtiva do País e, certamente, do mundo – “sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo ‘à brasileira’”. (VERÍSSIMO, 2008)

O mesmo autor analisa que, dentre as transformações institucionais provocadas pela Constituição de 1988, tem-se a eclosão de um judiciário ativista, desprovido de constrangimento em executar funções de revisão que crescem e amplificam a cada dia mais, anote-se:

Trata-se do surgimento, no País, de um judiciário “ativista”, que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais). (VERÍSSIMO, 2008, p. 409)

Sob tal análise, importa-nos destacar a mistura feita pelo autor entre judicialização e ativismo. A confusão acerca do ativismo judicial efetua-se sobre a política parlamentar, sobretudo, via controle de constitucionalidade – função precípua –, sem se atentar com a forma como tal controle é exercido. (TASSINARI, 2013)

Partindo da compreensão do aumento no volume de trabalho (que, no fundo, é um problema de maior acesso ao Judiciário), o ativismo judicial passa a identificar-se como uma questão numérica. À vista disso, aquilo que Veríssimo considera como causa para o ativismo judicial é, de fato, o elemento que constitui e entendimento de judicialização da política. (TASSINARI, 2013)

Trindade e Oliveira (2016, p. 762) rejeitam a ideia de que o ativismo no Brasil seja apreciado com base na quantidade de julgamentos procedentes de ações de inconstitucionalidade; ao contrário, compreendem que a aferição do ativismo requer uma análise “qualitativa acerca do conteúdo das decisões judiciais. É na interpretação e na fundamentação, portanto, que reside o problema.”

À vista disso, os mesmos autores compreendem que o termo “ativismo à brasileira” não segue o entendimento apontado Veríssimo, todavia pode ser aproveitado para assentar um conceito, cuja recepção no Brasil não esteve atenta às diferenças estruturais que conformam os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro:

[...] lá, na tradição do common law, a atividade jurisdicional envolve a própria criação do Direito (the judge made law) na construção dos precedentes, enquanto a cultura do stare decisis assegura a integridade do Direito; aqui, a criação do Direito resulta, em tese, da atividade legislativa e, apesar do controle misto de constitucionalidade, os mecanismos de vinculação das decisões ainda são recentes e nem sempre eficazes. (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 762)

Sendo assim, a recepção da expressão no Brasil processou-se de forma descontextualizada.

Feitos os apontamentos acerca do ativismo à brasileira, importa-nos acentuar que não se devem existir dúvidas quanto ao fato de que o fenômeno do ativismo é distinto da judicialização, de modo que seja inequívoca a sua diferenciação.

Inobstante, ainda há dificuldades em se assentar uma definição ao ativismo judicial, apesar disso, pode-se encontrar inúmeros entendimentos sobre a matéria, que possibilitam elencar determinados pontos de vista. Tassinari (2013) sintetiza as existentes abordagens sobre o fenômeno da seguinte forma: a primeira, como consequência do exercício do poder de revisar atos dos outros poderes constituído; a segunda, correspondendo à maior ingerência do Poder Judiciário – que para a autora, condiz ao volume maior de demandas judiciais, configurando muito mais a judicialização –; a terceira, como abertura à discricionariedade na decisão do julgador; quarto, como ampliação da competência de gestão processual do órgão julgante etc. (TASSINARI, 2013)

Esclarece, também, que, mesmo frente à possibilidade de identificar tais orientações na doutrina brasileira, nos deparamos com a dificuldade de encontrar “posicionamentos puros”, visto ser comum que tais concepções acabem sendo associadas e confundidas, em razão da falta de um comprometimento teórico em se apresentar uma definição ao ativismo judicial. (TASSINARI, 2013, p. 20)

Outrossim, tomando emprestado os ensinamentos de Streck *at al.* (2015), o fenômeno manifesta-se como uma problemática puramente jurídica – sendo criada pelo Direito, contudo, possuindo implicações notórias nos outros âmbitos –, que requer preliminarmente da comunidade jurídica, a disposição em questionar-se o seu real sentido para, então, apontar-se uma solução que visa um constitucionalismo democrático.

Nessa seara, ao indagar-se sobre como se compreende a manifestação do judiciário, depara-se com posicionamentos apontando que a decisão do órgão judicante é a indexação de um ato volitivo do julgador. Sob tal aspecto, o entendimento de ativismo pode ser sintetizado como sendo a caracterização de um Poder Judiciário, que se reveste de soberania, com competências que a Constituição não lhe atribui. (STRECK *at al.*, 2015)

Isto posto, passa-se à análise mais detalhada do termo ativismo social.

3 ATIVISMO JUDICIAL: FUNDAMENTOS, PERSPECTIVAS E LIMITES

Fazendo uma busca pelo uso mais antigo de ativismo judicial, Keenan Kmiec (2004) pontua que a ideia do fenômeno já existe a muito mais tempo do que o próprio termo. O primeiro uso registrado da expressão foi feito por Arthur Schlesinger Jr., no artigo em que escreveu para a Revista “Fortune”, em 1947, onde traçou o perfil dos juízes da Corte Suprema à época – nove no total –, utilizando-o para se referir ao conflito acerca de grupos de juízes que apoiavam condutas opostas “o grupo de Black-Douglas, cujo interesse era defender o bem-estar social” e o “grupo de Frankfurter e Jackson defendia uma postura de autocontenção¹ judicial.” (PATAH, 2016, p. 1281)

Cumprе salientar que o emprego do termo, no artigo de Schlesinger, não assenta uma terminologia exata, tão pouco, define a expressão como algo positivo ou negativo. De fato, refere-se aos juízes da Suprema Corte como ““ativistas judiciais” e “campeões do autocomedimento”, vincula características a cada um desses grupos, mas não deixa claro qual a melhor postura, seja do ponto de vista político ou jurídico.” (TEIXEIRA, 2012, p. 39)

Kmiec (2004) ensina que a medida em que a expressão foi sendo utilizada com mais frequência, seu significado foi ficando mais obscuro, em razão do termo possuir variadas e

¹ A autocontenção judicial é conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, ou seja, é o oposto do ativismo judicial. (BARROSO, 2012a, p.10)

dísparas definições, até mesmo, contraditórias. Mas, apesar da problemática ser reconhecida por estudiosos e magistrados, persiste, ainda, a utilização do termo sem a devida definição.

Dickson (2007) pontua dois motivos que abrem precedentes para críticas e controvérsias a respeito do tema: o primeiro, concerne ao caráter contramajoritário dos magistrados, uma vez que não teriam competência para criar um novo direito, pelo fato de não terem sido eleitos pelo povo; o segundo, respeita ao desenvolvimento da lei, assim, caso fosse permitido aos juízes desenvolvê-la, quais critérios seriam, portanto, empregados para avaliar se o desenvolvimento é apropriado.

Inobstante, Valle (2009) compreende que o critério empregado para que uma decisão seja considerada como ativismo (ou não) respeita a uma dubitável posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional.

Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. (VALLE, 2009, p. 21)

Ronald Dworkin (1999) ensina que casos difíceis sempre encontrará uma resposta nos princípios. Para ele, o Direito como integridade requer dos magistrados assumir, dentro dos limites, que o direito constitui-se da reunião racional de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, requerendo sua aplicação às novas demandas que surgirem, de forma que a condição de cada sujeito seja justa e equitativa, conforme os mesmos preceitos. (DWORKIN, 1999)

Em contrapartida, Herbert Hart (2001) expõe o confronto direito da sua teoria jurídica face à de Dworkin, que se produz devido à sua declaração de que sempre existirá situações não regulamentadas juridicamente, qualquer seja o sistema jurídico, em que decisão alguma será pautada no Direito, de modo que, este, se expõe de forma incompleta ou indeterminada.

Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito. (HART, 2001, p. 335)

Fazendo um contraponto entre Dworkin e Hart, no que respeita aos casos difíceis, observa-se que, para Hart, o magistrado não deve procurar a solução em princípios, precedentes ou leis, quando se deparar com um acontecimento novo, podendo, portanto, agir livremente, considerando que não há como antever uma solução às demandas que ainda irão surgir. Em sentido contrário, Dworkin acredita não ser permitido ao magistrado utilizar-se de discricionariedade, considerando que sempre haverá uma resposta nas leis ou nos princípios, mesmo que não esteja escrita.

Evidencia-se que Dworkin (2001) é um dos autores que enxerga o ativismo – e quaisquer práticas de jurisdição constitucional semelhantes – como problema, cujo deve ser condenado pelo direito como integridade. Acentua que um juiz ativista, a fim de imprimir aos demais Poderes Constituídos sua visão particular acerca do que é exigido pela justiça, desconsideraria a história da Constituição, as decisões que anteriormente procuraram interpretá-la e, ainda, as tradições permanentes da nossa cultura política.

Conforme Viaro (2017, p. 244), existe, no mínimo, um fator básico que exprime o ativismo, “que é a predisposição ou vontade” dos magistrados e tribunais em adotarem certas condutas no desempenho de suas funções, acabando por afastá-los de uma atuação “fora (para além ou aquém) dos limites balizados no ordenamento.” Por conseguinte, o termo é empregado, na seara da ciência do direito, para evidenciar que o Poder Judiciário está agindo além das atribuições que lhe foi conferida pela ordem jurídica. (FERREIRA, 2010)

Georges Abboud e Nelson Nery Júnior (X, p. 528) entendem o ativismo como toda decisão judicial assentada em ideologias próprias, sendo o critério de justiça do julgador em prejuízo da “legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.” Os mesmos autores destacam o fato de determinados doutrinadores preferirem identificar o ativismo como sendo bom e mau – que é o caso de Pablo I. Manili –, apesar disso, acreditam que não se deve distinguir um do outro, tendo em vista que o fenômeno é pernicioso para o Estado Democrático de Direito.

Para Streck *at al.* (2015), a ideia de que o ativismo judicial é bom para a democracia deve ser suplantada, considerando que posicionamentos ativistas acarretam contradições internas, de forma a ferir a igualdade. A esse respeito, os mesmos autores analisam do MS 3326, julgado pela Suprema Corte, onde a decisão do Ministro Barroso sobre a matéria demonstra a problemática envolvendo a interpretação jurídica na seara brasileira. Acusam que, inicialmente, o STF teria ratificado a faculdade de o Congresso possuir a palavra final, no que

concerne a perda de mandatos de parlamentares condenados à prisão. Depois, passados dias, a Suprema Corte decidiu que a Câmara havia se equivocado ao, pensando possui tal prerrogativa, ter desistido de cassar um deputado que havia sido condenado ao regime fechado.

[...] o STF, em nome de argumentos morais, legislou. Como superego (*Über-Ich*) da nação (utilizamos a expressão de Ingeborg Maus), o ministro relator arvorou-se no direito de corrigir não somente a atitude do Congresso, mas, também, a própria Constituição. Reescreveu a Constituição, dizendo, em outras palavras, que toda a perda do mandato de um parlamentar condenado a prisão não é automática,²² a não ser nas hipóteses em que ele descreve. (STRECK *at al.*, 2015, p. 60)

Em contrapartida, Solimani e Silva (2019, p. 185) ponderam estarmos, paradoxalmente, frente à um impasse social e constitucional, onde temos, de um lado, uma Constituição que assegura direitos fundamentais às pessoas, ao passo que, de outro, “um sistema político e administrativo de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo que deixam de cumprir sua tarefa fundamental de concretizar os direitos e garantias”, constantes expressamente da norma Constitucional. Dessa forma, acreditam que “no vácuo destes poderes, resta apenas o Poder Judiciário a possibilitar ao indivíduo uma forma de exercício de uma cidadania mitigada.” (SOLIMANI; SILVA, 2019, p. 185)

Ramos (2010) considera que práticas ativistas revelam uma clara sinalização negativa, em razão de resultarem na deturpação da função típica do Judiciário, em prejuízo dos outros Poderes Constituídos. Desse modo, o ativismo judicial é quando a função jurisdicional é exercida de modo a ultrapassar os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, “que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo).” (RAMOS, 2010, p. 129)

De fato, a atual democracia testemunha à amplificação do Judiciário na seara da política e das relações sociais, revelando-se gradativamente como atores políticos e interferindo no âmbito dos outros poderes constituídos. Nesse cenário, Trindade e Oliveira (2016) destacam o caso das decisões do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378 e ADPF n. 347, aludindo que, na primeira:

[...] a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, na ADPF 347, ao reconhecer um

propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário. (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 751)

Para Streck (2011, p. 22), o ativismo judicial é um fator que gera inconsistência do grau de autonomia alcançado pelo direito nesse novo modelo, de modo a invocar-se um pragmatismo primitivo para justificar as decisões individuais, que não levam a uma lógica coerente apta a unificar o sentido e abrigá-lo em um cenário decoroso, abrindo, portanto, espaço para um verdadeiro caos interpretativo “uma espécie de Estado de natureza hermenêutico.”

Thamy Pogrebinski (X) explica o pragmatismo como sendo uma teoria acerca de como utilizar-se teoria, e não apenas uma teoria do direito. Acredita que os magistrados pragmatistas criam o direito, e não somente o reproduzem. Por conseguinte, para um juiz pragmatista, a melhor decisão a ser tomada condiz à que mais representar as necessidades humanas e sociais.

Um juiz pragmatista é um juiz preocupado em intervir na realidade social – criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas. Ele não se encontra fechado dentro do sistema jurídico: a concepção pragmatista do direito implica que se adotem recursos não-jurídicos em sua aplicação, e que se recebam, constantemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração. Além das tradicionais fontes do direito, autoritativas ou não, os juízes pragmatistas ao formarem suas decisões se valem também, por exemplo, de considerações de ordem ética e política. (POGREBINCHI, X, p. 2)

Em última instância, conforme Teixeira (2012, p. 38), o ativismo judicial configura “a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se observar que existe, ainda, a dificuldade de assentar-se uma definição ao termo ativismo judicial, devido à falta de um comprometimento teórico, ainda que existentes na doutrina nacional algumas concepções que identificam o fenômeno.

De todo modo, o ativismo deve ser visto como um problema originado pelo Direito, que gera claras consequências aos demais âmbitos e, logo, à democracia. Assim, por tratar-se de

um problema jurídico, espera-se que a comunidade jurídica disponha a questionar o seu real sentido, a fim de que uma solução seja apontada para a via do constitucionalismo democrático.

Ao indagar-se sobre como é entendida a manifestação do judiciário nesse aspecto, é possível defrontar-se com posicionamentos indexando a decisão judicial a um ato volitivo do julgador, de modo que, tal compreensão, pode ser resumida a um Judiciário munido de soberania, com atribuições que a Norma Constitucional não lhe reconhece.

Com efeito, acentuou-se que o ativismo judicial gera inconsistência do grau de autonomia alcançado pelo direito nesse novo modelo, sendo, portanto, um problema que deve ser enfrentado como tal. Para tanto, é fundamental compreender que a atividade jurisdicional passa por uma importante distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, assim, diferenciar os termos é essencial para que se possa combater o fenômeno do ativismo.

Cumprido recordar que a judicialização mostra-se como um fenômeno contingencial e inexorável, surgindo na deficiência dos outros Poderes, em certo contexto social, em que não se sujeita ao desejo ou à vontade do julgador, desse modo, a redução da judicialização requer uma junção de providências que abarcam um compromisso dos três Poderes do Estado, e não somente do Judiciário.

Já o ativismo é concebido no bojo do sistema jurídico, assentando-se na conduta do órgão judicante, que emite suas decisões pautados em um ato de vontade, ou seja, de um critério não jurídico, ultrapassando os limites cabíveis às suas atribuições. Dessa forma, pode-se aludir que, mesmo que inúmeras causas possam estimular o ativismo judicial, não se pode olvidar que o fenômeno manifesta um patente caráter comportamental, de modo que ele não sucederia enquanto juízes e tribunais condicionassem sua atuação aos limites previstos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. **ATIVISMO JUDICIAL COMO CONCEITO NATIMORTO PARA A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. Disponível em: https://www.academia.edu/20041943/ATIVISMO_JUDICIAL_COMO_CONCEITO_NATIMORTO_PARA_CONSOLIDA%C3%87%C3%83O_DO_ESTADO_DEMOCR%C3%81TICO_DE_DIREITO_as_raz%C3%B5es_pelas_quais_a_justi%C3%A7a_n%C3%A3o_pode_ser_medida_pela_vontade_de_algu%C3%A9m. Acesso em: 24 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**. Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n. 1, 2012b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 23 mar. 2022.

DICKSON, Brice. **JUDICIAL ACTIVISM IN THE HOUSE OF LORDS 1995-2007**. In: Brice Dickson, ed., *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O IMPÉRIO DO DIREITO**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O CONCEITO DE DIREITO**. 3.ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KMIEC, Keenan D. **THE ORIGIN AND CURRENT MEANINGS OF “JUDICIAL ACTIVISM”**. California Law Review, V. 92, N. 5 (Oct.,2004), pp. 1441-1477.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3149>. Acesso em: 28 mar. 2022.

MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* (Org.). **TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; e outros. **A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO: percursos para uma necessária diferenciação**. In: **Anais do [Recurso eletrônico] X Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.** - Curitiba, PR : ABDConst., 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

PATAH, Priscila Alves. **ATIVISMO JUDICIAL E OUTRAS FORMAS DE DESNATURAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS**. In: *Um employé du govern: sortant de chez lui avec as famille*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2 (2016), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_1279_1298.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

PENNA, Bernardo Schmidt. **MAIS DO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA: ANÁLISE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DA DECISÃO NA ADPF 347**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017.

Disponível em:

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/84>. Acesso em: 28 mar. 2022.

POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em:

<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **ATIVISMO JUDICIAL: PARÂMETROS DOGMÁTICOS**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A Judicialização das Políticas Públicas e o Ativismo Judicial como Meios de Concreção dos Direitos Individuais, Sociais e Coletivos. Revista de Direito Público, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/29488/25339>. Acesso em: 28 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **AS RECEPÇÕES TEÓRICAS INADEQUADAS EM TERRAE BRASILIS**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53/52>. Acesso em: 28 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O ATIVISMO JUDICIAL EXISTE OU É IMAGINAÇÃO DE ALGUNS?** Conjur.com.br. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 28 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LOPPER, Adriano Obach. **O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: uma análise do caso MS3326***. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5. Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 28 mar. 2022.

TASSINARI, Clarissa. **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **ATIVISMO JUDICIAL: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-058, jan-jun, 2012. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 mar. 2022.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz De. **ATIVISMO JUDICIAL NA DÉBACLE DO SISTEMA POLÍTICO: sobre uma hermenêutica da crise**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 11, n. 2 / 2016. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 28 mar. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL “À BRASILEIRA”**. Revista Direito GV, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, jul-dez, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QBYtQGn7fb3PHQP3jbpPmZM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 mar. 2022.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**. In: Interpretação constitucional no Brasil / coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945> . Acesso em: 28 mar. 2022.