

ATIVISMO JUDICIAL: SUBVERSÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS DEMOCRÁTICOS

Judicial activism: subversion of the judiciary's interpretative activity and democratic impacts

Rodrigo Chaves Rezende¹; Roberta Silva Benarrósh^{2*}

Palavras-chave:
Decisões;
Democracia;
Insegurança
jurídica; Tripartição
de poderes.

RESUMO - O objetivo deste trabalho é demonstrar os efeitos negativos do ativismo judicial, visto que tal prática subverte a democracia, pois deflagra o desrespeito à tripartição dos poderes. Como o Brasil é um país cuja base normativa é civil law, de origem anglo-saxã, isso significa que as decisões judiciais devem possuir fundamentação no conjunto normativo posto e não no subjetivismo de cada julgador. Correlacionado ao objetivo geral, este estudo busca, também, apontar como a prática do ativismo contribui para inflamar a insegurança jurídica. Esta pesquisa foi realizada por meio de revisão bibliográfica, análise qualitativa e método hipotético-dedutivo, a partir dos quais se confirmou que o ativismo judicial é prejudicial à democracia brasileira, bem como impacta, negativamente, a segurança jurídica.

Keywords:
decisions;
democracy; legal
uncertainty;
tripartition of
powers.

ABSTRACT - The objective of this work is to demonstrate the negative effects of Judicial Activism, since this practice subverts democracy, by triggering disrespect for the tripartition of powers. Since Brazil is a country whose normative base is civil law, of Anglo-Saxon origin, this means that judicial decisions must be based on the established normative set and not on the subjectivism of each judge. In correlation with the general objective, this study also seeks to point out how the practice of Activism contributes to inflaming legal uncertainty. This research was carried out through a bibliographic review, qualitative analysis and hypothetical-deductive method, from which it was confirmed that Judicial Activism is detrimental to Brazilian democracy, in addition to having a negative impact on legal certainty.

1. Graduando na faculdade de Direito da FAMP- Faculdade Morgana Potrich, 75830- 000 Mineiros-GO, Brasil.

2. Docente na faculdade de Direito de Mineiros, FAMP- Faculdade Morgana Potrich, 75830-000 Mineiros- GO, Brasil.

*Autor para Correspondência: E-mail: robertabenarrosh@fampfaculdade.com.br



INTRODUÇÃO

No artigo “Parlamento independente”, escrito por Garibaldi Alves Filho, publicado pela Folha de São Paulo¹, em 31 de outubro de 2008, o presidente do Congresso Nacional demonstrou preocupação e certo desconforto com a atuação dos outros dois Poderes. De um lado, o Executivo com edições desenfreadas de Medidas Provisórias com força de lei, do outro, o Judiciário extrapolando os limites da atividade jurisdicional. Dentre as declarações, o Presidente do Congresso destacou que “é necessário delimitar com precisão os limites da intromissão do judiciário na seara parlamentar” (RAMOS, 2015).

Ocorre que a produção legislativa possui por atividade-fim a edição das leis que regulam os meios sociais, bem como a atuação dos outros poderes. É interessante ressaltar que foi a lei que destronou os inescrupulosos déspotas do poder. Na esteira das revoluções, foi a produção normativa responsável pelo fim do absolutismo monárquico. Ademais, o art. 6º das “Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão” diz que a lei é “expressão da vontade geral [...]”. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos².

De antemão, destaca-se que a igualdade formal da lei, apregoada na citação acima, possui como efeito colateral o reforço à desigualdade, se consideradas na sua interpretação as advertências aristotélicas, as quais ensinam que “deve-se tratar os iguais com igualdade e os desiguais nas medidas de suas desigualdades”. Nesse sentido, a lei posta deve ser pensada sob uma nova roupagem de igualdade material.

Dito isso, o texto constitucional, em seu artigo segundo, preceitua ser os “poderes harmônicos e independentes entre si”, ou seja, cada segmento do poder possui funções típicas e institucionalizadas. O legislativo possui como atividade precípua a produção normativa, movida por questões políticas; por sua vez, o judiciário realiza a aplicação das normas aos casos concretos, possuindo como moldura o ordenamento jurídico posto, e, por fim, o Executivo implementa políticas públicas, bem como administra os recursos financeiros oriundos dos tributos arrecadados.

Entretanto, quando um desses poderes se desvia de seu eixo institucional, verifica-se o risco de impactos na estrutura criada pela Carta Magna brasileira de 1988, tendo em vista uma possível subversão do Estado Democrático de Direito, o qual ficaria vulnerável a situações de insegurança jurídica com impactos socioeconômicos negativos advindos da tensão entre os poderes, pois, conforme ensina Celso

Antônio Bandeira de Mello, “o Direito propõe a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica [...] é indisputavelmente um dos mais importantes” (MELLO, 2017, p. 128).

Nesses termos, este trabalho tem o intuito de apresentar, por meio de revisão bibliográfica, as consequências deletérias, advindas do Ativismo Judicial, para a democracia, bem como sua eventual insegurança jurídica. Isso posto, inicialmente, buscou-se responder a questões a respeito da origem, fundamentos e conceituação de Ativismo judicial.

Na sequência, por meio de uma abordagem dogmática a respeito da tripartição dos poderes, procurou-se demonstrar que o modelo científico adotado pelo Constituinte Originário de 1988 não permite espaço para o afastamento da função típica do judiciário, correndo-se o risco de desconfiguração do modelo concebido por *Montesquieu*.

Ainda, enfrentou-se o tema referente ao poder criativo do judiciário na aplicação da norma ao caso concreto, o qual não pode ser confundido como uma forma de Ativismo judicial, pois a aplicação da norma jurídica sem margens interpretativas do julgador remontaria à já superada era do passivismo judicial.

Por fim, abordaram-se decisões judiciais consideradas, doutrinariamente, ativistas, a fim de demonstrar as colisões decorrentes de decisões que ultrapassaram a função típica jurisdicional e seus impactos para a democracia.

Provável origem do conceito ativismo judicial

O ativismo judicial, segundo Soliano, é um termo que surgiu fora do meio jurídico, possuindo como berço o jornalismo norte-americano. Em 1947, Arthur Meier Schlesinger Jr., em uma publicação, cunhou tal termo após observar que, em muitas decisões, os juízes americanos ultrapassavam os limites impostos pela lei. Percebeu o jornalista que as fundamentações de muitas sentenças possuíam como base a moral individual do magistrado, bem como sua visão de justiça (SOLIANO, 2013).

Para entender melhor a configuração da expressão “ativismo judicial”, importa visitar, brevemente, a constituição do direito nos Estados Unidos, uma vez que o termo em tela tem origem atribuída aos estudiosos americanos.

¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3108200808.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

² Artigo 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos,

quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (FRANÇA, 1789).

O direito estadunidense é construído caso a caso pelas cortes judiciais, um sistema herdado dos ingleses, conhecido como *common law*, de origem anglo-saxã, em que os juízes devem buscar nos precedentes as regras estabelecidas, respeitando, desse modo, os efeitos vinculantes das decisões pretéritas (TASSARINI, 2012). De acordo com Tassarini, “É também por isso que os Estados Unidos foi o país onde nasceu a noção de Ativismo Judicial e a preocupação com a formação de um governo de juízes” (TASSARINI, p. 2).

Nessa esteira, é possível afirmar que as bases mais rudimentares do ativismo judicial estão, umbilicalmente, ligadas à discussão que visa fundamentar a legitimação do poder judiciário em rever atos políticos.

Destarte, o famoso julgado de *Marbury vs Madison*³ deu origem às discussões sobre legitimação do poder judiciário em rever atos de outros poderes, o qual ficou conhecido como *judicial review* que, no Brasil, se equipara ao controle de constitucionalidade em abstrato. Desse modo, nasceram dois movimentos antagônicos estadunidenses (TASSARINI, 2012).

De um lado, o chamado **antifederalista** que defendia os juízes máquinas, os quais deveriam apenas aplicar a lei ao caso concreto, sem possibilidade de realizar interpretações, ficando conhecido como passivismo; de outro, os **federalistas** que discursavam em prol de um judiciário mais intervencionista/ativistas, inclusive, com poderes contramajoritário em face do Congresso. Outrossim, é possível verificar que os dois extremos são deletérios para sistema jurídico, devendo, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio adequado.

Na esteira das evoluções, segundo Christopher Wolfe, em sua obra *The rise of modern judicial review*, o *Judicial Review* passou por três fases distintas: *traditional era*; *transitional era*; e, por fim, a *modern era*.

Em que pese a *traditional era*, o controle de constitucionalidade visava aplicar a Constituição. Consistia em uma atividade interpretativa daquilo que os *founders* haviam pré-estabelecido, e não uma vontade espúria dos julgadores (TASSARINI, 2012)

Entretanto, em 1890, surge a segunda fase, marcada pela influência do capitalismo, e, nesse novo estágio, a corte adotou uma postura mais ativista. Em que pese a pesquisa de Christopher Wolfe, pontuada por Clarissa Tassarini, é possível verificar essa disfunção:

Um dos mais famosos casos julgados nesse período foi o *Lochner v. New York*, no qual a Suprema Corte reconheceu que o poder de legislação dos Estados deveria ser limitado, motivo pelo qual, em face da liberdade de contratar, o Estado de Nova Iorque não estaria autorizado a expedir uma lei que viesse a fixar a jornada máxima de trabalho em padarias. Com isso, se abria espaço para que a Corte tivesse liberdade para invalidar aquela lei que considerasse intrusiva demais na política econômica do Estado. Nas palavras de Wolfe, “isso demonstrou ser muito mais uma questão de vontade (will) – ou de legislação – da Corte do que propriamente de julgamento e interpretação (TASSARINI, p. 6).

Nesse diapasão, a “*transitional era*” cedeu espaço para a “*modern era*”, em meados de 1937, sob o Governo de Franklin Roosevelt, momento em que se acreditou em uma postura mais autocontida da corte americana. Contudo, o Ativismo judicial já se encontrava consolidado nas decisões judiciais pretéritas, de modo que a corte manteve uma postura intervencionista, entretanto, não mais com foco em propriedade privada, mas sim nos direitos civis.

Diante do exposto, não queremos dizer que o Controle de Constitucionalidade seja inadequado, muito pelo contrário, pois, quando o judiciário, no âmbito de sua competência, exerce a função de controle quanto à legalidade, seja material, seja formal dos atos normativos e políticos em cotejo com Constituição Federal – assim como foi a *traditional era* do *judicial review* – tem-se uma ferramenta apropriada para fortalecer a segurança jurídica de um país, bem como sua democracia.

Ademais, a análise do ativismo judiciário não deve ser restringida, unicamente, ao Controle de Constitucionalidade, haja vista que o Ativismo judicial está, umbilicalmente, ligado ao modo de interpretação, o qual poderá acarretar sua incidência nos mais variados julgados, seja quanto aos atos do legislativo, seja quanto aos atos administrativos, recaindo, inclusive, sobre atos de governo (RAMOS, 2015).

Conceituação de ativismo judicial

Não há entre os estudiosos uma definição unívoca acerca do “ativismo judicial”, posto que, segundo Dimoulis e Lunardi, há muita confusão ao definir os critérios conceituais do termo em estudo. Sendo assim, é necessário trazer à baila alguns conceitos dos autores mais destacados que discorrem sobre o tema em solo pátrio (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Alexandre Freitas Câmara, em entrevista ao

³ Marco histórico do *judicial review* americano, utilizado como precedente para fundamentar o controle difuso de constitucionalidade.

SupremoCast, Podcast jurídico, acentua que ativismo judicial é toda decisão judicial que não possui respaldo em uma lei. Por outro lado, Luís Roberto Barroso (2010), Ministro do Supremo Tribunal Federal, conceitua ativismo judicial com os seguintes dizeres, *in verbis*.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: 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 (BARROSO, 2010, p. 25).

Entre as definições mais contundentes sobre o termo, temos a do constitucionalista Elival da Silva Ramos, o qual conceitua Ativismo judicial como o “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional” (RAMOS, p. 141).

No entanto, não é nossa intenção uma conceituação exaustiva sobre as possíveis noções para Ativismo judicial, o que seria uma árdua tarefa, haja vista que nem os estudiosos mais profícuos sobre o tema possuem uma conceituação unívoca. Contudo, em nossa opinião, compactuamos com a perspectiva do professor Elival da Silva Ramos, sendo essa linha adotada para desenvolvimento deste trabalho.

A tripartição dos poderes como modelo dogmático-científico na perspectiva de Elival Silva Ramos

O Constitucionalismo é entendido como o Estado submetido ao direito. Sendo assim, o próprio Estado soberano, por meio do processo político-legislativo, se coloca sob o julgo da legislação que ele mesmo criou. Destarte, é por meio dessa perspectiva que se fundamenta um Estado Constitucional que utiliza sua soberania com o fim de institucionalizar o Poder, o qual passa a ser exercido pelos órgãos definidos na Constituição, bem como as atividades que lhe são afetas. Em decorrência disso, a separação dos poderes torna-se pedra angular imprescindível para consolidar um Estado de Direito.

Nessa esteira, vale ressaltar que o mundo ocidental recebeu forte influência da obra produzida por Charles Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, intitulada como “Do Espírito das Leis” (SOLIANO, 2015). O barão, no Livro XI

e Capítulo VI, permeou os meandros da separação dos poderes, traçou aspectos e definiu as funções do Legislativo, Executivo e Judiciário (MONTESQUIEU, 2010).

O barão de Montesquieu, ao explicar a Constituição inglesa, defendeu a ideia basilar de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário deveriam ser exercidos por órgãos dotados de prerrogativas institucionalizadas (RAMOS, 2015). Nesse diapasão, o professor Elival Ramos assevera: “Disso resulta um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual” (RAMOS, 2015, p.114).

Ainda, na obra de Montesquieu, o famigerado autor assenta que tudo estaria perdido se um mesmo governo administrasse, criasse as leis, e ele mesmo aplicasse medidas coercitivas em decorrência da inobservância do ordenamento jurídico, visto que “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele” (MONTESQUIEU, 2010, p. 168), salvo se, e somente se, “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

Destarte, o Constituinte Originário de 1988 não foi insensível à cientificidade do modelo concebido por Montesquieu. Sem ressalvas, fez assentar, no art. 2º da Constituição brasileira de 1988, a separação dos poderes, assegurando que os poderes são harmônicos e independentes em si.

Não se pode olvidar que a separação do poder, tanto por meio de uma visão histórico-científica quanto no atual momento que se escreve este trabalho, coaduna-se à necessidade de que o arranjo separatista do poder contenha em seu bojo o alinhamento das prerrogativas institucionais, ao passo que é vedado aos seus integrantes apartar-se das funções, institucionalmente, estabelecidas para imiscuir-se a funções estranhas a seu cargo. No entanto, há possibilidade de compartilhamento de certas funções, mas isso não poderá subverter os limites originários da função típica de cada Poder, pois estaria subvertendo o Estado de Direito, no qual se assenta o constitucionalismo. Conforme as sábias palavras do Elival Ramos:

Por certo a função, além de ser entregue a um aparato orgânico estruturado para bem fazê-la atuar, é exercido por meio de processos cuja notas tipificadoras (inércia, substitutividade, definitividade, contraditório, etc.) guardam estreita relação com a sua conformação material. Contudo quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição, com ofensa à separação dos poderes, o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conteúdo formal. (RAMOS, 2015, p. 120).

Sem embargos, é possível esclarecer que os órgãos detentores do poder a despeito de possuírem funções típicas institucionalizadas poderão, em certo grau, atipicamente, compartilhar funções, sob uma ótica genérica, mas sempre observando os limites preestabelecidos que tangenciam os interesses de liberdade de cada poder.

Sendo assim, vale ressaltar, mais uma vez, as palavras do professor Elival da Silva Ramos, quando diz:

Porém, se o princípio da separação dos poderes consagrados nas constituições democráticas contemporâneas se filia, historicamente e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista, não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares de modo a torná-lo único em sua encarnação daquele arquétipo. Nesse sentido, Konrad Hesse insiste que a separação dos Poderes deve ser considerada um princípio da Constituição, da qual, obtém sua forma histórica atual e contornos claros (RAMOS, 2015, p. 116).

Em um Estado de Direito, as constituições consagram com maior precisão quais órgãos são os titulares para exercer parte do Poder, de modo que cada órgão possui um núcleo essencial de atribuições que lhe são exclusivas, não cabendo ao outro exercê-las, já que o afastamento de das características intrínsecas de cada Poder acabaria interferido de forma indevida na esfera de competência de outro Poder, acarretando, assim, seu esvaziamento, prejudicando, sobretudo, a evolução da democracia, bem como contribuindo para ressaltar a insegurança jurídica.

Dessa forma, é imprescindível salientar que o Estado Soberano institucionalizou como atribuição do Poder Judiciário a atividade jurisdicional com fim de conceder o direito por meio do processo, pelo qual se almeja o resultado anunciado pelo ordenamento jurídico. Ramos assenta que a jurisdição “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e por meio do processo” (RAMOS, 2015, p. 119).

Nesse sentido, quando se fala em Ativismo judicial, é importante apontar que o distanciamento da atividade jurisdicional implica, diretamente, o esmaecimento da democracia, pois a subversão dos limites institucionalizados acarretará, invariavelmente, a invasão de outras funções que conferem ao núcleo essencial de atividades típicas a outros órgãos do Poder, mais precisamente o legislativo.

Perceba a grandiosidade da atividade jurisdicional: contributo necessário para sanar os litígios daqueles que buscam o bem da vida, segundo aquilo que fora anteriormente anunciado por um ordenamento jurídico posto.

Assim, é genuinamente imoderado uma sentença ou acórdão que, a despeito de interpretações subjetivas, subverta o conteúdo normativo, seja para entregar um direito inexistente ou retirar um direito garantido; nisso, vê-se o quanto a democracia e a segurança jurídica são afetadas, a ponto de as instituições se tornarem descredibilizadas na sociedade.

Por fim, não se deseja anular a capacidade de interpretação da judiciário, correndo o risco de voltarmos a um passivismo judicial já superado. Ora, uma hermenêutica coerente com limites oriundos do conjunto normativo é saudável para a boa prática jurisdicional, nisso há espaço para que o poder judiciário possa atuar, discricionariamente, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, disso decorre a possibilidade criativa do judiciário.

A “criatividade” jurisdicional

Em meados do século XVIII, Thomas Jefferson, que liderava o movimento federalista nos Estados Unidos, matinha como discurso a restrição dos juízes à mera aplicação do texto legal ao caso concreto. Apregoava a cultura dos juízes-máquina sob o pretexto de evitar uma possível instalação do governo das togas (TASSARINI, 2012).

Contudo, esse método, que restringe o judiciário à aplicação da letra fria da lei, sem permitir a realização de nenhum tipo de compreensão preliminar da norma, não possui mais espaço hermenêutico-filosófico nos dias atuais, pois a concretização da justiça em garantir o bem da vida aos jurisdicionados depende de certa margem criativa do judiciário.

No entanto, não se pode perder a memória de que o poder criativo do judiciário não se equipara ao do legislativo, visto que este cria as leis de forma geral e abstrata, aquele as aplica ao caso concreto, valendo-se de métodos hermenêuticos interpretativos a fim de promover a justiça. Portanto, é dever do poder judiciário não permitir o esvaziamento da função jurisdicional. Isso posto, pontua-se a cátedra de Elpídio Donizeti:

O processo de criação pelo Estado-Juízo, portanto, não consiste pura e simplesmente na aplicação das leis (norma gerais e abstrata) ao caso concreto. Exige-se do Magistrado postura mais “ativa”, cabendo-lhe apresentar as especificidades de cada caso, a fim de encontrar a solução consentânea com os preceitos legais e constitucionais. É portanto, dever do magistrado cotejar a lei com a Constituição, valendo-se dos recursos de hermenêutica constitucional para extrair da legislação aplicável ao caso concreto o conceito de justiça mais adequado à tutela dos interesses postos em juízo (DONIZETI, 2017, p. 89).

Hans-Georg Gadamer, citado por Soliano, assevera que qualquer compreensão de um fenômeno somente pode ocorrer por uma pré-compreensão que cada aplicador do direito já possui por estar inserido em determinado contexto social/acadêmico/familiar, etc., por isso, todo ato de compreender/interpretar/aplicar o direito não é unívoco (SOLIANO, 2013).

Desse modo, depreende-se que o intérprete-aplicador da lei não terá uma compreensão idêntica ao do legislador, pois, no caso concreto, ocorrerá situação não prevista pelo poder legiferante, situação na qual o juiz não poderá se furtar em resolver a demanda litigiosa alegando falta de ordenamento jurídico a ser aplicado. Nessas situações, deverá o magistrado lançar mão de outras fontes do direito e pôr fim à demanda jurídica com resolução de mérito (CPC/2015), senão, vejamos: Art. 140. “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Nesses termos, não se pode negar o poder criativo do judiciário ao aplicar a lei ao caso concreto, postura que não deve ser compreendida como uma forma de Ativismo judicial, contudo, o aplicador deve limitar-se àquilo imposto pelo ordenamento jurídico, utilizando-o como uma moldura que guiará suas decisões. Hans Kelsen, em sua obra “Teoria pura do direito”, faz as seguintes considerações:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2010, p. 247).

Como visto, é possível inferir que o renomado autor não eliminou a criatividade do juiz ao aplicar a lei ao caso concreto, mas limitava o aplicador da lei às molduras predefinidas pelo poder legislativo.

Decisões judiciais consideradas ativistas

Seria ultrajante falar de Ativismo judicial e não demonstrar, no dia a dia forense, a incidência dessa prática tão admirada por uns e tão odiada por outros. Dessa forma, elencamos 2 (dois) julgados que resumem a discussão até aqui posta para fundamentar argumentos válidos tanto para progressistas quanto para conservadores de que o Ativismo judicial não é uma prática adequada para o sistema jurídico estabelecido no Brasil.

***Habeas corpus* 126.292 – Relatoria: Ministro Teori Zavascki**

O desejo de corresponder aos anseios sociais, como, por exemplo, o combate à criminalidade a despeito de uma interpretação constitucional sem parâmetros objetivos, levou a Suprema Corte Federal (STF), no *Habeas Corpus* 126.292, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, autorizar, por sete votos a quatro, o cumprimento provisório de pena ainda em grau de apelação, não obstante o processo estar sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário. Essa decisão fere frontalmente a presunção de inocência do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal (MENDES, DIÓGENES E ARAÚJO, 2016).

A Corte, ao passar dos anos, modificou por diversas vezes seu entendimento em relação ao cumprimento provisório da pena mediante decisão em segunda instância. Ou seja, a Corte deixou de analisar o ordenamento jurídico e fixou olhares no sujeito impetrante para, então, deferir ou denegar o remédio condicional *Habeas Corpus*. Portanto, qual a segurança jurídica podemos extrair dessa celeuma? Em nosso sentir, apenas insegurança.

Ação Direta de Constitucionalidade n. 12 – Relatoria: Ministro Carlos Ayres Brito

A associação dos Magistrados do Brasil (AMB) pleiteou junto ao STF a declaração de constitucionalidade da Resolução 07/05 do CNJ, a qual regula o acesso de cônjuges, parentes e companheiros de magistrados e de servidores com cargos de direção e assessoramento no âmbito do judiciário, em combate ao nepotismo.

A ação declaratória de constitucionalidade foi julgada procedente pelo STF de forma unânime em plenário no dia 20/08/2008. O voto do ministro relator se fundamentou nas seguintes teses: I – A resolução do CNJ possui caráter primário e estaria em conformidade com preceitos do art. 103- B da CF/88; II – CNJ manteve-se nos limites de sua competência, pois abordou situações envolvendo o art. 37 da CF, sobretudo quanto a impessoalidade e moralidade administrativa; III – Não se verificou conflito entre ato

normativo com norma constitucional; IV – Por fim, não ofende a separação dos poderes, pois o CNJ é órgão estranho ao judiciário (art. 92 CF/88).

Cabe ressaltar que o mérito da resolução 07/05 CNJ possui ponto relevante para democracia, não há dúvidas da boa intenção do Conselho em extirpar o nepotismo no âmbito do judiciário que, *devida vênia*, desrespeita a moralidade e a impessoalidade. No entanto, a proposta de CNJ também merece ser observada sob outros prismas, principalmente sobre a cientificidade quanto à separação dos poderes.

Com efeito, a Constituição Federal, no art. 103-B §4º, elenca as competências do CNJ, autorizando-o agir, administrativamente, sobre os atos do poder judiciário no que tange aos princípios da administração pública em face no art. 37 da CF/88. Contudo, levanta-se um questionamento se o CNJ, a despeito da competência do art. 103-B, §4º, poderia criar regras para combater o nepotismo de forma geral e abstrata.

Para dirimir tal dúvida, é necessário entender que atos regulamentares (resoluções, decretos e etc.) regulam casos concretos e individuais, ao passo que lei regula casos abstratos e genéricos, visto que não é cabível que um órgão administrativo possa expedir resoluções com força de lei (STRECK, 2018). Mesmo que exista a possibilidade de poder regulamentar concedido a órgãos administrativos, seus regulamentos não poderão substituir o legislador quanto a matérias de natureza geral e abstrata, bem como a ingerência sobre direitos e garantias fundamentais. Nesse diapasão, destacam-se as palavras de Lenio Streck:

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E, com isto, restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2018, p. 128).

Sendo assim, resta claro que a decisão do Supremo, ao declarar a constitucionalidade da Resolução 07/05 do CNJ, evidencia uma forma de ativismo judicial, pois permitiu

que um órgão administrativo arrogasse para si competência legislativa, inovando como se lei fosse no mundo jurídico. Desse modo, o STF ratifica a ideia que basta a imoralidade de uma situação para que seja deferida a invasão de um poder às funções de outro. Mais uma vez, Lenio Streck faz comentários cirúrgicos sobre o assunto:

No caso, há o princípio da separação dos poderes que precisa ser levado a sério. As garantias dos cargos estão ali, gostemos ou não. Não podemos simplesmente achá-las imorais e aplicar o “princípio da moralidade” para suprimi-las. Caso contrário, qual será a próxima garantia “imoral”? Os vencimentos? Vitaliciedade? (STRECK, 2018, p. 130).

Fica evidente que a interpretação utilizada pela Suprema Corte não possui critérios objetivos para fundamentar a constitucionalidade da ADC-12. Não é razoável a utilização da imoralidade para subverter a atividade legislativa e inovar juridicamente. Contudo, vale frisar que o ponto fulcral da discussão não está no mérito da resolução do CNJ, mas na autorização concedida pelo STF em permitir que o CNJ legislasse e usurpasse a função legiferante em inobservância à separação dos poderes, no qual se assenta um Estado Democrático e de Direito. O voto da Ministra Carmem Lucia demonstra como a Suprema Corte evidência suas decisões:

Nem precisaria haver princípio expresso – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República” (ADC N.12, PLENO STF rel. Carlos Ayres de Brito)

É possível que, por meio de uma abordagem progressista, defenda a prática de um bom ativismo, até porque não se pode negar que a ADC 12 fez cessar a nefasta prática do nepotismo, entretanto, não se pode olvidar dos efeitos colaterais advindos desse “*bom ativismo*”, pois, em face do deferimento da constitucionalidade da resolução do CNJ, a Suprema Corte editou a Súmula 13, *in verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Com fundamentos nessa súmula, o STF permitiu o esvaziamento da função jurisdicional, ao passo que chegou à Suprema Corte, por meio das Reclamações 26.303 e 26.424, pedidos de indeferimento de nomeações para cargos de secretarias de municípios, nas quais havia nomeações de parentes de primeiro grau do chefe do executivo. Nas reclamações citadas, o ministro Marco Aurélio de Mello, em decisão monocrática, aplicou a Súmula 13 para caracterizar o nepotismo em nomeação para cargos políticos.

Ora, os cargos de secretarias de municípios são políticos, não obstante seus ocupantes devem apresentar alinhamento e afinidade política, haja vista que não se confundem com meros cargos funcionais, portanto, não merecem ter a incidência da Súmula 13 do STF, de modo que a nomeação para cargos políticos em secretarias municipais não há que falar em nepotismo independentemente do grau de parentesco existente entre o nomeado e o chefe do Executivo.

Fica evidente que uma decisão ativista pode desdobrar-se em consequências deletérias para a democracia brasileira, bem como causar sérios desajustes para inflamar a insegurança jurídica.

Por fim, vale lembrar que nem sempre as decisões ativistas serão, obrigatoriamente, “progressistas” ou “vanguardistas”, e a razão para isso é simples: posturas ativistas pressupõem decisões judiciais baseadas nas considerações pessoais, políticas e morais próprias do julgador, ao passo que, a depender do caso, poderão conduzir tanto a resultados “liberais” quanto a resultados “conservadores”. Daí não haver sentido em se falar acerca de bom ou mau ativismo (ABBOUD; LUNELLI, 2015). “O ativismo é uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 5).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do estudo realizado, dogmaticamente, fica demonstrado que o ativismo judicial prejudica a democracia brasileira, haja vista que a função precípua dos julgadores é promover a jurisdição, portanto o afastamento de suas atividades típicas é, conseqüentemente, a usurpação de atividades de outros Poderes, a saber: o executivo e, principalmente, o legislativo.

Não se pode olvidar que a prática do ativismo judicial proporciona a chamada insegurança jurídica, pois é

direito de cada pessoa, sobretudo com fundamentos no princípio da legalidade, que os servidores públicos atuem mediante aquilo que os limites do ordenamento jurídico os impõem. Ora, os juízes, os desembargadores e os ministros são servidores públicos submetidos, também, aos princípios inculpidos no art. 37 da Constituição Federal, portanto sua função é implementar o ordenamento positivado ao caso concreto, sem adentrar na esfera legislativa, de modo a contribuir, dessa forma, para garantir a segurança jurídica no Brasil.

Sem embargos, não há que se falar em prática do bom ativismo ou mal ativismo, pois, conforme ficou demonstrado, o ativismo judicial é uma degeneração da interpretação do julgador.

No entanto, em que pese alguns temas, a exemplo de direitos concedidos a grupos minoritários, o ativismo pode proporcionar maior igualdade no que tange a direitos sociais, mas, por outro lado, valida-se oportunidade do surgimento de um ativismo que, com base em fundamentos vanguardistas e conservadores, poderá alargar as diferenças sociais. Diante disso, o afastamento da prática do ativismo judicial é a mais ponderada decisão para que a democracia possa ser reverenciada.

Perceba-se que o legislativo é o poder dotado de competências institucionais para enfrentar temas complexos pelas vias republicanas; se diante de toda inércia legislativa, o judiciário avocar para si o papel legiferante, criando ou suprimindo direitos de forma abstrata em face de tema sensíveis e complexos sobre o qual é ilegítimo sua decisão, estar-se-ia retirando a oportunidade da democracia decidir os rumos de uma sociedade; ademais, isentaria os legisladores de se indispor com seus eleitores para as próximas eleições, garantindo que eles continuem nos cargos recebendo regalias com dinheiro público, deixando de enfrentar temas que requerem seu posicionamento.

O que queremos evidenciar, também, é que cada legislador tem por obrigação enfrentar todos os temas sob sua tutela. Ainda nessa perspectiva, quanto mais o judiciário praticar o ativismo judicial, seja por meio de decisões progressistas, seja conservadora, o legislativo fica isento à crítica de seus eleitores, de modo que a sociedade perde a oportunidade de fortalecer as casas legislativas, elegendo homens e mulheres que assumirão seus postos e enfrentarão temas complexos sem permitir que o judiciário possa avocar para si a atividade legislativa por meio do ativismo judicial.

Por fim, se juízes desejam ser protagonistas quanto aos rumos da sociedade brasileira, devem, portanto, trocarem suas togas pelas tribunas legislativas por meio do voto. Dessa forma, construirão, abstratamente, o direito pátrio.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista dos Tribunais Online**, Diálogos entre discricionariedade e democracia. v. 242, 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- ATIVISMO JUDICIAL. Entrevistado: Alexandre Freitas Câmara. Entrevistadores: Bruno Zampier, Francisco Menezes e Carolina Carlos. **Supremo Cast**, 26 de abril de 2021. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/3YwwWvIGlzTgJgNfD6oQYS?si=flwZjW_DRqSPBXSDoJ3ZvQ&utm_source=whatsapp. Acesso em: 21 abr. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 16 abr. 2022.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 13**. Diário da Justiça: DJe nº 162/2008, p. 1, em 29 de agosto de 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- FRANCISCO, Jose Carlos. (NEO) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. *In*:
- FRANCISCO, Jose Carlos. **Constitucionalismo e neoconstitucionalismo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 47-88.
- MENDES, Bianca Berdine Martins; DIÓGINES, Carla Marques; ARAÚJO, Luana Adriano. Mídia e ativismo judicial a espetacularização das togas. *In*: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz Campos; MATOS, Rômulo Richard Sales; MELLO, Silvana Paula Martins. **Democracia & jurisdição constitucional estudos de interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 79-95.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia da pesquisa científica**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. **30 anos da CF em julgamento: uma radiografia do STF**. Gen Forens, 2018.
- SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 13 abr. 2022.
- SILVA, Bruno Miola. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro**. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/42ac878e602eab56029bb0134ae23f2.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.
- TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos [UNISINOS], São Leopoldo: UNISINOS, 2012.