

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
FACULDADE DE DIREITO**

LETÍCIA FERREIRA RAMOS

**ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ATIVISMO
JUDICIAL NO BRASIL E NO MUNDO COM ENFOQUE NA
ATUAÇÃO DO STF**

CAMPINAS

2021

LETÍCIA FERREIRA RAMOS

**ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ATIVISMO
JUDICIAL NO BRASIL E NO MUNDO COM ENFOQUE NA
ATUAÇÃO DO STF**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Renato Siqueira De Pretto.

CAMPINAS

2021

Ficha catalográfica elaborada por Andressa Mello Davanso CRB 8/9327
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

Ramos, Leticia Ferreira

Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF / Leticia Ferreira Ramos. - Campinas: PUC-Campinas, 2021.

60 f.: il.

Orientador: Renato Siqueira de Pretto.

TCC (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.

1. Filosofia do Direito. 2. Ativismo Judicial. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Pretto, Renato Siqueira de. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Faculdade de Direito. III. Título.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
FACULDADE DE DIREITO**

LETÍCIA FERREIRA RAMOS

**ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ATIVISMO
JUDICIAL NO BRASIL E NO MUNDO COM ENFOQUE NA
ATUAÇÃO DO STF**

Dissertação defendida e aprovada em (dia) do
(mês) do (ano) pela comissão examinadora:

Prof. Dr. Renato Siqueira De Pretto

Orientador e presidente da comissão
examinadora

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Prof. Dr. Marcelo Hilker Altieri

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Prof. Dr. (nome)

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

CAMPINAS

2021

RESUMO

O presente trabalho objetiva a análise do ativismo judicial a partir da perspectiva histórico-evolutiva, desde seu advento até os dias atuais, abordando o seu desenvolvimento em diversos países e as fases resultantes desse processo, com enfoque no Direito e nas Cortes Supremas do Brasil e dos Estados Unidos. Trata-se de fenômeno cada vez mais disseminado no mundo, com presença constante no dia a dia dos doutrinadores – estudiosos de todas as áreas do Direito, já que todas compartilham de um eventual provimento jurisdicional – e dos juristas, fato que instiga o aumento do debate acerca de sua legitimidade e dos efeitos das decisões ativistas provenientes dos Tribunais Superiores sobre a sociedade e sobre as estruturas de poder do Estado. Para tanto, foram compulsadas as literaturas jurídicas estrangeira e nacional, constatando a existência de um extenso estudo apresentado na primeira, ao passo que, na segunda, há uma substancial carência de produção teórica, mormente no que tange à evolução histórica do fenômeno ativista. Nesse aspecto, busca-se a exposição das fases do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, a partir da atuação de seus Tribunais Supremos, vinculação indispensável dada a influência do movimento ativista americano sobre o brasileiro. Ainda será apresentada a conduta do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, especialmente em face ao enfrentamento da pandemia causada pela Covid-19. Para isso, far-se-á um estudo de decisões ativistas em casos concretos, limitado às principais decisões relacionadas à Covid-19, em matéria de direito público, em ADPFs. Não menos importantes, ainda serão expostos o desenvolvimento e a implementação do projeto de autoria do STF, com início em 2005, em meio virtual, intitulado “A Constituição e o Supremo”. Por derradeiro, diante dos possíveis efeitos negativos do ativismo judicial em prática atual no Brasil, foram consultados os trabalhos de alguns autores pós-positivistas, cujas obras, vistas em conjunto, apresentam uma proposta de solução para a falta de linearidade nas decisões judiciais. Em suma, a resposta estaria no desenvolvimento de uma metodologia de aplicação da norma, segundo critérios preestabelecidos.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Filosofia do Direito; Ativismo Judicial; perspectiva histórico-evolutiva; contextos históricos; Judicialização da Política; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work aims to analyze judicial activism from the historical-evolutionary perspective, from its advent to the present day, addressing its development in several countries and the resulting phases of this process, with a focus on Law and the Supreme Courts of Brazil and from United States. This is an increasingly widespread phenomenon in the world, with a constant presence in the daily lives of legal professors - scholars from all areas of law, since they all share a possible jurisdictional provision - and jurists, a fact that instigates the increase in the debate about its legitimacy and the effects of activist decisions from the Superior Courts on society and on the state's power structures. To this end, foreign and national legal literatures were compelled, noting the existence of an extensive study presented in the first, while in the second, there is a substantial lack of theoretical production, especially with regard to the historical evolution of the activist phenomenon. In this regard, we seek to expose the phases of judicial activism in Brazil and the United States, based on the performance of its Supreme Courts, an indispensable link given the influence of the American activist movement on the Brazilian. It will still be presented how the Federal Supreme Court has been behaving in recent years, especially in the face of the pandemic caused by Covid-19. To this end, a study of activist decisions in specific cases will be carried out, limited to the main decisions related to covid-19 in matters of public law in ADPFs. No less important, the development and implementation of the project authored by the STF, which began in 2005 in a virtual environment, entitled "The Constitution and the Supreme", will still be exposed. Finally, in view of the possible negative effects of judicial activism in current practice in Brazil, the works of some post-positivist authors were consulted, whose works, seen together, develop a proposal for a solution to the lack of linearity in judicial decisions. In short, the answer lies in the development of a methodology for applying the standard, according to pre-established criteria.

Keywords: Constitutional Law; Philosophy of law; Judicial Activism; historical-evolutionary perspective; historical contexts; Judicialization of the Policy; Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
1.1 Distinção entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política e outros termos similares.....	10
1.2 Origem da expressão “judicial activism” no mundo e a atuação ativista das Cortes Constitucionais de diversos países.....	21
1.3 Origem do termo “ativismo judicial” no Brasil.....	28
1.4 Cotejo entre o Ativismo judicial da Suprema Corte Estadunidense e o Sistema Jurídico Brasileiro.....	29
2 FASES DO ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS	31
3 FASES DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
3.1 Primeira Fase: Período antecedente à Constituição Brasileira de 1988	34
3.2 Segunda Fase: pós-Constituição Brasileira de 1988.....	36
4 ATUAÇÃO “ATIVISTA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2020	40
4.1 “Ações” Covid -19.....	41
4.2 Principais decisões relacionadas à Covid-19 em matéria de direito público em ADPFs.....	42
4.3 “A Constituição e o Supremo”	45
5 A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE UMA METODOLOGIA DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PELO STF	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

O surgimento do ativismo judicial e a sua maior ou menor aplicação estão intimamente atrelados a fatores históricos, especialmente aqueles ligados ao campo do Direito Constitucional e da corrente de pensamento jurídico-filosófica denominada de Neoconstitucionalismo. Nesse sentido, apresentam-se a seguir os fatores e os contextos históricos mais incisivos a propiciar o advento do ativismo judicial no mundo.

O fenômeno denominado de Constitucionalismo Moderno nasceu em meio a um momento marcado pelo abuso do poder estatal, fato esse que demandava a instituição de um mecanismo de controle. Foi criado então um conjunto de normas escritas compiladas em um único texto legal, possuindo um status diferente que o levou a assumir hierarquicamente o topo de todo ordenamento jurídico de um Estado e que foi denominado de Constituição. Esse movimento constitucional, portanto, é marcado por duas principais características: surgimento da hierarquia entre normas e limitação do poder político concentrado na figura do Monarca-Soberano, que se consubstanciou na teoria da separação de poderes. A origem formal do Constitucionalismo Moderno se deu a partir do Constitucionalismo Americano, com a Constituição da Federação de 1787, e do Constitucionalismo Francês, com a Constituição Francesa de 1791¹.

Os fenômenos constitucionalistas acabaram induzindo, também, a transição de um Estado com características liberais-burguesas para um Estado Social, o que se tornou uma tendência mundial. A implicação disso está na transformação de um Estado que, *a priori*, era ausenteísta, dito “Estado Mínimo”, anunciador de “direitos negativos” e de igualdade formal e que visava a proteção da propriedade e do mercado para um Estado que, além disso, também fosse caracterizado pela declaração de “direitos positivos” e igualdade material. O Estado Social veio a ser nomeado de Estado Prestacional e Intervencionista e foi de grande importância para o progresso e a expansão dos direitos, especialmente por propiciar o surgimento dos direitos sociais².

Em momento pospositivo, surge o modelo vigente, intitulado Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo pós-moderno. Esse momento corresponde ao somatório das tentativas de limitação do poder político do Constitucionalismo Moderno com a busca da eficácia da Constituição. Em resumo, o movimento constitucionalista pós-moderno estabelece uma

¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.64-68.

² *Ibidem*.

hierarquia entre as normas que, além de formal, é também axiológica e ainda busca promover a concretização dos direitos fundamentais³.

Segundo Roberto Barroso, o Neoconstitucionalismo possui os seguintes traços característicos: força normativa e valorização dos princípios; métodos abertos de raciocínio (argumentação jurídica, ponderação, método tópico etc.); constitucionalização do direito; reaproximação do Direito e da Moral; e expansão da jurisdição constitucional.

Também nesse contexto neoconstitucionalista, algumas críticas são lançadas ao modelo vigente e Daniel Sarmento bem aponta alguns efeitos que, segundo ele, guardam certos traços negativos, quais sejam “Supremocracia” ou “Juristocracia” (“Governo dos Juízes”); “oba-oba Constitucional”, que corresponde à invocação frouxa e não fundamentada de princípios, utilizados de forma desarrazoada; e “Panconstitucionalização” ou “Hiperconstitucionalização”, o qual significa que tudo ou quase tudo está previsto na Constituição, tornando o legislador mero executor de medidas já impostas pelo constituinte, fato que resulta na negação de autonomia política ao povo em cada momento de sua história⁴.

Logo, todo esse cenário criado pelos fenômenos constitucionalistas e neoconstitucionalistas oportunizaram o advento e o desenvolvimento do ativismo judicial em diversos países do mundo, pois as Constituições fortaleceram o papel do Poder Judiciário, especialmente das suas Cortes Superiores que detêm a guarda dos objetivos e das disposições constitucionais.

Em outras palavras, o Direito Constitucional vigente, a normatização dos princípios e os novos métodos hermenêuticos permitiram a extensão da atuação do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, Legislativo e Executivo, mormente quando se está diante de um “hard case”.

Um “caso difícil” possui vários aspectos, a saber. Um deles corresponde à grande carga valorativa que circunda o caso concreto e que, por isso, dificulta a construção de um entendimento majoritário e pacífico que seja comungado simultaneamente por juristas e a sociedade em geral. Outro aspecto reside na falta de norma regulamentadora ao caso concreto, isto é, o *hard case* se perfaz a partir da ausência de normatização ou da normatização parcial. É possível ainda se verificar um “caso difícil”, mesmo diante de regulamentação normativa integral, quando há um campo muito aberto para interpretações, como ocorre no caso do aborto.

³ Ibidem, p.69-76.

⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. Acesso em: 08.05.2021.

Por fim, existe um último aspecto que se refere à dificuldade de se estabelecer as premissas maior e menor do método silogístico para aplicação da norma. Esse último será mais bem explicado no último tópico desse estudo.

Como se viu, o movimento neoconstitucionalista buscou a concretização dos direitos fundamentais estampados nos Textos Constitucionais, o que se tornou uma demanda atual e recorrente da sociedade. Diante disso, essa efetivação deveria ser liderada pelos poderes Legislativo e Executivo, pela relação da demanda com as suas funções precípua, o que de fato não foi o que se observou. No âmbito brasileiro, esses poderes se mostraram bastante inefetivos recorrendo-se, assim, ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, considerado “guardião da Constituição Federal”. Em outros termos, os poderes políticos acabaram se eximindo da competência que lhes foi atribuída pela Constituição de atuar em questões políticas, culminando na sobreposição do Judiciário. Vários podem ser os motivos para isso, mas parece que o mais incisivo deles se refere ao zelo da imagem do político perante a sociedade, ou seja, a busca pelo não envolvimento em questões conflituosas que possam impossibilitar as suas reeleições e, conseqüentemente, a perda de seus cargos políticos. Toda essa conjuntura só incentivou a propagação do ativismo judicial.

Uma última consideração inicial, que também trata de um fator estimulante ao ativismo, é que o magistrado deixa de ser meramente o “boca da lei” (termo consolidado pela Escola da Exegese em que se aplica o textualismo direto da lei, sem interpretações), lhe sendo atribuído maior autonomia e ampliação de sua atuação interpretativa. Além disso, a sua competência avulta-se, assumindo o papel de verificar a validade formal e material da norma jurídica pela via do controle de constitucionalidade.

Logo, inéditos e amplos poderes foram sendo conferidos aos juízes no decorrer dos anos até o momento atual, no qual se constata uma extensa atuação do Judiciário. O exercício jurisdicional foi tão ampliado que hoje se vislumbra um campo de incidência expandido, em que o magistrado julga matérias que, em um tempo passado, de maneira incontroversa, não era de sua competência, como os assuntos políticos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OUTROS TERMOS SIMILARES

O ativismo judicial é uma expressão que comporta diversas concepções, fato que explica a complexidade de sua definição. A doutrina majoritária atinente ao tema costuma atribuir ao termo uma conotação negativa, entendendo que ativismo estaria atrelado ou a um provimento jurisdicional marcado de arbitrariedade ou a uma usurpação de competência por parte do juiz. Nessas acepções, diz-se que há notório e prejudicial aviltamento do princípio democrático e da separação dos poderes. Cass Sunstein confirma ser prevalecente a correlação do ativismo judicial a “insulto”⁵.

Por outro lado, há um grupo minoritário que defende ser positiva a atuação do Poder Judiciário ao operar em prol da efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos sociais proclamados na Constituição Federal Brasileira de 1988, diante da inércia dos demais poderes de governo. Aliás, verifica-se, historicamente, que, com a implementação do Estado Constitucional de Direito, o Direito acabou se vinculando ainda mais à Política, implicando no deslocamento de decisões de conteúdo político dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Isso significa dizer que a tomada de decisões políticas passou a estar passível de ser feita também via processo judicial. Nesse sentido, importa citar uma frase de Tate que bem traduz essa situação: “‘*nonpolitical*’ judges in the exercise of ‘*political*’ discretion”⁶, ou seja, “juízes não políticos no exercício da discricção política”.

Expostos esses dois fatores (inércia dos poderes políticos e aproximação de Direito e Política), tem-se o surgimento da expressão “judicialização da política”, que pode ser entendida, conforme Pinheiro Pinto, como:

Uma interferência judicial constitucionalmente legítima nas condições da ação dos poderes políticos, viabilizada quando questões políticas são constitucionalizadas e transformadas em questões de direito judicializáveis, quando então caberá ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, emitir uma decisão sobre elas⁷.

Logo, toda a vida do indivíduo passa a ser normatizada a partir de diretrizes constitucionais, o que se denomina por “Panconstitucionalização” ou “Hiperconstitucionalização”⁸.

⁵ SUSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**: why extreme right-wing Courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p.42.

⁶ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p.28.

⁷ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia**: o stf entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2018, p.56.

⁸ SARMENTO, Daniel. op.cit., p. 17-19.

O fato de que tudo ou quase tudo está disciplinado pela constituição é um traço marcante dos países que adotam um texto constitucional abrangente, como o caso do Brasil. E, nesse sentido, muito bem aponta Sarmiento ao dizer que a Constituição brasileira de 1988 é ubíqua, ou seja, disciplina desde “grandes questões” até “pequenos conflitos”, significando que tudo pode se tornar uma questão constitucional e, portanto, tudo se torna *judicializável* e passível de ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal⁹.

Com essa constatação, de que tudo e todos podem ser *justiciáveis*, o Poder Judiciário acaba alcançando maior protagonismo quando paragonado com os demais poderes, fato que leva Garapon a asseverar que se espera tudo da justiça¹⁰.

Outro ponto polêmico entre os literários jurídicos se refere ao estabelecimento do vínculo correlacional entre ativismo judicial e judicialização da política.

Para alguns doutrinadores, como Chester Neal Tate, Ran Hirschl, Johan P. Olsen, Alec Stone Sweet e James L. Gibson, a judicialização da política é o efeito do ativismo judicial. Já para Marcos Paulo Veríssimo, Lênio Luis Streck e Jânia Maria Lopes Saldanha, a relação é inversa, ou seja, a judicialização da política é a causa do ativismo judicial¹¹.

Para o primeiro grupo, liderado por Chester Neal Tate, a ocorrência da judicialização da política depende de atitudes e preferências políticas ou valores dos juízes. Dessa forma, Tate propõe dois conjuntos de comportamentos: “(i) ativismo judicial/ autocontenção e (ii) preferências políticas públicas do Judiciário, traduzidas nas dimensões “direita/esquerda””¹². Assim, segundo o referido autor, há condições favoráveis ou desfavoráveis à judicialização, conforme for o resultado do cotejo entre as “orientações políticas das Instituições majoritárias” e “atitudes e valores judiciais”¹³. Logo, em resumo, de acordo com Tate,

somente no caso de juízes *direitistas-ativistas* em um ambiente dominado por instituições majoritárias de esquerda ou de juízes *esquerdistas-ativistas* em um ambiente dominado por instituições majoritárias de direita é que se pode esperar a promoção vigorosa da judicialização da política.¹⁴

⁹ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**: Os Dois Lados da Moeda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

¹⁰ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1966, p.21.

¹¹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 37-47.

¹² Ibidem, p. 41.

¹³ Ibidem, p. 41.

¹⁴ TATE, Chester Neal. **Why the Expansion of Judicial Power?** In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p.34-35. Tradução livre deste autor. No original: “*that only rightist-activist judges in an environment dominated by leftist*

Em contrapartida, os que defendem a judicialização da política como causa do ativismo judicial entendem que aquela foi viabilizada pelo próprio constituinte originário pela maneira como se deu a formação e o desenvolvimento do Texto Constitucional brasileiro de 1988. Em outras palavras, a judicialização impulsionou a atuação mais ativista do Judiciário após 1988 pelos efeitos decorrentes da promulgação da nova constituição. Um exemplo disso foi a edição da Emenda Constitucional 45/2004, conhecida por reformar o Poder Judiciário. Tal dispositivo legal inovou ao criar o instituto das Súmulas Vinculantes de observância obrigatória, que resultou na ampliação do campo de atuação do Judiciário, em sua função atípica-legislativa. Veríssimo bem expõe esse cenário quando explica que

Trata-se do surgimento no país, de um Judiciário “ativista”, que não se constringe 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)¹⁵.

Além disso, há um terceiro cenário doutrinário, defendido por Luís Roberto Barroso, que considera não haver uma relação de causa e efeito entre a judicialização da política e o ativismo judicial, isso porque suas origens não partem de um ponto em comum. Dessarte, Barroso entende que “a judicialização e o ativismo 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.”¹⁶.

Portanto, como se pôde constatar, embora haja uma ligação, seja de qual forma for, há uma clara distinção conceitual entre a judicialização da política e o ativismo judicial, segundo os doutrinadores suso mencionados.

Ficando claro esse primeiro ponto, passa-se, de fato, à verificação conceitual da expressão ativismo judicial.

majoritarian institutions and leftist-activist judges in an environment dominated by rightist majoritarian institutions should be expected to promote the judicialization of politics vigorously.”. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=UmkTCgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 27.02.2021.

¹⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV, São Paulo, n. 8, 2008, p. 409. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>. Acesso em: 10.01.2021.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009, p. 6.

Entende-se que o ativismo judicial corresponde a um fenômeno multifacetado, pois pode se apresentar de vários modos.

Examinando a literatura jurídica nacional, a partir das produções de maior reconhecimento acadêmico, constatam-se três diferentes contextos nos quais a atuação do magistrado possui caráter ativista, são eles: (1) caso em que o Judiciário abusa da função legislativa e/ou executiva, utilizando-a(s) de maneira ordinária em notória oposição ao ditame posto pela Constituição vigente, que prezou pela excepcionalidade de tal ato; (2) subjetivismo do julgador ao decidir com base em valores e posições ideológicas próprias (*result-oriented judging*); (3) ativismo como criação judicial do direito (*judicial legislation*)¹⁷.

Antes de realizar o escrutínio dessas três facetas do ativismo judicial, é forçoso fazer uma consideração inicial. Quando alguém pergunta o que vem a ser ativismo judicial, a primeira resposta tende a se voltar à inserção do ativismo à esfera das políticas públicas. Já se tornou costumaz o ato de vincular o primeiro ao segundo, mas, que fique claro, não é apenas nesse campo que o ativismo se debruça.

Essa vinculação é recorrente, pois é comum que se demande do julgador uma postura e uma decisão processual que, de fato, promova a concretização dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais.

Em outros termos, há uma pressão externa, que chega a assumir o caráter de obrigação, no sentido de que o STF, uma vez considerado como “guardião da Constituição”, também avoque as qualidades de “salvaguardor” e “efetivador” dos direitos fundamentais, que até então estariam dispostos somente no plano abstrato do texto constitucional. Em suma, requer-se que, diante da inércia dos poderes políticos, o Poder Judiciário traga ao plano concreto a aplicação dos direitos fundamentais.

Um exemplo desse cenário ocorre no caso de falta de vagas em escolas públicas, que diante da inércia do poder público, resta o pedido de socorro ao Judiciário a fim de que se efetive o mandamento constitucional de educação a todos. Outro exemplo está na carência de medicamentos, que, nesse caso, clamará pela materialização do direito à saúde.

Isso posto, o foco se desloca para o esmiuçamento daqueles três aspectos do ativismo judicial.

Em relação ao ativismo judicial, na vertente de uso da função legislativa e/ou executiva em caráter ordinário pelo Poder Judiciário, cabe a reflexão sobre a divisão orgânica de poderes,

¹⁷ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 53-54, 2019.

ainda mais porque é assunto disciplinado pela Constituição Federal de 1988, no Título IV, dos artigos 44 ao 135.

Em sentido amplo, o vocábulo “poder” pode ser conceituado como a capacidade de determinar condutas. Entretanto, à luz da Constituição brasileira de 1988, depreende-se que o termo “poder” deve ter três sentidos, assim sendo considerado como função, como órgão ou relacionado à soberania.

Poder como função aparece nos artigos 44, 76 e 92 da Constituição Federal, os quais, respectivamente, dispõem sobre a função legislativa, executiva e jurisdicional. Já poder como órgão é verificado do disposto no art. 2º da CF/88, determinando que são órgãos da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. E, por fim, poder, a título de soberania, é vislumbrado no parágrafo único do artigo 1º da CF/88, em que se proclama o Princípio da Soberania Popular, através da máxima “Todo poder emana do povo”, que é característica típica de um Estado Democrático de Direito.

Seguindo nessa linha principiológica, importa ressaltar que o artigo 2º da CF também proclama o Princípio da Independência e da Harmonia entre os Poderes, não se olvidando de que esse é um princípio fundamental, assim como o Princípio da Separação de Poderes, que, inclusive, é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III da CF.

Traçando uma linha histórico-evolutiva, as teorias mais relevantes sobre a Separação de Poderes são, em termos resumidos: Aristóteles (240 A.C., com a “tripartição funcional”); Locke (1690, com a “bipartição orgânica”); e, finalmente, o modelo adotado atualmente, advindo de Montesquieu (1748, com a “Tripartição orgânica”), que indica a triplicidade de órgãos, cada qual com uma função. Em complemento ao modelo de Montesquieu, adota-se a Teoria dos Freios e Contrapesos (“checks and balances”), do autor francês Charles-Louis de Secondat, que, em suma, defende o controle recíproco entre os três poderes.

A visão contemporânea sobre a separação de poderes considera especialmente a obra de Bruce Ackerman, denominada “A nova separação de poderes”¹⁸. Esse autor entende que existem três finalidades distintas a serem alcançadas quando se adota a separação de poderes, quais sejam: resguardo da democracia – representação do povo e da vontade popular nos órgãos estatais, assim, por exemplo, uma decisão judicial deve levar em conta a vontade popular - ; primazia da competência profissional, especialização funcional ou profissionalismo, cujo significado baseia-se na ideia de que o órgão estatal com maior *expertise* é o que deve atuar (capacidade técnica); e proteção e ampliação dos direitos fundamentais.

¹⁸ ACKERMAN, Bruce. A nova separação de poderes. Lumen Juris, 2009.

O constituinte originário com vistas ao fato de que a separação de poderes lograsse êxito no território brasileiro, estabelece funções típicas e atípicas para cada um dos três poderes.

Com efeito, a função típica de um poder é aquela que guarda relação de identidade com a sua instituição, ao passo que a função atípica tem conceito diametralmente oposto.

À luz da Constituição, a função típica do Executivo é administrar, enquanto sua função atípica é legislativa, quando, por exemplo, edita uma medida provisória (artigo 62, CF), e jurisdicional, quando decide um processo administrativo (artigo 5º, inciso LV, CF). Já o legislativo tem a função precípua de criar ato genérico e abstrato e, em contrapartida, exerce, em caráter excepcional, a função executiva ao dispor, por exemplo, sobre a organização da Câmara dos Deputados (artigo 51, inciso IV da CF), e a função jurisdicional, no caso de “impeachment” (artigo 52, inciso I e parágrafo único da CF). Finalmente, e aqui assunto de maior relevância para esse estudo, o Poder Judiciário tipicamente julga com definitividade à medida que, atipicamente, atua na esfera executiva quando assume, por exemplo, a tarefa de administrar um tribunal (artigo 96, I, “f”, CF), e atua na seara legislativa ao editar súmula vinculante (artigo 103-A, CF) e elaborar os regimentos internos de seus órgãos.

Para que o poder atue de forma atípica, é imprescindível que se leve em consideração três condições: autorização expressa na Constituição; interpretação restritiva dos mandamentos constitucionais; e vedação de proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir o núcleo essencial da norma, nos termos do art. 60, § 4º, III, CF/88.

A partir disso tudo, compreende-se, então, que o Judiciário pode assumir a figura do legislador, contudo, de maneira excepcional, o que gerou indagações sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que inovou ao ampliar a função atípica do Poder Judiciário por meio das súmulas vinculantes. Ocorre que essa disposição veio a contribuir com o cenário em que o Judiciário atua como legislador positivo ordinariamente.

Na época da publicação da EC 45, longe de ser um consenso, o caráter vinculante das súmulas do STF criou imanes divergências na comunidade jurídica. Os defensores argumentavam que tal instrumento seria favorável ao combate da morosidade processual, bem como, garantiria maior segurança jurídica, através da uniformização das decisões. Nesse sentido, são os seguintes entendimentos doutrinários:

[...] a adoção da súmula vinculante se consubstancia em medida salutar, como instrumento que veio para contribuir com outras que virão a ser implementadas pela

onda de reformas do Código de Processo Civil, com vistas a equacionar os vários e inúmeros problemas por que passam a estrutura judiciária brasileira¹⁹.

[...] pretende combater fenômeno cada vez mais freqüente no sistema jurídico pátrio, qual seja a chamada “loteria judiciária”, em que dependendo de qual magistrado receba o processo sua causa poderá receber uma decisão totalmente diferente²⁰.

Por outro lado, os opositores entendiam que a súmula vinculante seria uma ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando a competência do Poder Legislativo. Aliás, a súmula vinculante poderia vir a adquirir poder superior à própria lei (*strictu sensu*), isso porque a ela incumbiria a última interpretação, ou seja, a “última palavra”, viabilizando a sobreposição do Judiciário sobre o Legislativo. Ocorre que aquele dominaria a função conferida pelo constituinte originário a esse.

Favoráveis a essa última visão, estão os renomados doutrinadores Lênio Streck e Mário Cappelletti, com destaque para os enunciados de Lima e Carvalho:

É preciso assinalar que a edição de súmula orientadora para a solução de litígio em julgamento é forma democrática de uniformização necessária da jurisprudência que, na tradicional concepção do nosso direito, jamais foi entendida como uma ordem aos graus inferiores. Entretanto, conferir-lhe efeito vinculante significa alterar o princípio constitucional que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II, da CF/88), cláusula pétrea não passível de alteração pelo poder constituinte derivado. Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a lei provinda do Parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma super lei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interpretação obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais²¹.

No instante em que o juiz estiver vinculado às normas elaboradas pelo seu próprio Poder, desaparecerá a sua legitimação democrática legal representativa, restando fraturado o princípio da harmonia e da autonomia entre os poderes estatais, porque um estaria subtraindo a competência do outro, para enfeixá-la em poucas mãos (as da cúpula)²².

¹⁹ BRAZ, apud SANTOS, 2011, p.84-85

²⁰ SANTOS apud SANTOS, 2011, p.85

²¹ LIMA apud SANTOS, 2011, p.87.

²² CARVALHO apud SANTOS, 2011, p.91.

Analisada a primeira forma de ativismo judicial correspondente ao abuso da função legislativa e executiva pelo Judiciário, segue-se na verificação da uma segunda modalidade, qual seja: subjetivismo do julgador ao decidir com base em valores e posições ideológicas próprias ou o dito julgamento orientado pelo resultado (*result-oriented judging*).

A literatura jurídica, nas palavras de Grostein, explica que

O ponto central desse debate é a vontade do juiz. O poder de anular leis incompatíveis com a Constituição está pautado na interpretação e não na vontade do juiz, segundo o ideário constitucional corrente. E é justamente o uso deste poder fundado na vontade que implicaria um vício na atuação do juiz, um vício de ativismo judicial²³.

É cediço que o exercício político deve ser desempenhado pelo Executivo e Legislativo, pois são os que contemplam os cargos eletivos. Isso ocorre tendo em vista que o Brasil adotou o modelo representativo, assim como a soberania popular, conforme a máxima “todo poder emana do povo”. Logo, para que os atos políticos sejam dotados de legitimidade, é indispensável que o sujeito autor do ato ocupe cargo eletivo e, portanto, seja o representante do povo.

Assim é traduzido o fenômeno da representatividade, consubstanciado no fato de que o povo escolhe, através das eleições, seus representantes. Adotando-se o sistema representativo, há uma transferência de poderes do grupo majoritário para o minoritário, que uma vez consumada pela via eleitoral, propicia que o poder de decisão se concentre no último grupo, o dos governantes. Todavia, insta lembrar que o que deve imperar é a vontade popular, tendo o povo meios de impugnar os atos governamentais.

Em contrapartida, os cargos que compõem o Judiciário são preenchidos conforme a reza do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, que determina a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura no cargo. Logo, uma vez que aqui não há a participação do povo, bem como está ausente aquela transferência de poderes, vedado é o julgamento com base em convicções e ideologias particulares e o exercício da política pelos magistrados, como corolário do Princípio Democrático.

O ordenamento jurídico brasileiro, segundo uma análise sistêmica, não se mostra favorável ao magistrado na qualidade de agente político e como operador de políticas públicas.

²³ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 62, 2019.

Entretanto, muitos assuntos políticos têm sido levados ao Judiciário e, por força do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça ou Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV), atraem a obrigatoriedade de serem analisados e julgados. Essa conjuntura levou à criação do que se denomina politização da justiça.

Nesse sentido, sobre a politização da justiça, preceitua Ferreira Filho:

Hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela ‘opinião pública’, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massas. Estes ‘profetizam’ os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias²⁴.

Por derradeiro, a terceira concepção de ativismo está calcada na criação judicial do direito.

Sabe-se que o direito brasileiro tem origem romano-germânica, o que significa dizer que o sistema jurídico em vigor no Brasil é composto majoritariamente por normas escritas, adotando-se, pois, a estrutura do *civil law*.

Trata-se de um sistema legislado, no qual cabe ao Poder Legislativo, pela via legal, realizar recortes nas atuações dos demais poderes, nos termos definidos pelo constituinte originário, constantes do Texto Maior.

Como já bem exposto ao longo desse estudo, as normas jurídicas escritas no ordenamento brasileiro devem emanar do exercício do Poder Legislativo, salvo as disposições constitucionais ao contrário. Contudo, esse não é o cenário encontrado na criação judicial do direito, no qual o processo normativo é comandado pelo Poder Judiciário.

Nesse prisma, Antonin Scalia²⁵ assevera que, diferentemente de épocas passadas, quando os reinos monárquicos predominavam, hoje os juízes não são mais agentes dos reis, e isso significa dizer que a incumbência de criação do direito pelos juízes, como era de costume naqueles tempos, é inconciliável com os atuais Estados democráticos.

Essa terceira concepção muito se confunde com aquele primeiro aspecto alhures demonstrado, pois aqui também se vislumbra a avocação do Judiciário da função precípua do Legislativo.

Ante a verificação das três facetas do ativismo judicial, importa demonstrar algumas conceituações presentes na literatura jurídica brasileira.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, out./dez. 1994, p.16. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>. Acesso em: 14 nov. 2020.

²⁵ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: federal courts and the law. Princeton University Press, 1997.

Para Barroso, o ativismo judicial está concatenado 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” e esse fenômeno manifesta-se de três maneiras:

a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 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; a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, tanto em caso de inércia do legislador (...) como no de políticas públicas insuficientes²⁶.

Já conforme Elival Ramos:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)²⁷.

Finalmente, segundo Campos:

O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias²⁸.

A título de complementação e a fim de clarear ainda mais a concepção de ativismo judicial, faz-se necessário expor que não é somente a judicialização da política que é tida como fenômeno análogo ao ativismo judicial. O controle de Constitucionalidade também pode gerar

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuição para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 3ª Reimpressão, p.246-247.

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, 4ª Reimpressão (2014), p.129.

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.164.

confusões. Para a corrente majoritária da doutrina, há ausência de sinonímia entre esses dois conceitos, isso porque o simples cotejo de leis com a Constituição para se verificar a compatibilidade formal e material, por si só, não deve ser compreendida como ativismo judicial. Esse conteúdo não será aqui desmiuçado por não ser o foco desse estudo.

Outro vocábulo que não se confunde com ativismo judicial é a jurimetria. Em termos breves, jurimetria, de acordo com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), é a “disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos”²⁹, ou seja, é a aplicação da estatística no Direito, na tentativa de se entender, de fato, o funcionamento do sistema jurídico. Quando o advogado fala para seu cliente que, usando de uma certa estratégia ou de determinado argumento, as chances de vencer a demanda aumentam, verifica-se a jurimetria aplicada na prática.

Logo, feitos os esclarecimentos pertinentes ao conceito de ativismo judicial, prossegue-se para verificar a eclosão da atividade ativista no mundo.

1.2. Origem da expressão “judicial activism” no mundo e a atuação ativista das Cortes Constitucionais de diversos países

Interessante expor que o termo ativismo judicial não foi cunhado no meio acadêmico jurídico, mas sim na seara da Economia, por meio da publicação do artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, na Revista Fortune (v.35, nº 73), em janeiro de 1947³⁰.

O autor da expressão foi Arthur Schlesinger Jr., historiador estadunidense, que acabou escrevendo o artigo influenciado pelo cenário atual da época, contexto esse particularizado pelas disputas entre a *Supreme Court* Americana e o Presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt. Foi um período de grave crise econômica para o país e com vistas à recuperação da economia, o então presidente adotou uma série de medidas político-econômicas as quais, em seu conjunto, foram denominadas de *New Deal*. Entretanto, a Corte Suprema, claramente com tendências ideológicas contrárias, declarava inconstitucionais as leis favoráveis ao movimento³¹.

²⁹ Disponível em: [https://newlaw.com.br/jurimetria-direito/#:~:text=Jurimetria%20C3%A9%20a%20estat%20ADstica%20aplicada%20ao%20Direito.&text=Segundo%20a%20ABJ%20\(Associa%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira,fazer%20parte%20do%20mundo%20jur%C3%ADdico. Acesso em: 25.03.2021.](https://newlaw.com.br/jurimetria-direito/#:~:text=Jurimetria%20C3%A9%20a%20estat%20ADstica%20aplicada%20ao%20Direito.&text=Segundo%20a%20ABJ%20(Associa%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira,fazer%20parte%20do%20mundo%20jur%C3%ADdico. Acesso em: 25.03.2021.)

³⁰ PINTO, Hélio Pinheiro, op.cit., p. 64, 2018.

³¹ Ibidem, p. 63-64, 2018.

Salienta-se que, embora o termo tenha surgido apenas em 1947, a atuação ativista da *Supreme Court* dos Estados Unidos teve sua consolidação muito tempo antes, nos primórdios do século XIX. Isso porque, segundo os estudiosos americanos em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, a Corte liderada pelo *judge* John Marshall, atribuiu a si própria competência para atuar no controle difuso de constitucionalidade das leis, mesmo sem o amparo constitucional, configurando a típica atuação ativista na espécie criação judicial do direito³².

Schlesinger Jr., além de criar a expressão ativismo judicial, também se preocupou em definir “os ativistas” e “os autocomedidos”. O primeiro grupo defende “um papel afirmativo” da Suprema Corte “na promoção do bem-estar social; [...] o emprego do poder judicial com vistas às próprias concepções do bem comum”³³. Já o segundo preocupa-se “com as variadas resultantes dos processos legislativos, ainda que isso signifique manter conclusões que os juízes pessoalmente condenem;”³⁴.

Não obstante o ativismo judicial ser um fenômeno disseminado mundialmente, no qual, de forma geral, discute-se o empoderamento do Poder Judiciário em detrimento aos outros dois Poderes e a invasão do campo competencial dos últimos, as suas raízes e a afirmação de tal movimento se deu no território estadunidense, viabilizado pela atuação e pelo comportamento da *Supreme Corte* dos Estados Unidos.

Assim como no Brasil e nos Estados Unidos, as Cortes Supremas de diversos países têm se tornado protagonistas diante de grandes controvérsias e embates internos de relevante interesse da coletividade. Verificam-se, a seguir, alguns episódios que retratam bem isso e a influência de algumas Cortes, como a italiana e a alemã, sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na Alemanha, o ativismo judicial se manifesta principalmente pela hermenêutica jurídica realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão em relação aos direitos fundamentais. Isso porque há um *efeito de irradiação* desses direitos sobre todo o ordenamento jurídico, implicando no dever da interpretação conforme os princípios constitucionais, independente de qual for a matéria jurídica em apreço. Trata-se, portanto, de *constitucionalização do direito*.

Verifica-se uma abrangência da competência material da Corte Constitucional, pois até mesmo os casos ordinários seriam suscetíveis de julgamento. A interpretação à luz dos princípios constitucionais deve ser exercida indistintamente por todos os poderes estatais, devendo ocorrer independentemente de qual seja a fase em que se encontre as atividades estatais

³² Ibidem, p. 64, 2018.

³³ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 79, 2019.

³⁴ Ibidem.

e jurisdicionais, ou seja, tanto na criação como na interpretação ou na aplicação, deve-se a observância aos princípios constitucionais³⁵.

As decisões em casos de relevante interesse público, muitas vezes, são compostas além dos elementos jurídicos também de elementos políticos e morais, o que acaba contribuindo para o ativismo judicial que usurpa a função legislativa e política própria dos poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, Schlink explana que o Tribunal Constitucional Alemão já assumiu o papel de defensor súpero na promoção dos princípios constitucionais e que a própria Corte já “aceitou completamente esse papel ativista” bem como a função de “produzir e legitimar mudanças no sistema normativo e na ordem social”³⁶.

Esse contexto soa muito familiar aos brasileiros, uma vez que o Supremo Tribunal Federal parece ter adotado a mesma postura do Tribunal Alemão.

Já no cenário italiano, muito se fala das sentenças aditivas, que são aquelas que possuem a função de se manifestar onde a lei é silente, ou seja, trata-se de um exercício de integração. Através dessas sentenças, com o decorrer dos anos, a Corte Italiana foi assumindo cada vez mais poder político-decisório.

A sentença aditiva pressupõe uma lacuna axiológica, o que faz com que o ativismo judicial, nesse contexto, acabe se revelando em seu aspecto de criação judicial do direito, no qual o Tribunal Italiano assume a atividade de legislador positivo.

Um caso emblemático dessa conjuntura se refere à sentença sob nº 190, de 1970, no qual se discutia a legitimidade do artigo 304, §1º, do Código Processual Penal de 1930, em face da Constituição Italiana. Ocorre que o indigitado dispositivo legal previa ampla participação do Ministério Público na inquirição do acusado no decorrer da fase instrutória, ao passo que nada dispunha sobre a participação dos advogados de defesa, transmitindo uma postura tendenciosa à acusação em clara ofensa à isonomia processual. A decisão da Corte, nesse caso, reconheceu a afronta ao direito de defesa, determinando a inclusão do causídico defensor no interrogatório criminal. Isso mostra que o Tribunal acabou julgando no sentido de preencher uma lacuna na norma, avocando o papel do legislador ordinário³⁷.

Na Colômbia, o desenvolvimento social só foi possível diante da atividade progressista assumida pela Corte Constitucional colombiana.

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op.cit., p.144-157.

³⁶ SCHLINK, Bernhard. **German Constitutional Culture in Transition**. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives**. Durhan: Duke University Press, p.210.

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op.cit., p.158-168.

Os governos democráticos na América Latina foram se sedimentando nas últimas duas décadas do século XX, impulsionados principalmente pelas promulgações das Cartas Constitucionais em seus países. Essas cartas foram consideradas inovadoras pela ampliação dos direitos fundamentais e pela inserção de direitos sociais ao plano constitucional. É nesse contexto que, simultaneamente, há o robustecimento das Cortes Constitucionais com o papel de promover e concretizar esses novos direitos.

E é exatamente nesse sentido a principal função da Corte colombiana nas últimas décadas. Um exemplo disso foi a luta a favor dos direitos dos homossexuais que acabou por conferir a esse grupo o direito à constituição de família, além de vedar a discriminação.

O Tribunal Constitucional colombiano, assim como o italiano, assume a figura de legislador positivo e atua no sentido de integrar o ordenamento jurídico do país, como fez na questão do aborto, ao criar exceções à sua criminalização.

Essa circunstância também é familiar ao direito brasileiro, pois, no mesmo sentido, foi a atuação do STF na ADPF 54, julgada em 2012, quando foi inserida mais uma hipótese de descriminalização do aborto ao ordenamento jurídico nacional. Assim, a interrupção da gravidez de feto anencefálico conjuntamente à gravidez decorrente de estupro e da gravidez com risco de morte da gestante são causas de afastamento da punibilidade do crime de aborto.

O Tribunal colombiano também muito interveio na economia da Colômbia, como se vê no caso em que foi ordenado ao Legislativo que nova lei fosse produzida a fim de tornar mais factível a aquisição de imóveis pela classe média por meio de financiamentos mais acessíveis.

Logo, verifica-se que a Corte colombiana claramente assumiu a função de liderança na condução das questões políticas, sociais e econômicas³⁸.

Já na Costa Rica, a atuação ativista da Corte está intimamente ligada aos *desenhos institucionais*, porque, em 1989, houve uma reforma constitucional que resultou na criação e na inclusão de uma “câmara” ao Tribunal Supremo. A câmara foi denominada de “Sala IV” e detinha o papel de exclusivamente julgar questões constitucionais e promover os direitos fundamentais constantes no Texto Maior. Diante disso, acredita-se que houve uma mudança expressiva na forma de lidar com questões sociais e jurisdicionais no país, especialmente devido à alteração de postura da Corte.

Diferente da Colômbia, a Constituição Costa-Riquenha, há muito tempo, já contemplava os direitos sociais e fundamentais, o que demonstra que a carência residia no plano material, o

³⁸ Ibidem, p. 168-178.

que de fato mudou com a atuação progressista e ativista do tribunal. A Sala IV é apontada hoje como um dos órgãos que mais propaga o ativismo judicial no continente americano.

Ponto comum ao direito brasileiro, ficou estabelecido pela legislação que todas as decisões da Sala IV conteriam eficácia vinculante e *erga omnes* (conforme ocorre nas súmulas vinculantes proferidas pelo STF).

A indigitada câmara tem alcançado enormes e amplos poderes, assim como muitas funções lhe foram sendo atribuídas, fatos que a fizeram adquirir o papel de *horizontal accountability*. Esse termo corresponde ao controle mútuo entre os poderes, sem hierarquia entre eles, mas, nesse caso, em particular, a expressão representa um controle desnivelado, em que a Corte se torna capaz de impor restrições aos demais poderes de governo.

Um exemplo forte disso é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos atos políticos do Executivo. Foi o que ocorreu quando o então Presidente do Costa Rica, Abel Pacheco, decidiu apoiar “a guerra contra o terror”, liderada pelos EUA, e, em oposição à Corte Suprema, sustou o ato por entendê-lo dissonante ao ordenamento jurídico interno e internacional, devendo prevalecer o Direito à Paz³⁹.

Campos, então, assevera que

O caso costa-riquenho ensina então que novos desenhos institucionais que promovam a ampliação do acesso às cortes constitucionais, o fortalecimento de suas competências e procedimentos menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidade são prováveis de produzir a ascensão políticas dessas cortes.⁴⁰

Por outro lado, no Canadá, o ativismo judicial é verificado a partir dos diálogos democráticos. Esse termo se refere à interpretação da constituição a ser realizada em conjunto pelo judiciário e outros sujeitos ligados ao plano constitucional.

A atividade ativista nesse país foi impulsionada pela promulgação da *Canadian Charter of Rights and Freedom*, de 1982, pois, diferente da Carta antecessora (*Canadian Bill of Rights* de 1960), que era dotada de *status* de lei ordinária, a Carta de 82 alcança hierarquia superior, de Texto Maior. Ademais, novos e amplos poderes foram sendo conferidos ao Tribunal Constitucional que, a partir daquele momento, passou a julgar conflitos materialmente constitucionais e de grande interesse coletivo.

³⁹ Ibidem, p. 178-185.

⁴⁰ Ibidem, p. 185.

Tornou-se recorrente a atuação da Corte no Controle de Constitucionalidade e ficaram cada vez mais claras as pretensões do Tribunal de assumir o status de Guardiã da Carta Suprema e de atrair a competência de dirimir conflitos provenientes da esfera política.

A Corte Constitucional canadense procurou difundir a ideia da *Charter* como “árvore viva”, o que permitiria a aplicação de princípios não expressos no texto. À luz desse juízo, o Tribunal decidiu pelo afastamento de diversas leis, além de atuar em diversas questões que resultaram na possibilidade de aborto, na vedação de discriminação aos homossexuais, na permissão de casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre outras disposições. Outro ato de grande expressão foi a atuação da Corte no movimento de independência da província canadense do Quebec, o qual, ao final, o provimento jurisdicional foi no sentido de obstar a separação.

Assim como nos casos relatados acima, o Tribunal Constitucional do Canadá foi ativista ao avocar o papel de dirimir questões políticas, desvirtuando as funções precípua dos demais poderes de governo, e ao legislar positivamente, no exercício da interpretação da *Charter*, em manifesta criação judicial do direito, o que também se verifica no contexto jurídico do Brasil.

No Canadá, diferente dos outros países, houve a tentativa mais efetiva (pelo meio adotado) de se combater a atuação ativista através da disposição trazida pelo artigo 33 da *Charter*, que permite ao legislador inserir a *notwithstanding clause* (“cláusula não obstante”) ao texto legal. Essa cláusula possui o condão de impossibilitar que a lei seja considerada inconstitucional, mesmo que se conclua pela ofensa ao artigo 2º e aos artigos 7º a 15 da *Charter*. Entretanto, essa cláusula tem sido abafada por movimentos contrários que pretendem o seu enfraquecimento e sua eventual extinção. Ainda assim, a crítica é intensa no sentido de afirmar a ilegitimidade democrática do ativismo judicial praticado pela Corte em torno da *Charter*⁴¹.

Por fim, no território sul-africano, a Corte Constitucional tem um papel de extrema importância na reforma social pós-Apartheid, contribuindo para efetivação de direitos e garantias e vedando as discriminações. Insta ressaltar que a “Corte Constitucional teve participação extraordinária na própria formação da Constituição de 1996”⁴².

De todas as Cortes até aqui expostas, a Corte sul-africana é a mesma equilibrada, pois, embora realize atividades ativistas, tende sempre a buscar uma atuação conjunta com os demais poderes, logrando maior êxito na aplicação dos diálogos institucionais, em comparação à atividade da Corte canadense. Essa junção de esforços se deve mormente pela luta contra as imensas desigualdades histórico-raciais no país.

⁴¹ Ibidem, p. 186-191.

⁴² Ibidem, p. 192.

Passando aos casos práticos, quanto ao casamento civil de pessoas do mesmo sexo, a corte conferiu ao Parlamento tempo limite para que regulamentasse a matéria. A sua pretensão foi no sentido de que o legislador desse a palavra final, não havendo deturpação da função legislativa por parte da Corte. Entretanto, foi estabelecido que, caso o prazo não fosse cumprido, a decisão se daria conforme os princípios constitucionais que teriam o condão de permitir o casamento homossexual. O Parlamento acabou acatando a solicitação dentro do período concedido, o que viabilizou a decisão à luz da lei.

Esse caso mostra uma autocontenção da corte, o que não garantiu que fosse sempre assim. Posteriormente, o Tribunal assumiu posturas mais ativistas, como o *ativismo dialógico de Grootboom*. Esse episódio trata da intervenção em políticas públicas diante da inércia do Executivo, como no caso do direito à moradia. Além disso, houve o *TAC case*, em que a corte, ainda mais ativista, declarou inconstitucional ato do governo que limitava o acesso à medicamento capaz de prevenir a transmissão do Vírus HIV entre mães e filhos durante a gravidez, com esteio no direito à saúde (s.27, 1, a da CRSA). Tal decisão implicou no manejo da política pública a favor da ampliação do oferecimento daquele medicamento por hospitais públicos.

Ocorre que, nesses dois casos, a Corte buscou redirecionar as políticas públicas com vistas a garantir os direitos fundamentais e sociais para população⁴³.

Diante de todo o exposto, é possível depreender que, nas últimas décadas, muito se contribuiu para o avanço do ativismo judicial realizado pelas cortes constitucionais de vários países, por meio do qual, a partir de uma análise global, pode-se chegar a um ponto convergente. Seja pela criação judicial do direito e da integração do ordenamento jurídico, seja pela usurpação das funções precípuas dos demais entes de governo, seja pelo manejo das políticas públicas, todos Tribunais Constitucionais objetivaram a promoção e a efetivação dos direitos fundamentais e sociais constantes em suas constituições.

Em face disso, por que, então, o ativismo teria críticas e opositores, se o que foi dito acima parece trazer apenas benefícios, caindo naquele conhecido chavão “os fins justificam os meios”?

Como já dito alhures, os magistrados não ocupam cargos eletivos, o que significa dizer que não são os representantes do povo e que, portanto, a atuação fora de sua área competencial seria uma ofensa ao Princípio Democrático. Da mesma forma, os juízes não devem agir com base em convicções próprias, devendo se pautar pelos parâmetros legais, o que não é possível

⁴³ Ibidem, p. 191-197

quando o Judiciário atrai a função de legislador positivo de forma ordinária. Não se olvide que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, nos termos do Princípio da Legalidade, um dos princípios mais caros do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, outra problematização está na falta de uma metodologia de interpretação jurídica, permitindo ao julgador decidir cada caso concreto de uma maneira diferente, conforme o seu humor diário ou suas ideologias políticas de cada momento em particular. Esse último caso será mais bem analisado no tópico 5.

1.3. Origem do termo “ativismo judicial” no Brasil

De forma antagônica aos Estados Unidos que, como já dito, contém enorme produção literária acerca da matéria, o cenário brasileiro ainda carece de muitos estudos quanto ao advento e ao desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil.

À vista disso, cravar uma data inicial para o fenômeno no Brasil é algo bastante intrincado, haja vista ser um campo de vastas incertezas.

Todavia, compulsando as ínfimas produções nacionais, foi possível vislumbrar um panorama do que pode ter sido a história do ativismo judicial no Brasil.

É cediço que a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi um marco de transição entre um período que pouco se sabe acerca das atuações ativistas – inclusive devido ao fato de que o contexto não possibilitava esse tipo de atuação, haja vista que o Poder Judiciário não detinha grande expressividade como os demais Poderes, aproximando-se daquela conjuntura do magistrado “boca da lei”. Em outras palavras, o que se verifica é a atuação do Poder Judiciário nas sombras dos Poderes Legislativo e Executivo – e o momento pospositivo que muito favoreceu à expansão dos poderes dos juízes e tribunais, mormente pelas impulsões da própria Constituição.

Com efeito, a doutrina majoritária entende que, realmente, o primórdio do ativismo judicial no Brasil tenha se dado apenas após 1988. Todavia, há doutrinadores dissonantes que concluem pela irrazoabilidade de tal entendimento sob o fundamento de que há uma “longevidade do debate sobre a separação entre a política e o direito na literatura brasileira”⁴⁴. Pedro Lessa, José de Castro Nunes e Rogério Gesta Leal são defensores desse último posicionamento⁴⁵.

⁴⁴ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 148, 2019.

⁴⁵ Vide: LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915; NUNES, José de Castro. **Do Mandado de Segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do Poder Publico**. São

Nesse prisma, afere-se que, no ano de 1909, ocorreu a primeira atuação ativista no Brasil, embora, naquela época, o fato não tenha sido associado à expressão ativismo judicial. Nota-se uma atuação de criação judicial do direito quando o Supremo Tribunal Federal decidiu por expandir as hipóteses de cabimento do *Habeas Corpus*, diante de uma disposição Constitucional mais limitada. O artigo 72, § 22 da Constituição de 1981, assim dispunha:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

(...)

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder.

46

A ampliação teve com baluarte o entendimento de ser hipótese cabível o pleito de *Habeas Corpus* quando a liberdade de locomoção fosse meramente um meio para a efetivação de outros direitos.

As fases da evolução histórica do ativismo judicial no Brasil serão mais bem destrinchadas em momento posterior, no item 3.

1.4. Cotejo entre o Ativismo judicial da *Supreme Court* Estadunidense e o Sistema Jurídico Brasileiro.

Esse tópico possui o intuito de enfatizar a origem do movimento ativista nos Estados Unidos e sua influência sobre os demais países, especialmente sobre o Brasil, além de introduzir o item subsequente.

Nesse trilhar, como já dito alhures, a origem e a consolidação do ativismo judicial se deram primeiramente no território estadunidense, através da *Supreme Court*. O movimento

Paulo: Livraria Academica, 1937, p.167; NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de janeiro: Editora Forense, 1943; LEAL, Rogério Gesta. **As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira**. In: LEAL, Mônica Clarissa Hennig; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1891). Constituição Federal, de 1891. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ativista nos Estados Unidos já atingiu duração superior a dois séculos (iniciado nos primórdios de 1800), passando por diversas fases.

Já no Brasil, somente cem anos depois (no século XX) é que o Superior Tribunal Federal inicia suas atividades ativistas, sendo que a influência mais incisiva do movimento ativista norte-americano no Brasil se deu apenas no fim desse século, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O fator que mais contribuiu para essa repercussão foi a própria Constituição Federal de 1988, ao conceder novos poderes aos magistrados, em caráter inovador, ampliando suas competências e suas margens de interpretação, sabendo que a qualidade de Constituição Principiológica foi ponto crucial para essa abertura interpretativa.

Outrossim, os impactos do ativismo dos EUA sobre o Brasil se devem muito à proximidade territorial entre esses países, apesar de seus direitos serem oriundos de sistemas jurídicos diversos (isto é, o Direito Norte-Americano tem origem no sistema *common law*, enquanto o Direito Brasileiro origina-se do sistema *civil law*). Outro ponto discrepante está no sistema político adotado pelos dois países.

Nos EUA, houve uma divisão em dois blocos: liberais e conservadores. À vista disso, muito se discutia acerca da posição ideológica adotada pela *Supreme Court* em cada momento histórico, pois isso teria grande repercussão em suas decisões. Constata-se, então, que a depender do cenário da época e das ideologias dos próprios *chiefs justices*, a Corte Suprema realizaria um movimento pendular, uma hora tendendo ao lado liberal e em outra ao lado conservador. Contudo, ressalta-se que o ativismo judicial foi exercido em ambos os tipos de cortes, sendo elas liberais ou conservadoras.

No Brasil, adotou-se um outro tipo de estrutura política, caracterizada pelas expressões “direita”, “esquerda” e “centrão”. Ainda assim, é possível adjetivar a Corte como liberal ou conservadora, mas considerando que essas palavras possuem significados diversos aos usados pelos americanos.

Fazendo um paradoxo com o cenário estadunidense, depreende-se que o ativismo judicial no Brasil se destaca diante de cortes liberais, uma vez que os magistrados conservadores tendem a ser mais autocomedidos perante as mudanças e interpretações extensivas do texto legal, havendo, nesse caso, a adoção da autocontenção judicial.

Por outro lado, a semelhança entre os ordenamentos jurídicos dos dois países se deve principalmente às tentativas de implementação, algumas frustradas, de institutos típicos do direito norte-americano ao direito brasileiro, como, por exemplo, os precedentes. Há uma corrente doutrinária que afirma que as súmulas vinculantes do STF foram criadas para

serem reproduções dos precedentes no Brasil. Contudo, tal tentame se demonstra totalmente desarrazoado e incongruente, pois os precedentes nos EUA lidam com a verossimilhança de casos concretos, ao passo que as súmulas vinculantes objetivam a pacificação de entendimentos do STF em relação a temas que se encontram no plano abstrato. Aliás, é dubitável que algo assim atinja o sucesso, afinal, deseja-se a aplicação de instituto do *common law* no *civil law*, sistemas jurídicos extremamente dissonantes. Logo, parece ser incompatível a aplicação das súmulas vinculantes no mesmo sentido dos precedentes típicos do Direito Norte-Americano.

Todavia, há autores que defendem ser possível aproximar uma cultura da outra e aplicar um instituto com origem no outro sistema jurídico, como ocorre na aplicação do *stare decisis* do *common law* ao *civil law*, para reconhecer a força expansiva de algumas decisões de tribunais superiores, observado nas súmulas vinculantes e no julgamento das repercussões gerais⁴⁷.

2. FASES DO ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

Como já apontado, o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos apenas em 1947. Contudo, mesmo sem uma intitulação própria, o movimento ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos já vinha sendo executado há muito tempo, mais especificamente desde o ano de 1803.

Nesse ano, houve o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no qual a Corte, liderada pelo *judge* John Marshall, atribuiu a si própria a competência para atuar no controle difuso de constitucionalidade das leis, mesmo sem o amparo constitucional, configurando a típica atuação ativista na espécie criação judicial do direito.

Esse momento, de fato, é considerado pelos estudiosos americanos como sendo o início do ativismo judicial nos Estado Unidos e no mundo, o que, todavia, não torna o ato único e isolado. Ao longo dos anos, a *Supreme Court* foi desenvolvendo atividades ativistas com características próprias, o que fez com que a doutrina dividisse o ativismo judicial americano em etapas.

A doutrina norte-americana, de forma preponderante, segmenta a evolução cronológica da atuação da Suprema Corte em três momentos, denominando-os de fases ou eras: Era Tradicional (The Traditional Era), iniciada em 1787, com a criação da Constituição americana, entendendo-se até o fim do século XIX; Era de Transição (The Transitional Era), que perdurou do fim do século XIX até o ano de 1937, quando o então presidente Roosevelt altera

⁴⁷ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 184-185, 2019.

drasticamente a composição da Corte; e, por derradeiro, a Era Moderna (The Modern Era), que persistiu dos anos 1937 até os dias atuais⁴⁸.

A Era Tradicional é marcada pela ideia de Constituição no topo da pirâmide, considerando a perspectiva Kelsiana. Entendia-se que, uma vez detentora de caráter hegemônico, a Constituição deveria se sobrepor a qualquer ato do executivo ou legislativo que com ela colidisse. Ademais, acreditava-se que a Constituição era inteligível, ou seja, que “ela tinha um significado real que poderia ser alcançado por qualquer um que a lesse corretamente”⁴⁹. O magistrado, portanto, deveria se pautar nessa ideia ao interpretar a lei que seria aplicada ao caso concreto.

Com essa visão, o Caso *Marbury v. Madison* foi julgado, com nuances típicas do ativismo judicial orientado pelo resultado, havendo o “desvirtuamento da função de julgar, isto é, a decisão judicial proferida com base nas convicções políticas, valorativas ou ideológicas do julgador”⁵⁰. Isso significou um início tímido da atuação ativista, sendo a autocontenção a característica marcante da Suprema Corte nessa primeira fase.

Em contrapartida, na Era de Transição, há uma potencialização do ativismo judicial, o que foi possível, uma vez que essa fase é “caracterizada por uma visão distinta da jurisdição constitucional. Nesse momento, o *judicial review* vai se transmutando: de interpretação para vontade”⁵¹. Em outras palavras, a *Transitional Era* compreende uma extensão da jurisdição constitucional, na qual o magistrado assume o papel de criador do direito (função precípua do legislador). Nesse momento, o *judicial review* (um dos componentes da função hermenêutica do Poder Judiciário) passa a ser desenvolvido com maior liberdade.

Esse período é considerado uma transição, pois, mesmo que a Corte tenha adotado posturas mais ativistas, ainda assim, sua atuação foi bastante equilibrada, entre ativismo e autocontenção.

Essa fase gira em torno do conceito do *substantive due process of law*, traduzido na noção substancial do devido processo legal. Isso quer dizer que se passou a considerar o devido processo legal como instituto de cunho material.

Houve aplicação desse conceito no julgamento do Caso *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad v. Minnesota* (1890), fato que levou a literatura jurídica americana a identificá-lo como a decisão que encetou a era de transição. Christopher Wolfe explica que o *substantive*

⁴⁸ Ibidem, p. 84.

⁴⁹ Ibidem, p. 85.

⁵⁰ Ibidem, p. 57.

⁵¹ POSNER, apud GROSTEIN, 2019, p.87.

due process of law foi aplicado ao caso porque a discussão sobre a constitucionalidade da lei do Estado de Minnesota relacionava-se com a substância da lei. Além disso, o autor também acentua que a consolidação dessa concepção do *substantive due process of law* ocorreu em 1987, quando a Suprema Corte julgou o caso *Allegeyer v. Louisiana*⁵².

Além do *substantive due process of law*, o período também foi marcado pela anulação de leis do *New Deal* pela Suprema Corte, pois o seu posicionamento era manifestamente contrário às políticas intervencionistas do Estado, seguindo o ideário do *laissez-faire*, expressão que identifica uma política de não-intervenção estatal.

O precedente mais destacado pela doutrina americana como ativista e que também é o mais marcante dessa era é o caso *Lochner v. New York*, porque a *Court* declarou inconstitucional a lei do estado de Nova York “ao fundamento de que violaria a liberdade de contratar protegida pela cláusula do devido processo legal (Décima Quarta Emenda).”⁵³.

Finalmente, a *Modern Era* é caracterizada como o momento mais ativista da Suprema Corte americana, pois passou-se a entender que o *judicial review* não se limitava a uma mera interpretação da Constituição. Outro fator que contribuiu para essa intensificação foi a adição da discricionariedade judicial, sob o fundamento de que correções eram necessárias. Defendia-se “que o ativismo judicial deveria compensar as deficiências do processo político democrático”⁵⁴, como no caso de se incumbir a Suprema Corte a tutela das liberdades civis.

O início dessa era se deu com a mudança dos membros da *Supreme Court*, realizada no ano de 1937, pelo Presidente à época, Franklin. D. Roosevelt. Isso oportunizou a superação da política do *laissez-faire*, o que, em via de consequência, permitia a regulação estatal do setor econômico e possibilitava os atos do *New Deal*⁵⁵.

Assim como na fase antecessora, o *substantive due process of law* serviu como fundamento tanto para a superação do *laissez-faire* como para a promoção dos direitos fundamentais.

O lapso temporal mais relevante da era moderna (1953-1969) ocorreu na denominada Corte Warren, presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren, cujas decisões possuíam elevado

⁵²WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**:from constitutional interpretation to judge-made law. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 149-150, 1994.

⁵³GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 91, 2019.

⁵⁴MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. **Ativismo Judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 53, p. 61, 2011.

⁵⁵ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 93-94, 2019.

interesse nacional. Tratava-se de matérias de alta relevância política e social, como liberdade de expressão, segregação racial etc⁵⁶.

Importa destacar os precedentes mais significativos dessa fase: *Gideon v. Wainwright*, de 1963; *Miranda v. Arizona*, de 1966; *Brown v. Board of Education*, de 1954⁵⁷.

3. FASES DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já exposto, há uma ínfima produção teórica acerca da análise da evolução histórica do ativismo judicial no Brasil. Na verdade, apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se deu maior enfoque ao tema. O fenômeno ativista já vinha sendo exercido em meio às cortes brasileiras, mas, até então, essa atuação dos magistrados não havia sido relacionada ainda ao ativismo judicial.

A Constituição Federal de 1988 foi o principal fator para que o ativismo se disseminasse e tornasse recorrente no país, dado que, além de outros fatores, o Texto Maior garantiu uma maior liberdade de atuação aos membros do Poder Judiciário. Nesse sentido, a doutrina nacional a considera como uma “divisora de água”, havendo um ativismo antes da Constituição de 1988 e um outro ativismo após esse ano.

3.1. Primeira Fase: Período antecedente a Constituição Brasileira de 1988

A doutrina brasileira define um primeiro lapso temporal do ativismo judicial no Brasil correspondente ao período de 1909 a 1926, momento em que vigorava a Constituição de 1891⁵⁸. O contexto jurídico era de debate jurisprudencial acerca da temática do *habeas corpus*.

⁵⁶Ibidem, p. 94-95.

⁵⁷Ibidem, p. 95, 97.

⁵⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **O Ativismo Judicial em Rui Barbosa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, vol.1, p.59-75,1999; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.313; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 14, n.72,p.1-25, mar./abr.2012; SILVA, Diogo Bacha e. **Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes**. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n, 199, p.175, jul./set.2013.

O instituto do *habeas corpus*, desde sua origem, sempre teve como objetivo a proteção do direito à liberdade de locomoção individual e, nesse sentido, era a disposição do art.72, §22, da Constituição de 1891. Esse dispositivo legal era responsável por regulamentar as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, ainda que de forma bem genérica, o que possibilitava uma interpretação extensiva do texto. Isso de fato ocorreu em 1909, quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal realizaram uma interpretação extensiva da norma e expandiram as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*.

Entendeu-se, ainda, que o *habeas corpus*, além de resguardar o direito de liberdade de locomoção, deveria também proteger os direitos decorrentes dessa liberdade. A doutrina indica que os Ministros Pedro Lessa e Enéas Galvão eram os líderes desse posicionamento que defendia ser cabível o instituto do *habeas corpus* mesmo que a liberdade de locomoção fosse apenas um meio para a concretização de outros direitos⁵⁹.

De fato, segundo a literatura jurídica atinente ao tema, esse foi o advento da atuação ativista no Brasil, pois restou verificada a atuação extraordinária dos magistrados na criação judicial do direito.

Pedro Lessa elenca alguns casos concretos julgados durante essa primeira fase ativista no Brasil, dentre eles estão a concessão de *habeas corpus* para votar ou desempenhar uma função política eletiva (conforme o Acórdão n. 2990, de 1911) e a concessão de *habeas corpus* para o retorno do impúbere transviado à casa dos pais para realização de um testamento ou para recebimento de laudêmio⁶⁰.

Nesse período, também, mas com menos ressalto, verifica-se uma atuação ativista da Corte na interpretação extensiva da tutela possessória para concessão dos interditos possessórios a direitos diversos aos direitos de posse. Em outros termos, passou-se a se permitir que a tutela possessória fosse utilizada como salvaguarda de direitos pessoais, além dos direitos reais que já eram abrangidos por essa tutela. Logo, nessa perspectiva, a tutela possessória poderia ser concedida para resguardar o direito de cobrar tributo⁶¹.

Em suma, o período precedente a Constituição de 1988 é considerado como um período de tímida atuação ativista se comparado ao momento posterior, pois, nesse momento, o ativismo judicial era utilizado apenas em casos específicos, diante da presença de institutos processuais,

⁵⁹ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.62-63.

⁶⁰ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p.286-287.

⁶¹ BALEEIRO, Aliomar. *op.cit.*, p.77.

como o *habeas corpus* e a tutela possessória. Aliás, restou consubstanciado, nesse momento, o papel criador do Poder Judiciário ao realizar uma interpretação bem extensiva das normas legais.

3.2. Segunda Fase: pós-Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Federal de 1988, assim como a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que regulamentou a reforma do Poder Judiciário, abriram novos espaços para a execução da função jurisdicional no Brasil.

Essa segunda fase é marcada pelo aumento expressivo do ativismo judicial, que acabou se disseminando por todas as áreas do Direito e por todas as matérias jurídicas, sendo algo verificado recorrentemente no exercício dos magistrados dispostos por todo o país.

O fenômeno do ativismo judicial foi gradualmente se intensificando durante o tempo. No interregno de 1988 a 2004, houve uma atuação ativista mais fraca até que, no último dia do ano de 2004, foi criada a súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45, conferindo maiores poderes aos membros do Judiciário.

A doutrina explana que, após o ano de 2004, houve uma atuação mais veemente dos Ministros do STF, pois o Tribunal começou a julgar temas que, até então, conforme a tradição, eram dirimidos pelas autoridades de cargos eletivos, como os temas atinentes à Política, mais especificamente às políticas públicas. Os julgamentos judiciais avançaram para campos que ainda não haviam sido desbravados pelos magistrados.

Nesse sentido, Grostein esclarece que a doutrina majoritária “identifica a ocorrência de ativismo nos casos em que o Judiciário como um todo, capitaneado pelo STF, atuou em prol da concretização de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais.”⁶². É justamente à luz desse propósito que se pretende fundamentar a expansão da competência material dos juízes, como no caso das políticas públicas.

Com efeito, os estudiosos começaram a depreender que a intensificação do ativismo judicial pós Constituição de 1988 estaria alicerçada também na inércia do Poder Público, na consecução de políticas públicas e pelo “suposto desprestígio dos poderes políticos observado na ordem constitucional vigente”⁶³. Somatizado a isso, outra causa seria a “Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais de eficácia limitada”⁶⁴, que significa uma ausência

⁶² GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 159, 2019.

⁶³ Ibidem, p. 160-161

⁶⁴ LENZA, Pedro, op.cit., p.231.

de regulamentação infraconstitucional das normas constitucionais que demandem complementação de seu texto pela via da legislação. Nas palavras de Lenza, as normas constitucionais de eficácia limitada “são aquelas normas que [...] não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de Emenda Constitucional [...]”⁶⁵.

Assim, diante de todos esses fatos propulsores e compulsando a literatura jurídica nacional, constatou-se que o STF atuou de forma ativista nessa segunda fase, nas temáticas concernentes à

“abstrativização do controle difuso (ou teoria da transcendência dos motivos determinantes – Reclamação n.4335), perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, verticalização das coligações partidárias (ADI n. 2626 e n.2628) e súmula vinculante sobre o nepotismo (súmula vinculante n. 13) (...) também acusadas de ativistas as decisões que envolvem a judicialização de prestações de saúde e de educação.”⁶⁶.

Passa-se à análise desses casos.

Quanto à questão do nepotismo, discutido na súmula vinculante n. 13 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12, identifica-se, segundo a doutrina, o ativismo na modalidade de julgamento orientado pelo resultado.

A decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12 influenciou a criação da súmula vinculante n. 13. Entretanto, quando se diz que houve ativismo no desenvolvimento da súmula, tal afirmação se deriva do fato de que a sua criação foi motivada pela “vontade política do STF de compensar a inação do legislador em sanar o nepotismo”⁶⁷. Ocorre que a vedação da nomeação de parentes para lotação em cargo ou função pública, nos termos da Resolução n.07/2005, do CNJ, era empregada somente ao Judiciário que, com a inovação trazida pela súmula, foi estendida ao Legislativo e ao Executivo.

Trata-se de uma decisão sem respaldo legal expresso, fato que se consubstanciou pelo torpor do Legislativo em regulamentar a questão e que ensejou aos ministros do STF assumirem o papel de legislador positivo por intermédio de súmula vinculante, legislando conforme suas convicções pessoais e políticas. Para motivar a decisão, os ministros apenas realizaram uma

⁶⁵ Ibidem, p. 225.

⁶⁶ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 161-164.

⁶⁷ Ibidem, p. 167.

invocação frouxa dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Importante salientar que a súmula foi produzida diante do julgamento de um único caso concreto⁶⁸.

Outro exemplo de ativismo sob a forma de julgamento orientado pelo resultado ocorreu na tentativa de implementação, pelo Judiciário, da “verticalização das coligações” partidárias⁶⁹. Nesse caso, o Tribunal Superior Eleitoral, em análise à matéria objeto da Consulta n. 715, determinou que o sistema de coligações aplicado no âmbito das eleições presidenciais deveria ser reproduzido de forma igualitária nas eleições para governador, deputado estadual e distrital e senador. No entanto, o que vigorou para o alcance desse entendimento foram as convicções pessoais dos Ministros do TSE sobre a política brasileira, ou seja, o posicionamento favorável à verticalização.

Os estudiosos entendem que, nesse caso, o ativismo judicial se deu a partir da vontade de uma reforma eleitoral pelo TSE e não pelas vias legislativo-democráticas. Nessa perspectiva, Barroso explica que houve a “declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”⁷⁰. Segundo ele, o que de fato ocorreu foi que houve a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional sob o fundamento de que a regra da anterioridade anual da lei eleitoral, constante no artigo 16 da Constituição, detinha o status de cláusula pétrea. Em outras palavras, para mascarar o real intuito de reforma eleitoral através da verticalização, foi necessário motivar a decisão no sentido de que a nova norma jurídica sobre coligações eleitorais não poderia ser aplicada às eleições que seriam realizadas em menos de um ano da sua aprovação.

Já no contexto da reclamação n. 4335/AC, que trata da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o ativismo judicial se mostra na forma de criação judicial do direito nos votos vencidos dos Ministros do STF, Gilmar Mendes (Relator) e Eros Grau, que julgaram no sentido de ampliar a legitimidade para a propositura da Reclamação Constitucional, prevista no artigo 102, inciso I, alínea “I” da Constituição. Em outros termos, decidiu-se permitir que, uma vez se sentindo prejudicada no processo de origem, qualquer pessoa, estando ou não presente em um dos polos da ação originária, poderia propor a Reclamação Constitucional.

A Reclamação Constitucional, conforme o dispositivo legal que a regulamenta, é um instituto que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto, *op.cit.*, p. 8

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

de suas decisões. Segundo a doutrina, o legislador não se remeteu a todas decisões, mas sim àquelas de caráter vinculante e com efeitos *ergas omnes*⁷¹.

Os referidos ministros fundamentaram seus votos no sentido de ter ocorrido a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88 (que dispõe sobre a função do Senado Federal diante das declarações de inconstitucionalidade pela Corte Suprema), pois tudo estaria favorável à jurisprudência do STF e à expansão de seu poder normativo após a Constituição de 1988 (que teria recepcionado essa disposição do art.52, X, das Constituições anteriores), inclusive o amparo da lei, uma vez que o próprio legislativo estaria contribuindo para isso, como no caso do efeito *erga omnes*, conferido por lei à ADPF. Em resumo, diante da patente mutação constitucional do dispositivo em verte, restou consubstanciado a força normativa das decisões pronunciadas no controle difuso de constitucionalidade, isso significa que mesmo as decisões incidentais declaradoras de inconstitucionalidade deveriam produzir efeitos *erga omnes*. “Diante de tal panorama normativo, cogita-se de um efeito transcendente das decisões prolatadas em casos concretos”⁷².

Sabe-se que a modalidade de controle difuso de constitucionalidade possui apenas efeito *interpartes*, mas, apesar disso, a pretensão dos ministros era de abstrativizar os efeitos desse controle, isto é, que a eficácia se tornasse ‘ultra partes’.

A crítica doutrinária, nessa situação, então, assevera que o intuito foi de “fazer migrar o papel do STF de legislador negativo para poder constituinte reformador, na medida em que se suprime uma competência privativa do Senado, em ofensa à separação de poderes”⁷³. Entende-se que houve a tentativa de aplicação dos mesmos efeitos aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade ao atribuir-lhes simultaneamente a eficácia *erga omnes* e retirar, assim, a função reservada ao Legislativo, na figura do Senado, de conferir efeitos ‘ultra partes’ às decisões que teriam apenas efeitos *interpartes*.

Ainda, outro fundamento para atacar a citada função privativa do Senado era o de que “a regra da retroatividade da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade é ofendida ao se atribuir ao Senado a competência para sustar, a partir de então, a eficácia da lei.”⁷⁴.

Logo, à vista do exposto, considera-se ativismo judicial, no formato de criação judicial do direito, a tentativa de mutação constitucional sobre o inciso X, do artigo 52 da CF.

⁷¹ GROSTEIN, Julio, op.cit., p. 180, 2019.

⁷² Ibidem, p. 183.

⁷³ Ibidem, p. 186.

⁷⁴ Ibidem, p. 187.

Finalmente, em relação à questão da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, houve um grande movimento oscilatório entre o reconhecimento e o afastamento do princípio da fidelidade partidária.

Tal princípio compreende que o “mandatário eleito em um sistema proporcional deve se manter fiel ao partido pelo qual alcançou o sucesso eleitoral, sob pena de perda do mandato”⁷⁵, definição essa estampada na Consulta n.1.398/2007.

O ano de 2007 foi um ‘divisor de águas’ para o Direito Eleitoral, pois, antes disso, tanto o TSE como o STF posicionavam-se desfavoráveis à aplicabilidade do princípio da fidelidade partidária. Com o julgamento das Consultas n.1.398/2007 e 1.407/2007, pelo TSE, e da edição da Resolução n. 22.610/2007, realizada pelo mesmo Tribunal, todos datados em 2007, o entendimento foi se modificando até que a Corte Superior Eleitoral passou a ser aderente à aplicação do princípio da fidelidade partidária⁷⁶.

Nesse caso, também a doutrina entende que o ativismo judicial se encontra na faceta de criação judicial do direito, pois foi criado um rol de exceções, por meio jurisprudencial, estabelecendo hipóteses em que o eleito pode deixar o partido sem que isso resulte em infidelidade partidária⁷⁷.

Verifica-se que o TSE, com ratificação do STF, por omissão, regulamentou, sem amparo legal, a (1) desfiliação sem a perda do mandato; (2) os casos de perda do mandato; e (3) o processo para apuração de conduta sancionada com a perda do mandato eletivo.

A atuação ativista da Corte Eleitoral é incontroversa, pelo fato de que o rol criado fora estritamente arbitrário, sendo desenvolvido com base nas convicções pessoais dos magistrados.

O TSE, com chancela do STF, que permitiu a edição da Resolução n. 22.610 de 2007, legislou em matéria reservada a Constituição (art.55, CF). Além disso, a Corte também assumiu o papel do legislador ordinário regulamentando conteúdo compreendido pelo Direito Processual Civil Eleitoral⁷⁸.

4. ATUAÇÃO “ATIVISTA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2020

Sentimento compartilhado por todos, o ano de 2020 foi excepcionalíssimo. A pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 que, em termos coloquiais, foi denominado Coronavírus, trouxe grandes desafios de adaptação ao Poder Judiciário. O meio mais eficaz encontrado para

⁷⁵ Ibidem, p. 191.

⁷⁶ Ibidem, p. 190.

⁷⁷ Ibidem, p. 190, 192.

⁷⁸ Ibidem, p. 195.

combater o vírus foi o isolamento social, tendo efeitos também sobre o âmbito jurídico, culminando na transferência da realização das audiências processuais da forma presencial para a modalidade *online*, independente de que fase se encontrasse o processo.

A crise afetou diversos segmentos, dentre eles a saúde, a educação e a economia. A situação foi considerada babélica e emergencial, demandando respostas ágeis dos governantes.

Não diferente do que já vem ocorrendo há anos, diante da inefetividade do Executivo e do Legislativo, o Judiciário apresentou-se como o Poder mais preparado para lidar com a questão, como aquele que possivelmente ofertaria a solução mais rápida e efetiva. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal atuou com veemência no combate da pandemia e inúmeras decisões conectadas ao tema foram proferidas pela Corte. Ressalta-se que não foi nula a atuação dos demais poderes de governo, mas as respostas trazidas por eles não foram capazes de tornar dispensável a atividade jurisdicional do STF.

Pode-se dizer que houve uma atuação ativista da Corte Suprema mediante a necessidade de regulamentação emergencial perante às novas circunstâncias que não eram abarcadas pela lei. Dito de outro modo, foram proferidas decisões de caráter vinculatório sob fundamentos unicamente alicerçados nas convicções pessoais dos julgadores que assumiram o papel de legislador positivo. O ativismo aqui exposto mostra-se sob todas as suas formas, mas especialmente na sua faceta de julgamento orientado pelo resultado.

Compulsando as notícias veiculadas pelos canais midiáticos, identifica-se que o Judiciário foi o protagonista nas tomadas de decisões relativas à condução da pandemia no Brasil, ratificando a opinião de doutrinadores de diversas nacionalidades que entendem pelo protagonismo da Suprema Corte de seus países ao atraírem a resolução de casos difíceis de relevante interesse nacional.

4.1. “Ações Covid -19”

Como suso demonstrado, ante aos inúmeros julgamentos relacionados à Covid-19, com vistas à organização e à facilidade de busca e conhecimento dos processos (e também conforme o princípio da publicidade), foi adicionado ao site do STF um campo intitulado “Ações Covid -19”.

Esse espaço contém dados constantemente atualizados sobre os processos atinentes à pandemia. Esses processos foram distribuídos de acordo com sua classe, com o assunto tratado

e com o tipo de decisão. Com a última atualização realizada em 20.01.2021, foram contabilizados 6.946 processos e 8.120 decisões relacionadas à Covid-19⁷⁹.

Além desse espaço de agrupamento dos processos, para evidenciar a urgência e a importância das questões concernentes à Covid-19, foi implementado um sistema de triagem que alerta os gabinetes dos ministros quando o processo contém matéria vinculada à pandemia. Configurada tal circunstância, o processo tramita com prioridade e é julgado em caráter de urgência.

No próximo tópico, a fim de observar o ativismo judicial da Corte Suprema brasileira, de forma concreta e atual, foi realizada uma análise das principais decisões relativas à pandemia. Para tanto, foi feito um recorte temático, limitando o estudo aos processos classificados como ‘ADPF’ e ‘administrativo e outras matérias de direito público’, segundo a classe e o assunto.

Definido os parâmetros do campo de estudo, foram verificados 20 processos com as características mencionadas acima e 51 decisões, as quais 24 foram pelo deferimento do(s) pedido(s), 8 pelo indeferimento e houve 3 deferimentos em sede de liminar.

4.2. Principais decisões relacionadas à Covid-19 em matéria de direito público em ADPFs

A pandemia desencadeada pela disseminação do vírus Sars-CoV-2 atingiu, embora em diferentes níveis, países de todo o mundo, causando grandes impactos negativos a todos eles, não sendo diferente no Brasil. Os brasileiros têm vivenciado uma grave crise, que engloba problemas nas áreas da saúde, da educação, do ambiente laboral, da economia, dentre outras. É por isso que essa fase demanda notadamente uma atuação vigorosa no campo das políticas públicas, que, como já dito, é esfera de fomento do ativismo judicial, ante a inefetividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo em suas respectivas funções típicas. Assim como já vem sendo observado há anos, mais uma vez, o Poder Judiciário assumiu a liderança de matéria de relevante interesse nacional, conduzindo as questões advindas da pandemia da Covid-19.

Dentre as 51 decisões encontradas a partir da delimitação feita, foram selecionadas as ADPFs 668, 669, 690 e 709.

As arguições de descumprimento de preceito fundamental, sob os números 668 e 669, tratam de ações com pedido cautelar, propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional

⁷⁹ Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html

dos Trabalhadores Metalúrgicos e pela Rede Sustentabilidade, pugnando ato do Governo Federal concernente à campanha publicitária denominada “O Brasil Não Pode Parar”⁸⁰.

As referidas demandas pretendem que essa campanha seja freada e retirada de circulação, pois trata-se de publicidade contrária aos comandos de isolamento social para contenção do coronavírus, proferidos pelos órgãos de saúde pública nacionais e internacionais.

Abre-se um parêntese para ressaltar que o ativismo nada tem a ver com a justiça, a moralidade e eticidade da decisão judicial. Isto é, o objetivo desse estudo é a análise do ativismo judicial a partir da sua legitimidade em face dos princípios Democrático e da Separação de Poderes.

O Ministro Relator Roberto Barroso exarou voto em sede de cognição sumária deferindo a cautelar demandada e vedando a “produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pague que ‘O Brasil Não Pode Parar’ ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população”. Ainda, determinou “a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim.”⁸¹ com fulcro nos direitos à vida, à saúde, à segurança e à informação (arts. 5º, caput, XIV e XXXIII; arts. 6º e 196, CF).

Do ponto de vista da plausibilidade, a decisão foi adequada, entretanto, isso não afasta o seu caráter ativista. Isso porque, ao balizar a aplicação das políticas públicas, a decisão judicial atraiu o papel de conduzi-las e coordená-las, resultando no ativismo judicial de usurpação da função precípua conferida ao Poder Executivo pela Constituição de 1988.

O fundamento para esse tipo de intervenção estaria calcado na ADPF 45, em que se restou estabelecida a legitimidade constitucional de intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abuso no ato governamental⁸². Todavia, esse reconhecimento foi conferido ao Judiciário pelo próprio Judiciário, sem amparo constitucional expresso, como se verifica no caso da divisão de competências pela Constituição de 1988.

Da mesma forma, é o que se discute na ADPF 709, que trata do enfrentamento da Covid-19 pelos povos indígenas e dos atos governamentais protetivos e preventivos para tanto. A decisão proferida nos autos foi no sentido de estabelecer e orientar as medidas a serem tomadas

⁸⁰ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342798641&ext=.pdf>

⁸¹ Ibidem, p.17.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal, 04 maio 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 14.08.2020.

pelo Executivo. Mais uma vez, vislumbra-se a gestão das políticas públicas liderada pelo Judiciário. A propositura da ação foi motivada pela omissão do governo federal no combate ao Sars-CoV-2 entre os indígenas.

O Ministro Relator, Roberto Barroso, em decisão monocrática, alicerçado nos princípios da prevenção e da precaução, prezou pelo entendimento de ser cabível “a criação de barreiras sanitárias que vedem a entrada e a saída do território de povos indígenas em isolamento e de recente contato.”⁸³. Na decisão exarada, restou requisitada a atuação da Administração Pública, figurada na pessoa da União, para tomar medidas e desenvolver plano de combate. O Ministro concede espaço administrativo ao Executivo para a efetivação de tal comando, mas não deixa de estabelecer os parâmetros, assim como estabelece o prazo de 10 dias para apresentação do plano de combate, que deverá passar pelo crivo do Judiciário (ou seja, ser homologado). Confira-se:

os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados em tais barreiras, sua localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União, por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes da “Sala de Situação” (item apreciado a seguir). Na elaboração do plano, a União poderá considerar, com proporcionalidade e razoabilidade: (i) a maior ou menor exposição a invasores a que se encontra sujeito cada povo indígena; (ii) os recursos de que dispõe para tais intervenções e seus limites; (iii) a necessidade de atender a pleitos concorrentes de igual urgência para a proteção à vida e à saúde.⁸⁴

De fato, a partir da leitura da decisão, fica clara a proposta do julgador a favor do diálogo institucional, mas também está patente que a sugerida comunicação está desnivelada, em termos de poder e autonomia. Ou seja, é visível a busca pela conciliação entre os poderes, contudo, não mostra capacidade de afastar a apropriação da qualidade de líder pelo Judiciário.

Finalmente, na verificação da ADPF 690, que trata da publicidade dos dados epidemiológicos concernentes à Covid-19, constatou-se que o Ministro Relator, Alexandre de Moraes, entendeu inadequada a mudança do critério de divulgação dos dados pelo Ministério da Saúde, fato pelo qual, em sede de cognição sumária, foi concedida, em parte, a liminar demandada para que o oferecimento dos dados epidemiológicos no site oficial retornasse à forma como se dava antes do dia 04 de junho de 2020.

Veja-se que, como na ADPF 709, busca-se um diálogo entre os poderes de governo, com o Judiciário ditando como tudo deve ocorrer: “exige das autoridades brasileiras, em todos

⁸³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>, p.19.

⁸⁴ *Ibidem*, p.20.

os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde”⁸⁵.

Assim como visto nos outros casos, esse também compreende o papel do Judiciário, como orientador e gestor das políticas públicas, balizando a atuação prática do Poder Executivo, incidindo o ativismo judicial em ofensa à separação de poderes.

Portanto, verifica-se que em todas as decisões analisadas, o cerne das controvérsias estava voltado às políticas públicas. Diante disso, importa expor que Barroso entende que o ativismo judicial está atrelado 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” e o fenômeno pode se manifestar de três formas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁸⁶

Foco para a disposição final, quando Barroso define uma modalidade de ativismo judicial mediante a inércia do legislador e do executivo, no caso de políticas públicas insuficientes.

4.3. “A Constituição e o Supremo”

A obra *Constituição e o Supremo* teve seu advento no ano de 2005, constando apenas em meio virtual, localizada no site do STF. O projeto proveio do Ministro Nelson Jobim, que, naquela época, figurava como presidente da Corte Suprema⁸⁷. Três anos depois, em comemoração aos vinte anos da Constituição Federal vigente no país, houve o seu lançamento como obra literário-jurídica, na versão impressa. Devido ao grande sucesso, atualmente, encontra-se em sua sexta edição, que foi publicada no ano de 2018⁸⁸.

⁸⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343377900&ext=.pdf>, p.5-6.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto, op.cit. , p. 6.

⁸⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/constituicao-supremo-ganha-versao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁸⁸ FEDERAL, Supremo Tribunal. **A Constituição e o supremo**. 6. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_6a_edicao.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

Trata-se de uma legislação anotada, cujas notas se referem à jurisprudência e aos entendimentos da Corte Suprema. Em outras palavras, refere-se a uma adjeção entre a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em termos concretos, o leitor seleciona o dispositivo constitucional que pretende consultar, resultando na abertura de outro campo que contém a jurisprudência atinente à matéria desejada⁸⁹.

A inserção desse item ao presente estudo se faz necessária pela confinidade com o tema ativismo judicial, tendo em vista que verifica-se a finalidade de elevação hierárquica da jurisprudência, da interpretação da Corte Constitucional e dos juízos ministeriais. De fato, na última década, a sociedade jurídica, em termos gerais, tende a compactuar, mesmo que inconscientemente, com esse cenário. Um exemplo disso está na produção de uma peça jurídica no tópico da fundamentação, em que se aparenta que a principal preocupação está na busca de um precedente.

Compulsando a obra em vertice, já no início, em sua apresentação, constata-se duas frases imbuídas de ideários ativistas. Veja-se: “Busca dar a última palavra nas demandas que aqui chegam para estabelecer precedente a ser seguido(...)”, “Proteger o direito, guarnecê-lo com as melhores tintas do pensamento e da intuição para ser praticado no mais civilizado exercício (...)”⁹⁰.

Diz-se ativistas, pois a primeira enfatiza a força do precedente produzido pelo STF e a sua observância obrigatória, atribuindo poder normativo à jurisprudência da Corte. Todavia, insta lembrar que a vinculação obrigatória é ordinariamente gerada pela lei *strictu sensu*, uma vez que, segundo o Princípio Democrático vigente no país, a legitimação ao poder é obtida através das eleições, qualidade conferida aos membros do Legislativo e do Executivo, e não ao Judiciário. Em outros termos, a capacidade de vincular os destinatários legais por meio da lei foi concedida pelo legislador originário a ele próprio, não se estendendo aos outros poderes de governo, lembrando que foi ao Legislativo que a Constituição atribuiu a atividade típica da criação de leis. Logo, seguindo a divisão orgânica estabelecida pelo Texto Maior, o adequado é que o Legislativo dê a última palavra através da lei, e não o Judiciário com seus precedentes, afinal, essa desvirtuação afronta a separação de poderes.

Já a segunda frase cita o termo intuição. Nesse caso, o magistrado deve julgar conforme a lei e não segundo suas intuições e convicções pessoais.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem.

Logo, constata-se a manifestação do ativismo judicial consoante o ângulo de desvirtuamento da função legislativa na primeira e o julgamento orientado pelo resultado na segunda.

Para melhor entendimento do funcionamento da obra, veja-se o preâmbulo constitucional. Foram relacionadas a ele as ADIs n. 2.649 e n. 2.076, em que ficou consignado que o excerto preambular apenas visa transmitir valores e nortear a hermenêutica constitucional, a aplicação da lei e a atuação dos operados do direito, não detendo força normativa⁹¹. Em outras palavras, as ADIs n. 2.649 e n. 2.076 definiram como deveria ser interpretado o preâmbulo constitucional.

Em suma, restou verificado que a obra veio a contribuir e impulsionar o contexto hodierno de empoderamento do Judiciário e de sua jurisprudência. Por conseguinte, hoje, no Brasil, vislumbra-se a Juristocracia, ou seja, o “governo dos juízes”.

5. A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE UMA METODOLOGIA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PELO STF

A questão do ativismo judicial no Brasil é impulsionada pela falta de estabelecimento de uma metodologia de interpretação, pois se verifica que os próprios ministros do STF, especialmente em análise às decisões monocráticas, não seguem a mesma linha de fundamentação para casos concretos similares.

Atualmente, escutam-se frases no seguinte sentido: “O ministro julgou dessa forma pelo pesadelo que teve noite passada”, “Hoje o ministro acordou de bom humor”. Nota-se a vinculação do resultado da decisão dada nos autos com o humor diário dos ministros.

Por outro lado, também se identifica a adoção de caminhos diferentes para decidir casos que contenham algum teor político ou relacionado à política. Nesse sentido, há a aplicação dos juízos político-sociais dos próprios ministros.

A necessidade de se traçar um critério se deve à variedade de formas de se interpretar a norma abstrata. Sob uma perspectiva fática, o que ocorre é que o mesmo dispositivo legal é interpretado pelo mesmo sujeito, de formas diferentes, em momentos diferentes, tendo em vista uma curta periodicidade entre as decisões. Um exemplo disso é o que ocorre no julgamento de um mesmo ato ilícito (com a mesma tipificação legal), praticado por dois governantes que recebem condenações dissonantes, porque para um caso prevaleceu a interpretação literal do artigo de lei, já para o outro, a interpretação extensiva da norma.

⁹¹ Ibidem, p.15.

Todas essas situações resultam no aumento da insegurança jurídica, que é algo que se pretende muito combater no mundo jurídico nos dias atuais.

Portanto, os autores da teoria da argumentação se propuseram a apontar as metodologias mais adequadas para que uma argumentação possa ser aceita, afastando a ideia de que todo argumento possa ser válido. Em outras palavras, o objetivo dos autores consiste na propositura de critérios que diferenciem uma boa de uma má argumentação.

A teoria proposta pelo filósofo do Direito, Neil MacCormick, na obra intitulada “Retórica e o Estado de Direito”⁹² contribuiu de sobremodo para o estabelecimento de critérios argumentativos nas decisões judiciais.

A princípio é necessário fazer algumas considerações. É cediço que a prática jurídica consiste basicamente em argumentar. Mas, a partir disso, surge, então, a grande pergunta: quais seriam os “melhores” argumentos? Quais argumentos deveriam prevalecer diante de um embate argumentativo?. As respostas encontram-se na teoria de MacCormick.

No Brasil, o sucesso na argumentação está muito atrelado à intuição, pois pouco se estuda sobre as teorias da argumentação jurídica no país. Outro ponto que muito contribui para o êxito argumentativo no Brasil é o peso da instituição ao qual se vincula o julgador, como o caso do Supremo Tribunal Federal. Além disso, vigora, no país, o argumento *ad hominem*, que significa que pouco importa o conteúdo diante do orador, ou seja, dependendo de quem parte o argumento, dificilmente haverá refutação do assunto de sua oratória.

Para MacCormick, o Direito é composto de argumentos retóricos e não lógicos. O argumento retórico, segundo ele, é o argumento que não é estritamente lógico e que não pode ser reduzido a uma fórmula lógica. O argumento estritamente lógico seria aquele utilizado pelo positivismo inaugural da Escola da Exegese, no qual não há interpretação mais elaborada, sendo esta quase inexistente. Esse positivismo inicial preza pela textualidade e pela aplicação direta da subsunção do fato à norma (sendo o fato a premissa menor e a norma a premissa maior, chegando-se a uma conclusão).

Nos chamados casos simples, ainda prevalece essa dinâmica, mas aplicá-la aos casos difíceis é inconcebível. O que torna o caso fácil é a inexistência de dificuldade para se identificar as premissas maior e menor e, assim, a conclusão só depende de uma operação lógica. Já os casos difíceis são definidos pelo esforço despendido para se chegar nas referidas premissas.

Um exemplo recente (ocorrido em fevereiro de 2021) de caso difícil está na decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes (ratificada por decisão plenária) que resultou na

⁹² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Edimburgo: Elsevier, 2008

prisão do deputado Daniel Silveira⁹³. Muitas críticas foram feitas, mas, ao limitar a análise feita por quatro autores, verificou-se que dois se mostraram a favor e dois contrários à declaração da prisão. Os autores desfavoráveis consideraram como premissa maior o parágrafo 2º, do artigo 53, da Constituição Federal, que dispõe sobre as prerrogativas dos parlamentares, defendendo uma interpretação literal do dispositivo constitucional. Em contrapartida, os defensores da prisão consideraram outras premissas maiores, como o artigo 5º, inciso LXI, da CF/88.

Como já demonstrado, os casos difíceis são os mais propícios para fomento do ativismo judicial e, nesse sentido, Dworkin, outro teórico da argumentação jurídica, exprime que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*) e, em seguida, aplica-os retroativamente ao caso em questão”⁹⁴, sendo esse um problema grave do ativismo judicial, como criação do direito aplicado a fatos pretéritos. Isso porque várias normas são violadas, especialmente o princípio da legalidade, que rege o direito brasileiro de maneira geral.

Ainda, segundo o filósofo, o Direito é um sistema que não é fechado em si, pois apresenta um aspecto político também. À vista disso, a melhor interpretação para esse autor é aquela que alcança uma solução para o caso concreto a partir de uma articulação de todo material jurídico à disposição, tendo em vista todos os objetivos políticos, ou seja, objetivos que estão para além do próprio Direito. Logo, a simples interpretação literal de um dispositivo de lei (no sentido de decidir conforme a clareza da norma em apreço), a depender do caso, não seria a mais adequada, visto que não se consideraria as finalidades políticas. Em um caso difícil, portanto, vários elementos jurídicos devem ser levados em conta, devendo-se articular os precedentes judiciais (jurisprudências), a norma legal (que abrange as regras e os princípios) e os objetivos políticos. Nessa perspectiva, o elemento textualidade da norma, para Dworkin, seria um elemento de menor importância, enquanto que os objetivos políticos definidos pela

⁹³ FEDERAL, Imprensa do Supremo Tribunal. **Por unanimidade, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ)**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.127.

Constituição Federal teria status hierarquicamente superior para a resolução de um caso concreto⁹⁵.

Atualmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal são consideradas as “melhores”, inclusive pelo fato de que são os ministros dessa Corte que conferem a última palavra ao caso. De fato, os atuais ministros que compõem a cúpula da Corte detêm notório saber jurídico e possuem conhecimento sobre as teorias da argumentação. Apesar disso, os ministros usam essas teorias de forma tendenciosa, isto é, quando convém ao caso usá-las. É fácil fazer essa verificação por meio de uma simples análise sequencial das decisões de um mesmo ministro e chegar à conclusão de que, a depender do posicionamento pessoal do julgador e do contexto político, haverá a aplicação oscilante das teorias da filosofia do Direito para cada caso, inclusive os similares, sem nenhuma linearidade.

Para que tal discricionariedade seja combatida, é imprescindível o maior contato da comunidade jurídica com as teorias da argumentação jurídica. Apenas assim haveria a implementação de uma metodologia geral de argumentação que deveria ser observada pelo julgador no momento decisório. Hoje, no Brasil, não há meio efetivo de pugnar as decisões do STF, mesmo que forem inadequadas e com fortes tendências pessoais, o que não ocorreria se houvesse a estipulação de uma metodologia argumentativa, pois a decisão de um ministro poderia ser desconstituída por falta de observância a um ou a mais critérios argumentativos. É imperativa a necessidade de se estabelecer critérios de argumentação, evitando os julgamentos a bel-prazer.

O cenário jurídico brasileiro atual permite que qualquer argumento seja válido, pois inexistente comando legal interno que determine a técnica argumentativa a ser adotada. Hoje o que se tem mais próximo é a aplicação da Teoria da Ponderação, de Robert Alexy⁹⁶. Como já dito, não há o uso sério e rigoroso das teorias argumentativas, que são aplicadas conforme o resultado que se pretende atingir. Isso permite a presença de circunstâncias favoráveis ao ativismo judicial, notadamente na espécie *result-oriented judging*.

É fundamental que se chegue a um consenso sobre como o Direito deve ser interpretado e aplicado, o que, inclusive, favoreceria a segurança jurídica.

O Direito funciona basicamente a partir de silogismos. Silogismo é um termo filosófico desenvolvido por Aristóteles para designar uma conclusão que é deduzida de premissas, e é considerado como argumentação lógica perfeita. A técnica se funda em três proposições entre

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

as quais se tem duas premissas e uma conclusão de que delas é extraída. As três proposições se conectam de tal modo que, a partir das duas primeiras (premissa maior e menor), a última (conclusão) se torna inevitável, isto é, uma decorrência lógica óbvia. A premissa maior (primeira premissa) se refere à proposição mais abrangente, enquanto a premissa menor, em comparação à primeira, é reduzida, tendo um escopo mais definido.

A estrutura coordenada do silogismo jurídico é a seguinte: (1) Se ‘F’ é, deve ser ‘C’ (2) Se ‘NÃO C’, deve ser ‘CJ’, em que ‘F’ é o ato praticado, ‘C’ é a conduta esperada pela lei e ‘CJ’ é a sanção legal pelo descumprimento da lei. A título de exemplo, um silogismo na prática seria: (1) matar alguém; (2) Pedro matou João; (3) sanção: pena de 4 a 12 anos. As peças jurídicas, como petição inicial, contestação e sentença, não são nada além de um silogismo jurídico.

Um grande problema no processo silogístico é a articulação frágil e genérica entre as premissas, o que é verificado quando se extrai uma consequência bem específica de um dispositivo legal muito genérico. Esse feito ocorre principalmente no caso em que a premissa maior é um princípio jurídico, devido ao seu elevado nível de abstração.

Para MacCormick, a relevância do silogismo jurídico não tem a ver com a importância (em uma perspectiva de justiça, por exemplo), mas no sentido de se revelar pertinente em sua forma. Logo, o que deve ser feito é uma descrição dos fatos de forma bem conectada com a norma legal que deve ser aplicada ao caso fático, e que isso fique claro para os demais indivíduos. De nada adianta provar os fatos se a norma invocada para regular a questão não atingir um certo grau de pertinência ou não existir norma que regulamente tal circunstância material.

Por isso, para o referido autor, é primordial a legislação e o processo legislativo realizados de forma bem consciente e com prudência, pois a norma legal abstrata será a premissa maior e o ponto de partida para a argumentação (mesmo que a conclusão a contrarie). Assim, ele assevera também que o “que é transformado através da alteração do direito de uma nação, ou de uma confederação de Estados, são os fundamentos possíveis nos quais os argumentos jurídicos, as pretensões jurídicas e as decisões que usam esses argumentos podem se apoiar”⁹⁷.

MacCormick expõe que a aplicação do silogismo não é tão simples, pois sempre haverá interpretação na definição das proposições da técnica silogística. Além disso, para que o silogismo possa ser aplicado, é necessário que os fatos (premissa menor) sejam incontrovertidos,

⁹⁷ MACCORMICK, Neil, op. cit., p.52.

isto é, que estejam de fato comprovados, o que não é possível de ser aferido a partir de uma análise preambular e perfunctória. A questão é que cada termo de uma disputa jurídica está sujeito à interpretação, e cada interpretação resulta de uma compreensão do caso jurídico em verte, de seu enquadramento no ordenamento jurídico e de uma específica percepção de justiça que pareça ser mais apropriada ao operador do Direito e ao ramo do Direito em apreço⁹⁸.

O autor também faz referência sobre a questão da narrativa, pois é ela que definirá os fatos e, portanto, a premissa menor. Assim, surge outra questão duvidosa sobre qual narrativa deve prevalecer numa lide judicial.

Conclui-se, então, segundo a teoria de MacCormick, que o silogismo por si só não é apto para definir um único resultado, pois os elementos legais e factuais devem ser interpretados. Além disso, é possível que, no decorrer do processo silogístico, o indivíduo se depare com três embaraços: (1) problema de provar os fatos, ou seja, problema na premissa menor; (2) problema em estabelecer qual a premissa maior; (3) problema para articular a premissa menor à premissa maior.

O filósofo, em sua obra, exemplifica um tipo de silogismo jurídico e aponta sua problematização. Assim, ele estabelece como premissa maior e menor, respectivamente: P.1- “Todas as pessoas que blasfemaram contra os deuses estão sujeitas a serem executadas” e P.2- “Sócrates é uma pessoa e blasfemou contra os deuses”; então a conclusão silogística será: C- “Logo, Sócrates está sujeito a ser executado”⁹⁹.

Nesse caso, o autor indica que o problema reside na premissa maior em relação à incerteza do que a blasfêmia visa proibir. Desse modo, a vedação ao ato de blasfemar pode ser compreendido como a: “(a) Proibição do uso de expressões de forte desrespeito em relação a qualquer ser divino seriamente cultuado por qualquer grupo religioso? (b) Proibição do uso de expressões de forte desrespeito em relação a qualquer ser divino seriamente cultuado por alguma religião oficial do Estado? (c) Proibição do uso de expressões de forte desrespeito em relação a qualquer ser divino tal como ele se apresente à compreensão racional?”¹⁰⁰.

Além disso, conforme MacCormick, haveria um rol exaustivo de quatro problemas que poderiam surgir durante o processo silogístico, quais sejam: (1) Problema relacionado à prova do fato alegado; (2) Problema de classificação, de caracterização, de qualificação ou de avaliação do fato (provado) em face da norma jurídica; (3) Problema de interpretação da norma;

⁹⁸ Ibidem, p.53.

⁹⁹ Ibidem, p.77.

¹⁰⁰ Ibidem, p.79.

(4) Problema de relevância (típico dos sistemas de common law)¹⁰¹. Logo, o grande problema, no caso da blasfêmia, estaria na segunda espécie de problematização, quanto à dificuldade na caracterização do verbo blasfemar disposto na norma jurídica.

Traçando um paralelo com casos atuais, veja-se a decisão dada na ADPF 701¹⁰², de relatoria do Ministro Kassio Nunes Marques, que determinou, em sede cognição sumária, a abertura de templos religiosos em meio à pandemia da Covid-19, mesmo diante da fase de grande disseminação do vírus, na qual a recomendação dos órgãos de saúde era pela intensificação do isolamento social e, portanto, vedação temporária da abertura dos templos.

O ministro relator indica que o cerne de toda questão é a “liberdade de locomoção (art. 5o, inc. XV, da CF/88), a laicidade do Estado brasileiro (art. 19, inc. I, da Constituição Federal) e o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5o, inc. VI, da Carta Magna).”¹⁰³.

A ADPF 701 foi proposta pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE. Foi suscitada a ilegitimidade ativa da requerente, mas o relator entendeu que, por uma questão de instrumentalidade do processo (nos termos do artigo 4º do CPC), a questão de mérito prevalece sobre as preliminares, significando dizer que o mérito deve ser analisado independentemente de haver questões preliminares. Isso realmente soa bem estranho, pois, se assim for, qualquer cidadão individualmente poderia propor uma ADPF e levantar esse argumento trazido pelo ministro Nunes. Parece ter havido uma escolha equivocada da premissa maior. Além disso, o ministro se mostra contrário à própria jurisprudência do STF (de decisões do plenário), extraída dos julgamentos da ADI 6341 e ADPF 703.

Passando ao mérito, o ministro relator propõe o seguinte silogismo: P.1- “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (artigo 5º, inciso VI, CF/88) – o centro da premissa maior para fundamentar o voto é que é assegurado como direito fundamental o livre exercício dos cultos religiosos-; P.2- o indivíduo quer participar do seu culto religioso na data da Páscoa, mas há decretos municipais e estaduais (com *status* infraconstitucionais) que proíbem tal exercício; C- logo, devem ser afastadas as estipulações dos decretos para que os indivíduos possam exercer seu direito fundamental de livre exercício do culto religioso.

Em relação a essa proposta de silogismo pelo ministro, algumas considerações devem ser feitas. Primeiro, nenhum direito, inclusive os fundamentais, são absolutos, e isso significa

¹⁰¹ Ibidem, p.58.

¹⁰² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5944043>.

¹⁰³ Ibidem, p. 3.

que silogismos gerais podem ser superados por silogismos mais específicos. Os silogismos gerais vão valer para situações gerais, logo não valerão para as situações excepcionais. Segundo, existe um choque de princípios fundamentais entre o direito à saúde e o livre exercício de culto religioso, o que demanda a realização da técnica da ponderação.

Outro argumento sustentado no voto é que se não há nem proibição de cultos nos estados de defesa (art.136, §1º, I, CF/88) e de sítio (art.139, CF/88), que são situações excepcionais, quiçá deveria haver proibição para o estado de calamidade atual. Trata-se de uma articulação bem mal elaborada, pois nada ter a ver essas situações excepcionais umas com as outras.

Ainda argumenta que, se os mercados e as farmácias são considerados atividades essenciais por regulamentação de Decretos, enquanto perdurar a pandemia da Covid-19, os cultos também deveriam ser assim considerados. Constata-se outra comparação bem desconexa, enquanto um trata de preservar a vida biológica, o outro corresponde às questões espirituais.

Não suficiente, ainda há uma invocação frouxa de princípios. Confira-se: “Proibir pura e simplesmente o exercício de qualquer prática religiosa viola a razoabilidade e a proporcionalidade.”¹⁰⁴. Ocorre que há apenas a citação desses princípios, sem explicar o que significam e sem nenhuma correlação ao caso fático.

Então, um silogismo que poderia refutar toda argumentação do voto seria o seguinte: P.1- órgãos da saúde recomendam que situações sanitárias de contaminação por vírus demandam isolamento social e a não união de pessoas no mesmo espaço; P.2- o Brasil vive uma situação sanitária de contaminação viral; C- logo, o Brasil deve impedir aglomeração e reunião de pessoas. Portanto, há dois silogismos que, no caso concreto, chocam-se, o que é verificado em todo e qualquer julgamento judicial.

Assim, o voto exarado na ADPF foi fundamentado como requer o ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, foi realizada uma argumentação jurídica em que foram propostos alguns silogismos. Contudo, parece que, racionalmente falando, outros argumentos e outras premissas seriam mais adequados ao caso.

Atualmente qualquer argumento e qualquer argumentação silogística aplicados pelos Ministros do STF são válidos, sem nenhum controle e sem nenhuma possibilidade de refutação, o que é inadmissível. Nem toda decisão dada pelo STF será a mais adequada, como se verificou na decisão monocrática proferida na ADPF 701.

¹⁰⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5944043>, p. 12.

Importa lembrar que os magistrados não são representantes do povo e que a vontade popular é a que deve prevalecer, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da CF/88. Logo, o magistrado não pode manipular o processo silogístico para que ele atenda às suas convicções pessoais.

Para fechar o pensamento de MacCormick e concluir, a partir de sua teoria, observa-se que o procedimento para se chegar a um argumento adequado aponta a teoria integradora da argumentação desse filósofo.

Essa teoria propõe duas etapas. A primeira é chamada de justificação dedutiva (interna) e, nesse primeiro momento, averigua-se se a decisão foi lógica no sentido dedutivo/silogístico, como amplamente já foi demonstrado acima. Feito isso, passa-se a segunda etapa, que é denominada justificação de segundo nível (externa). Nessa, diferentemente da primeira, considerar-se-á a lógica no sentido de justiça. Aqui, a palavra justiça está no sentido de que a decisão jurídica deve possuir consistência e coerência em relação ao sistema jurídico e ao mundo (consequencialismo), assim, uma decisão dotada dessas duas características será uma decisão justa.

Em relação ao sistema jurídico, a decisão terá consistência quando se basear em premissas fáticas e/ou normativas que não entrem em contradição com outras normas estabelecidas de modo válido. Já coerente é a decisão que contenha a coerência normativa e narrativa. A coerência normativa é aquela decisão que está conforme os princípios que visam a vida satisfatória da sociedade, do ponto de vista racional. MacCormick leva isso em consideração, porque, segundo ele, há uma relação complementar entre regras e princípios, isto é, sempre há um princípio por detrás da regra jurídica. Por outro lado, a coerência narrativa se perfaz quando a decisão jurídica tem relação com as questões de fato.

Em relação ao mundo, o filósofo expõe que a argumentação jurídica dentro dos limites marcados pelos princípios é essencialmente consequencialista, ou seja, é uma consequência das relações humanas, do comportamento atual da sociedade, de como as coisas estão se desenvolvendo naquele momento.

Feito todo o procedimento proposto por MacCormick, não necessariamente se chegará a uma única resposta, mas a resposta adequada para ele é aquela que avançar todas as etapas do processo. Assim, a decisão válida será aquela única resposta ou a escolhida dentre as respostas que foram alcançadas a partir do processo em que a primeira etapa corresponde ao silogismo e a segunda etapa, à justificação externa.

Finalmente, segundo MacCormick, é imprescindível que haja a determinação da metodologia de argumentação jurídica a ser seguida pelos juristas brasileiros, com vistas ao

combate do ativismo judicial em seu aspecto negativo, que é vislumbrado quando há uma decisão judicial cuja fundamentação está mal elaborada e sem coesão, tendo em vista o processo silogístico. A metodologia argumentativa, também, em via de consequência, favoreceria à segurança jurídica, ao não permitir que se possa considerar quaisquer premissas para fundamentar uma decisão. Fato é que “ninguém pode ser mais convincente em suas conclusões que em suas premissas.”¹⁰⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, é incontroverso que, no Brasil e no mundo, as cortes constitucionais tiveram seus poderes ampliados nas últimas décadas, o que contribuiu em muito para a maior disseminação do ativismo judicial. O poder judiciário tem tomado a liderança na condução de questões de repercussão geral e de grande interesse coletivo, ainda que se trate de questões políticas. Essa é uma realidade compartilhada por vários países de vários continentes, como se verificou no Canadá, na África do Sul, na Itália, na Alemanha, na Costa Rica, nos Estados Unidos e na Colômbia.

O objetivo desse estudo não é o posicionamento acerca do ativismo judicial enquanto atividade (in)justa e (in)correta, segundo uma perspectiva moral e ética, mas sim em respeito aos princípios Democrático e da Separação de Poderes. É claro que o ativismo judicial muito contribuiu para a concretização dos direitos fundamentais, mas isso não deve ter o condão de afastar a aplicação dos princípios Democrático e da Separação de Poderes, que também são fundamentais.

De suma importância é a busca pelos diálogos institucionais a fim de promover e efetivar a aplicação e a proteção dos interesses da coletividade. Contudo, o que se verifica é uma cooperação desequilibrada entre os poderes de governo, pois está claro que os contornos atuais estão marcados pela Juristocracia (governo dos juízes).

O fato de o Poder Judiciário avocar as funções precípua dos demais poderes impulsiona o desequilíbrio e implica na omissão, cada vez mais frequente, do Legislativo e do Executivo quanto a questões polêmicas. Como dito, o sistema eleitoral vigente no Brasil (segundo o sistema proporcional) permite a recondução dos cargos eletivos, o que torna esse o principal objetivo do candidato eleito. Na praxe, é costumeiro verificar posturas e atitudes dos representantes do povo que consideram realizar apenas os atos que contribuirão para sua

¹⁰⁵ MACCORMICK, Neil, op. cit., p.101.

reeleição. Esse é um atual problema do Direito Eleitoral, que é fomentado pelo ativismo judicial.

A atração de funções pelo Poder Judiciário motivada pelas omissões dos demais poderes não parece a medida mais adequada. É imprescindível que se preze por meios coercitivos que sujeite os poderes Legislativo e Executivo a cumprir o papel lhes atribuído pela Constituição Federal de 1988.

Daniel Sarmiento bem critica a invocação frouxa dos princípios e esse é um ponto negativo da atividade ativista da Corte. Outra questão prejudicial é a falta de linearidade nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em casos concretos similares. Isso se deve, principalmente, ao ativismo judicial exercido segundo o *result-oriented judging*, isto é, quando o resultado do julgamento foi motivado por convicções pessoais do julgador.

Nesse estudo, conforme a doutrina compulsada, constataram-se, portanto, três espécies de ativismo judicial, quais são: (1) caso em que o Judiciário abusa da função legislativa e/ou executiva, utilizando-a(s) de maneira ordinária em notória oposição ao ditame posto pela Constituição de 1988, que prezou pela excepcionalidade de tal ato; (2) subjetivismo do julgador ao decidir, com base em valores e posições ideológicas próprias (*result-oriented judging*); (3) ativismo como criação judicial do direito (*judicial legislation*).

Ademais, nesse trabalho, valorizou-se a verificação histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo. Dessa forma, constatou-se que a origem do termo e a primeira atuação ativista se deu nos Estados Unidos. No Brasil, com influências especialmente americana, alemã e italiana, o STF se tornou uma corte bastante ativista e progressista, notadamente após a Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional 45 (que tratou da reforma do judiciário). Esses dispositivos normativos foram de extrema importância para a impulsão do ativismo judicial no território brasileiro, pois, além de criar novos espaços de atuação, também ampliaram os poderes do Judiciário e de seus membros, principalmente em relação ao STF.

O Supremo Tribunal Federal tem, hoje, a prerrogativa de dar a última palavra a casos complexos, de grande repercussão e interesse coletivo. E é nesse sentido a atuação da Corte em 2020 e 2021, no enfrentamento da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2, usualmente chamado de coronavírus.

A título de verificação prática, foram analisadas algumas ADPFs, nas quais restou constatado o ativismo judicial pela corte, especialmente mediante à atração das funções precípuas do Legislativo e do Executivo e ao julgamento orientado pelo resultado. As decisões proferidas nas ADPFs mostraram a vontade de conduzir e dar parâmetros para a realização das

políticas públicas em meio à pandemia. Além disso, também foram usadas as concepções próprias dos magistrados para solução dos casos concretos.

Por fim, foi possível depreender o quão importante é a demonstração da vinculação entre a adoção de uma metodologia de argumentação jurídica e o combate ao ativismo judicial, segundo uma perspectiva negativa. Assim, é imprescindível que, no Brasil, critérios argumentativos sejam adotados a fim de se evitar que qualquer argumentação seja válida. Nem sempre a decisão do STF tem o condão de dar a melhor solução ao caso, sendo ou não porque foi motivada pelo emprego de uma atuação ativista. Logo, um meio de impugnação para tal inadequação seria a adoção de uma Metodologia de argumentação jurídica, como a que foi proposta pelo filósofo do Direito Neil MacCormick.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuição para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 3ª Reimpressão.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição Federal de 1891**. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **O Ativismo Judicial em Rui Barbosa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, vol.1, 1999;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 14, n.72, mar. /abr.2012.

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

_____. **Uma Questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEDERAL, Imprensa do Supremo Tribunal. **Por unanimidade, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ)**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988:** judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, out. /dez. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>. Acesso em: 14 nov. 2020.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas:** justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1966.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial:** análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **As responsabilidades políticas do ativismo judicial:** aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Mônica Clarissa Hennig; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Ativismo judicial e déficits democráticos:** algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Edimburgo: Elsevier, 2008.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. **Ativismo Judicial:** as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 53, 2011.

NUNES, José de Castro. **Do Mandado de Segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do Poder Público.** São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

_____. **Teoria e Prática do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia:** o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2018.

POSNER, Richard. A. **The Meaning of Judicial Self-Restraint.** *Indiana Law Journal*, vol.59, n.1, 1983.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, 4ª Reimpressão, 2014. Disponível em: [https://newlaw.com.br/jurimetria-direito/#:~:text=Jurimetria%20C3%A9%20a%20estat%20C3%ADstica%20aplicada%20ao%20Direito.&text=Segundo%20a%20ABJ%20\(Associa%20C3%A7%20C3%A3o%20Brasileira,fazer%20parte%20do%20mundo%20jur%20C3%ADdico](https://newlaw.com.br/jurimetria-direito/#:~:text=Jurimetria%20C3%A9%20a%20estat%20C3%ADstica%20aplicada%20ao%20Direito.&text=Segundo%20a%20ABJ%20(Associa%20C3%A7%20C3%A3o%20Brasileira,fazer%20parte%20do%20mundo%20jur%20C3%ADdico). Acesso em: 25.03.2021.

SANTOS, Ruan Pereira dos. **Um olhar crítico sobre o instituto da Súmula Vinculante.** Seara Jurídica, Bahia, v. 1, n. 5, p. 72-95, jan. 2011. Disponível em: http://web.unijorge.edu.br/sites/searajuridica/pdf/anteriores/2011/1/searajuridica_2011_1_pag72.pdf. Acesso em: 08 mar. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 08.05.2021.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton University Press, 1997.

SCHLINK, Bernhard. **German Constitutional Culture in Transition**. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives**. Durham: Duke University Press.

SILVA, Diogo Bacha e. **Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes**. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n, 199, jul./set.2013.

SUSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

_____. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, São Paulo, n. 8, 2008, p. 409. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>. Acesso em: 10.01.2021).

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994.