

O ATIVISMO JUDICIAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: POR UM DEBATE DESIDEOLOGIZADO SOBRE AS FUNÇÕES DO JUDICIÁRIO

THE JUDICIAL ACTIVISM IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: FOR A DEIDEOLOGIZED DEBATE ABOUT THE FUNCTIONS OF THE JUDICIARY

Eugênio Facchini Neto¹

Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

Ricardo Luís Lenz Tatsch²

Doutorando em Direito (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; hermenêutica jurídica.

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar o fenômeno do chamado ativismo judicial, suas características, suas causas e as tensões surgidas entre o Poder Judiciário e, em especial, o Legislativo, em razão da alegada usurpação de competências que não lhe seriam próprias. Esse fenômeno se dá por vários fatores, entre os quais as novas características da legislação, em

que abundam normas principiológicas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que transfere ao intérprete-juiz a responsabilidade de extrair/construir sentidos a partir de normas vagas. A impositiva proteção de direitos fundamentais, que devem ser defendidos, inclusive, em face de maiorias eventuais, igualmente faz com que o Judiciário tenha que se colocar contra a representação política majoritária. No caso brasileiro, a ampla possibilidade de acesso à jurisdição

¹ Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália). Mestre em Direito Civil (USP). Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Desembargador do TJRS. E-mail: facchininetoeugenio@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9978-886X>.

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (PUCRS). Procurador Regional da República. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: ricardo.tatsch@edu.pucrs.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3162417730641494>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-5726-7347>.

também contribui para uma maior incisividade da atuação judicial. Conclui-se que, ressalvados alguns excessos, o suposto ativismo judicial pode até ser considerado uma forma normal de exercício jurisdicional no mundo contemporâneo.

ABSTRACT: *This work aims to analyze the phenomenon of so-called judicial activism, analyze its characteristics, its causes, as well as the tensions that appear between the Judiciary and other Powers, especially the Legislative, due to the allegation of usurpation of powers. This phenomenon is due to several factors, such as an abundance of principled norms, general clauses, and indeterminate concepts, which transfers the responsibility of extracting/constructing meanings from vague norms to the interpreter-judge. The mandatory protection of fundamental rights, which often must be defended even in the face of eventual majorities, also means that the judiciary eventually must oppose majority political representation. In the Brazilian case, the wide possibility of access to jurisdiction, also contributes to greater incisiveness in judicial action. It's concluded that, except for some excesses, supposed judicial activism can even be considered a normal form of judicial exercise, in the contemporary world.*

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; jurisdição constitucional; novas funções judiciais.

KEYWORDS: *judicial activism; constitutional jurisdiction; new judicial functions.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Poder Judiciário e a sua relação com a lei: o mito do positivismo legalista e da função judicial mecânica; 2 A inevitabilidade do desenvolvimento judicial do direito; 3 As novas funções do Judiciário no mundo contemporâneo; 4 Ativismo judicial – Visão ideológica e visão crítico-descritiva; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The Judiciary and its relationship with the law: the myth of legalistic positivism and the mechanical judicial function; 2 The inevitability of the judicial development of law; 3 The new functions of the Judiciary in the contemporary world; 4 Judicial activism – Ideological vision and critical-descriptive vision; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Em junho de 2019, o STF concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (conjuntamente com o Mandado de Injunção nº 4733), reconhecendo a mora do Congresso Nacional em legislar a respeito³ e, enquanto o Legislativo não aprovasse lei específica sobre o tema, estendeu a tipificação prevista na Lei nº 7.716/1989,

³ Com o único voto contrário do Ministro Marco Aurélio.

relativa aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, aos casos de homofobia e transfobia, em qualquer de suas formas de manifestação.

No mérito, ficaram vencidos os Ministros Lewandowski, Toffoli e Marco Aurélio, que entenderam que a referida extensão violaria o princípio fundamental da reserva de lei.

Dos contrapostos argumentos desse julgamento, identificam-se duas posições. Uma se caracteriza por um maior formalismo⁴ (posição conservadora), pois, em face do princípio da separação dos poderes, dever-se-ia prestigiar a opção do legislador de não legislar a respeito. A segunda é caracterizada por maior ativismo, pois, em face da omissão do Legislativo, entendeu juridicamente possível estender analogicamente a tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, até que o Congresso Nacional legislasse a respeito.

O posicionamento que predominou, comumente denominado de ativismo judicial, está relacionado com as novas funções que o Judiciário vem sendo chamado a exercer, especialmente nas últimas décadas, em escala quase global, ao menos em países que efetivamente colocam a sua Constituição como a norma verdadeiramente fundante e soberana, o que ocorre mais intensamente nos países ocidentais⁵. Como as normas constitucionais são essencialmente principiológicas, que exigem uma interpretação concretizadora, essa atividade naturalmente é atribuída ao Judiciário, que é forçado, portanto, a extrair sentidos racionais das normas constitucionais que interpreta e dar-lhes eficácia jurídica.

Esse tipo de atuação jurisdicional, porém, está longe de ser consenso, tanto na sociedade em geral quanto na comunidade jurídica. Ao revés, os setores políticos, que se sentem contrariados em suas convicções pelas posições assumidas pelo Judiciário, costumam endereçar duras críticas a essa

⁴ O formalismo judicial consiste na postura de se recorrer a interpretar as normas por meio da análise das razões subjacentes (ATIENZA, 2018, p. 44).

⁵ Em conferência proferida na Harvard Law School (*Scalia Lectures*), em 06.04.2021, Stephen Breyer, então *Justice* da Suprema Corte norte-americana, advertiu quanto aos perigos de uma politização da magistratura, referindo que se o público perceber os juízes como políticos com toga (*politicians in robes*), a sua confiança no Judiciário e na legalidade fatalmente diminuirá. A confiança no Judiciário necessariamente passa pela crença que as decisões judiciais sejam guiadas por princípios jurídicos e não pela política (BREYER, 2021a). Uma versão ampliada dessa conferência foi traduzida e publicada na França, reproduzindo-se a advertência (BREYER, 2021b, p. 128).

atuação, alegando que o Judiciário está usurpando competências que seriam dos poderes políticos. Em um mundo cada vez mais marcado por profundas divisões ideológicas, que a hiperconectividade propiciada pelas redes sociais conduz a verdadeiras polarizações, as críticas passaram também a vir de segmentos sociais ligados a determinadas forças políticas, especialmente as mais radicais.

Todavia, uma análise mais serena e técnica do fenômeno deve passar pela consideração da transformação normativa pela qual passou o mundo jurídico, com o uso cada vez mais frequente, por parte do legislador, de normas principiológicas, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, normas-quadro, etc. A maior vagueza dessas normas necessariamente implica uma transferência de poder do legislador ao intérprete, a quem cabe extrair – e muitas vezes construir – sentidos a partir delas. Assim, o jurista passa a ser colaborador do legislador na construção do sentido normativo de certas normas.

A relevância das Constituições no mundo contemporâneo, especialmente a partir do segundo pós-guerra, cujas normas não podem ser desrespeitadas nem mesmo pelas forças políticas majoritárias, muitas vezes coloca o Judiciário – visto como guardião da Constituição – em rota de colisão com os poderes políticos constituídos. O mesmo efeito decorre da relevância que passou a ter a proteção dos direitos fundamentais, vistos, por vezes, como trunfos contra a maioria. Proteger direitos fundamentais de minorias – que muitas vezes não encontram suficiente defesa no mundo político, pela lógica eleitoral – também coloca o Judiciário em campo oposto a políticos eleitos pela maioria. No caso brasileiro, examinando-se especialmente nosso Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a Constituição previu uma ampla categoria de legitimados a provocar sua atuação, e o fez prevendo igualmente um diversificado leque de ações constitucionais. Portanto, mesmo que não o deseje, pois não escolhe sua agenda, o Judiciário é compelido a se envolver com temas espinhosos, de natureza política e de grande interesse social – sirvam de exemplo temas relativamente recentes, envolvendo aborto, descriminalização do consumo de maconha, proteção de minorias de gênero, vacinação, etc. Inexistindo consensos nessas temáticas, quem discordar das posições adotadas pelo STF provavelmente o acusará de “ativismo” e de usurpação de poderes. Defender-se-á, neste texto, que isso é apenas o “novo normal” do exercício da jurisdição, pelas razões elencadas no trabalho.

O trabalho está estruturado em quatro partes, além das considerações finais. Na primeira dela, analisar-se-á a relação do Judiciário com a lei, apontando-se o mito do positivismo legalista e da função judicial supostamente mecânica. Na segunda parte, mostrar-se-á a inevitabilidade do desenvolvimento judicial do direito. Na parte seguinte, expor-se-ão as novas funções assumidas pelo Judiciário no mundo contemporâneo. Na parte final, discorrer-se-á sobre uma visão ideológica e uma visão crítico-descritiva do fenômeno do chamado ativismo judicial.

Para atingirmos as finalidades propostas, utilizamos a metodologia de pesquisa básica quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, dedutiva e dialética quanto ao método, e bibliográfica quanto ao procedimento.

1 O PODER JUDICIÁRIO E A SUA RELAÇÃO COM A LEI: O MITO DO POSITIVISMO LEGALISTA E DA FUNÇÃO JUDICIAL MECÂNICA

A partir do movimento iluminista do século XVIII, expandiu-se a concepção de que os poderes estatais deveriam ser separados em suas funções, para evitar a concentração de poderes nas mãos de um só órgão. A ideia de soberania popular – o povo governando por meio de seus representantes – acabou conduzindo à supremacia do legislativo na arquitetura do poder. Ou seja, os representantes eleitos do povo teriam legitimidade para fazer as leis que deveriam disciplinar as relações sociais. Ao Judiciário caberia apenas o papel de aplicar as leis aos casos concretos.

Para que esse sistema funcionasse, era imprescindível que as leis fossem completas, claras e coerentes. Como explica Merryman (1973, p. 47-48), se compelido a decidir um caso para o qual não houvesse nenhuma previsão legal, o juiz estaria exercendo uma função legislativa, violando o princípio da separação dos poderes. Daí a necessidade de a legislação ser completa, sem lacunas. Por outro lado, se existissem disposições legais contraditórias, forçando o juiz a escolher uma em detrimento da outra para solucionar o caso, também estaria exercendo uma função legislativa, já que só ao legislador incumbiria fazer escolhas. A legislação, assim, não deveria conter antinomias. Por último, se os juízes fossem autorizados a decifrar o significado de uma disposição ambígua ou obscura, também nesse caso teria o juiz agido como legislador. A legislação, assim, deveria ser clara. Por força do pensamento iluminista e

racionalista, acreditava-se que realmente o legislador teria condições de emanar uma legislação omnicompreensiva, em que tudo fosse previamente previsto, por meio de normas claras e coerentes, sem ambiguidades nem antinomias.

Tal conjunto de ideias posteriormente sofisticou-se, evoluindo para o formalismo interpretativo, cujas teses são bem conhecidas: 1) cada norma possui um significado intrínseco; 2) a atividade do intérprete consistiria em individuar e tornar explícito este significado; 3) sendo possíveis diversas interpretações do mesmo enunciado normativo, isso se resolveria individualizando o significado correto e descartando os outros, tidos como errôneos; 4) o método interpretativo seria lógico-dedutivo e excluiria escolhas discricionárias do intérprete, pois o juiz apenas “declararia” o direito, sem o criar e sem fazer escolhas de valor, simplesmente aplicando dedutivamente a norma ao fato.

Todavia, essa teoria está há muito tempo em crise. Lembra Taruffo (1990, p. 362-363) que o próprio Kelsen entendia a interpretação como criação e escolha de significados dentro do esquema representado pela moldura da norma, evidenciando o aspecto criativo da decisão judiciária. A sua percepção é acompanhada também por Bobbio (2011, p. 123-124), ao afirmar que “ninguém mais acredita que a interpretação, mesmo aquela chamada ‘mecânica’, seja uma operação meramente lógica”, pois ela também atribui ao juiz uma função valorativa.

De fato, vai distante o tempo em que Bacon defendia que *optima Lex quae minimum arbitrium judici relinquit* – a melhor lei é a que deixa o mínimo arbítrio ao juiz. Comentando tal máxima, Mota Pinto (1985, p. 257) referiu que as cláusulas gerais são atualmente inelimináveis, porque atendem a um modelo jurídico principiológico, comprometido com soluções adequadas a casos concretos, não mais se compadecendo com um raciocínio meramente subsuntivo, pouco adaptado para a realidade complexa e diversificada em que vivemos.

Como decorrência da tendência universal de se recorrer cada vez mais a princípios jurídicos e cláusulas gerais, em detrimento de regulamentações casuísticas, como técnica mais adequada para propiciar a adequação do direito a realidades sociais cada vez mais dinâmicas e diversificadas, percebe-se a “revalorização da atividade do juiz, que passa a ter uma função criativa, mais propícia à adequação dos esquemas jurídicos existentes às novas exigências” (LEVI, 1993, p. 10). Esse pensamento é acompanhado por Bobbio (1958, p. 67),

ao referir a revisão sofrida pela teoria das fontes de direito, abandonando-se a ideia de monopólio da lei e valorizando-se outras fontes, entre as quais a jurisprudência.

Um ordenamento jurídico onde abundam normas principiológicas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados – como no brasileiro – fornece menos segurança e previsibilidade, pois o direito resultante apresenta-se em permanente construção e desenvolvimento, com a participação da comunidade dos juristas e intérpretes que concretizarão aqueles princípios e cláusulas gerais e densificarão os conceitos indeterminados. Todavia, mesmo que isso possa acarretar alguma inicial insegurança jurídica, não se pode olvidar que a segurança jurídica, conquanto importante, não é o único valor do mundo do Direito. É o que nos lembra Recaséns Siches (1960, p. 239), ao afirmar que, embora sendo um valor funcional do Direito, a segurança não é de forma alguma o valor supremo no qual o Direito deve inspirar-se, porquanto é indubitável que o valor mais elevado para o qual o Direito deve orientar-se é a justiça.

Aliás, Esser (1961, p. 35) refere a utilização de cláusulas gerais como uma das formas de superar a permanente contraposição existente entre os postulados da segurança jurídica e da adaptação à vida. Ou seja, as cláusulas gerais fornecem um conteúdo mínimo (ainda que só revelado com auxílio da doutrina e da jurisprudência), a afastar o risco de arbítrio judicial, ao mesmo tempo que permitem uma aplicação cambiante aos fatos novos que sociedades complexas vão originando.

Refere Rodotà (1985, p. 249-267) remontar aos anos setenta a discussão sobre a conveniência de se legislar utilizando conceitos indeterminados e cláusulas gerais, diante dos problemas aplicativos que acarretam, geradores de insegurança jurídica. Defendendo a sua utilização, refere que tal técnica legislativa é essencial, estando em harmonia com os valores da pós-modernidade, caracterizada por uma realidade hipercomplexa, em constante mutação, sob o signo do pluralismo. O tempo dos modelos fechados, com regras precisas e estreitas, supunha um universo contínuo, estável, de verdades perenes, ou seja, um mundo que não mais existe.

Deve ser lembrado, neste contexto, que a ideia de um juiz “escravo da lei” sempre foi o ideal de governantes autocráticos, que jamais admitiram a possibilidade de terem os seus atos restringidos por algum outro órgão. São

conhecidas as tentativas de proibir interpretações judiciais, feitas por soberanos absolutos, de Justiniano a Frederico Guilherme II da Prússia⁶, passando pelo Imperador Josef, da Áustria (DAMASKA, 1991, p. 38).

Na França, em 1790, no auge do período revolucionário, dois decretos da Assembleia francesa proibiram às Cortes de Justiça qualquer forma de interpretação das leis: quando existissem incertezas sobre o significado da legislação, os juízes deveriam submeter o caso ao legislador⁷.

Essa visão, segundo a qual os juízes nada mais deveriam ser do que a boca que pronuncia as palavras da lei, *la bouche de la loi*, segundo a metáfora da Montesquieu, é mais uma narrativa do que se pretendia que fosse feito do que propriamente a descrição de uma realidade. Isso porque a lei, que se expressa por meio de linguagem, é inerentemente imprecisa, lacunosa e contraditória – e não clara, completa e coerente. Esse inafastável fenômeno exige a participação do jurista para “decodificar” a lei, interpretando-a sistematicamente, identificando exceções não expressas, clareando significados obscuros e suprimindo lacunas.

A ideia de uma atividade meramente mecanicista de subsunção, todavia, nunca se sustentou. Portalis, o mais importante redator do projeto do *Code Civil* francês, já então percebia a irrealidade da ideia de que a função do legislador era editar normas claras, completas e coerentes, cabendo ao juiz apenas aplicá-las aos casos concretos. Em seu célebre *Discours préliminaire*, em 1804, referiu ele que

a função da lei é estabelecer, em termos amplos, as máximas gerais da lei; fornecer princípios que sejam

⁶ Este rei prussiano, no seu decreto de promulgação do ALR (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), de 1794, com seus aproximadamente 19.000 artigos (HALPÉRIN, 2023, p. 294), havia proibido aos juízes “de se afastarem minimamente que fosse das prescrições claras e inteligíveis da lei, sob invocação de um presumido raciocínio filosófico ou sob o pretexto de efetuarem uma interpretação da vontade do legislador ou dos fins da lei”. Nos casos dúbios, os juízes deveriam remeter o desate da questão à Comissão Legislativa (*Gesetzkommission*). Tentava-se, com a capilar casuística daquela compilação, fornecer ao juiz uma resposta precisa para qualquer demanda, e de tornar supérflua quaisquer questões de interpretação (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 110 – tradução nossa).

⁷ Decretou-se que os magistrados “dirigir-se-ão ao órgão legislativo sempre que considerarem necessário interpretar uma lei ou fazer uma nova”. Tarefa do *Tribunal de Cassation*, instituído também em 1790, era exatamente aquela de anular as sentenças dos tribunais que não observassem estritamente o direito escrito (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 111 – tradução nossa).

frutíferos em consequências, e não entrar nos detalhes das questões que possam surgir em cada assunto. Cabe ao magistrado e ao jurisconsulto, imbuídos do espírito geral das leis, orientar sua aplicação... [...] A ciência do legislador consiste em encontrar em cada matéria os princípios mais favoráveis ao bem comum; a ciência do magistrado é pôr em ação esses princípios e ramificá-los, estendê-los, por meio de uma aplicação sábia e fundamentada, a hipóteses particulares. (PORTALIS, 1999, p. 19 – tradução nossa)

O fato é que, por diversas razões, as funções judiciais se alteraram e o Judiciário passou a ocupar um papel crescente na arquitetura institucional dos países democráticos e na vida dos cidadãos. Na Itália, segundo Cassese (2022, p. 13), “*il peso dei giudici è crescente*”⁸. No espaço jurídico germânico, em livro cujo título já anuncia a sua percepção (*A revolução secreta do Estado de Direito ao Estado dos juízes*), Rüthers (2018, *passim*) observou que, atualmente, a maior parte do direito é direito judiciário, que ocupa uma função de guia. Essa evolução/revolução clandestina transformou, segundo ele, o juiz em legislador e a jurisprudência em fonte de direito. Na França, o jus-historiador Jacques Krynen (2012, p. 229 e 415 – tradução nossa) sublinhou que “o Estado de Direito contemporâneo fez nascer um novo Estado de justiça”.

Percebe-se, assim, que essa inevitável participação da atividade judicial na permanente construção e reconstrução do universo jurídico não é limitada aos países de *common law*. Referem Merryman e Pérez-Perdomo (2019, p. 43) que tanto quanto os juízes anglo-americanos, os juízes da tradição da *civil law* (romano-germânica) “estão envolvidos em um processo vital, complexo e difícil. Eles precisam aplicar normas que raramente, ou nunca, são claras no contexto do caso, por mais claras que abstratamente pareçam ser”. Também precisam preencher lacunas e “adaptar a lei às condições em constante mudança” (tradução nossa).

O fenômeno tampouco se restringe ao espaço europeu. O ex-Presidente da Suprema Corte israelense, Aharon Barak (2006, p. XVIII, 3, 20), explicou que essa proeminência do Judiciário deriva das novas funções que foram atribuídas

⁸ “O peso dos juízes está crescendo.” (tradução nossa)

aos juízes, como a de “preencher as brechas que se abrem entre o direito e a sociedade” e a de proteger a Constituição e a democracia” (tradução nossa).

Na América latina, Zaffaroni (1995, p. 24-25) refere ser incontornável que o Judiciário moderno não pode ser apolítico, não mais podendo ser afirmado que ele “não estabelece regras *erga omnes*, de que não é co-legislador”, até porque, como pontua outro autor argentino (BIELSA, 1984, p. 87), a realidade operacional do Judiciário em nossos tempos tem confirmado que, por vezes, não lhe resta alternativa que não a de sê-lo.

No mesmo sentido manifesta-se Abreu (2019, p. 57), lembrando que “precedentes judiciais mais e mais têm sido invocados por advogados e juízes”, sendo que, no caso brasileiro, isso é ainda mais evidente ao menos em relação à sumula vinculante e aos temas jurídicos julgados pelos Tribunais Superiores, em sede de repercussão geral e de recursos repetitivos, dado o seu caráter normativo e cogente.

Pretende-se, no tópico seguinte, melhor examinar as razões desse maior protagonismo do Judiciário e a afirmada inevitabilidade do desenvolvimento judicial do direito.

2 A INEVITABILIDADE DO DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO

Na reconstituição histórica das razões do crescimento do protagonismo judicial, Cassese (2022, p. 15-31) refere que até o século XVIII a função judiciária não era claramente separada nem da administrativa nem da normativa (BOUCOYANNIS, 2021, *passim*). A partir da experiência inglesa, iniciada com Revolução Gloriosa de 1688-89, teorizada inicialmente por John Locke e mais tarde por Montesquieu, os poderes estatais foram separados. Todavia, para Montesquieu, o Judiciário seria um poder “invisível e nulo” e os magistrados seriam “seres inanimados”, de quem nada mais se esperaria senão que “pronunciassem as palavras da lei”. Nessa visão, aos magistrados competia apenas julgar os crimes e as controvérsias entre particulares, estando totalmente desprovidos de competências para apreciar a validade de atos administrativos ou da legislação. Afirma-se que o modelo francês consagrou

⁹ Que outros juristas indicam como papel de mediação entre o momento da edição da norma e o da sua aplicação, e o de mediador entre a generalidade da norma e a singularidade dos fatos concretos.

“a impotência dos juízes” (CAPELLETTI, 1990, p. 266) ou a “esterilização do Poder Judiciário” (KRYNEN, 2018, p. 280)¹⁰. Nos Estados Unidos, foi A. Hamilton, nos *Federalist Papers* (paper 78), quem salientou a fraqueza do Judiciário nesse período histórico, referindo que o Judiciário não dispunha de força, devendo recorrer à ajuda do governo até mesmo para fazer executar os seus julgamentos. Concluiu, assim, que o Judiciário seria o mais frágil dos poderes¹¹.

Tudo isso, porém, mudou a partir do século XIX, começando pelos Estados Unidos. Em obra clássica, Tocqueville (1968, p. 124 e ss.) referiu que o juiz norte-americano dispunha de um imenso poder político, desconhecido entre seus congêneres europeus. Esse poder, segundo ele, decorria do fato de que àqueles juízes fora reconhecido o poder de embasar as suas decisões diretamente na constituição, e não apenas nas leis, podendo chegar a desaplicar essas quando as retivessem inconstitucionais. Quase um século mais tarde, Lambert (1921, p. 124) dedicou uma obra clássica à análise do imenso poder que o Judiciário norte-americano havia adquirido, onde destaca a tendência americana de delegar à autoridade judiciária a solução dos grandes conflitos sociais e a possibilidade (ainda então desconhecida no ambiente europeu) de os juízes deixarem de aplicar as leis, sob alegação de sua inconstitucionalidade. Foi esse o jurista a primeiro empregar a expressão “governo dos juízes”¹².

Mais recentemente, especialmente a partir do segundo pós-guerra, além da crescente possibilidade de o Judiciário exercer um controle de constitucionalidade, outros fatores concorreram para explicar o crescimento

¹⁰ Essa esterilização fica clara nas palavras de Robespierre, segundo o qual, “em um Estado que tem uma constituição e uma legislação, a jurisprudência dos tribunais nada mais é do que a lei” (KRYNEN, 2018, p. 279 – tradução nossa). Essas ideias, aliás, foram plasmadas na legislação na época, pois o art. 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, que traçou normas sobre organização judiciária, previa que “os juízes não poderão [...] perturbar de nenhuma forma a atividade dos órgãos administrativos” (tradução nossa). Confirmando essa visão, a Constituição francesa de 1791 (arts. 2 e 3) dispunha que os juízes “não poderão imiscuir-se no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis, nem desenvolver funções administrativas, nem tampouco fazer citar os administradores perante si, em razão de suas funções” (tradução nossa).

¹¹ A metáfora do mais débil dos poderes foi retomada, duzentos anos mais tarde, por Alexander Bickel (1962), no seu clássico *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*.

¹² A expressão foi retomada muitas vezes nos últimos anos. Na própria França, por último, Frédéric Rouvillois (2023), professor da Universidade de Paris-Cité e ex-integrante do Tribunal Supremo de Mônaco, publicou o livro *Le gouvernement des juges. Histoire d'un mythe politique*, revisitando o mito de um governo de juízes e demonstrando que uma tal ideia vem sendo rejeitada pelas forças políticas, de direita ou de esquerda, segundo as suas conveniências pontuais (ROUVILLOIS, 2023, p. 250).

do Judiciário enquanto poder¹³. Um dos mais relevantes foi a importância que passou a ser conferida à proteção dos direitos humanos. A tutela desses importantes direitos naturalmente foi atribuída ao Judiciário, que consequentemente viu ampliarem-se as suas funções para muito além das áreas do direito privado e criminal¹⁴.

Releve-se, igualmente, que, enquanto antigamente o juiz era chamado sobretudo para decidir com o olhar voltado para o passado, hoje a sua visão é frequentemente prospectiva. Transfere-se para o juiz a responsabilidade de considerar as possíveis soluções alternativas, de imaginar e avaliar as suas respectivas consequências e, enfim, tomar uma decisão com o olhar constantemente voltado para o futuro. Essa lógica é similar àquela considerada como própria dos outros atores políticos (GUARNIERI; PEDERZOLI, 1997, p. 13). Essa visão consequencialista também é posta em destaque por Allard e Garapon (2005, p. 68 – tradução nossa): “Os juízes estão investidos de uma função que lhes exige antecipar e medir as consequências das suas decisões, o que é uma virtude política”¹⁵.

Esse estado de coisas acaba sendo convalidado na comunidade jurídica, considerando-se que parcela importante da doutrina cada vez mais baseia as suas lições em precedentes jurisprudenciais, nos quais procura justificar o acerto de suas interpretações. Certos doutrinadores vão pouco além de simplesmente expor o entendimento jurisprudencial sobre os temas que abordam.

¹³ Deve sempre ser lembrado que regimes não democráticos não toleram qualquer controle judiciário sobre a atividade política - é o que demonstra SACCO (2000, p. 3-10), recorrendo a vários exemplos.

¹⁴ Não se pode esquecer, porém, que esse “poder” dos juízes é exercido de forma muito diferente do poder dos órgãos propriamente políticos. Em primeiro lugar, o judiciário não pode selecionar os casos sobre os quais pretende se manifestar. Ele sempre depende da provocação de um interessado legitimado para tanto. Tampouco o juiz pode se recusar a decidir um caso que lhe é submetido, por entender inexistir uma regulação normativa. Cabe a ele não só decidir, mas fazê-lo de forma fundamentada, invocando argumentos jurídicos que se possam sustentar no ordenamento jurídico pátrio, após um contraditório em que os demais interessados terão o direito de apresentar argumentos contrapostos e apresentar suas provas. Suas decisões raramente são finais, pois quase sempre cabe recurso a outras instâncias decisórias (Cassese, 2022, p. 27). Andreas Voßkuhle (2020, p. 61-97), ex-presidente da Corte Constitucional alemã elenca mais uma série de “fronteiras (invisíveis) da jurisdição constitucional”, indicando fatores que de fato limitam, e muito, a suposta liberdade de julgar de uma típica Corte Constitucional.

¹⁵ Para uma visão majoritariamente negativa do fenômeno do “consequencialismo” no Poder Judiciário, consultem-se os artigos compilados na coletânea “Consequencialismo no Poder Judiciário”, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel Chalita e José Renato Nalini (2019).

Do ponto de vista puramente normativo, refere Judith Martins-Costa (2000, p. 156) que passamos do modelo fechado da tipicidade, em que a norma conecta determinado fato da vida a uma precisa consequência jurídica, a um modelo aberto em disciplinas, como o direito constitucional e o civil. “Nestes o legislador não desenha o comportamento típico, ao contrário, utiliza uma linguagem intencionalmente vaga, aberta, fluída, caracterizada pela ampla extensão do seu campo semântico”. Abandona-se, assim, a “pretensão da plenitude legislativa e da completude lógica”, abrindo-se a um “sistema aberto de princípios e regras, constituindo a sua positivação um processo no qual intervém o legislador, o juiz e a comunidade”. Tudo isso representa “um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris*”. O papel do juiz passa a ser, assim, o de “coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2005, p. 218)¹⁶. E isso faz com que, como reconhece Clóvis do Couto e Silva (1997, p. 31), “o juiz seja, também, um legislador para o caso concreto”.

O que foi descrito antes é tido como uma característica básica de todos os ordenamentos jurídicos integrantes da família romano-germânica, na qual se entende que a função principal dos juristas é a de interpretar as fórmulas legislativas visando a sua aplicação a casos concretos – mediante um raciocínio substancialmente dedutivo, do geral para o particular. Todavia, esse raciocínio dedutivo não é nada mecânico, pois nesse sistema considera-se “desejável que a regra de direito deixe uma certa margem de liberdade ao juiz”, pois a “sua função [da lei] é unicamente de fornecer a *moldura (cadre)* jurídica” dentro da qual atuará o juiz, sem pretender regulamentar detalhadamente a questão. Deve contentar-se em apenas “fornecer *diretivas* ao juiz”, pois é impossível prever, na sua variedade, todos os casos concretos que se apresentarão na prática (DAVID, 2016, p. 84 – tradução nossa).

¹⁶ Para Teresa Arruda Alvim Wambier (2016), os magistrados criam direito quando interpretam a lei: “O inexorável e honesto reconhecimento de que o juiz, em diferentes dimensões e medidas, ao decidir, pode criar direito [...] não o equipara a um legislador. O juiz cria direito (a) porque ao interpretar a lei, qualquer que seja ela, estará exercendo, ainda que minimamente, seu poder criativo; (b) ademais, às vezes a lei contém expressões de textura aberta – conceitos vagos, cláusulas gerais –, o que torna mais visível a função criativa do magistrado; (c) e além de tudo, muito frequentemente são submetidas ao juiz questões judiciais cuja solução não está prevista expressamente na lei – e então a decisão será proferida com base num mosaico de elementos: princípios, doutrina, analogia etc.”.

Isso tudo decorre do fato de que os juízes são obrigados a decidir, sob pena de denegação de justiça. Quando a questão submetida à apreciação judicial se encontra prevista em normas claras, havendo apenas uma consequência legalmente prevista, a situação exige pouco esforço hermenêutico. Todavia, como a obrigação de *non liquet* envolve também casos mais difíceis – *hard cases*¹⁷ –, eventualmente ainda desprovidos de prévia solução legislativa, “a obrigação de decidir expande notavelmente a liberdade do julgador”, pois, nesse caso, não se trata de “reconhecer direitos”, mas sim de “criar direitos” (CAMPILONGO, 2002, p. 162-163)¹⁸.

No mesmo sentido refere Chiarloni (2012, p. 226-227, n. r. 2 – tradução nossa) que “hoje é universalmente difusa a consciência de que a atividade interpretativa da jurisprudência recolhe em si inelimináveis momentos de criação do direito”¹⁹. Essa criação do direito no caso concreto ocorre não só por meio da atividade de subsunção dos fatos à moldura normativa, mas também quando o juiz extrai novas regras a partir de princípios, ou, quando concretiza o alcance de cláusulas gerais, exerce juízos equitativos nos casos previstos em lei ou legitima usos emergentes da prática. Também Merryman (1988, p. 1874) refere a insensatez e futilidade de qualquer tentativa de impedir o papel criativo do juiz.

A relação entre a lei e o juiz é obviamente intensa e complexa. Há consenso atual no sentido de que o texto normativo só se transforma em norma quando incide sobre um fato, cabendo ao intérprete-juiz extrair a norma jurídica aplicável. Em outras palavras, aceita-se que as proposições

¹⁷ Não havendo norma a incidir sobre um *hard case*, o juiz necessariamente criará “*derecho ex novo*”, segundo Laporta (2002, p. 138), que refere que uma prestigiada corrente hermenêutica, liderada por Kelsen, sustenta que, nesse caso, o juiz se limitaria a criar uma norma individual dirigida somente às partes. Mas pondera que isso é discutível, pois a razão exige que o juiz que cria essa solução para um caso determinado esteja disposto a dar o mesmo tratamento a todos os outros casos futuros assemelhados. Portanto, sustenta Laporta que quando “cria” a norma no caso concreto, ele na verdade está introduzindo uma norma geral que não se encontrava no sistema jurídico.

¹⁸ Refere Campilongo (2002, p. 162) que Luhmann também “rejeita a visão do Judiciário como simples executor das leis e admite, sem nenhum constrangimento, como Kelsen, a criação judicial do direito”.

¹⁹ Que a jurisprudência seja uma fonte do Direito é posto em ressaltado também pelo Professor Prospero, da Universidade de Macerata: “Não há dúvidas de que mesmo nos países de *civil law* a jurisprudência deve ser inserida entre as fontes (atípicas) de produção do direito (vivente), uma vez que sempre concorre substancialmente para determiná-lo. O problema de caráter sistemático a ser resolvido se torna aquele de se estabelecer sob quais condições a justiça do caso concreto pode ser considerada coerente com a finalidade perseguida pelo ordenamento jurídico e será, assim, idônea a se tornar justiça do caso futuro” (PROSPERI, 2016, p. 1).

jurídicas somente desenvolvem a sua inerente força normativa quando são aplicadas ao caso concreto. A aplicação da norma pelos juízes jamais a deixa intacta; ao contrário, determina progressivamente e ininterruptamente o seu significado concreto e, por isso, o seu próprio conteúdo. A interpretação da lei é um processo contínuo, no qual as ideias expressas na lei são repensadas e desenvolvidas. Esse processo possui um ponto fixo de partida – a lei –, mas que não se pode considerar jamais concluído. O resultado é, portanto, produto comum do legislador, da jurisprudência e das forças atuantes no comércio jurídico²⁰.

Daí porque se diz, nesse diapasão, que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da interpretação (PÉREZ LUÑO, 1990, p. 254; ÁVILA, 2022, p. 52), ao que Recaséns Siches acrescenta que o direito positivo não se encontra já preconfigurado e concluído na Constituição, nas leis, nos regulamentos, etc., “pronto para ser aplicado”. Isto porque o processo produtivo da ordem jurídica positiva vai “desde o ato constituinte, através da constituição, das leis, dos regulamentos, etc., até a norma individualizada na sentença judicial ou na decisão administrativa, *sem solução de continuidade*”. Assim, “o que equivocadamente chamou-se de *aplicação do Direito* não é algo que sobrevenha a uma norma depois que ela foi editada”, pois, na verdade, esse momento é “parte integrante do Direito mesmo” (RECASÉNS SICHES, 1971, p. 521)²¹. Isso porque, como pontua Wolkmer (2000, p. 174), o magistrado exerce uma função criadora extremamente importante, contribuindo para o aperfeiçoamento contínuo da ordem jurídica.

A Corte Constitucional italiana, por exemplo, afirmou que “as normas não são tal como aparecem em abstrato, mas sim como resultam da obra quotidiana do juiz, aplicando-as, voltada a torná-las concretas e eficazes” (ITÁLIA, 1956, p. 574).

²⁰ De acordo com a doutrina alemã, a maioria das leis adquire a sua configuração definitiva apenas por meio da sua concretização no processo contínuo da atividade judicial (LARENZ, 1978, p. 2, 135-136). Trimarchi (1996, p. 23) se expressa no mesmo sentido, ao ponderar que existe uma divisão de trabalho segundo a qual o legislador estabelece as diretivas, enquanto a jurisprudência as especifica e completa – enfim, “o legislador determina a estrutura, a jurisprudência refina os detalhes”.

²¹ No mesmo sentido se posiciona Senese (1984, p. 27), segundo o qual a lei, à qual o juiz é sujeito, não é jamais um dado textual imóvel e fixo, mas é, ao contrário, uma combinação de lei ordinária e norma constitucional, que pode invalidá-la e que, em qualquer modo, a põe em tensão. De mais a mais, essa combinação abarca leis regionais [estaduais] e leis estatais [federais], por sua vez igualmente em possível tensão, e de tratados internacionais, às quais se acrescentam os regulamentos comunitários.

Reconhece-se que entre os três clássicos agentes de poder, o legislador e o administrador normalmente possuem maior preparo, competência e legitimidade, para avaliar todos os dados sociais, culturais, políticos e econômicos que interferem na formulação e implementação de políticas públicas. Pondera-se, contudo, que é o magistrado quem tem a maior capacitação e treinamento técnico para apreender e compreender o ordenamento jurídico de um ponto de vista sistemático, reconduzindo suas regras, seus princípios e seus valores, muitas vezes contraditórios quando tomados isoladamente, a uma unidade de sentido, à luz dos princípios e valores constitucionais²².

Evidenciada a inevitabilidade da construção judicial do direito, nos limites e nas hipóteses indicados *supra*, o próximo item será destinado à análise de algumas das razões pelas quais o Judiciário passou a desenvolver essas novas funções no mundo contemporâneo.

3 AS NOVAS FUNÇÕES DO JUDICIÁRIO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Em razão dos trágicos acontecimentos vivenciados por diversas sociedades ao longo do século XX, envolvendo os totalitarismos nazifascistas e os autoritarismos de diversos vieses (franquismo espanhol, salazarismo português, a Grécia dos coronéis e a América Latina dos generais, para ficar nas experiências mais conhecidas no mundo ocidental), percebeu-se que a simples repartição de funções entre os três poderes clássicos não funcionava direito. Isso porque todos esses regimes foram “legitimados” pela legislação. Legislativos fracos nunca conseguiram controlar Executivos fortes e dominadores. Ao contrário, docilmente editaram as leis desejadas pelos poderosos de plantão, como a história comprovou. E se do Judiciário nada se poderia esperar senão que aplicasse as leis ao caso concreto, então desse lado igualmente não se poderia esperar qualquer barreira a pretensões autoritárias. Aliás, quando os juízes se comportam como meros aplicadores da lei, é possível compreender-se a fala de Mussolini, ao proferir o discurso de abertura do ano judiciário italiano de 1940: “Cada um de vós é testemunha que eu sempre concedi à magistratura italiana a mais ampla liberdade. E isto por uma razão

²² Ainda que, como refere Tribe (1985, p. ix – tradução nossa), “aqueles que interpretam a Constituição simplesmente não podem evitar ter de escolher entre visões políticas e sociais concorrentes ou conflitantes”.

muito simples: eu tenho confiança incondicionada na magistratura italiana e sei que essa julga de acordo com a lei e com a consciência” (MODONA, 1972, p. 590 – tradução nossa).

O constitucionalismo que surgiu no segundo pós-guerra europeu, especialmente na Alemanha e Itália, começou a mudar esse cenário, aprofundando-se após a redemocratização de outros países nas três décadas finais do século XX. Todos esses países dotaram-se de Constituições modernas, liberais e com preocupações sociais. De 1985 a 2007 foram promulgadas 106 Constituições nacionais. Todas continham um rol de direitos fundamentais e apenas 5 não previam alguma forma de controle de constitucionalidade (SWEET, 2012, p. 816).

Esse novo constitucionalismo incorpora, além do princípio democrático, também o princípio pelo qual existem limites àquilo que a maioria pode fazer. Como lembrou Livio Pepino (1995, p. 759), a Constituição é a síntese dos princípios e dos valores sobre os quais, em um determinado momento histórico, se atingiu um consenso geral e, portanto, o quadro daquilo que foi subtraído à regra da maioria. Portanto, o papel da magistratura em uma democracia constitucional passa a envolver a defesa dos direitos dos cidadãos, eventualmente também contra a maioria. Com a nítida tendência à expansão do conteúdo dos direitos fundamentais que hoje se observa em quase todos os regimes democráticos, há um consequente alargamento da intervenção judiciária (GUARNIERI; PEDERZOLI, 1997, p. 127).

De fato, como pondera Lorenzetti (2015, p. 183), a regra indiscutível é que a democracia funcione na base do respeito pelas decisões da maioria. No entanto, prossegue o jurista argentino, a experiência histórica tem mostrado excessos os mais variados, pois eleições e votos de assembleias populares “também levaram à aprovação do holocausto, ao terrorismo de Estado, à pena de morte, à discriminação, à limitação dos direitos dos trabalhadores” etc. “Foi precisamente para evitar essas distorções que surgiram os direitos humanos, como limite não derogável pelas maiorias”. E, para garantir que isso fosse observado, “é que a Constituição criou o Judiciário”.

Para mostrar o impacto sobre o Judiciário que a proteção de direitos fundamentais acarreta, Barroso reproduz diálogo travado entre ele e o Professor Mark Tushnet, em debate realizado na Universidade de Harvard,

em 07.11.2011²³, sobre ativismo judicial²⁴ e os seus limites. Tushnet, embora progressista e comprometido com avanços sociais, entendia que só o Legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. Já Barroso defendia que o Legislativo deveria ter preferência para atuar, mas se não o fizesse, a atribuição se transferia para o Judiciário. Por ocasião de suas falas, Tushnet referiu que “a longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor”. Segundo ele, seria “só uma questão de esperar a hora certa”. Ao que Barroso respondeu:

E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejem viver agora o seu afeto e seu projeto de vida em comum? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações? (2017, p. 568)

Sustenta-se que as modernas constituições são ambiciosas tábuas de valores, catálogos de liberdade e de direitos, programas de emancipação e de liberação que hoje constituem parte da cultura democrática dos cidadãos e legitimariam intervenções jurisdicionais – ainda que particularmente incisivas e criativas – dirigidas à tutela daqueles valores e daqueles direitos, quando esses forem ignorados e desatendidos pela esfera política.

Neste novo contexto que as democracias modernas vivem, o Judiciário, especialmente por meio de suas Cortes Constitucionais ou Supremas, vem sendo investido de funções que não mais cabem no figurino clássico. Barroso (2018, p. 129 e ss.) denomina esses novos papéis de contramajoritário, representativo e iluminista. Exerce um papel contramajoritário quando invalida atos dos demais poderes, quer reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, quer declarando a ilegalidade de eventual atuação executiva. Um papel

²³ Debate intitulado “Política e Judiciário: Perspectivas de Direito Comparado sobre Judicialização da Política e Ativismo Judicial”. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=giC_vOBn-bc.

²⁴ Para uma distinção entre “ativismo judicial” e “judicialização da política”, v. STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015.

anomalamente representativo seria exercido quando o Judiciário, no exercício da jurisdição, atende demandas sociais não satisfeitas pelos demais poderes. E exerce uma função iluminista quando promove determinados avanços sociais que ainda não tenham conquistado adesão majoritária, nem consagração legislativa, mas que seriam uma imposição do processo civilizatório.

O primeiro papel é conhecido e discutido há mais tempo. Os outros dois são mais controversos. De fato, há temas espinhosos e que dividem a sociedade, sendo impossível o consenso. Pense-se nas uniões homoafetivas, no aborto e na descriminalização de drogas leves, reivindicações de parte da sociedade, para citar alguns exemplos que nem sempre encontram ambiente suficientemente sereno para uma discussão conclusiva no âmbito parlamentar – e até por isso essas questões foram judicializadas.

A discussão tem como pano de fundo a percepção de que as modernas constituições contêm instâncias voltadas à transformação do presente, em direção a um futuro por elas desenhado, o que torna os agentes públicos – e também o Judiciário – em garantes não só daquilo que é, mas também daquilo que deve ser, e às vezes daquilo que deve ser contra aquilo que é, na lúcida observação de Gaetano Silvestri (1994, p. 32). Seria a função iluminista a que se referiu Barroso.

É claro que, em sua atuação jurisdicional, os membros do Poder Judiciário não podem decidir casos a partir de suas concepções pessoais de justiça. Necessariamente, as suas decisões devem ser juridicamente fundadas²⁵. Durante muito tempo, a base normativa da qual partiam os juízes era apenas e tão somente a legislação ordinária. Todavia, as modernas correntes hermenêuticas sustentam que os princípios constitucionais igualmente consubstanciam normas aplicáveis aos litígios concretos (por todos, HESSE, 1991). O problema é que as normas principiológicas são pouco densas, muitas vezes plurissignificativas, assim como cláusulas gerais, valores, normas-quadro, normas essas nem sempre dotadas de um sentido percebido univocamente por todos os intérpretes de boa-fé. E aí uma margem de desenvolvimento judicial do Direito torna-se algo substancialmente inevitável, como foi visto.

²⁵ É o mesmo Barroso (2015, p. 46-47) que pontua: “No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história”.

Os questionamentos que essa situação sugere são os seguintes: Seria essa inevitável atividade criativa do juiz, como coparticipe do desenvolvimento jurídico, que, por meio da interpretação e aplicação da norma, vai além del, algo anômalo e incompatível com o Estado de Direito? Seria isso o que se chama de ativismo judicial, em viés crítico? O próximo item será destinado a uma tentativa de resposta a tais indagações.

4 ATIVISMO JUDICIAL - VISÃO IDEOLÓGICA E VISÃO CRÍTICO-DESCRITIVA²⁶

Iniciaremos esse item com uma citação de Inocêncio Mártires Coelho (2015, p. 19), que individua uma crítica de viés puramente ideológico àquilo que se denomina ativismo judicial²⁷. Diz o consagrado mestre:

Não temos receio em dizer que aquilo que se critica, sem maior profundidade, como ativismo judicial – no Brasil, como alhures –, não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a indispensável e

²⁶ O fenômeno do ativismo -- e as críticas que ele provoca -- não é nem restrito a poucos países, nem é fenômeno recente. Para evidenciar isso, convém citar alguns trechos de importante decisão da *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional alemã), no caso Soraya, julgado em 1973. Na parte que aqui interessa, refutou-se a tese do recorrente de que as cortes inferiores haviam usurpado funções legislativas, ao estender a tutela da responsabilidade civil aos direitos da personalidade, apesar de ausência de previsão normativa. Segundo o recorrente (o jornal *Die Welt*), os juízes deveriam simplesmente aplicar o texto legislativo, cabendo apenas ao legislador a criação de novas hipóteses de tutela jurídica. Em sua fundamentação, assim se expressou a Corte Constitucional alemã: “A função do juiz não é limitada à identificação e execução (aplicação) de decisões tomadas pelo legislador; ele pode ser chamado a exercer opções valorativas (algo que necessariamente contém um elemento voluntarístico), a fim de trazer à luz e explicitar em suas decisões aqueles princípios que são imanentes ao ordenamento jurídico constitucional, mas que não são expressos, ou o são de forma inadequada, no texto da lei escrita. [...] Quando isso ocorre, a lacuna existente é suprida pela decisão judicial, em conformidade com o senso prático e com os princípios gerais de justiça da comunidade [seguem-se várias citações doutrinárias nesse sentido]. / Em teoria, esse dever e poder do juiz de emanar ‘decisões criativas’ jamais foi colocado em discussão desde o advento de nossa atual Constituição [seguem-se citações nesse sentido]” – *Bundesverfassungsgericht*, 1ª Seção, publicada em BVerfGE 34, 269 e no NJW 1973, 1221. Uma tradução inglesa foi publicada em Schlesinger (1998, p. 697 e ss.). Uma tradução em italiano é encontrada em Varano e Barsotti (2002, p. 210 e ss.), de onde foi traduzida para a versão em vernáculo constante do texto.

²⁷ Atribui-se a Schlesinger (1947) o uso inaugural da expressão “ativismo” judicial, em artigo publicado em 1947, no qual analisa os votos proferidos por *Justices* da Suprema Corte norte-americana, distinguindo, de um lado, *Judicial Activists* em questões econômicas, *Judicial Activists* em questões envolvendo liberdades públicas e, de outro lado, defensores de uma postura de *self-restraint*.

assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito de mãos dadas com o legislador, completando-lhe a obra e acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo e rápido demais para reger-se por fórmulas ultrapassadas.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Essa postura judicial não é aceita por todos, pois é densa também a corrente que sustenta deverem os magistrados seguir uma linha de maior contenção²⁸.

A diferença entre as duas posturas – ativismo e autocontenção –, segundo Barroso (2018, p. 140), consistiria em que

o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às suas ações e omissões.

A criatividade judicial, quando inevitável, não é, obviamente, livre, pois deve ser compreendida “como uma continuação do processo deliberativo democrático que se dá no âmbito da representação popular. O juiz não

²⁸ Por todos, Elival da Silva Ramos (2010). Na sua síntese conclusiva, refere o conceituado professor que “por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento” (RAMOS, 2010, p. 308).

pode pensar sua atividade como uma mera adesão a normas positivadas (normativismo) nem pode criar o direito *ex nihilo* (decisionismo)” (BARZOTTO, 2003, p. 192). Na verdade, o juiz “está obrigado a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular” (BARZOTTO, 2003, p. 19.2).

Analisando as causas de um maior ativismo judicial, presente na maioria das experiências judiciais contemporâneas²⁹, Guarnieri e Pederzoli (1999, p. 19-21) apontam algumas, entre as quais se destacam: a) a existência de lacunas, que continuam a existir apesar do aumento do número de leis; b) as contradições existentes entre as normas editadas em épocas distintas e sob diverso enfoque político; c) a presença de um crescente número de cláusulas gerais na legislação, que implicam uma delegação de poderes do legislador ao juiz. Além das causas referidas *supra*, outras ainda podem ser levantadas³⁰, o que evidencia uma multiplicidade de razões, tendencialmente universais.

No caso brasileiro, uma incisiva atuação de nossa Suprema Corte é uma decorrência do próprio quadro normativo, diante da arquitetura constitucional que prevê múltiplas possibilidades de atuação da Corte, com uma pluralidade de agentes legitimados para provocar a sua atuação. De fato, o STF exerce tanto um controle concreto quanto um controle abstrato de constitucionalidade. No exercício do controle abstrato, o STF tem competência para processar e julgar, originariamente, ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), mandados de injunção (MI), ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), bem como arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Também exerce uma ampla jurisdição no âmbito do controle concreto de constitucionalidade.

Por outro lado, considerando a amplitude do catálogo de direitos previstos na Constituição de 1988, a tipologia aberta das disposições constitucionais e a constante inação do Estado brasileiro para regular uma crescente diversidade

²⁹ Para uma análise do fenômeno do “ativismo judicial” na Itália, Espanha e vários países latino-americanos, remete-se a uma coletânea dedicada inteiramente a esse tema: Leal e Leal (2010).

³⁰ Também pode ser referido que, em razão das rápidas transformações sociais, o legislador não consegue acompanhá-las no mesmo ritmo, o que faz com que algumas pretensões desatendidas na esfera parlamentar acabem desaguando no Judiciário, que não pode se furtar a dar uma resposta. Outras vezes é o Legislativo que, em realidade, não deseja implementar as regulações necessárias, em face do poder político exercido pelas maiorias – ou eventualmente por minorias com grande poder de influência. Uma análise de algumas outras razões encontra-se em Facchini Neto (2018, p. 94).

de problemas existentes no seio da sociedade³¹, o Supremo Tribunal Federal, no grande número de causas que lhe são apresentadas, vê-se, eventualmente *malgré lui-même*, compelido a envolver-se com temas espinhosos.

Dentro desse quadro, é que se percebe, nas últimas décadas, uma mudança de atitude por parte do STF, que, de uma maior deferência aos outros poderes, passou a ter uma atuação mais proativa. Essa mudança de postura, embora crie um tensionamento com os demais poderes, em grande parte resulta da omissão dos órgãos políticos em concretizar direitos há muito estabelecidos na Constituição brasileira ou de se envolver em temas espinhosos, mas importantes para algumas minorias sociais.

Esse envolvimento do Judiciário com questões políticas é, de certa forma, natural, pois não se pode olvidar que questões de natureza política acabam sendo formatadas pelo sistema jurídico, no sentido de que problemas políticos na maioria das vezes são selecionados, traduzidos e incorporados ao sistema jurídico. Como isso ocorre muitas vezes sob a forma de normas principiológicas ou axiológicas, essas normas serão interpretadas e aplicadas com os critérios e as racionalidades próprios do sistema jurídico, rejeitando-se a lógica da maioria, que normalmente preside os debates puramente políticos.

Como esclarece Belov (2022, p. 213-216), os Tribunais Superiores deveriam se abster a serem guardiões da legalidade, árbitros neutros em batalhas constitucionais pelo poder e protetores finais dos direitos humanos, pois essas eram as suas tradicionais tarefas. Todavia, eles estão cada vez mais atuando como atores políticos e até mesmo como legisladores. Eles são até mesmo incentivados por alguns outros atores políticos (*political players*) para ir além do legalismo e da autocontenção e se engajar na política constitucional por meio do ativismo judicial. Ao assim agir, os tribunais de cúpula (tribunais supremos e constitucionais) são simultaneamente atores jurídicos e políticos, servindo de pontes entre o direito e a política, muitas vezes obscurecendo a linha divisória entre um e outra, desafiando os conceitos clássicos de separação de poderes e de democracia. Todavia, se são desvantajados em termos de legitimidade democrática, os tribunais ostentam outros predicados constitucionais valiosos para o exercício dessas novas funções: neutralidade,

³¹ Para ficarmos em dois temas que foram levados ao STF nos últimos anos, obrigando-o a se manifestar a respeito, para desgosto das alas conservadoras do Congresso Nacional, que o acusam de ativismo judicial: a (des)criminalização do aborto e do porte de maconha para uso próprio.

especialização em resolver conflitos e distanciamento político-partidário e de pretensões populistas.

É hora de concluir.

CONCLUSÃO

O fenômeno do chamado ativismo judicial não ocorre somente em nosso País. Os seus efeitos nem sempre são elogiáveis. Cassese (2022, p. 5), por exemplo, criticou aspectos da justiça italiana das últimas décadas, referindo que dela se esperava maior racionalidade em suas atuações, e ela entregou *populismo giudiziario*; esperava-se justiça e se apresentaram justiceiros.

Porém, em cada país, o fenômeno se manifesta em graus diferentes, em razão de variados fatores, jurídicos, políticos ou sociais. No Brasil, a intensidade com que se caracteriza o fenômeno na jurisdição de nossa Suprema Corte deriva de vários fatores, entre os quais o fato de termos uma Constituição analítica, bastante generosa em relação a direitos fundamentais, cuja efetivação, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pode ser buscada perante o Judiciário.

O poder constituinte projetou uma arquitetura constitucional que conferiu ao STF uma larguíssima margem de atuação na interpretação e efetivação da Constituição. Muitos são os legitimados para acessar nossa Corte Constitucional. Muitas são as pretensões sociais – majoritárias ou minoritárias – que podem ser embasadas em dispositivos constitucionais. E o STF, uma vez acionado, não pode furtar-se a decidir. Para fazê-lo, porém, deve interpretar vagos princípios, concretizar valores, densificar cláusulas gerais e especificar conceitos indeterminados. Enfim, deve construir sentidos normativos. Assim o quis o legislador constituinte. Assim, impõe o positivismo contemporâneo, prenhe de normas abertas e plurissignificativas. Neste contexto – frise-se, aceito pelo constituinte – o chamado ativismo judicial na maioria das vezes nada mais é do que o novo normal exercício da moderna jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

ABREU, P. M. A politização do Judiciário e a juridicização do político na sociedade contemporânea: o significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito, em tempos de democracia deliberativa. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis/SC, v. 23, n. 9, p. 50-62, maio/ago. 2019.

ALLARD, J.; GARAPON, A. *Les juges dans la mondialisation*. La nouvelle révolution du droit. Turriers: La Republique des Idees/SEUIL, 2005.

ATIENZA, M. Siete tesis sobre el activismo judicial. In: *Grand Place*: pensamento y cultura: la justicia. Zarautz (Espanha), n. 10, p. 39-48, abendua [dezembro] 2018, p. 44. Disponível em: https://marioonaindiafundazioa.org/wp-content/uploads/2021/09/GRAND-PLACE-10_interactivo.pdf. Acesso em: 1º dez. 2022.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios*. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

BARAK, A. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, n. 6, 2005.2.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro: UERJ, CCS, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 2 dez. 2023.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Ativismo Judicial*, Brasília: Uniceub, v. 5, número especial, 2015.

BARROSO, L. R. A função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais. In: RÊGO, W. (coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial – Desafios em tempos de incertezas*. Estudos jurídicos em Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Rio de Janeiro: G/Z, 2017.

BARROSO, L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARZOTTO, L. F. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BELOV, M. (ed.). *Courts and Judicial Activism under Crisis Conditions*. Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Constitutionalism. London e New York: Routledge Ed., 2022.

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1962.

BIELSA, R. A. *Transformación del derecho en justicia*: Ideas para una reforma pendiente. Buenos Aires: 1993.

BOBBIO, N. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1958.

BOBBIO, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Bari: Laterza, 2011.

BOUCOYANNIS, D. *Kings as Judges, Power, Justice, and the Origins of Parliaments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

BREYER, S. The Authority of the Court and the Peril of Politics. *Harvard Law Bulletin*, Summer 2021a. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/today/supreme-court-justice-stephen-g-breyer-cautions-against-the-peril-of-politics/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

BREYER, S. *L'autorité de la Cour Suprême au péril de la politique*. Paris: Odile Jacob, 2021b.

CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, M. *Le pouvoir des juges: articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1990.

CASSESE, S. *Il governo dei giudici*. Bari/Roma: Laterza, 2022.

CHIARLONI, S. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COUTO E SILVA, C. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, V. M. J. de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DAMASKA, M. R. *I volti della giustizia e del potere*. Analisi comparatistica del processo. Bologna: Il Mulino, 1991.

DAVID, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C.; GORÉ, M. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 12e. éd. Paris: Dalloz, 2016.

ESSER, J. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FACCHINI NETO, E. O protagonismo do judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC, v. 23, n. 1, p. 89-132, 2018. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/12788>. Acesso em: 2 mar. 2024.

GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. *La democrazia giudiziaria*. Bologna: Il Mulino, 1997.

GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999.

HALPÉRIN, J.-L. *Une histoire des droits dans le monde*. Paris: CNRS Éditions, 2023.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

ITÁLIA. Corte Costituzionale, sent. n. 3, de 23 de junho de 1956, in *Giur. cost.*, 1956, p. 574.

KRYNEN, J. *L'emprise contemporaine des juges*. Paris: Gallimard, 2012.

KRYNEN, J. *Le théâtre juridique*. Une histoire de la construction du droit. Paris: Gallimard, 2018.

LAMBERT, É. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Giard, 1921.

LAPORTA, F. J. La creación judicial y el concepto de derecho implícito. *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, 6, p. 133-152, 2002.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEAL, R. G.; LEAL, M. C. H. *Ativismo judicial e déficits democráticos*: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEVI, G. *L'abuso del diritto*. Milano: Giuffrè, 1993.

LORENZETTI, R. L. *A arte de fazer justiça*. A intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina. Tradução: María L. Delaloye. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, J. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, 2000.

MARTINS, I. G. da S.; CHALITA, G.; NALINI, J. R. *Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Foco, 2019.

MÁRTIRES COELHO, I. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Ativismo Judicial, Brasília: Uniceub, v. 5, número especial, 2015.

MERRYMAN, J. H. *La tradizione di civil law law* – Nell'analisi di un giurista di common law. Milano: Giuffrè, 1973.

MERRYMAN, J. H.; PÉREZ-PERDOMO, R. *The Civil Law Tradition*. 4. ed. Stanford: Stanford University Press, 2019.

MERRYMAN, J. H. How Others Do It: the French and German Judiciaries. *Southern California Law Review*, v. 61, 1988.

MODONA, G. N. La magistratura e il fascismo. *Politica del Diritto*, a. III, n. 3-4, ago. 1972.

MOTA PINTO, C. A. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PEPINO, L. Compiti della politica, doveri della giurisdizione. *Rivista Questione Giustizia*, n. 4, 1995.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990.

PORTALIS, J.-É.-M. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*. Bordeaux: Éd. Confluences, 1999.

PROSPERI, F. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECASÉNS SICHES, L. *Unicidad en el método de interpretación del derecho*. Col. Estudios Jurídico-Sociales. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, v. 1, 1960.

RECASÉNS SICHES, L. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica/Unam, 1971. *Apud* COELHO, I. M. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

RODOTÀ, S. Il tempo delle clausole generali. *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*, Milano: Giuffrè, v. 3, 1985.

ROUVILLOIS, F. *Le gouvernement des juges*. Histoire d’un mythe politique. Paris: Éd. Desclée de Brouwer, 2023.

RÜTHERS, B. *La rivoluzione segreta dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*. Tradução de Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay. Modena: Mucchi, 2018.

SACCO, R. Il costituzionalismo africano. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, v. I, 2000.

SCHLESINGER, R. B. *Comparative Law*. 5. ed. New York: Foundation Press, 1998.

SCHLESINGER JR., A. M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. 35, n. 1, January 1947.

SENESE, S. Crisi della giustizia o crisi della democrazia? *Mondoperaio*, n. 6/7, 1984.

SILVESTRI, G. Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione. In: LUATTI, L. (org.). *L’equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*. Torino: Giappichelli, 1994.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 51-61, 2015.

SWEET, A. S. Constitutional Courts. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TARUFFO, M.. La Corte di cassazione e la legge. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 44, 1990.

TOCQUEVILLE, A. de. *La democrazia in America*. Organização: N. Matteucci. Torino: Utet, 1968.

TRIBE, L. H. *God Save This Honorable Court*. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History. New York: New American Library, 1985.

TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto Privato*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1996.

VARANO, V.; BARSOTTI, V. *La tradizione giuridica occidentale – Testo e materiali per un confronto civil law common law*. Torino: G. Giappichelli Ed., v. I, 2002.

VOßKUHLE, A. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. 2. tir. (2021). Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WAMBIER, T. A. A. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro* (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei nº 13.256/2016). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introduzione al Diritto Comparato – Principi fondamentali*. Milano: Giuffrè, v. I, 1992.

Submissão em: 28.05.2025

(Avaliador A) Avaliado em: 02.10.2025

(Avaliador B) Avaliado em: 22.09.2025

Aceito em: 02.10.2025

