



Ativismo judicial: controle dos demais poderes ou racionalidade jurídica?

Judicial activism: control of other powers or legal rationality?

Activismo judicial: ¿control de otros poderes o racionalidad jurídica?

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2022.e0008>



Pietra Rangel Bouças do Vale ¹

 Universidade Estácio de Sá – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/2648989314242796>

 <https://orcid.org/0009-0005-0969-1594>

Guilherme Santoro Gerstenberger ²

 Universidade Estácio de Sá – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/7592194768115672>

 <https://orcid.org/0000-0002-2280-9463>

Eduardo Manuel Val ³

 Universidade Estácio de Sá – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/0529549946800850>

 <https://orcid.org/0000-0002-3462-3615>

-
- 1 Mestranda em Direito pela UNESA - bolsista CAPES. Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Tribunal do Júri e Execução Penal - FALEG. Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio | Email: pietra.rangel.adv@outlook.com
 - 2 Doutor e Mestre em Direito Público e Evolução Social – UNESA. Mestre em Administração – Ibmec. Advogado. Coordenador Acadêmico e Professor – Fesudeperj. Professor – FGV. Diretor da Escola do Legislativo Carioca da CMRJ. | Email: guilherme.santoro@live.com
 - 3 Professor titular Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. | Email: eduardo.manuel.val@gmail.com

Lucas Augusto Gaioski Pagani ⁴

 Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – SP, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/8926371164820496>

 <https://orcid.org/0000-0001-9396-9133>

4 Doutorando em Função Social do Direito (FADISP). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (2022). Bolsista CAPES. Professor de pós-graduação lato sensu em Direito, Ciência Política e Liberalismo do Mises Academy. (Unifitalo). Advogado. | Email: lucas.pagani@gmail.com

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo encontrar parâmetros para que se possa determinar quando o ativismo judicial deixa o âmbito da argumentação jurídica e se transforma em instrumento para controle dos demais poderes. Para tanto, é necessário definir um possível conceito de ativismo judicial e suas origens no ordenamento jurídico. Em seguida, são analisados os elementos fundamentais que caracterizam a racionalidade jurídica e o que poderia ocasionar em controle dos demais poderes. Em termos gerais, estuda-se critérios que permitam a definição do que seria um ativismo judicial positivo, em detrimento da sua espécie nociva à ordem constitucional. Em termos de metodologia, o método científico adotado pode ser sintetizado em pesquisa bibliográfica descritiva e documental, tendo como fontes a referente jurisprudência e a doutrina aplicada.

PALAVRAS-CHAVE:

Ativismo Judicial. Constituição. Controvérsias. Legislação nacional.

ABSTRACT:

This article aims to find parameters so that it can be determined when judicial activism leaves the scope of legal argumentation and becomes an instrument for controlling the other powers. Therefore, it is necessary to define a possible concept of judicial activism and its origins in the legal system. Then, the fundamental elements that characterize legal rationality and what could lead to control of the other powers are analyzed. In general terms, criteria are studied that allow the definition of what would be a positive judicial activism, to the detriment of its harmful kind to the constitutional order. In terms of methodology, the scientific method adopted can be summarized in descriptive and documentary bibliographic research, having as sources the referent jurisprudence and the applied doctrine

KEYWORDS:

Judicial Activism. Constitution. Controversies. National legislation.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo encontrar parámetros para determinar cuándo el activismo judicial sale del ámbito de la argumentación jurídica y se convierte en un instrumento de control de otros poderes. Para ello, es necesario definir un posible concepto de activismo judicial y sus orígenes en el ordenamiento jurídico. A continuación, se analizan los elementos fundamentales que caracterizan la racionalidad jurídica y lo que podría resultar del control de otros poderes. En términos generales, se estudian criterios que permiten definir lo que constituye activismo judicial positivo, en detrimento de su carácter lesivo al orden constitucional. En términos metodológicos, el método científico adoptado puede sintetizarse en la investigación bibliográfica descriptiva y documental, utilizando como fuentes la jurisprudencia y la doctrina aplicada.

PALABRAS CLAVE:

Activismo judicial. Constitución. Controversias. Legislación nacional.



1. Introdução

A presente pesquisa científica é voltada para o estudo a respeito do ativismo judicial. Desta forma, pretende-se como objetivo analisar a relevância do supracitado diante da repercussão na seara jurídica de recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolviam delicadas questões jurídicas e sociais, as quais provocaram o debate em diversos setores da sociedade.

A partir da busca pela análise, compreensão e elucidação do respectivo tema, e suas variabilidades, o presente artigo delimita claramente o assunto tratado.

O trabalho justifica-se pela indispensabilidade de estudo sobre o ativismo judicial, assim como sua abrangência e a influência social, resultantes da atual realidade jurídica.

O problema da pesquisa configura a pergunta que pretende ser respondida: o ativismo judicial vem sendo utilizado como controle dos demais poderes ou trazendo racionalidade jurídica? Deste modo, têm-se como objetivo principal do trabalho a resolução do problema de pesquisa.

O trabalho justifica-se pela indispensabilidade de estudo sobre o tema, assim como sua abrangência e a influência social, resultante da atual realidade jurídica.

A metodologia adotada pode ser sintetizada em pesquisa bibliográfica descritiva e documental, de forma a possibilitar o entendimento e a interferência na realidade investigada.

Em relação às fontes do trabalho serão analisadas legislações e jurisprudências de origens nacional e estrangeira, assim como doutrina, através de livros e artigos científicos nacionais e estrangeiros.

Esta pesquisa científica foi elaborada tendo como focos a criatividade, o espírito crítico e investigativo.



2. A origem e a delimitação do termo “ativismo judicial”

O ativismo judicial tem sua origem no pós-Segunda Guerra Mundial a partir do alargamento das declarações de direitos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) e nas novas Constituições dos países democráticos. Ademais, os Tribunais Constitucionais na Europa e mais tarde na América Latina (como Colômbia e Costa Rica), passaram a ter grande influência na interpretação das Constituições.

Em 1947, o jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr. teria usado o termo ativismo judicial, em uma matéria jornalística para a revista “Fortune”, e, acredita-se que essa seja a origem do termo, embora haja divergências a respeito (Schlesinger Jr, 1947).

Tal artigo, tratava da postura de alguns juízes da Suprema Corte Americana. Na época, a corte deveria decidir acerca da aprovação do plano político do presidente Franklin Roosevelt, o “*new deal*”.

Dessa forma, é possível observar que a expressão ativismo judicial começou sendo utilizada para elucidar a postura dos magistrados diante de questões políticas e legislativas levadas ao judiciário, sem relação com os métodos hermenêuticos ou de interpretação.

Acerca da ausência de consenso em relação ao conceito, amplitude e uso do termo ativismo judicial, Valle (2009, p. 21) leciona que:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster’s Dictionary e Black’s Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência as visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento

recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos.

Ronald Dworkin (1999) corrobora que o ativismo judicial se dá a partir da excessiva participação do Poder Judiciário na aplicação dos valores e princípios constitucionais, que poderia ser aplicado de variadas formas, como através do emprego direto da constituição. A partir desse pressuposto, começa o ativismo judicial a ser compreendido como um método de integração e de interpretação.

Esse mesmo pensamento é ratificado por Norberto Bobbio (1992, p. 25):

o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Diante disso, mesmo no chamado “vácuo legislativo”, o magistrado em sua análise é impedido de superar a *mens legis*, isso significa dizer que o intérprete deve evitar o subjetivismo, ou seja, não pode adulterar o comando normativo, pois seria um desrespeito à vontade popular representada pelo legislativo.

Os autores semânticos ou textualistas defendem que o uso do ativismo judicial deve ser cuidadoso para que não haja uma ditadura do judiciário, deturpação do sentido original da norma e o desequilíbrio entre os poderes e o menosprezo entre eles, que está assegurado no artigo 2º da Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Destarte, não um conceito exato do termo ativismo judicial, sendo apontado ao menos sete variações à expressão pela doutrina, de acordo com a publicação de Wiliam P. Marshal (2002, p. 101-104), a saber: 1) o ativismo contra-majoritário: é o desprezo pelas decisões oriundas dos poderes diretamente eleitos; 2) ativismo não-originalista: não é reconhecido o que se produziu primariamente na interpretação judicial, ou seja, as ponderações do legislador são ignoradas; 3) ativismo de precedentes: repulsa antes os precedente pré-estabelecidos; 4) ativismo jurisdicional: insistência das cortes em desprezar os limites legalmente impostos para a sua atividade; 5) ativismo

criativo: consequência da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; 6) ativismo remediador: o poder judicial é utilizado para impor atuações positivas de outros poderes governamentais ou vigiá-las como fase de um corretivo judicialmente imposto e 7) ativismo *partisan*: quando o judiciário é usado para resultar em determinado objetivo de algum partido ou segmento social.

Entretanto, para a doutrina brasileira tal expressão é empregada quando o judiciário atua na interpretação das demandas em que há vazios legislativos, omissões legais ou ausência na implementação e concretização de valores constitucionais.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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 (BARROSO, 2012).

No Brasil, essa expressão vem sendo utilizada para indicar a atitude que toma um juiz ou a suprema corte em não julgar um tema apenas à luz do texto constitucional. Sendo o ativismo judicial, para alguns, uma maneira de “fazer a lei” e não apenas julgar a lei. Já outros, consideram que o ativismo judicial é positivo para o ordenamento do país.

Embora tenha-se esse panorama de que o judiciário cobriria as lacunas deixadas pelo legislativo e interpretaria os dispositivos constitucionais, a realidade é que os poderes se encontram desprestigiados diante de tantos escândalos envolvendo corrupção, uso da máquina pública em benefício próprio, dentre outros absurdos, portanto, o tema está longe, muito longe de ser exaurido e pacificado.



3. Política e direito: bens distintos, racionalidades distintas

Primeiramente, quando começamos a análise do ativismo judicial, vem à mente uma provável ofensa ao princípio da separação dos poderes. No entanto, é necessário sair da visão do senso comum e tentar analisar a legitimidade do fenômeno e sua conceituação, de forma correta, diferenciando Direito e Política. O ativismo judicial é uma das evidências do descontentamento social com as prestações de serviços públicos e tutela dos direitos individuais; tendo em vista a incapacidade estatal de lidar com as demandas e necessidades da população que cresce de forma desenfreada.

Atolada pela burocracia, a Política, não consegue acompanhar as expectativas e os ideais populares. Dessa forma, o ativismo judicial pretende a discussão acerca dos limites entre Direito e Política e, não só, sobre a separação dos poderes.

A nova ideia de racionalidade jurídica advém desse processo social de modificação de categorias elementares do Direito e da Política e, diante disso, todas as instâncias jurisdicionais se veem resolvendo demandas com complexidade além do relacionado ao padrão de racionalidade jurídica e às técnicas hermenêuticas e decisórias.

Até o século XIX, princípios e normas jurídicas eram de espécies jurídicas distintas. A tarefa disciplinadora, normativa, eram das normas jurídicas, enquanto os princípios possuíam um campo de atuação de normatividade extremamente restrito, quase imaginário, em comparação.

A partir da Segunda Guerra Mundial o conceito de norma jurídica foi alterado e esta passou para gênero dentro do qual os princípios e as regras estariam inseridos. Ou seja, criaram-se as subcategorias “norma-princípio” e “norma-regra”.

A normatividade dos princípios é tratada por Robert Alexy (1997) quando ele afirma que:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Diante disso, temos que os princípios têm grau de generalização maior do que as regras, já que elas possuem situação fática mais determináveis, ou mesmo, determinada; ao contrário dos princípios que se aplica um conjunto de situações variáveis.

Os princípios, por possuírem maior cobertura, fornecem teor e percepção às normas constitucionais, já que simbolizam o perfil social em seu processo histórico. Dessa forma, considera-se princípios todas as diretrizes e finalidades de caráter geral e fundamental que se possam inferir da estrutura sistemática, da coordenação hierárquica e da racionalidade jurídica presente em todo o sistema normativo.

No século XIX e em boa parte do século XX, o raciocínio subsuntivo limitou a racionalidade jurídica, ou seja, o intérprete/juiz só deveria procurar a regra que melhor se aplicasse ao caso concreto em análise. Mister destacar que ainda hoje, a racionalidade jurídica opera primordialmente por subsunção. Todavia, é necessário ter em mente que apenas os casos mais simples podem ser resolvidos por essa regra, restando aos princípios solucionar os casos considerados mais complexos, tendo em vista que estes não encontram a previsão legal adequada ou mesmo regulamentação para que atenda as exigências do caso concreto.

De forma alternativa, outras técnicas surgiram para atender a essas demandas, como é o caso, por exemplo, da hermenêutica constitucional, que busca interpretar a Constituição Federal aliada a seus princípios interpretativos, numa tentativa de fornecer a melhor aplicação possível, de forma a preservar a sua natureza unitária. Diante disso, temos o primeiro elemento que caracteriza a racionalidade jurídica do ativismo judicial: decisões que se baseiam consideravelmente nos princípios, afastando ou rejeitando regras específicas para a fatispécie.

É evidente que os direitos fundamentais devem prevalecer, em regra, face as demais normas do ordenamento jurídico.

Diante disso, é possível conceituar ativismo judicial positivo como aquele que se adequa aos moldes de racionalidade jurídica vigente no ordenamento e, em última análise, garante os direitos fundamentais ou a supremacia da Constituição. Por outro lado, a prática ativista que seja oposta a essas ideais, seriam deletérias, tendo em vista que buscariam um padrão de racionalidade, acima de tudo, política.

Em apartada síntese, Kmiec (2004), apresenta um rol das principais modalidades de ativismo judicial, tais como: (1) Invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes; (2) Afastar a aplicação de precedentes (em sistemas de *common law*); (3) Atuar como legislador; (4) Utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina – única modalidade que não atenta contra a estabilidade interinstitucional e ao ordenamento constitucional; (5) Julgamentos predeterminados para fins específicos.

Tais modalidades, em sua maioria, se motivam por razões políticas e geram instabilidade institucional e insegurança jurídica. Em relação a modalidade mencionada no item 4, é importante destacar que ela também pode ser nociva, quando não estiver vinculada à efetividade de direitos fundamentais ou supremacia da Constituição.

Diante disso, podemos dizer a racionalidade jurídica está vinculada a um quadro normativo determinado e deve cuidar para a realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, enquanto a racionalidade política se abriga em diversos setores com seus próprios bens que, por vezes, antagonizam os bens de outros setores concorrentes.

A partir daí, extrai-se que a modalidade de ativismo judicial mais prejudicial seria aquela em que o julgador se entrelaça a um setor (ou setores) específicos e ignora os interesses juridicamente protegidos. Ou seja, quando a decisão judicial decorre de um interesse político e cause a negação da tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação.



4. Da legitimidade democrática do poder judiciário para impor suas decisões aos demais poderes

Uma dúvida trazida para a discussão acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário diz respeito ao fato de que os magistrados não são eleitos e suas decisões se impõem aos representantes eleitos pela população em eleições periódicas e democráticas. Ou seja, são os magistrados que dizem o sentido ou a interpretação das normas constitucionais.

Para John Hart Ely (2010, p. 8), a legitimidade – por ser oriunda da Carta Magna – é democrática. O autor explica que

o intérprete constitucional, legitima seu poder e toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

A partir dessa premissa, é importante ressaltar que o exercício da jurisdição constitucional brasileira está previsto na Carta Magna de 1988, nos artigos 101 e 102, exarado pelo Poder Constituinte originário. Acolher que tal Poder é ilegítimo na resolução de demandas constitucionais, seria dizer que o Brasil aceita a adoção de normas constitucionais inconstitucionais, o que é proibido no ordenamento jurídico pátrio.

Para Cynara Mariano (2010, p. 153):

é correto falar propriamente em ilegitimidade da jurisdição constitucional no Brasil? Se se admitir essa hipótese, mesmo com as previsões no texto constitucional, a consequência seria considerar os dispositivos constitucionais acima referidos como normas constitucionais inconstitucionais, acostando-se à tese veiculada no clássico *Verfassungswudrige Verfassungsnormen?* do jurista alemão Otto Bachof.

Além do que, seguindo os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2002), os magistrados necessitam, de certa maneira, da aprovação social para

que tenham legitimação na interpretação dos textos, por vezes, frios e inacabados.

O fato de suas decisões necessitarem ser públicas, fundamentadas e escritas são pontos supletivos que legitimam o caráter democrático encontrado no Poder Judiciário.

De acordo com Cappelletti (1999, p. 98):

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse frequentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto da mera lógica, como puras “declarações” do direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou peculiaridades e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade.

Dessa forma, importante frisar em relação ao mérito das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, que em todas há publicidade e transparência dos atos tomados naquela corte. Evidência disso é que todos são transmitidos em tempo real por todos os meios de comunicação, garantindo a todos quase total acesso às teses adotadas pelos julgadores, reforçando a legitimidade democrática das decisões ali proferidas.



5. Quais são as perspectivas para o ativismo judicial no Brasil? O poder judiciário cria uma nova constituição decorrente de suas interpretações?

O ativismo judicial, sob uma óptica favorável, garante a proteção dos direitos fundamentais e da supremacia da Constituição, quando esta for omissa em seu texto. Para a realização da Constituição é necessário interpretar e aplicar

concepções e categorias jurídicas, por vezes, extremamente, abstratas e genéricas, onde eventualmente será necessário aos juízes chamarem para si competências institucionais que, em sua origem, são de outros Poderes. Aqui, deve-se evitar substituir o desejo do legislador pela vontade do intérprete.

Todavia, a tutela dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição não podem deixar de ter efetividade por causa de uma omissão do Judiciário. Isto posto, o julgador deve interpretar de acordo com a *mens legis* (sentido da lei) e a *mens legislatoris* (vontade do legislador). Inevitavelmente, a norma jurídica terá omissões a serem supridas pelo intérprete/aplicador.

Sobre isso Celso de Mello (2008) sustenta que

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

E ainda que:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Ou seja, o julgador não pode se limitar a resolver o caso concreto, mas sim, deve examinar os elementos que o compõem, considerar as omissões dos demais Poderes e conjecturar as consequências que a sua decisão causará na realidade material e como se comportará como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e garantia da supremacia da Constituição.

Importante lembrar que o Judiciário não possui legitimidade para se tornar o promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira, visto que são selecionados através de concurso público – no caso dos tribunais superiores,

especialmente o Supremo Tribunal Federal, são escolhidos pelo chefe do Executivo, sem qualquer participação popular, como ocorre no Executivo e Legislativo.

Destarte, quando o Judiciário é provocado ou se coloca no lugar de promover políticas fundamentais, além de enfraquecer o Estado como agente de desenvolvimento, não detém representatividade popular.

Lênio Streck indaga que o Poder Judiciário não pode sobrevir os legisladores, sob pena de ser criada uma Constituição “paralela”. A relevância dos seus argumentos incorporou-se ao voto do Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da ADPF 132/RJ, que tratava da união homoafetiva. Vejamos:

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.

Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário...." Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador(...) (STRECK, 2009).

No entanto, o Judiciário não pode quedar-se inerte das omissões do Poder Legislativo, que por ter seus membros escolhidos por voto popular, muitas vezes, evitam tocar em temáticas delicadas na nossa sociedade.

Sem embargo, não se pode corroborar com a ideia de que o Direito é apenas subsunção. Corroborando com o disposto, leciona Rocha (1995, p. 133):

Enquanto o Judiciário no Estado liberal é aplicador das regras gerais tendentes a garantir o livre jogo das forças sociais, o Judiciário no

Estado social é preponderantemente funcional. O que lhe importa é adotar a solução mais apta a alcançar os fins colimados, ou seja, os efeitos práticos das decisões, e não a solução formalmente mais lógica, segundo as regras gerais e os conceitos abstratos do direito. Em suma, com a mudança do papel do Estado, que passa de garantidor da ordem social espontânea para promotor de mudanças sociais, modifica-se, por consequência, a função do judiciário, que de aplicador “a posteriori” de sanções negativas tendentes a reprimir as condutas violadoras das regras de manutenção da paz social, converte-se em aplicador “a priori” das regras destinadas a estimular os comportamentos reputados úteis aos fins colimados, não estando o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita na tomada de decisões, as quais se fundamentam, muitas vezes, em critérios de conveniência e oportunidade.

Isto quer dizer que, no Estado social, o judiciário deixa, em parte, de ser um “sereno” árbitro dos conflitos sociais para assumir a posição de partícipe da realização das políticas estatais, aplicando não só a lei geral e abstrata elaborada pelo Legislativo com o fim de manter o “status quo”, como também as normas técnicas e de planificação formuladas pelos órgãos tecnocráticos do Executivo, tendo por escopo interferir no curso da realidade para criar novas situações econômico-sociais.

É importante ter em mente que a atividade do julgador também é apta a criar direito, por conseguinte é necessária interpretação e a sentença como manifestação do direito é espécie de norma jurídica, nesse sentido explica Adeodato (2009, p. 288):

Toda aplicação do direito pressupõe interpretação, não há sentido no brocardo *in claris...* A norma jurídica passa a ser considerada gênero do qual a lei é espécie. Outras espécies são a sentença, a jurisprudência, o costume, o tratado etc. E Kelsen distingue a proposição normativa (*Rechtsatz*) da norma jurídica (*Rechtsnorm*), mas não chega à distinção entre significante e significado.

Ademais, é preciso pôr fim a ideia de que a Lei é uma obra finalizada e, ter em mente, que como a sociedade, ela também se altera com o tempo. Cabendo, por vezes, ao intérprete da Lei efetivar direitos.

Rodolfo Viana Pereira (2001, p.125) explica que:

Lado outro, devem ser ressaltados dois aspectos do pensamento contemporâneo que igualmente irão lançar novos desafios para o delineamento de um fazer hermenêutico hábil à sua própria superação.

O primeiro diz respeito à queda do mito da Lei como obra perfeita e fruto da vontade incorruptível do Legislador, bem como ao movimento que levou à conquista gradual da normatividade dos

princípios, sobretudo constitucionais, até a consideração plena de sua força jurídica [...].

O ideal seria definir um critério objetivo na hermenêutica constitucional para definir o conteúdo e a abrangência dessas normas e garantir segurança jurídica. No entanto, isso se torna quase impossível diante da nossa sociedade atual e, segundo Peter Häberle (1997) as normas constitucionais não conseguem ser interpretadas sem estar integradas ao contexto social.

Diante disso, quando for necessário a interpretação decorrente da jurisdição constitucional, mister se faz que os juízes fundamentem suas decisões e entendimentos para não embaraçar a atuação futura do legislador.

Sobre o assunto Cappelletti (1999, p. 132) complementa que

Numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se assim, de tal maneira, também os elementos de incerteza, abrindo-se caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador.



6. Conclusão

Ao longo deste estudo, foi possível inferir a necessidade premente de um Poder Executivo e Legislativo atuante e interessado em abordar os novos anseios sociais e preencher suas próprias lacunas, tanto na formulação de leis quanto na implementação de políticas públicas que assegurem a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

É relevante destacar que o ativismo judicial emerge como uma medida para suprir a incapacidade do Estado em atender às demandas da população e alcançar os objetivos estabelecidos. No entanto, o ativismo judicial, inicialmente concebido como uma exceção à regra, tornou-se uma prática cotidiana em uma variedade de conflitos sociais, tornando-se prejudicial ao equilíbrio da ordem constitucional e à estabilidade interinstitucional. Isso ocorre devido à atuação do judiciário como legislador positivo, à violação do princípio da separação dos

poderes, à desconsideração de precedentes jurisprudenciais e às decisões judiciais influenciadas por considerações políticas.

Por outro lado, para caracterizar o ativismo judicial de forma positiva, é importante considerar alguns elementos-chave nas decisões judiciais, como a garantia dos direitos fundamentais, a defesa da supremacia da Constituição, a fundamentação em princípios jurídicos, especialmente os constitucionais, e o uso de técnicas hermenêuticas que respeitem a intenção do legislador e não extrapolem os limites da interpretação.

O julgador, ou seja, o intérprete constitucional, não deve criar um texto legal ou constitucional, mas sim buscar uma interpretação fundamentada para ser aplicada diante das lacunas e omissões legislativas, sem diminuir a atuação dos demais poderes do Estado.

Essa abordagem ressalta a importância de uma atuação judicial equilibrada e cautelosa, que contribua para a manutenção da separação de poderes e da estabilidade institucional. É fundamental que o judiciário exerça sua função de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, sem usurpar o papel do Legislativo e do Executivo, mas sim complementando-os quando necessário.

Dessa forma, a reflexão sobre o ativismo judicial e seus desdobramentos oferece insights valiosos para o aprimoramento do sistema jurídico e para a consolidação do Estado de Direito. Ao reconhecer os limites e as potencialidades dessa prática, é possível promover um debate construtivo sobre o papel do judiciário na sociedade contemporânea e buscar soluções que conciliem a efetividade dos direitos individuais e coletivos com a preservação da ordem constitucional e da democracia.

Em suma, o debate em torno do ativismo judicial revela a complexidade das relações entre os poderes do Estado e a necessidade de um equilíbrio dinâmico para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e a estabilidade institucional. Ao compreender os desafios e as possibilidades dessa prática, é possível avançar na construção de um sistema jurídico mais justo, democrático e alinhado com os valores constitucionais. Assim, cabe aos operadores do direito e à sociedade como um todo promover uma reflexão crítica e responsável sobre o papel do judiciário na promoção do bem comum e na proteção dos direitos dos cidadãos.



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

ADEODATO, J.M. Adeus à separação dos poderes? In: NOVELINO, M. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 288.

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

DOUGLAS, W.O. Stare Decisis. **Columbia Law Review**, v. 49, n. 6, 1949, p. 735-758.

<https://doi.org/10.2307/1119147>

DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução: Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1978.

DWORKIN, R. Uma decisão que ameaça à democracia. In: FREITAS, J.; TEIXEIRA, A.V.T. (org.). **Direito à Democracia**: estudos transdisciplinares. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ELY, J.H. **Democracia e desconfiança**. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

FREITAS, J. **Interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, E.R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, R. **Distinguendo**: studi di teoria e metateoria del diritto. Torino: Giappichelli, 1996.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição por uma interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KMIEC, K.D. The origin and current meaning of "judicial activism." **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1477.
<https://doi.org/10.2307/3481421>

MARIANO, C.M. **Legitimidade do direito e do poder judiciário**. Neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

MARSHALL, W.P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v.73, 2002, p. 101-140.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.330266>

MELLO, C. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello**, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>
<https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41536>

MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

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

ROCHA, J.A. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

PEREIRA, R.V. Constituição. A hermenêutica constitucional. In: PEREIRA, R.V. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHLESINGER JR., A.M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 73, jan. 1947.

STRECK, L.L.; BARRETO, V.P.; OLIVEIRA, R.T. **Ulisses e o canto das sereias**. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 06/08/2022.

TEIXEIRA, A.V.; OLIVEIRA, E.S. (org.) **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2009.

VALLE, V.R.L. (org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

VIEITO, A.A.V. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, G. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.



Correspondence address:	Enviado para submissão: 17/08/2022
Guilherme Santoro Gerstenberger Universidade Estácio de Sá Programa de Pós-Graduação em Direito Campus Centro I - Presidente Vargas- Av. Presidente Vargas, 642, 22° andar, Rio de Janeiro/RJ, CEP.: 20071-001 mail: guilherme.santoro@live.com	Aceito após revisão: 17/10/2022
	Publicado no Fluxo Contínuo 02/11/2022

NOTA DO EDITOR:

A revista foi migrada do portal 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' para o portal 'https://direitocontexto.com.br/' em Julho/2024. Os artigos foram reformatados e republicados.

EDITOR'S NOTE:

The magazine was migrated from the 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' portal to the 'https://direitocontexto.com.br/' portal in July/2024. The articles were reformatted and republished.

NOTA DEL EDITOR:

La revista fue migrada del portal 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' al portal 'https://direitocontexto.com.br/' en julio/2024. Los artículos fueron reformateados y republicados.