

## **SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E A POSIÇÃO DE ROBERT GEORGE: ENTRE O ESTADO DE DIREITO E O DESPOTISMO DA TOGA**

## **ON JUDICIAL ACTIVISM AND ROBERT GEORGE'S POSITION: BETWEEN RULE OF LAW AND ROBE DESPOTISM**

**Eduardo Seino Wiviurka \***

### **Resumo**

Os limites e as possibilidades do exercício do poder jurisdicional é um dos grandes temas contemporâneos do Direito. No Brasil uma posição comumente defendida, e ratificada por juristas como Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso, é a defesa do ativismo judicial em certas circunstâncias. Entretanto, as críticas a essa posição são escassas ou pouco difundidas no meio acadêmico brasileiro. Nesse contexto, a presente pesquisa busca criticar os principais argumentos defendidos por tal posição a partir do pensamento de Robert P. George, que oferece contrapontos as justificativas comumente invocadas para legitimar um protagonismo judicial no contexto brasileiro. Em vários países surgem pesquisas relacionadas ao ativismo judicial, e devido às características compartilhadas nos sistemas jurídicos ocidentais modernos, é possível o intercâmbio de argumentos. Apesar das diferenças existentes entre o Brasil e os Estados Unidos, existem razões que podem ser invocadas que não se limitam às fronteiras. O presente estudo apresentará as justificativas e críticas ao protagonismo do Judiciário, e dessa dialética conclui que é mais plausível recusar o ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Estado de Direito; Neoconstitucionalismo; argumentação jurídica.

### **Abstract**

The limits and possibilities of exercising judicial power is one of the great contemporary themes of law. In Brazil, a position commonly defended and ratified by jurists such as Daniel Sarmento and Luís Roberto Barroso, is the defense of judicial activism in certain circumstances. However, the criticisms of this position are scarce or little diffused in the Brazilian academic environment. In this context, the present research seeks to criticize the main arguments defended for such position, from the Robert P. George's thought, who offers counterpoints to the justifications commonly

---

Artigo submetido em 20 de Novembro de 2018 e aprovado em 12 de Dezembro de 2018.

\* Professor de Filosofia e de Direito Constitucional no Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba. Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal do Paraná, na linha de pesquisa História da Filosofia. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, na linha de pesquisa de Direito do Estado. Especialista em Formação Pedagógica do Professor Universitário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Email: seinoew@gmail.com.

invoked to legitimize a judicial protagonism. In many countries, research on this subject is emerging, and because of shared characteristics in modern Western legal systems, it is possible to exchange arguments. Despite the differences between Brazil and the United States, there are reasons that can be invoked that are not limited to borders. The present study will present justifications and critiques for the judicial activism, and from this dialectic concludes that it is more plausible to reject judicial activism. The present study will present justifications and critiques for the protagonism of judicial, and from this dialectic concludes that the most prudent choice is to reject judicial activism.

**Keywords:** rule of law, post positivism, legal argumentation.

## 1 INTRODUÇÃO

Um espectro assombra o Direito Ocidental – o espectro do ativismo judicial. Países da América Latina enfrentam graves tensões envolvendo o protagonismo do Poder Judiciário. Os Estados Unidos possuem exemplos históricos de ativismo judicial que repercutiram na história do País. Cortes na Europa enfrentam demandas com fundamentação legal controversa, a ponto da Corte Europeia de Direitos Humanos receber vários pedidos que só poderiam ser deferidos com uma postura ativista do Tribunal.

No Brasil o tema coloca-se de uma forma ainda mais delicada. Fala-se de uma judicialização da política e uma politização da justiça que afetam a interdependência entre os Poderes. Tribunais brasileiros, como Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral, têm se tornados mais ativos e muitas vezes se sobressaem em relação ao Legislativo e Executivo. O ativismo do Judiciário brasileiro é considerado em ascensão e recebe críticas e aplausos. Ministros da Suprema Corte brasileira se declaram a favor do ativismo e se consideram responsáveis por guiar a moral da sociedade.

Se em sua atuação o Judiciário comete alguma lesão à Constituição a gravidade do ato é maior do que se fosse cometida por outros Poderes. Os atos ilegais do Legislativo e Executivo são mais facilmente remediados. Nesse cenário, é preciso questionar os limites da autoridade de um Tribunal Constitucional – órgão de elevada hierarquia que por vezes não é claro os limites de seus poderes. Tal reflexão varia conforme as particularidades de cada Ordenamento Jurídico, mas a pertinência da pergunta permanece e é análoga a um questionamento que Guilherme de Ockham fez no século XIV.

Na Idade Média a principal divisão de poderes era entre o Poder Temporal e o Poder Espiritual, e apesar de ser uma época muito diferente da nossa, Ockham entendeu que era útil para todos saberem quais eram os poderes do Papa. Tal questão era relevante para o próprio Pontífice, para que evitasse usurpação de poderes próprios da instância temporal. Aos súditos era preciso saber quanto de poder a autoridade eclesiástica poderia exercer sobre eles, pois a ignorância poderia levar a um excesso de submissão. Apenas quem abusa do poder, ou é beneficiado pelo excesso, ficaria incomodado com questionamentos dessa natureza. Não é heresia alguma afirmar que as autoridades espirituais e terrenas possuem limites. Assim, é pertinente questionar quais as balizas do poder de decidir que um tribunal de cúpula possui.

Entretanto, a questão dos limites de um poder é muito ampla, vez que podem existir limitações de diferentes naturezas. Por isso esta pesquisa quer problematizar apenas os limites da função jurisdicional – ou *juris dictio*, a tarefa de dizer o direito no contexto da problematização apresentada. Desta justificativa, e sabendo que o Poder Judicial não é absoluto, é feito o seguinte questionamento: o ativismo judicial excede o limite ou é justificável no exercício da função jurisdicional? A resposta desta pergunta permitiria lacrar o debate acerca das polêmicas envolvendo o protagonismo do Judiciário.

A estrutura desse estudo é simples: em uma primeira seção serão apresentadas as justificativas para legitimar um protagonismo do Judiciário, sendo postos objeções aos argumentos considerados, e em uma segunda seção serão apresentadas críticas ao ativismo judicial. Em ambos os momentos não se pretende esgotar todos os argumentos, mas sim apresentar os de maior impacto.

Para apresentar justificativas ao ativismo utilizam-se o predominante pensamento de Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso, que são os nomes mais citados dentro da temática no Brasil. Ambos defendem uma posição moderada, no sentido que em apenas alguns casos a postura ativista seria justificável. Outras reflexões, como judicialização ou pós-positivismo, apesar de correlatas ao tema, foram deixadas de lado. O critério de recorte foi apresentar os argumentos centrais deles, sem cometer injustiças ou simplificações.

O marco teórico principal para apresentar um contraponto a posição dominante nos debates acadêmicos brasileiros é o pensamento de Robert P. George. Ele critica o ativismo judicial no contexto americano, e ressalvadas as diferenças existentes em relação a realidade brasileira, suas reflexões oferecem contrapontos que raramente são considerados pela doutrina

nacional. Pretende-se tecer críticas honestas e suficientemente claras para contrapor posições disseminadas no Brasil.

Essa contraposição entre os argumentos permitirá compreender a indagação chave se o ativismo judicial está além, ou dentro, das fronteiras do limite da função jurisdicional.

Para instrumentalizar esse estudo, convém apresentar uma definição de ativismo judicial. Um conceito adequado trás em si um critério que permite julgar se uma decisão é ativista ou se não é. Ativismo judicial ocorre quando a autoridade julgadora decide de forma contrária ao império da lei — nota-se que não é além da lei ou *contra legem*. A fundamentação desse conceito, bem como a refutação de outras definições, será feita em outra pesquisa. De todo modo, tal conceito agrada aos críticos e não é negada pelos partidários do ativismo. Estes possuem justificativas para tais atitudes, dentre elas o recurso a direitos implícitos ou a atribuição de novas semânticas para o texto legal.

## 2 JUSTIFICATIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL

A tese central dessa seção, que será posteriormente contraposta, é de que o ativismo judicial não excede a função jurisdicional. E mesmo que excedesse estaria devidamente justificado diante das circunstâncias em que, por vezes, os magistrados se encontram.

A partir dos modelos teóricos de maior influência no direito a postura ativista acaba sendo uma consequência inevitável. Do Positivismo Jurídico resulta um modelo voluntarista de decisão judicial, podendo as decisões ser *contra legem*, e mesmo assim válidas se forem emanadas por uma autoridade competente. O pós-positivismo possuía dentre outros intuitos racionalizar o processo de decisão judicial e com isso frear o ativismo. Porém ao fundamentar as decisões a partir de princípios abstratos em detrimento das regras potencializa a insegurança jurídica e com isso trás riscos, como o protagonismo do Judiciário.

Também é a partir do pós-positivismo que uma posição amplamente aceita nos debates acadêmicos é fundamentada. O entendimento é de que o ativismo judicial seria necessário em algumas situações. Tal posição que será discutida é defendida, por exemplo, por Sarmiento e Barroso.

A partir de teóricos como Ronald Dworkin e Robert Alexy, seria possível reforçar a busca de efetivar direitos fundamentais. Tal discurso é compatível com a posição da Suprema Corte Americana, que sustenta, em posição repetida mundo afora, alguns argumentos em favor

de uma postura ativista: primeiro sempre afirma que as decisões são devidamente justificadas e conferem efeito a garantias, ainda que implícitas, da Constituição. Adicionalmente, os ministros americanos se opõem a uma interpretação estrita e limitada da Constituição (GEORGE, 2000, p. 5).

João Carlos Souto também pontua circunstâncias que podem ser usadas, como de fato são, em favor do ativismo judicial. Ao comentar favoravelmente a decisão do caso *Marbury v. Madison*, 1803, ele esclarece que os membros da suprema corte são sabatinados e aprovados por representantes do povo, no caso o Senado. Tal resposta seria levantada em face da objeção que acusa o Judiciário de não ser eleito pelo povo e, portanto, lhe faltaria respaldo popular em sua atuação. Além disso, a legitimidade não é exclusiva da consulta popular direta, podendo ser buscada em outros critérios conforme o sistema jurídico específico. E caso haja abuso de poder por parte dos magistrados, o sistema atual comporta sistema de punição dos juízes caso estes exorbitem suas atividades (SOUTO, 2005, p. 8).

Esses elementos indicados não são propriamente argumentos, mas ajudam a indicar um panorama e chamar atenção para detalhes pertinentes no debate. E para além das particularidades de cada ordem jurídica, existem justificativas comumente invocadas para defender a postura ativista do Judiciário.

## **2.1 Omissões dos Outros Poderes**

As omissões do Poder Executivo e do Poder Legislativo são invocadas para justificar uma postura intervencionista do Poder Judiciário. De certa forma, trata-se de um argumento de ativismo judicial por “legítima defesa”. Assim como uma vítima se vê obrigada a reagir quando diante de uma situação indesejada, e nisso afeta bens jurídicos alheios para sua autotutela, o Judiciário não desejava estar na circunstância em que é posto. Mas uma vez inserido na situação deve agir buscando resguardar os bens jurídicos da melhor forma possível.

O Executivo é acusado de não tomar as medidas administrativas adequadas e necessárias para garantir o cumprimento adequado de sua função constitucional. A gestão inadequada repercute na privação de direitos da população, que para terem o texto legal assegurado não encontra alternativa a não ser procurar o Judiciário. Em demandas dessa natureza frequentemente os magistrados praticam atos executivos gerenciando recursos do Estado.

Um exemplo paradigmático de um ativismo judicial provocado pela revelia do Executivo foi o julgamento da ADPF 347, em 2017, pelo Supremo Tribunal Federal. Diante de violação de direitos humanos em presídios brasileiros a corte decidiu intervir na alocação de recursos para garantir condições adequadas à população carcerária. Se o Executivo tivesse cumprido adequadamente a sua função a demanda judicial não teria existido. No entanto, diante da ineficácia administrativa do Estado, o Judiciário foi provocado e respondeu da forma que entendeu ser a que mais assegurava os direitos constitucionais.

Sobre esse tipo de ativismo provocado pela omissão do Executivo há duas considerações a serem feitas: em primeiro lugar, a realocação de verbas pelo Judiciário entre os setores do Estado, ainda que existam fundos específicos para isso, repercutem em redução de recursos em outros setores. O Executivo deve gerir recursos limitados para atender da forma mais eficiente possível as necessidades da nação. A realocação ou a criação de fundos específicos para atender demandas judiciais, inevitavelmente resulta na diminuição dos demais. A matemática é inexorável.

Segundo, a intervenção na esfera administrativa frequentemente decorre de uma omissão da omissão. Retomando o exemplo de ativismo da ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal já tinha ciência de violação de Direitos Humanos em presídios há pelo menos dez anos. Em 2008 o Procurador Geral da República protocolou pedido de Intervenção Federal 5129, dentre outros, relatando as condições da vida carcerária. O Supremo poderia ter apreciado essa ação, decretado Intervenção Federal, e resolveria a questão sem extrapolar suas competências constitucionais. Mas tal processo não teve uma resposta em dez anos — dez anos de violação dos direitos humanos. Somente quando uma nova ação foi proposta (tratando a mesma matéria só que com mais presídios) é que o Supremo se mobilizou. Se ele tivesse decretado a Intervenção Federal no pedido de 2008, sua resposta positiva, que se circunscreveria na legalidade, incentivaria novas demandas e a Corte Constitucional jamais teria precisado violar a alocação orçamentária.

Face aos administradores ineficazes existem sanções próprias que podem ser aplicadas. O desempenho inadequado da função pública gera a perda do cargo com penalidades adicionais conforme a ordem jurídica. Mas para isso são necessários trâmites que quando iniciados, ao menos no Brasil, geralmente se deparam com a ineficácia do Judiciário. Há um desconforto grande em julgar políticos, e por isso autoridades que teriam tal competência, para fazer denúncias e julgar em tempo adequado, frequentemente se omitem. Essa inércia leva a uma permanência nos cargos executivos de pessoas que não desempenham adequadamente sua

função, e na inefetividade deles, o Judiciário acaba assumindo uma postura ativista. O aprofundamento dessa questão conduziria ao debate de que há um problema complexo nas instituições brasileiras. Talvez em última instância haja uma crise institucional instaurada e o ativismo seria uma consequência disso.

De todo modo, é diante das alegadas omissões do Executivo que surgem casos mais delicados de ativismo judicial, especialmente presente nos países com menor desenvolvimento social. Para efetivar direitos negados à população, o Judiciário usurpa a competência Executiva. Diante de um caso concreto em que, por exemplo, o litigante pede a efetivação do direito à saúde, previsto constitucionalmente, o magistrado frequentemente adentra ao domínio da administração pública e manda efetivar o direito da parte. A inexistência de efetividade prévia do direito à saúde implica no surgimento desse tipo de demanda judicial. A estratégia de efetivar direitos através do ativismo judicial equivale a combater o efeito de uma problemática sem cessar a causa.

Quanto ao Legislativo, os defensores do ativismo judicial frequentemente acusam o Congresso de se omitir em assuntos de sensibilidade social. Questões como aborto e casamento homoafetivo não são regulamentados pelo Congresso por contrariar a vontade da maioria. Mesmo assim, existem grupos sociais que demandam tais causas, buscando uma fundamentação em princípios previstos constitucionalmente, e que pressionam o Judiciário para se posicionar sobre essas questões.

Para ilustrar esse argumento, citam-se três exemplos de decisões dessa natureza que foram prolatadas na inércia legislativa. A ADI 4277, julgada em 2011, que considerou constitucional união estável entre pessoas do mesmo sexo, a ADPF 54, de 2012, que permitiu o aborto de feto anencéfalo, e o *Habeas Corpus* 124.306, que 2016 julgou inconstitucional a criminalização do aborto em até três meses de gravidez. Tais decisões dividiram a sociedade civil. Entretanto, sobre essas matérias existiam projetos de lei propondo o mesmo conteúdo normativo que sobreveio nas decisões judiciais (respectivamente os exemplos de projetos na Câmara dos Deputados: PL 6874/2006, PL 4360/2004, PL 1174/1991).

Nesses casos, portanto, evidencia-se que não houve propriamente uma omissão do Legislativo, e sim a ausência de maioria nas casas legislativas, e por consequência falta de vontade política para que tais projetos fossem aprovados. Esse argumento rotula como omissão legislativa a derrota na arena política. Portanto, nesse sentido é uma justificativa fraca, ainda

mais se visto isoladamente. Entretanto, do lado pró ativismo, existe a tese de que o Judiciário atuaria de forma representativa em prol de minorias, remediando um dos perigos da democracia.

## 2.2 Função Representativa de Minorias

Uma corte constitucional tem função contramajoritária, na medida em que funciona como controlador da legalidade dos atos dos poderes cujos membros são eleitos pelo povo de forma majoritária. Nesse papel, o Judiciário seria ativista quando decidisse representar minorias que tem direitos reprimidos por majorias no Legislativo. Além disso, esses papéis invocados servem como realocação da crítica que acusa o Judiciário de atuar de forma de antidemocrática por usurpar a competência legislativa, pois se não fizesse isso estaria implantada uma ditadura da maioria.

É próprio da democracia que o povo, ou seus representantes, tomem as decisões fundamentais e não os juízes. No entanto, também é próprio do modelo democrático um possível vício que ocorreria quando minorias acabam por ter direitos reprimidos por se verem impedidas de terem suas demandas conquistadas legislativamente. Uma moral dominante sufocaria demandas de minorias.

Sarmiento reconhece a tese de que pós-positivismo, por suas próprias características abre mais espaço ao ativismo judicial. Tal modelo busca que suas teorias tenham maior legitimidade no contexto de uma sociedade complexa, caracterizada pela pluralidade. Assim os princípios constitucionais, devido a sua abstração, poderiam ser invocados para tutelar reivindicações de diferentes grupos sociais, mesmo que possuam pouca ou nenhuma representação no Congresso. Se todos puderem ter suas demandas acobertadas por princípios, como liberdade e igualdade, seria atingida uma maior legitimidade do Estado.

Diante disso surge a posição ativista moderada, que considerada que em alguns casos o ativismo judicial é justificável. A doutrina de Sarmiento é representativa dessa posição, ele afirma: “entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia” (SARMENTO, 2009, p. 30). Diante de um contexto crítico com os males potenciais do processo político majoritário, o ativismo judicial seria bem vindo. Sarmiento também defende que o Judiciário possui um potencial de atuação diferenciado em relação aos Direitos Humanos, porque sua atuação se dá em casos concretos. Por outro lado, ele também defende uma autocontenção do Judiciário em áreas técnicas em que outros órgãos têm mais possibilidades de dar eficácia à Constituição.

Vinculado a esse argumento, de papel contramajoritário e representativo, vozes favoráveis ao ativismo judicial identificam outra função (igualmente sem previsão constitucional) para as cortes constitucionais. Nas palavras de Barroso, ministro da suprema



corte brasileira, seria atuar como uma “vanguarda iluminista”. Ele explica esse papel com as seguintes palavras:

[As Cortes Constitucionais] devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo (BARROSO, 2015, p. 8).

Este é o conteúdo do papel de vanguarda iluminista. A Suprema Corte, personificada em poucos ministros, extrapolando suas funções constitucionais, arroga-se a função de promover valores para que a sociedade avance. De todos os argumentos possíveis de serem invocados para legitimar o ativismo esse é o mais criticável. Praticamente, todas as objeções a serem levantadas na próxima parte desse estudo oferecem contrapontos a pretensão de que o Judiciário seja uma vanguarda iluminista.

Ademais, há uma falácia na apresentação dos exemplos. Barroso cita casos estrangeiros que são incomensuráveis em relação ao caso brasileiro mencionado. O avanço civilizatório das duas primeiras decisões foi efeito da obediência do Estado de Direito. Já a decisão brasileira mencionada tratou-se de pura mutação constitucional contrariando o império da lei. As decisões merecem considerações adequadas.

*Brown v. Board of Education*, 1954, reformou o entendimento de *Plessy v. Ferguson*, 1896. Neste caso, típico ativismo judicial, permeado de intenções para promover valores racionais, avanços civilizatórios e empurrar a história, permitiu-se aos Estados impor a segregação racial em locais públicos. Por 7 votos a 1, a previsão de que todos os cidadãos são iguais perante a lei — proveniente da 14ª emenda da Constituição americana —, deu lugar a doutrina que ficou conhecida como “separate but equal”, *separados mas iguais*. Separação racial em lugares públicos foi considerada mera questão política, e de forma alguma, pelo entendimento majoritário, a separação violava a igualdade. O voto divergente acusou que não existia nos Estados Unidos nenhum sistema de castas e que a Constituição não via a cor da pele dos cidadãos. Em *Brown v. Board of Education*, 1954, a Suprema Corte americana corrigiu seu erro. O que Barroso considera uma decisão da vanguarda iluminista foi uma retratação, da

mesma Corte, para que finalmente seu entendimento ficasse conforme disposição expressa na Carta Constitucional.

A decisão judicial que proibiu a pena de morte na África do Sul foi proferida no caso *State v Makwanyane*, de 1995. Nesse caso, que nem o anterior, trata-se de simples observância imparcial dos preceitos constitucionais. A discussão judicial teve como questão central se a previsão de pena de morte para crime de homicídio, constante na legislação penal de 1977, foi recepcionada ou não pela nova ordem jurídica pós-apartheid. A tese central invocada pelo governo é que a pena capital contrariava o direito à vida e consistia em um tratamento cruel, desumano e degradante, contrariando as seções 9, 10 e 11 da Constituição Provisória de 1994. Do outro lado, apoiado pela opinião pública majoritária, havia o entendimento de que a pena de morte era um mal necessário tratando-se de crimes graves. O caso foi julgado em um período de alta criminalidade na África do Sul sob uma Constituição não democrática. Foi um debate jurídico e político que abriu uma era de críticas a legitimidade da Suprema Corte africana, e que por outro lado a consagrou por proteger direitos de minorias e frequentemente se colocar contra a opinião dominante (DIALA, 2007, p. 21-23).

Não se pretende discutir a correção da decisão brasileira sobre a união estável para casais homoafetivos, e nem a medida em que tal conteúdo contribui para o progresso social. Mas tal decisão possui uma diferença central em relação aos dois julgados estrangeiros. Na decisão brasileira houve clara mutação constitucional, contrariando a intenção do legislador constitucional. A mudança da carga semântica dos bens jurídicos envolvidos torna a comparação forçada entre as decisões invocadas como paradigmas por Barroso. Nos dois primeiros casos a simples subsunção do texto constitucional resolve o problema, e no terceiro exemplo houve a ressignificação do texto constitucional.

Concluindo esse tópico, foi apresentada a posição moderada em favor do ativismo, pontuando as circunstâncias e papéis que um tribunal constitucional pode desempenhar. Essa postura, diante de um caso concreto, busca realizar um mal menor, pois não nega que essa postura ativista possui contrapontos. De todo modo, de um lado da balança pode-se colocar a efetivação de direitos de minorias e somar-se com as demais considerações da primeira parte desse estudo, por outro lado pesam riscos e violações na ordem jurídica, na sociedade e no poder político, discutidas na segunda parte desse estudo.

### **2.3 Mobilização Social**

Ainda na esteira dessas funções atribuídas, sem previsão legal, para a corte constitucional existe a justificativa de que a postura ativista atende demandas sociais de forma mais adequada na contemporaneidade. Quando o Judiciário é provocado ele deve conferir a resposta que mais efetiva os direitos fundamentais, ainda que previstos de forma vaga enquanto princípios.

Isso se reforça diante do pós-positivismo, especialmente diante de teorias substancialistas, como a de Dworkin, que acaba criando mais margem para decisões ativistas na busca da efetivação dos valores constitucionais. Sarmento esclarecesse esse ponto:

O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. (SARMENTO, 2009, p. 26-27).

Nessa perspectiva, surgem mobilizações sociais para que o Judiciário crie os direitos que não são conquistados na arena política. Situações com essas características seriam casos envolvendo direitos fundamentais que o processo democrático tradicional não prestaria tutela. Um período mencionado por Sarmento nesse contexto foi a Corte de Warren:

É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isto ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas (SARMENTO, 2009, p. 28).

Não é clara a posição de Sarmento se a era Warren foi de fato o modelo ideal desse ativismo moderado. Já as autoridades usadas para fundamentar seu entendimento, Charles R. EPP e Owen Fiss, defendem as decisões ocorridas nas décadas de 50 e 60. Os precedentes firmados no período parecem cumprir os requisitos citados por Sarmento para justificar o ativismo e poderiam ser usadas como paradigma por partidários do ativismo judicial.

O Poder Judiciário possui um protagonismo no pós-positivismo, mas isso não pode levar ao esquecimento de outras instâncias de poder para conferir tutela adequada aos direitos fundamentais. Executivo e Legislativo tem papéis fundamentais, mas por vezes são deixados em segundo plano em nome de uma idealização do Judiciário que é obrigado a dar uma resposta

quando provocado. Na Corte de Warren houve a atuação conjunta de poderes, e um fator relevante foram pressões sociais direcionadas ao Judiciário.

Entretanto, esse pedido social para que a corte seja ativista não é visto apenas como um aumento da legitimidade do ativismo e um clamor social para que um Tribunal efetive direito. Em sentido contrário a posição de Sarmiento, Charles R. EPP e Owen Fiss, a jurista Rebecca E. Zietlow crítica o ativismo judicial desse período:

Minha explicação vai contra a sabedoria convencional de que os tribunais, e não os legisladores, são os mais adequados para proteger os direitos de integração. O ativismo da Corte de Warren na proteção dos direitos individuais é a base para esse paradigma convencional. No entanto, os criadores da Décima Quarta Emenda pretendiam que o Congresso, e não os tribunais federais, fossem os principais protetores desses direitos. A Corte de Warren entendeu isso e permitiu ao Congresso ampla oportunidade de fazê-lo. A partir do início da década de 1960, o Congresso promulgou numerosas medidas que ampliam os direitos das minorias para pertencerem à nossa sociedade civil. Por isso, a contenção judicial da Corte de Warren, e não o seu ativismo, teve o impacto mais positivo nos direitos de integração neste país (ZIETLOW, 2007, p. 1).<sup>1</sup>

Progressos e regressos promovidos pela Corte Warren constituem um ponto controverso nas universidades americanas. Zietlow é uma expressiva voz em realizar críticas ao ativismo judicial das décadas de 50 e 60 e defender que o Judiciário deve se conter para tornar possível a melhor efetivação dos direitos das minorias.

De todo modo, na era Warren houve uma atuação conjunta entre o Judiciário e o Legislativo. No contexto brasileiro a objeção mais evidente a ser levantada é a omissão do Congresso em vários assuntos, o que dificultaria uma sinergia. Mas também deve se considerar a postura incorreta do Judiciário ao buscar atuar conjuntamente com outros poderes. O Brasil poderia aprender muito com experiência da Corte Warren.

## 2.4 Justiça Natural

Existem direitos naturais, ou um justo natural ou simplesmente não positivado, que podem ser utilizados como base para guiar o processo de decisão judicial. Trata-se de um argumento jusnaturalista já invocado no caso americano *Griswold v. Connecticut*, 1965, ocasião em que a Corte derrubou uma lei contra contraceptivos usando um direito não escrito

---

<sup>1</sup> As citações das referências no original em inglês foram nossas traduções.

de “right to marital privacy”, *direito à privacidade conjugal*. Foi uma decisão ativista e teve uma repercussão simbólica, pois repercutiu em debates da época como a causa para liberalização sexual.

Na fundamentação da decisão do caso Griswold é feita uma discussão acerca de lei natural e de uma justiça natural. Foi sustentado que a corte estaria impossibilitada de decidir contrária a uma justiça natural, ainda que esta não fosse expressamente prevista na Constituição.

De forma equivalente no Brasil existe uma decisão do ministro Marco Aurélio que invoca um critério de justiça não positivado. Ele disse no Recurso Extraordinário 140.265 “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”. Essa citação é frequentemente repetida em outros julgados. Porém, infelizmente fragiliza a segurança jurídica e torna o processo de fundamentação não racional. Se o magistrado define primeiro a solução justa, ou condizente com o espírito da Constituição, tomando como critério a sua consciência, e só depois busca a fundamentação da decisão, nem sempre o justo da vontade do magistrado coincide com o critério de justiça presente na lei.

Lei natural é mais elevada que a lei positiva. Ela não é criação humana, mas é cognoscível pela razão humana. Os fundadores da América acreditavam na lei natural, e pensaram elementos para o novo estado a partir dessa concepção, premissas que estão enraizados no constitucionalismo americano. Porém, disso não se segue a possibilidade de usar como pretexto a lei natural para dar eficácia a proteções constitucionais implícitas.

No caso Griswold a Corte em nome de um direito sem previsão constitucional invalidou um ato do legislativo. Na ocasião os julgadores buscaram a fundamentação em um direito natural. Dentro dos modelos teóricos jusnaturalistas, especialmente os que possuem espaço nas discussões contemporâneas, não é claro quem é responsável pela execução da lei natural. De forma razoável, pode-se esperar que seja, principalmente ou exclusivamente, a autoridade legislativa. Nos casos de abusos desta autoridade seria cabível ao Judiciário um controle do legislador. Por outro lado, há boas razões para que a lei humana, que se presume ter sido criada em harmonia com a lei natural, seja observada.

Sobre a relação com a lei natural, George também realiza uma distinção interessante. A existência e o conteúdo da lei natural e dos direitos naturais é uma questão independente, logicamente, da questão sobre a autoridade para promover a lei natural e proteger os direitos

naturais (GEORGE, 2001, p. 2280). É errado a defesa de uma jurisprudência do direito natural conferindo mais poder a uma autoridade. Para todo jusnaturalista a lei justa positiva deve estar em conformidade com a lei natural. Mas a lei natural não diz se esse julgamento cabe ao Judiciário ou ao Legislativo. Nem os pais fundadores da América acreditam no contrário. Disso resultando, que um juiz não tem autorização para invalidar uma legislação baseada em sua compreensão do direito natural, ou a partir do que o magistrado considera justo. Mas isso não nega a existência de um justo natural, de uma lei natural ou direitos naturais (GEORGE, 2001, p. 2274).

### **3 RAZÕES CONTRÁRIAS AO ATIVISMO JUDICIAL**

A tese central desta seção é de que o ativismo judicial excede o limite da função jurisdicional. Não existe hipótese ou precedente invocado que possa legitimar o ativismo judicial. Mesmo em casos em que haja o envolvimento de direitos fundamentais, diante de vícios do processo democrático e mesmo em que o magistrado atue com prudência e com a melhor das intenções. O que existem são decisões ativistas que foram menos danosas, mas independentemente de seu conteúdo estão sujeitas a críticas.

A solução de um problema não está na criação de outro. Se por um lado há justificativas que levam a crer que o ativismo judicial seria preciso em circunstâncias específicas, é necessário conscientizar o que tal postura implica de negativo.

#### **3.1 Sobre o Império da Lei**

Toda decisão ativista viola o império da lei, que é próprio do Estado de Direito. Essa é a primeira crítica presente em um nível conceitual de ativismo judicial. A revisão judicial é uma estratégia válida para buscar uma melhor conformidade com as normas constitucionais e proteger direitos. Mas disso ser válido não se segue que os juízes tem a autoridade para reescrever o texto legal, reestruturá-lo, ou criar uma nova lógica, da compreensão original da Constituição e invalidar atos legislativos com base em suas opiniões sobre a justiça. Sobre isso George diz:

E os tribunais podem usurpar, e usurparam, a autoridade legislativa em causas boas e más. Sempre que fazem isso, no entanto, mesmo em boas causas, eles violam o Estado de Direito ao tomar o poder autoritariamente atribuído pelos autores e ratificadores da Constituição a outros ramos do governo (mesmo que esse poder poderia, com razão, ter sido atribuído a eles). E o respeito pelo império da lei é, por si só, um requisito da justiça natural. (GEORGE, 2001, p. 2282).

Antes mesmo de discutir o argumento da usurpação de competência, a constatação da violação do império da lei é um argumento poderoso e de certa encabeça os demais. A construção civilizatória do Estado de Direito, que superou regimes absolutistas caracterizados por haver autoridades acima da lei, que mandavam e desmandavam a partir de suas concepções subjetivas, consolidou o *rule of law*, concepção em que todas estariam sujeitas a lei independente do papel desempenhado no Estado. Quando a corte mais elevada da hierarquia institucional se coloca na posição de atuar contra, ou mesmo além, das permissões constitucionais, implica em um regresso histórico. Se o império da lei é desconsiderado, não há diferença entre o arbítrio de um monarca absolutista e a atuação de uma suprema corte. A autoridade que deveria zelar pelo legado civilizatório acaba sendo a responsável por arruiná-lo.

Todo poder em sua atuação possui um limite. E na maioria das ordens jurídicas esse limite é ditado constitucionalmente em uma arquitetura que busca um sistema de pesos e contrapesos. Cada Poder do Estado deve desempenhar seu papel conforme a regra constitucional, evitando assim os abusos. Limitar a atuação exercendo apenas os poderes atribuídos constitucionalmente, ou se sujeitar às penalidades pelo não respeito desses limites, é a característica determinante do Estado de Direito. Se os magistrados respeitarem a razão da Constituição eles desempenharão seu papel, do contrário eles violam aquilo que deveriam guardar. George diz:

Quando os juízes que exercem o poder da revisão judicial se permitem guiar pelo texto, a lógica, a estrutura e a compreensão original da Constituição, eles merecem nosso respeito e, de fato, nossa gratidão por desempenhar seu papel para fazer do governo republicano constitucional uma realidade. Mas onde os juízes usurpam a autoridade legislativa democrática por impor ao povo suas preferências morais e políticas sob o pretexto de reivindicar as garantias constitucionais, eles devem ser severamente criticados e resolutamente opostos. (GEORGE, 2005, p.14).

Esse prejuízo é evidente. Porém os teóricos pró-ativismo reivindicam o estado fático em que o império da lei não é eficaz. Tal objeção possui impacto, afinal, onde está o Estado de Direito para os necessitados? Nessas situações, o juiz atua com as melhores intenções para tutelar o que ele considera certo. Ainda mais no contexto brasileiro em que há uma deficiência institucional generalizada em prestar serviços adequados à população. A ineficácia e inadequação

das leis são usadas como justificativa para desconsiderar a própria lei. Trata-se de outra face do argumento de “legítima defesa”, em que o ativismo surge diante da omissão dos outros Poderes em situações indesejadas por todos.

Entretanto, a validade do Estado de Direito é diferente de sua eficácia. São níveis de análise diferente. O ativismo judicial acaba sendo um meio hábil a atingir a eficácia, no entanto existem alternativas menos danosas para tanto. É um contrassenso, por vezes praticado na melhor das intenções, querer efetivar o Estado de Direito violando o próprio Estado de Direito.

### **3.2 A Separação dos Poderes e o Despotismo do Judiciário**

A construção de argumentos contrários ao ativismo judicial ocorreu na medida em que surgiram decisões ativistas. Para melhor contextualizar a argumentação desenvolvida por George, é necessário mencionar casos paradigmáticos decididos com o protagonismo do Judiciário.

A origem do ativismo judicial está na origem do Controle de Constitucionalidade. Em *Marbury v. Madison*, 1803, época em que as cortes eram atores políticos, o então Presidente Thomas Jefferson havia notado que *judicial review*, a revisão judicial ou controle de constitucionalidade, poderia levar a uma forma de despotismo do Judiciário. Ele disse “o direito de decidir quais as leis são e não são constitucionais, não apenas para si mesmos em sua própria esfera de ação, mas para as esferas do Legislativo e do Executivo, faria do Judiciário um Poder despótico” (JEFFERSON, 1804). Jefferson condenou a decisão porque estava sendo atribuída a Suprema Corte o poder de interpretar o texto constitucional sobre o que os outros poderes podem ou não podem fazer. Como se apenas o Judiciário tivesse a prerrogativa de guardar a Constituição. Para ele, a Lei Maior pertence ao povo e a atribuição de um poder não explícito aos juízes permite levantar vários questionamentos acerca da supremacia Judicial.



O Judiciário deve resolver disputas entre litigantes, tendo a resposta final. Entretanto, conforme Abraham Lincoln, no *First Inaugural Address*, é impossível prever todos os conflitos possíveis. Todas as questões polêmicas vão gerar maiorias e minorias. O governo terá que tomar um lado. E disso se segue que “a unanimidade é impossível; A regra de uma minoria, como um acordo permanente, é totalmente inadmissível; de modo que, rejeitando o princípio da maioria, a anarquia ou alguma forma de despotismo, é tudo o que resta” (in GEORGE, 2000, p. 62).

O seu medo era que os juízes usurpar competências distribuídas em um sistema de pesos e contrapesos, como consequência inevitável de exceder o uso da autoridade atribuída legalmente. O Judiciário ocupa o lugar de um superpoder na medida em que pode decidir a validade dos atos do Legislativo e do Executivo, abrindo vias para um despotismo Judicial. Para Jeremy Waldron, perderia o sentido haver legisladores e o povo se resignaria diante de um governo posto nas mãos de um tribunal. (in GEORGE, 2000, p. 62).

O poder de revisar atos normativos não era expressamente mencionado na Constituição Americana, mas era sustentada a tese de que existia, ainda que implicitamente, o direito do Judiciário controlar a legalidade dos atos do Estado. Somando-se a isso, autoridades fundadoras dos Estados Unidos, como Alexander Hamilton e John Marshall, não negavam a revisão constitucional e reconheciam um dever das cortes de enfrentar conflitos entre legislação e a constituição (GEORGE, 2001, p. 2278). De todo modo, a decisão de *Marbury v. Madison* é considerada ativista porque a vontade dos juízes foi a base para julgar onde a previsão legal expressa falhava.

Entretanto, atualmente há previsões expressas nas constituições de diversos países conferindo competência para o Judiciário declarar normas como inconstitucionais, mesmo assim *Marbury v. Madison* serve como marco em que a Suprema Corte agiu além da permissão expressa constitucionalmente, ou ao menos de forma questionável, adentrando no controle da legalidade dos atos de outros poderes, mas por vezes o exercício desse poder implica na substituição do ato normativo do outro poder, havendo uma verdadeira usurpação de competência.

### 3.3 A Usurpação de Competência

Também interagido com a violação do Estado de Direito e com Judiciário como superpoder, ou exercendo um despotismo judicial, existe a objeção de que a Corte Constitucional acaba usurpando competências de outros poderes. Esse argumento pode ser

expresso a partir do caso *Dred Scott v Sandford*, 1857, 54 anos após *Marbury v. Madison* quando a Suprema Corte expandiu massivamente o seu poder.

O caso envolvia uma disputa sobre escravidão. Scott era um escravo de Sandford em um Estado que havia escravidão legalmente prevista. Depois Scott foi levado para Lousiana, onde não havia escravidão, e isso fundou seu argumento de que passou a residir em uma seção livre, logo estava liberto. Sandford respondeu que Scott, por sua cor negra, na época considerada por parcela da população uma raça inferior e subordinada, não era cidadão de nenhum Estado dos EUA e permaneceria como propriedade independente do território. Sandford venceu a disputa judicial por 7 votos a 2. A Suprema Corte entendeu haver um direito de ter propriedade na forma de escravos, o que não pode ser encontrado nem de forma implícita ou racionalmente no texto constitucional. Sobre essa decisão George comenta:

Esta negação da autoridade do Congresso para limitar a escravidão, mesmo em territórios federais, foi considerada pela crítica do Tribunal como uma usurpação ultrajante da competência legislativa congressional; e preparou o cenário, na visão de muitos historiadores, para a guerra civil (GEORGE, 2000, p. 8).

As autoridades legislativas competentes, tanto federais como do Estado da Lousiana, decidiram que não havia escravidão naquele território. A Suprema Corte adicionou uma exceção recorrendo a um direito implícito e que contrariava direitos explícitos da Constituição. Do exposto, verifica-se que foi claramente uma decisão ativista com repercussões sociais. Ainda após a Guerra Civil Americana, o Congresso editou uma legislação que trazia direitos civis para proibir discriminação racial em público. Tal legislação foi invalidada pela Suprema Corte, argumentando que a partir da Constituição o Congresso não tinha autoridade para fazer isso. Tal entendimento permaneceu até metade do século XX.

Outro episódio de ativismo judicial foi o entendimento da Suprema Corte Americana sobre a recontagem dos votos na eleição presidencial de Bush, 2000. A mesma corte também mudou o entendimento sobre a legislação que vigorava em relação ao financiamento de campanha, que buscava limitar gastos e trazer mais transparência sobre a origem dos recursos usados na campanha, influenciando as eleições de 2000, na qual passou não haver limite de doações.

É legítimo a corte mudar sua visão sobre a lei, e especialmente sobre a Constituição, mas é importante manter a coerência com os precedentes. Mas essa doutrina não se vincula a casos, especialmente nos quais, “uma decisão constitui uma usurpação da autoridade

constitucional do povo para se governar através das instituições da democracia deliberativa” (GEORGE, 2005, p. 13) Sob o pretexto de reformar normas constitucionais, o Judiciário usurpa a competência e autoridade legislativa. Além disso, tal autoridade legislativa é composta por representantes do povo, os verdadeiros titulares do poder. O poder judicial nunca deveria ser exercitado, mesmo para fins desejáveis, sem suporte legal. A usurpação de competência manifestada por decisões inconstitucionais e injustas é a usurpação do poder do povo de seu autogoverno.

### **3.4 A Autodeterminação do Povo *Versus* a Vontade dos Juízes.**

Outra justificativa para o ativismo judicial seria o papel representativo de uma corte constitucional. Minorias que não possuem representação suficiente no Congresso não deveriam ser sufocadas no processo democrático, motivo pelo qual um tribunal constitucional deveria buscar efetivar os direitos de determinado grupo social.

Entretanto, em sentido contrário a autodeterminação do povo uma elite não democrática faz sua vontade prevalecer em atos que implicam usurpação de poder. Para remediar um dos males da democracia que é a imposição da vontade da maioria sobre a minoria, poucos magistrados impõem a sua vontade sob a nação.

Um caso paradigmático que permite discutir essa objeção ao ativismo, no qual também ocorrem outros vícios, é *Lochner v. New York*, 1905, que inaugurou um período de 32 anos que ficou conhecido pelo ativismo judicial. Essa decisão também afasta uma ideia errada de que a restrição do Judiciário é um princípio conservador. O debate sobre o ativismo judicial não é vinculado a nenhuma agenda política vez que as decisões ativistas se posicionam de forma ideologicamente diversa.

O caso *Lochner* versava sobre direito dos trabalhadores, especialmente uma lei de New York que limitava o número de horas de trabalhos semanas à 60h, com o intuito de proteger os trabalhadores de jornadas com carga horária ainda superior. Mas a Suprema Corte entendeu que tal lei era inconstitucional, o que levou a George afirmar: “*Lochner* tinha feito para a economia do *laissez-faire* e o que *Dred Scott* tinha feito pela escravidão” (GEORGE, 2005, p. 7).

Por cinco votos a quatro, a decisão foi no sentido de que, para proteger a minoria (empregadores) contra a tirania da maioria, devia-se proibir que o governo entrasse nessa esfera jurídica, e ficando fora dos negócios entre pessoas adultas e capazes, empregadores e

empregados. A legislação que protegia o trabalhador violava a liberdade de contratar, que era direito implícito na 14ª emenda que assegurava o *due process of law*. Do outro lado, New York sustentou que tal legislação decorria de seu poder de polícia, e cumpria o dever de todo Estado prezar por sua saúde pública, segurança e moral. O ministro Oliver Wendell Holmes, que foi vencido, alegou que a argumentação prevalecente foi assentada em um direito constitucional implícito de liberdade contratual, que foi pura invenção forjada para racionalizar a usurpação de poder autoridade legislativa pela corte. Juízes foram acusados de usar sua moral privada, suas visões de economia, e imporem contra a vontade dos representantes eleitos do povo de New York. Sobre o caso *Lochner*, George disse:

A verdade, é claro, é que a Corte estava substituindo sua própria filosofia econômica do *laissez-faire* pelo julgamento contrário do povo de New York expresso por meio de seus representantes eleitos na legislatura estadual. Sobre a controversa questão moral do que constituiu a liberdade real e o que equivalia a exploração, juízes não eleitos e democraticamente inexplicáveis, que pretendendo agir em nome da Constituição, simplesmente tomaram o poder de decisão. Com o pretexto de impedir a maioria de impor sua moral sobre a minoria, o Tribunal impôs sua própria moralidade ao povo de New York e à nação (GEORGE, 2005, p. 4).

Por 32 anos, em nome do precedente firmado, cortes federais derrubaram centenas de leis estaduais e federais sobre bem estar-social. Nessa época os EUA passou pela chamada Grande Depressão. No mandato presidencial de Roosevelt, o Executivo tentou aumentar o número de ministros na Suprema Corte para poder ter apoio suficiente e passar seus programas sociais. O próprio Roosevelt, e outros críticos, se opuseram as decisões da Corte envolvendo regulação economia, bem-estar social. Sobre isso George disse: “Os juízes estavam, sem nenhum mandato constitucional, substituindo suas opiniões pessoais políticas e econômicas pelos julgamentos contrários dos representantes do povo eleitos” (GEORGE, 2001, p. 2272)

A corte opôs sua ideologia face aqueles representantes eleitos pelo povo. Juízes decidiram de forma não-democrática uma questão difícil que envolvia definir a liberdade contratual em tensão com a exploração. Para proteger a moral da minoria alguns juízes impuseram sua moral sobre a nação. A partir desse caso, foi criado o termo *Lochnerizing* para se referir quando regras judiciais dessa natureza, trazendo uma carga pejorativa e crítica ao fato do juiz ler a Constituição a partir de sua visão partidária (GEORGE, 2005, p. 5).

A democracia está longe de ser um regime perfeito, mesmo assim é considerado como a melhor opção por muitos teóricos. Nesse modelo, sempre que uma minoria de juízes se levantar em defesa de um grupo social, todos os demais grupos sociais serão afetados.

São duas as vítimas do ativismo judicial: primeiro lugar as partes do processo; em segundo lugar o sistema da democracia deliberativa. Judiciário sabota, caso a caso, o autogoverno, leis, e práticas profundamente enraizadas em uma tradição. (GEORGE, 2005, p. 10). Interpretações dos juízes podem, mesmo que controvertidas, revogar o que o povo e seus representantes eleitos resolveram através de disputas seguindo os procedimentos democráticos do autogoverno. A vontade do julgador em substituição ao debate político causa danos à democracia e torna o ativismo um dos problemas mais graves do Direito Ocidental, afinal, todo o debate de questões jurídicas é secundário se as soluções sujeitam-se a vontade da maioria de uma corte. Os juízes deixam de desempenhar seus papéis de julgadores imparciais para exercerem a função iluminista.

### **3.5 Poder Político e a Imparcialidade do Julgador**

Uma das maiores virtudes de um magistrado é a imparcialidade. Não se pode esperar de um juiz promessas políticas, e sim que, apesar de suas crenças privadas, ele terá uma atuação irrepreensível se pautando pela razão da lei.

Juízes ativistas negam que poder jurisdicional possa ser usado de forma política. Argumentam estarem seguindo a legalidade, usando regularmente seus poderes ao fazerem interpretações extensivas de princípios. Porém, “do ponto de vista de um cientista político, no entanto, a revisão judicial coloca nas mãos dos juízes um modelo potencialmente impressionante do que só pode ser descrito como poder político” (Robert P. George, 2000, p. 4).

Além dos casos discutidos, uma série de outras decisões da Suprema Corte Americana foram ativistas, foram *Lochnerizing*. Se os efeitos desses casos tivessem sido originados de leis provenientes do Congresso a discussão seria outra. Não se coloca em pauta a correção da normatividade resultante desses casos, e sim que tais decisões decorrem de um viés político dos magistrados. Alguns exemplos esclarecerão a questão: *Griswold v. Connecticut*, 1965, já comentado, *Eisenstadt v. Baird*, 1972, sete anos após *Griswold*, quando a Corte esqueceu o julgado anterior e entendeu haver um direito constitucional de usar contraceptivos para pessoas não casadas, em *Roe v. Wade*, 1973, por 7-2, citando os dois casos acima, o aborto foi legalizado dando início a uma guerra cultural. (GEORGE, 2005, p. 7). Tal caso fez pelo aborto

o que *Lawrence v. Texas*, 2003 fez para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que foi imposta ao povo por juízes não eleitos.

Sobre os casos dos EUA, mas cuja reflexão também poderia ser estendida aos exemplos brasileiros discutidos anteriormente, George diz: “os críticos reclamaram de que os juízes estavam, sem mandato constitucional, substituindo seus próprios pontos de vista sobre questões de política pelos julgamentos dos representantes legitimamente eleitos do povo” (GEORGE, 2000, p.4) Sem rodeios, pode-se falar que nesses casos as decisões são abuso de poder judicial, por um Tribunal que atua como um superlegislador inconstitucional.

Por vezes a corte ainda é acusada de julgar com razões pessoais ou políticas. Juízes internalizam elementos subjetivos nas decisões em vez de aplicar a lei. Existem muitos métodos de interpretação, e a eleição de um que leve o resultado pretendido pode mascarar um ativismo judicial. As aplicações inconsistentes do pensamento do jurista Robert Alexy no Brasil servem para ilustrar isso.

Mesmo assim por vezes uma postura diferente é adotada pelo Tribunal Constitucional em nome de um papel iluminista, já mencionado na primeira parte deste estudo, na medida em que os magistrados buscam promover avanços civilizatórios imprimindo na decisão os valores que eles consideram corretos. Não há dúvida que nessa atuação os juízes possuem a melhor das intenções, mas não há critério que assegure que eles não estão cometendo um erro como em *Dred Scott v Sandford*, *Plessy v. Ferguson* ou *Lochner v. New York*. Em vez da atuação do juiz ser imparcial e atuar como guarda da Constituição, buscando imprimir a *mens legis* do texto em um caso concreto, ele atua como um agente histórico que sabe qual é o melhor destino para a humanidade e direciona a sociedade para o desenvolvimento correto. Em vez de a humanidade progredir com seus erros e acertos no perigoso exercício da liberdade, fica sujeita a uma oligarquia despótica. A autodeterminação da razão, tanto do povo como do indivíduo, defendida pelos filósofos iluministas é substituída pela heterodeterminação do arbítrio do julgador.

### **3.6 Fundamentação não Adequada das Decisões**

Indo além da argumentação desenvolvida por George, há uma razão invocada contra o ativismo judicial que deve ser mencionada. Tal crítica está implícita nas demais, e aspectos

centrais já foram pontuados quando discutimos o justo natural. De todo modo é interessante chamar a atenção para detalhes da fundamentação jurídica de decisões ativistas.

Na busca para que as decisões estejam em conformidade com as exigências democráticas e constitucionais, seria necessário problematizar a hermenêutica jurídica. Isso levanta questões sobre a argumentação jurídica, mas de toda forma é unânime a necessidade de se obter decisões constitucionalmente adequada, considerada por Lenio Luiz Streck como um direito do cidadão (STRECK, 2016, p. 723). Os jurisdicionados possuem a expectativa legítima de que as decisões sejam feitas com base em um direito pré-existente, não *ex post facto*. E a forma mais fácil de colocar isso seria que existe um dever de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas. Por óbvio, não é toda e qualquer fundamentação que serve.

Esse dever aparece na Constituição brasileira, no art. 93, IX, que prescreve que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas. Entretanto, não esclarece que tipo de fundamentação deverá ser feita. Ao comentar tal dispositivo constitucional, O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário 575.144, manifestou posição contrária ao voluntarismo:

Com efeito, constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, o de conhecer a motivação das decisões judiciais, sob pena de retornar-se ao voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos monarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: *le roi le veut*.

Lewandowski entende que a fundamentação não pode exprimir a vontade dos magistrados, ou seu mero desejo. Deve haver um assento legal na fundamentação. Nesse contexto, é interessante a crítica de Streck que aponta inconsistências comuns nas decisões:

Ou seja, quando um magistrado diz que julga “conforme sua consciência” ou julga “conforme o justo” ou “primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento” ou ainda “julga conforme os clamores da sociedade”, é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico. [...] por vezes se apela à clareza da lei (até utilizando a velha metodologia de Savigny, que, é importante ressaltar, não tinha muita consideração pelo legislador ou pela lei), em outras, no mesmo dia, diz-se que a lei é apenas a ponta do *iceberg*, “essa lei é injusta”, “os fatos sociais foram adiante da lei”, “o contexto social fala mais alto” ou, ainda, simplesmente, lança-se mão de pseudoprincípios para justificar a primazia da escolha do juiz sobre uma regra jurídica votada pelo Parlamento (STRECK, 2016, p. 727).

Esse modelo de decisão com fundamentação questionável leva a insegurança jurídica, que também acaba sendo uma consequência do ativismo judicial e mais uma razão que pode ser elencada para evitá-lo. Esse problema intensifica-se quando consideramos que uma decisão judicial fundamentada com princípios, o que é próprio do pós-positivismo. Essa tendência

fragiliza o Estado de Direito por causa de fundamentações fracas e vagas. Além de fragilizar a segurança jurídica, repercute na legitimidade, pois se aumenta a chance de que decisões fundamentais em uma democracia não sejam tomadas pelos representantes eleitos.

## CONCLUSÃO

O ativismo judicial não é desejável. Isso também é aceito por defensores moderados do ativismo judicial, aqueles que entendem que o mesmo só se justificaria em situações excepcionais em que há uma omissão de outros poderes. A argumentação desenvolvida, pontuando justificas e críticas sobre o ativismo judicial, permite essa conclusão. Mesmo assim, quando surge a defesa de uma postura ativista isso é feito em nome de buscar um mal menor diante de uma situação concreta.

Existem casos em que uma postura ativista foi bem usada e considerando a situação concreta é defensável que tenha ocorrido um mal menor. Há ainda casos que só com o passar do tempo é que compreendemos se foi uma decisão acertada ou não. Por outro lado, existem contraexemplos, como vários casos do Judiciário americano, em que as consequências de uma postura ativista foram desastrosas. Com nossa percepção atual vemos que a escravidão era errada, mesmo assim não muito tempo atrás era uma opinião aceitável, até que permaneceu na Suprema Corte americana. Não é difícil imaginar que a lei estará atrasada em relação a sociedade e nisso o Judiciário queira promover uma atualização. Nos temas recorrentes de ativismo judicial, que adentram em questões políticas e de grande repercussão social, apenas através dos anos teremos maturidade para olhar para trás e entender o passado. Uma hipótese que não pode ser descartada é que quando olharmos com o distanciamento que só o tempo permite para as decisões ativistas da atualidade, poderão ser percebidos os absurdos. Há coisas que cabe o tempo julgar, e a decisão mais prudente é ficar aquém do alcance desse tribunal.

Mesmo que o Judiciário intervenha em nome de efetivação de direitos, ele estará sujeito a críticas. A usurpação de competência e a violação ao império da lei sempre são lesivas. Um dos maiores problemas do Direito Ocidental é o despotismo judicial. O guardião da Constituição manda e desmanda, decidindo por um voto de diferença casos que afetam toda a sociedade. Mesmo que o despotismo fosse exercido pelo mais santo dos homens, ainda assim contraria a soberania popular.



Mesmo que seja aceito por parte da doutrina que o ativismo judicial é justificável em algumas situações excepcionais, permanece o problema que abusos devem ser remediados. Na maioria dos países os juízes não recebem freios caso abusem do poder. Os juízes federais nos EUA são irresponsáveis no sentido de não poderem ser removidos. É possível *impeachment* em casos extremos de erros graves. Fora isso, possuem uma legislação que os protegem. No Brasil a sanção máxima pela atuação incorreta na magistratura, e raramente aplicada, é a aposentadoria compulsória.

Nessa linha, existem sugestões legislativas para alterar a regulamentação dos poderes, um tema que possui um amplo campo de pesquisa ainda pouco explorado. Por exemplo, uma proposta interessante do ministro Barroso é utilizar comunicações do Judiciário ao Congresso para que regulamente matérias, fixando um prazo para isso, em vez dos juízes legislarem (BARROSO, 2015, p. 9). George faz uma sugestão alterando o sistema de nomeação dos juízes para o caso americano, sugerindo incluir uma confirmação popular das nomeações dos juízes, especialmente os da Suprema Corte (GEORGE, 2005, p. 13). No Brasil um sistema assim possibilitaria uma maior legitimidade dos magistrados que não ingressam na carreira por concurso e diminuiria as nomeações polemicas.

A postura correta de um órgão judicial, que se preocupa em atuar de forma imparcial e zelar pela carta de direitos que almeja proteger, seria a de negar pedidos que só podem ser deferidos a partir de uma postura ativista, declinando a competência para decidir sobre a permissibilidade de uma conduta ao órgão Legislativo competente. Decisões nesse sentido tem sido prolatadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Por repetidas vezes, a corte recebeu pedidos para que o casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse considerado um direito implícito na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que só poderia ser feito a partir de uma postura ativista. Os juízes recusam tal entendimento, preferindo negar o uso de papel representativo e iluminista da corte, dizendo que tal questão é de competência política interna de cada país signatário da convenção. Decisões como *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010, *Chapin and Charpentier v. France*, 2016, exemplificam tal postura. Esse tipo de decisão também rejeita uma falsa dicotomia, por vezes apresentada na defesa do ativismo, de que a corte constitucional deve decidir de forma contida, negando direitos, ou de forma ativista, realizando direitos. Delegar ao Legislativo aparece como a alternativa mais prudente e harmônica com os valores constitucionais.

Quanto mais elevado for o juiz na hierarquia institucional maior o potencial de perigo em sua atuação, assim como maior o benefício de uma atuação correta. Sabendo que a atuação imprudente de magistrados causa grandes danos, e apesar das diferenças existentes entre um tribunal nacional e uma corte internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos merece os devido reconhecimento de ter cumprido o que se espera de um Judiciário.

Um magistrado que decide de forma ativista, apesar de estar guiado pelas melhores das intenções, contraria uma das mais importantes conquistas da Civilização Ocidental: o império da lei. É propedêutico nos estudos de Direito Constitucional como, através de sangrentas disputas sociais, o arbítrio das autoridades próprio de modelos absolutistas foi eliminado na fundação do Estado de Direito. Não é a melhor da boa vontade que tem a palavra final, e sim a lei cuja legitimidade é assentada no poder emanado do povo. Portanto, negar o ativismo judicial é uma condição necessária para efetivar o Estado do Direito. Do contrário, tudo o que resta será um despotismo da toga.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. 2015. Disponível em: <<https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso 13 fev. 2018.

DIALA, Anthony Chima. **Judicial activism in South Africa's constitutional court**: minority protection or judicial illegitimacy? 2007. Disponível em: <<https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/5322/diala.pdf;sequence=1>>. Acesso 13 fev. 2018.

GEORGE, Robert P (organizador). **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Judicial Activism and the threat to the Constitution. **Family Research Council**. 2005. Disponível em: <<https://factsofffaith.org/library/general/1068-judicial-activism-and-the-threat-to-the-constitution-by-robert-p/download.html>>. Acesso 13 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, 69 **Fordham L. Rev.** 2269 (2001). Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss6/1>>. Acesso 13 fev. 2018.

JEFFERSON, Thomas. From Thomas Jefferson to Abigail Smith Adams, 11 September 1804. **Founders Online**. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-0348>>. Acesso 13 fev. 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Cortes dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. Ed. São Paulo Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal Of Law**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016

ZIETLOW, Rebecca E., The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters) (January 23, 2007). **Ohio State Law Journal**, Vol. 69, No. 2, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.960144>>. Acesso 13 fev. 2018.