

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUA AMEAÇA
AO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Walter Grunewald Curzio Filho*

Resumo: O empenho crescente do Supremo Tribunal Federal em tornar efetivo o projeto de Estado democrático traçado pela Constituição Federal é digno de aplausos, todavia esse crescente dinamismo jurisprudencial também apresenta aspectos negativos, ainda mais pautados em um modelo hermenêutico impreciso, fomentador de convicções valorativas pessoais capazes de desnaturar o conceito de poder político. Nesse sentido, os valores históricos e filosóficos que circunscrevem a sagrada teoria da separação dos poderes devem ser revividos e contextualizados ao vigente ordenamento jurídico, a fim de alinhar o debate institucional que vincula as funções judicante e legiferante, quando do ato de criação do direito, evidenciando um modelo exegético que ajuste a criatividade inerente à jurisdição constitucional e o acatamento aos princípios do Estado de Direito, impedindo um voluntarismo bem-intencionado, mas institucionalmente desastroso.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; instabilidade; cooperação.

1 Introdução

A riqueza cognitiva que circunscreve a sagrada teoria da tripartição dos poderes apresenta campo investigativo apaixonante; a compreensão orgânica do Estado, sobretudo em relação ao exercício do poder político, traz à tona a hodierna zona nebulosa que envolve as funções judicante e legiferante, quando do ato de criação do direito, de modo a despertar correntes interpretativas diversas para a compreensão do problema.

Nesse sentido, as volumosas doutrinas que envolvem o assunto, bem como os abusos constantes praticados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

.....
* Graduado em Direito, especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) e advogado.

fizeram com que o tema relativo ao ativismo judicial encontrasse escolha como forma de estabelecer um modelo interpretativo mais conciso e voltado para a garantia da justiça.

Diante desse arquétipo traçado em torno do tema a ser desenvolvido, cumpre evidenciar as indagações que serviram de base à orientação deste trabalho.

Nesse diapasão, ressalte-se: pode o Supremo Tribunal Federal assumir o papel de órgão político ante o ordenamento legalista oriundo do Poder Legislativo? Não estaria incorrendo em desrespeito ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio da legalidade? Qual é o limite entre a jurisdição e a legislação? O modelo hermenêutico pautado na doutrina neoconstitucional, de fato, se faz apto a realizar o almejado valor justiça? Um modelo positivista reflexivo não seria mais adequado à garantia do princípio da tripartição dos poderes?

Longe de avaliar os efeitos práticos dessa postura, o cerne almejado pela pesquisa se cingiu à análise teórica do ordenamento jurídico, de forma a elucidar o delineamento nuclear da função judicante e legiferante, traçando os pontos comuns, bem como suas diversidades, que, patentemente, inviabilizam as constantes ingêrências operadas pelo Poder Judiciário.

Nessa esteira de raciocínio, este artigo procurou desconstruir a atuação política da Excelsa Corte, com fundamento na garantia constitucional da tripartição dos poderes, de forma a criticar o modelo hermenêutico neoconstitucional, impulsionador da atual ascensão do poder judicante perante os demais poderes, propondo, por fim, um modelo exegético mais refinado que procura, ao mesmo tempo, reconhecer legitimidade ao Judiciário, quando do ato de criação do direito, mas de maneira a preservar o diálogo institucional consagrado pelo ordenamento.

2 Compreensão e crítica ao ativismo judicial

Para fins de elucidar maior rigor científico ao trabalho, cumpre investigar as justificativas teóricas que o envolvem, de modo que uma análise constitucional pautada em uma metodologia dedutiva se faz imprescindível.

Dessa forma, portanto, como exame inicial do tema, cumpre determinar o signo que envolve a noção de poder, para, posteriormente, entender-se a origem e os impactos do fenômeno intitulado “ativismo judicial”.

O desafio lógico que permeia o conceito de poder, longe de ser exato e determinado, está repleto de incertezas, de modo que termos auxiliares como “dominação”, “influência”, “superioridade”, “autoridade”, “soberania”, “império” procuram compreendê-lo sem, no entanto, esgotar seu sentido (CUNHA JR., 2008, p. 492).

Dois características, no entanto, se fazem substanciais à sua compreensão: a socialidade, cujo significado impõe o fenômeno social como condição da existência do poder, e a bilateralidade, que determina a correlação entre duas ou mais vontades, de maneira a qualificar a relação entre dominantes e dominados.

Aliás, ao abordar a ideia de dominação que se perfaz na capacidade de imposição, note-se que dois outros subelementos – a força e a crença – também compõem o conceito de poder, haja vista o fato de que, em uma sociedade política, marcada pela manifestação da soberania estatal, o povo, por autoridade própria, cria órgãos para o exercício de sua dominação, de modo a se submeter a um conjunto de normas jurídicas por eles criado, com a crença de atingir um fim comum¹.

Note-se, ademais, que a existência de um Estado torna inerente a presença de um complexo de normas fundamentais relativas à organização e estruturação social, denominada Constituição², cujo evoluir histórico somente passou a conferir importância e noção a tanto quando do reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração, os quais passaram a atribuir relevante valor à liberdade humana, ante as práticas constantes de opressão do, então, Estado de Polícia.

Nessa esteira de raciocínio, a criação de meios e instituições voltados ao controle e à limitação do poder político³ atribuiu força ao sagrado princípio da separação dos poderes, o qual teve como inspiração os valores justiça e segurança jurídica.

Profundas admirações devem ser reconhecidas ao supracitado princípio clássico, haja vista a revolução organizacional estatal que se fez nuclear ao Estado de Direito; todavia, em meio a tantas evoluções históricas, dinamismos sociais e reconhecimentos de direitos fundamentais, poder-se-ia aplicar o modelo setecentista, liberalista, com a mesma eficácia, ao moderno Estado Social e Democrático de Direito, de forma a garantir a absoluta independência entre os órgãos definidos pela Constituição, bem como a concretização dos valores nela inspirados?

Dessas elevações extraídas, permeia a zona cinzenta que envolve a exegese jurídica, quando da resolução normativa do caso concreto, que vislumbra solavancos ao binômio interpretação e aplicação de princípios e regras.

Nesse prisma arquetipo, subsiste a problemática que envolve o atual Estado Constitucional de Direito – marcado pela força vinculante e obrigatória da Constituição, no sentido de concretização dos direitos fundamentais – e a atual jurisprudência da Suprema Corte inspirada nos ideais neoconstitucionais, prejudicial ao imperioso princípio da segurança jurídica.

Não há dúvidas de que o extenso catálogo de direitos fundamentais, impulsionados pelas dotadas constituições democráticas, concebeu a chamada justiça constitucional das liberdades, como meio efetivo e decisivo, ante os abusos comissivos e omissivos praticados pelos demais poderes.

¹ Nesse sentido, saliente-se a lição de Marcello Caetano (2006, p. 130) acerca do poder político como “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria, instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”.

² Cumpre consignar que o constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir constituições aos Estados, mas sim a fazer com que as constituições abrigassem preceitos asseguradores da separação das funções estatais e dos direitos fundamentais (CUNHA JR., 2008, p. 28).

³ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 7), o constitucionalismo é o movimento jurídico e político que tem por finalidade estabelecer regimes constitucionais, ou seja, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a constituições escritas.

Assim, ao lado do poder legiferante, passou o poder judicante a participar, também, do ato de criação do direito. E não menos evidente seria tal constatação, pois, sob o prisma material, inexistente qualquer diferença entre jurisdição e legislação; tanto o Judiciário quanto o Legislativo concorrem na construção e conformação do direito⁴, de modo que apenas o prisma procedimental é que estabelece a distinção entre os dois modos de criação do direito.

Para fins de acentuar o posicionamento deste trabalho na evidência de não elevar os ideais ativistas do Judiciário, ressalte-se que uma comparação entre a margem de liberdade de ação do órgão judicante e do órgão legiferante, na criação do direito, agrava ainda mais a divergência entre as funções orgânicas, uma vez que o legislador limita-se apenas às normas constitucionais, enquanto o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, submete-se à totalidade do sistema em que opera.

Aliás, o próprio ato de interpretar admite também uma graduação; observe-se que, quando o julgador se vale da subsunção lógico-formal, sua margem de liberdade fica restringida aos contornos delimitados pela norma, cuja textualização se faz objetiva e precisa. De outra ponta, nos casos em que a norma aplicável ao litígio admite conceitos vagos e indeterminados, o juiz, valendo-se de seu juízo de valor, encontra um considerável grau de liberdade para a solução do conflito, o qual, no entanto, não o prestigia atuar como legislador *in stricto sensu*.

Nesse ponto, inclusive, é que a exposição atinge o seu ápice e diverge das doutrinas, pois seria permitido ao poder judicante, valendo-se da interpretação principiológica, moralista jurídica, transplantar as balizas funcionais do ordenamento com o fito de concretizar os valores impostos pela Magna Carta?

Essa pesquisa filia-se à corrente doutrinária que desaconselha esse entendimento, pautando-se, para tanto, no respeito ao princípio da segurança jurídica.

Com efeito, os princípios apresentam importantíssimo papel ao ordenamento, afinal, conferem verdadeiras diretrizes a serem seguidas, de tal sorte que se fixam em verdadeiros alicerces, conferindo sustentação ao sistema.

Ressalte-se, assim, o parecer de Jorge Miranda (2003, p. 226) na evidência de que

[...] os princípios constitucionais exercem uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude de sua maior generalidade e indeterminação e da força expansiva que possuem [...] funcionam como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema.

Autores moralistas, aliás, o atribuem à qualificação de *mandamentos de otimização* (SILVA, 2008, p. 90), tornando saliente seu caráter axiológico e finalístico, de forma a fomentar verdadeira trincheira para o ativismo judicial desenfreado.

⁴ A função jurisdicional se cinge à individualização de uma norma genérica, de competência do Poder Legislativo, a uma situação concreta e específica, de maneira a se desenvolver em direta conexão com as partes interessadas, consubstanciando-se de forma imparcial, independente, inicialmente inerte, tendo como respeito o contraditório.

Não se está aqui a defender a retomada do antigo Estado Legiferante vivenciado quando da criação do Código Napoleônico de 1804, mas admitir a resolução de conflitos intitulados com *hard cases* pela técnica puramente axiológica – como vem fazendo o Supremo Tribunal Federal – não é passível de orgulho.

Nesse sentido, não se condena um modesto voluntarismo da Corte; admitir um Judiciário calado, cingido a declarar a palavra da lei acarretaria a desdita do Estado Social proclamado pela atual Carta Magna. Conforme exposto alhures, o ato de criação do Direito pelo órgão judicante impõe ao julgador a tarefa de reduzir a distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto, de forma a reconhecer-lhe certo espaço de atuação⁵.

Essa amarra conceitual, aliás, é que deve permanecer, pois ante o imenso catálogo de direitos fundamentais reconhecidos pelo texto fundamental, o desenvolvimento do âmago da teoria da separação dos poderes, que antagonicamente se fazia compreendida como uma separação em sentido absoluto, deu lugar à noção de colaboração entre as funções estatais, tendo como anseio a finalidade harmônica do poder e também a realização do grandioso princípio da supremacia da Constituição.

Nesse deslinde de ideias é que permeia a zona nebulosa relativa à aferição do grau de complementaridade do Poder Judiciário no Poder Legislativo, cuja instabilidade se faz associada à independência institucional do Tribunal, posicionado no topo do aparato judiciário⁶, juntamente com a dotada carga de responsabilidades, impulsionada pelas sociedades democráticas, que encontram, em um processo legislativo lento, “oportunidade para manobras e retardamentos” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 14).

Esse ponto, inclusive, é que vem sendo muito debatido pela doutrina, no sentido de explicitar a existência de importantes limitações à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário, o qual, impulsionado pelo impreciso modelo neoconstitucional, atribui às suas decisões judiciais desdobramentos aos princípios constitucionais de forma a abandonar o rigor formal que circunscreve as linhas de atuação de cada função.

Assim, a prática jurídica acaba por oferecer uma espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considera mais adequado, de modo que a principiologização da interpretação, por conseguinte, se consigna apenas como justificativa à ampliação de seu poder discricionário, em detrimento do legislador, para a realização da justiça no caso concreto, conforme ponderação pessoal (DIMOULIUS, 2006, p. 60).

⁵ O que, inclusive, o transforma em um coparticipante da função legiferante ao definir os conceitos jurídicos para termos indeterminados e realizar escolhas entre as soluções possíveis e adequadas, amparadas pelos princípios do Estado de Direito. O emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza uma falha na formulação da norma, mas sim uma técnica de regulação que confere ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar o maior grau de justiça no caso concreto.

⁶ A composição do Tribunal é, sem dúvida, um dos pontos-chave a rupturas abruptas de entendimentos fortalecidos, pois a diversidade de interpretações, decorrentes das alterações de composição do órgão, apoiadas em doutrinas modernas, que, até então, se faziam ignoradas, configura a grande e insolúvel incógnita que permeia a noção de segurança jurídica.

Diante dessas constatações, conclui-se que a redução do direito a princípios, como ocorrido em algumas jurisprudências hodiernas⁷, sob o viés do pretense pós-positivismo, antes de ser um ato digno de aplausos, apresenta-se erradica, ameaçante à segurança jurídica do sistema, pois a tão almejada concretização da Constituição exige submissão às suas diretrizes traçadas, de modo a garantir integração das três dimensões básicas do fenômeno jurídico – administrativa, legislativa e judicial –, assegurando respeito ao diálogo institucional materializador do poder político, o qual evidencia o ajuste entre a criatividade inerente à jurisdição constitucional e o indispensável acatamento dos princípios do Estado de Direito (RAMOS, 2010, p. 316).

3 Conclusão

A noção de equilíbrio, assim como a de justiça, permanece intangível diante de tantas transformações que circunscrevem a história. A instabilidade, condição inerente à vida, à existência, ao mesmo tempo que encoraja ganhos, prevê perdas; e justamente dessa bipolaridade entre tese e antítese, que inviabiliza fundamento ao absoluto, encontra-se a equação dialética originária do produto síntese, ponto inicial a um novo ciclo de inconstâncias.

Da exposição filosófica elevada, extrai-se a reverberação problemática enfrentada neste trabalho, pois, levando-se em conta a prática desenfreada dos denominados trânsfugas partidários, ameaçadores das estruturas democráticas asseguradas pela Carta Magna, poderia o Supremo Tribunal Federal ignorar os postulados constitucionais que lhe restringem a função judicial, ante uma morosidade da máquina legislativa em regulamentar a matéria, como busca da justiça?

E mais, como garantir a simetria entre os poderes, tendo em vista a estruturação constitucional de um Estado Social, amparado por um gritante conjunto de normas-princípio que instigam um modelo hermenêutico impreciso, patrocinador de convicções valorativas pessoais?

Essas indagações, que se fazem hodiernas, em razão das transformações históricas vivenciadas, compartilham dos mesmos empecilhos do passado: a inextinguibilidade pulsante do conceito de harmonia.

Para tanto, uma rápida análise dos fatores desencadeadores do ativismo judicial se faz mister.

Um estudo da clássica teoria da tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu, denota a dificuldade enfrentada na concretização da noção de equalização. É imperioso destacar que de modo algum se fez plena em seu sistema, ainda mais quando pautada na zona de interpretação do órgão judicante, cujo método da subsunção mecânica impunha ao intérprete-aplicador a condição de mero emissário da vontade do legislador, de forma a conferir um processo exegético estático, limitado ao desenvolvimento das premissas menores.

⁷ Cite-se como exemplo os mandados de segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, que se apresentaram perante a doutrina como o maior ativismo judicial expressado pela Suprema Corte.

Montesquieu (apud FERREIRA FILHO, 1979, p. 176), inclusive, enaltecia as feições legicêntricas do poder político ao entender que “a lei é a pauta a que se devem ajustar os poderes Executivo e Judiciário”.

De outra ponta, com relação ao Poder Judiciário, compreendia-o como uma função invisível e nula, cingida à pronúncia das palavras da lei, sem que lhe pudesse moderar a força e o rigor (RAMOS, 2010, p. 68)⁸.

No entanto, diante de diversas críticas referentes à necessidade de uma maior compreensão do direito, cuja imprescindibilidade resultou no abandono dos ideais retrógrados, passou-se a reconhecer, no início do século XX, um fenômeno interpretativo mais abrangente, de forma a enxergar no texto normativo o ponto de partida para o processo hermenêutico, o qual, alinhado com a carga pré-compreensiva do intérprete, até então desprezada, desencadearia a almejada atividade exegética de formulação da norma para o caso concreto.

Logrou-se, *prima facie*, obter um ponto de equilíbrio entre o primado dos enunciados normativos, ditados pelo legislador, e a soberania do órgão judicante, para a concretização da norma, tendo, por sua vez, se desestabilizado quando do período do pós-guerra, cujo alavancar da atuação do Poder Judiciário encontrou no marco filosófico pós-positivista a engrenagem faltante a conferir maior liberdade ao intérprete para intervir no direito posto, de modo a desfalcar a pretendida harmonia funcional estatal.

Diante de tanto, a constante ingerência dos balizamentos normativos vinculantes à movimentação do órgão julgador fomentou o fenômeno conceituado ativismo judicial, cujo sentido se traduz na incursão insidiosa da função jurisdicional sobre o núcleo essencial das demais funções constitucionalmente previstas.

Ressalte-se, por oportuno, que o despertar do ativismo judicial, em matéria constitucional, se fez relacionado às especificidades da atividade hermenêutica que, coadunadas ao forçoso ônus de concretização da Lei Maior, exacerbaram a importância das normas-princípio, tendo em vista uma interpretação neoconstitucional, posicionando os órgãos do Poder Judiciário de maneira suprema, com vistas mais decisivas à interpretação-aplicação da Constituição⁹.

De fato, não há que negar reflexos positivos advindos do ativismo da Corte; contudo, o olhar crítico acerca da ingerência da função jurisdicional, em detrimento da legiferante, fez saltar aos olhos sua feição predatória ao exercício do poder político; conferir a última palavra à elite judiciária significaria a retomada dos erros da clássica teoria de Montesquieu concernente, na busca da harmonia, às funções estatais.

Ora, admitir uma confusão entre a atividade do juiz e a do legislador, como nos ordenamentos da família do *commom law*, atestaria conotações negativas ao

⁸ Note-se que uma análise profunda do modelo proposto, de início, carece de viabilidade absoluta, pois, ao se defender uma vinculação das funções estatais à lei e, ao mesmo tempo, assegurar a um dos poderes a sua criação, evidentemente se está a garantir uma maior zona de atuação a uma das funções, de maneira a desconstituir a noção de igualdade, elementar ao sistema.

⁹ Perceba-se, assim, como as reflexões externadas no início deste artigo demonstram a complexidade que envolve a noção de equilíbrio, pois se, de um lado, havia na função legiferante maior força atuante, o Poder Judiciário, de outro, em um novo contexto, começa a ganhar mais peso na balança do direito.

sistema jurídico brasileiro, haja vista a zona de discricionariedade rígida marcada ao Poder Judiciário que, diferentemente do Poder Legislativo, permeia tanto os contornos constitucionais quanto as demais normas que compõem o sistema, configurando, por conseguinte, uma atuação moderada e limitada para a concretização da norma.

Aliás, o que se pretende, quando da interpretação da teoria da separação dos poderes, não é a noção de separação em seu sentido estrito, mas sim uma cooperação entre os núcleos essenciais de cada função, de forma a corroborar um diálogo institucional voltado à criação e efetivação do direito.

Portanto, um modelo hermenêutico positivista renovado e reflexivo merece acatamento perante um neoconstitucionalismo instável e predatório, de modo que a peculiaridade da interpretação-aplicação das normas constitucionais deve se inspirar tanto na criatividade inerente à jurisdição constitucional quanto no acatamento dos princípios do Estado de Direito, principalmente o da separação dos poderes, de forma que a conjugação desses elementos objetive a prevalência da vontade da lei como um limite aos critérios valorativos do intérprete para a construção da norma de decisão¹⁰.

Destarte, em meio a tantas dificuldades circunstanciais que envolvem o ato de criação do direito, o exercício político do Supremo Tribunal Federal não encontra legitimidade a encorajar a reformas legislativas ao ordenamento. Por mais que, historicamente, comungue de feições políticas, em razão das suas origens, o *status* de guardião da Constituição atribuído pela nação, advindo do poder constituinte originário, o redonda à função jurisdicional, cujo exercício não se funda na prática da democracia, mas sim na garantia dos meios impostos pelo ordenamento para o seu implemento.

THE JUDICIAL ACTIVISM AND ITS THREAT TO LAW

Abstract: The growing commitment of the Supreme Court to make effective the project outlined by the Democratic State Constitution is worthy of applause, however, the growing dynamism of jurisprudence also has negative aspects, further guided by a hermeneutic model inaccurate, developer of personal evaluative beliefs can to denature the concept of political power. Thus, the rescue of the historical and philosophical values that encompass the sacred theory of separation of powers should be revived and put in context with the existing legal system in order to align the institutional debate that links the adjudicative and legislating functions, when the act of creation of Law, showing a exegetical model that adjusts creativity inherent in the constitutional jurisdiction and compliance to the rule of law, preventing a voluntarism that is well-meaning but institutionally disastrous.

Keywords: neoconstitutionalism; instability; cooperation.

¹⁰ Em apontamento angular, Elival da Silva Ramos (2010, p. 308) entende que, "no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objetivo de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete".

Referências

- CAETANO, M. *Manual de ciências políticas e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006. t. I.
- CUNHA JR., D. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- FERREIRA FILHO, M. G. *A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003. t. I.
- RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, V. A. da. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.