

## **ATIVISMO JUDICIAL, *JUDICIAL REVIEW* E PARÂMETROS NORMATIVOS AO EXERCÍCIO JURISDICIONAL: UM DEBATE NECESSÁRIO**

FERDINANDO SCREMIN NETO<sup>1</sup>

LUCAS AUGUSTO GAIOSKI PAGANI<sup>2</sup>

BRUNO SMOLAREK DIAS<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2. CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL. 3. AS CORRENTES DO ATIVISMO JUDICIAL. 4. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL. CONCLUSÕES FINAIS. BIBLIOGRAFIA.

**RESUMO:** o presente artigo analisa o ativismo judicial de forma crítica, a partir da análise de casos concretos. São cotejadas as doutrinas nacional e estrangeira, diferenciando-se o ativismo da figura do *judicial review* praticado no

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito (TJPR). Especialista em Direito Aplicado e Laureado na Escola da Magistratura do Paraná. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Unipar. Foi Delegado de Polícia em Mato Grosso, Analista processual do MPU, Técnico Judiciário do TRF-4 e professor assistente do curso de Direito, *campus* sede, da Unipar, no biênio 2005-2006. Lecionou para a SENASP/MJ e Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, no núcleo de Foz do Iguaçu. Professor da pós-graduação em direito penal e processual penal na Faculdade Maringá. Autor de capítulos em diversas obras jurídicas publicadas pela editora Juruá. É professor do grupo Damásio Educacional – carreiras públicas. E-mail: [ferdinando-pretor@bol.com.br](mailto:ferdinando-pretor@bol.com.br).

<sup>2</sup> Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Graduado em Direito pela UNIPAR. Mises Alumni. Acton Alumni. Professor do Instituto Mises Brasil. E-mail: [lucas.pagani@gmail.com](mailto:lucas.pagani@gmail.com).

<sup>3</sup> Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Positivo (2004) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC (2014), ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012). Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália. Atuou como Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense - Unipar Campus Francisco Beltrão (2010-2014), professor titular da Universidade Paranaense e temporário da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. Leciona na graduação, pós-graduação e no Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR). Email: [professorbruno@prof.unipar.br](mailto:professorbruno@prof.unipar.br)

direito anglo saxônico. Adota-se a premissa de estabelecerem-se limites ao ativismo, buscando-se parâmetros normativos mínimos que garantam, a um só tempo, a segurança e previsibilidade jurídicas, de um lado, bem como a conformação de valores constitucionais estabelecidos na Constituição Federal, de outro. O necessário equilíbrio entre os poderes e a eficácia de um sistema de *checks and balances* são pontuados como necessários e fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Buscam-se limites ao inevitável fenômeno do deslocamento da agenda estatal para o Poder Judiciário, de forma a garantir a higidez das instituições e a estabilidade política e jurídica do País.

**PALAVRAS CHAVE:** Ativismo judicial. Limites. Segurança jurídica. Democracia.

## **JUDICIAL ACTIVISM, JUDICIAL REVIEW AND NORMATIVE PARAMETERS FOR JURISDICTIONAL EXERCISE: A NECESSARY DEBATE**

**ABSTRACT:** This article analyzes the judicial activism critically, analysing concrete cases. The national and foreign doctrines are compared, differentiating activism from the figure of judicial review practiced in Anglo-Saxon law. The premise is adopted to establish limits to activism, seeking minimum normative parameters that ensure, at one time, the legal security and predictability, as well as the conformation of constitutional values established in the Federal Constitution. The necessary balance between the powers and the effectiveness of a system of checks and balances are considered necessary and fundamental to a Democratic State of Law. Limits are sought to the inevitable phenomenon of the displacement of the state agenda to the Judiciary, in order to guarantee the health of institutions and the political and legal stability in Brazil.

**KEY-WORDS:** Judicial activism. Limits. Legal certainty. Democracy.

### **INTRODUÇÃO**

A conformação do Direito à complexa realidade multifacetada e dinâmica da sociedade contemporânea exige dos magistrados uma otimizada atuação que transcende ao espírito *bouche de la loi*, ou juiz “boca da lei”<sup>4</sup>.

Não é um trabalho simples definir o que seja exprimir a boca da lei ou o sentido literal da norma. Até mesmo o uso da linguagem pode assumir contornos distintos em diferentes contextos históricos e culturais. A força viva da palavra ganha significados novos em momentos e locais diversos. Expressões tais como *mulher honesta* e *homem médio* podem tornar-se não apenas polissêmicos, mas ganha diferentes conotações a depender do momento e do local em que empregado. Até no dicionário uma palavra pode ganhar multifários significados.

Nesse sentido, para não nos perdemos em *termos específicos* ou, inclusive, *que a decisão judicial possa ser discricionária em sua fundamentação*, temos as *guidelines* fornecidas tanto pelo Art. 93, IX da CF, quanto os Arts. 489 e seguintes do CPC, além dos Arts. 20 a 25 da LINDB, incluídas pela Lei nº 13.655/2018, instituindo a necessidade da análise do *consequencialismo* das decisões jurídicas, tanto *administrativas* quanto *judiciais*.

De fato, a multiplicidade de litígios e a presença cada vez maior de *hard cases* demanda não apenas ponderação de princípios, mas muitas vezes o uso de ferramentas que vão além das opções trazidas na norma, exigindo até mesmo certo grau de criatividade judicial na busca da melhor solução ao caso concreto — desde que vinculados à legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico.

Mesmo em uma nova perspectiva de um *sistema multiportas para a solução adequada dos conflitos*, mediação, conciliação, e todo um *novo formato procedimental* para o funcionamento da justiça, tanto judicial quanto extrajudicial, *não pode-se excluir que a fundamentação da decisão judicial* continua

---

<sup>4</sup> Montesquieu explica que “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela.” In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993. p. 175.

vinculando todo o ordenamento jurídico, seja ele *exclusivo do poder público* ou, ainda, em relações privadas — pois a legitimidade de um comando estatal deriva da própria justificativa do intérprete, dentro das *guidelines* propostas pelo ordenamento jurídico, como um todo.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário, devido à judicialização das relações sociais e políticas, é colocado no epicentro jurídico-constitucional do Estado contemporâneo<sup>5</sup>.

Mas há limites.

Já se disse que o Poder Judiciário pode muito, mas não pode tudo. Conforme explicita Georges Abboud<sup>6</sup>:

A discricionariedade judicial é o 'input' das convicções do magistrado no ato de sentenciar. (...) discricionariedade judicial é, em verdade, tornar legítimo o uso manipulador e estratégico da jurisdição, principalmente constitucional.

É precisamente na discricionariedade judicial, quando o magistrado decide conforme as suas convicções pessoais — e não na legalidade vigente<sup>7</sup> — gera o fenômeno que será o objeto central do presente trabalho: analisar de forma crítica e técnica o ativismo judicial (*discricionariedade judicial*), à luz de casos concretos nas mais diversas searas do Direito, buscando estabelecer os limites necessários à atuação jurisdicional à luz da Constituição e dos princípios gerais de direito.

Embora a decisão judicial *seja um ato discricionário*, isto é, um *ato de vontade do magistrado*, ele tem a sua *legitimidade* tanto para decidir *como* e *o que* interpretar derivadas dos compromissos constitucionais e

---

<sup>5</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo**: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. Processo Constitucional. Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Org. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

<sup>6</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, [livro eletrônico], p. RB-3.42.

<sup>7</sup> Idem. p. RB 3.42.

infraconstitucionais — normas materiais e processuais — da fundamentação da decisão judicial. Isso significa dizer que, embora seja de escolha do magistrado o *dispositivo da sentença*, ele é legalmente vinculado à *guidelines* necessárias para o deslinde do feito, isto é, *fundamentando a sua decisão judicial*.

A fundamentação da decisão jurídica não pode ser substituída por valores morais ou sentimento de justiça do julgador, sob uma *aparência de conflito entre princípios*. As soluções encontradas durante o processo decisório precisam ser válidas segundo os parâmetros normativos vigentes ao tempo da decisão.

O ativismo enfrenta críticas mais severas justamente a partir da adoção de *standards* heterodoxos. Aqui deve ser enfrentada a questão atinente ao grau de criatividade, os modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários. Não se pode prevalecer que um Magistrado possa ser um ator político, sem estar vinculado ao Direito, decidindo de maneira discricionária sem incorrer em ser um '*juiz com interesses, juiz ideológico, juiz oportunista*'<sup>8</sup>.

Conquanto a expressão *ativismo judicial* careça de precisão semântica, crescem as críticas à criação judicial de normas jurídicas gerais e abstratas – e que perpassam a realidade do processo. Em outras palavras, os efeitos das decisões deixam de ser *inter partes*, para alcançar situações sequer previstas na legislação, inclusive na seara penal, o que nos parece ser mais grave – e de consequências imprevisíveis não apenas no âmbito político, mas também na seara política, dado o possível efeito *backlash* que se vislumbra já no cenário atual, mas, sobretudo de forma previsível no médio e longo prazo.

De fato, o tanto o poder Poder Legislativo quanto à população, em geral, já demonstram clara insatisfação com as recentes decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, como o caso da nº 5.779/DF<sup>9</sup>; RE 714.139/SC<sup>10</sup>; RE

---

<sup>8</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, [livro eletrônico]. p. RB. 3.42.

<sup>9</sup> Competência da ANVISA sobre a permissão da produção, comercialização e consumo de inibidores de apetite como sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol.

<sup>10</sup> As modulações de efeito da declaração de inconstitucionalidade da lei que majorava o ICMS de 17% para 25% somente para 2024, em detrimento claro do princípio da legalidade estrita estabelecido pela Constituição Federal e pelo Código Nacional Tributário.

605.709/SP<sup>11</sup>; ADIn 6.241/DF<sup>12</sup>; ADPF 54<sup>13</sup>; SL 1.504/RS<sup>14</sup>; o Inquérito Criminal nº 4.781<sup>15</sup>; e, recentemente, as decisões judiciais proferidas pelo Ministro Alexandre de Moraes, dentro do caso Daniel Silveira, onde estipulou medidas penais rigorosas não previstas em lei, muito menos no escopo do Art. 319 do Código de Processo Penal, entendimento esse adotado pelo Ministro Kassio Nunes, as quais, em última análise, acabam legislando sobre assuntos que, a rigor, em função típica, não são de atribuição do Judiciário, em *situações* que abarcam *um desacordo moral razoável* ou *até uma usurpação do poder legítimo de decidir*.

Em sucinto resumo, *um desacordo moral razoável* é um desacordo entre *como resolver* uma situação através de uma assembleia legislativa onde não há apenas uma única resposta moral possível, como, por exemplo, questões relacionadas ao *aborto, maconha, liberdade de expressão, desmilitarização da polícia militar*, entre tantos outros temas políticos que permeiam o debate político. Em suma, *não é do magistrado* o poder de decidir *quais regras serão criadas*, e mais especificamente, como uma *escolha* derivada da autodeterminação dos povos deve ser. A participação política não é apenas escolher quem irá representá-lo, mas, sim, *como você quer* que o problema seja resolvido.

Algo que parece *óbvio*, mas não tão óbvio para os operadores do direito, é a diferença entre a arena política e o debate processual. Enquanto o debate processual é vinculado pelo princípio da congruência e sua discussão deve ser restrita ao que as partes falaram no processo, a arena política não tem amarras quanto ao que se pode discutir, além de ser uma *assembleia* de muitos e não uma *corte de poucos*. Inverter o processo e destituir a arena política do seu propósito descreve precisamente o que é uma *juristocracia*.

---

<sup>11</sup> Quanto a impossibilidade constituição das exceções da impenhorabilidade do bem de família descrito no Art. 3º e seus incisos na Lei 8.009/1990.

<sup>12</sup> Criar um critério analógico para que empresas estatais possam ser desestatizadas sem o aval do congresso nacional.

<sup>13</sup> A permissão do Aborto, criando uma excludente de ilicitude para o crime de aborto.

<sup>14</sup> A suspensão de Liminar do Caso da Decisão do Tribunal do Júri envolvendo a polêmica do Caso da Boate Kiss, no Rio Grande do Sul, utilizando-se a fundamentação contida no Art. 297 RISTF.

<sup>15</sup> O Inquérito do Fim do Mundo ou, ainda, o Inquérito das Fake News.

Citam-se, como exemplos, a criminalização da homofobia e a extensão do regime de imprescritibilidade próprio do racismo à injúria racial por decisões judiciais, isso para citar apenas o âmbito penal. No primeiro caso há verdadeira criação de tipo penal em evidente afronta ao princípio da reserva legal, postulado democrático indissociável à segurança jurídica e à legalidade estrita que vigora no direito penal, matriz libertária segundo a qual *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta, certa*. Não há crime nem pena sem prévia lei escrita, estrita e certa. Independente do acerto quanto ao mérito da decisão, a sobreposição política da Corte Suprema parece ter ido longe demais. No segundo caso, acreditamos estar-se diante de analogia *in malam partem*, o que também é defeso segundo os princípios básicos vigentes no direito penal.

No âmbito do direito administrativo, a interferência judicial em nomeações políticas não tem passado ilesas a críticas fundadas acerca da indevida interferência judicial nas funções típicas do Poder Executivo.

No direito civil, a ampliação do conceito de *família* e o casamento homoafetivo, mercê de *vedação implícita constitucionalmente*, deslocou o debate da questão do Legislativo para o Judiciário, desempenhando esta última função inerente ao primeiro.

Se de um lado é certo que a mora legislativa não deve permanecer infensa a críticas e até mesmo conformações normativas, é igualmente correto afirmar que as escolhas políticas da nação estão a cargo dos representantes do povo, eleitos democraticamente pelo voto secreto e universal.

O processo legislativo, também, tem *uma demora* específica, de conjugação de duas vontades, em si, conforme explicita José Celso de Mello Filho<sup>1617</sup>:

---

<sup>16</sup> MELLO FILHO. José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 43.

<sup>17</sup> Nesse sentido, também, José Afonso da Silva: “Fazer a lei é (...) prescrever as normas, os preceitos que devem reger os homens e as coisas, as autoridades e a sociedade em todas as suas relações; é exercer a alta faculdade de regular todas as forças sociais, seu desenvolvimento, os destinos públicos, de fazer a propriedade ou a desgraça do país, pois que a sorte do Estado depende mais que muito de sua legislação”. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 22

(...) é uma espécie normativa que resulta da conjugação de duas vontades: vontade do legislativo, consubstanciada na aprovação do projeto de lei, e a vontade do executivo, revelada pela sanção ao projeto de lei. A Lei apresenta-se como ato jurídico dotado de complexidade subjetiva. A formação da lei só ocorre pela manifestação isolada da vontade legislativa na hipótese excepcional, prevista na Constituição, de rejeição ao veto do Executivo pelo Poder Legislativo.

Oportuno lembrar que, mesmo que o *sistema democrático seja falho*, ele, ainda, é o sistema que *melhor concilia interesses difusos dentro da sociedade* onde, não necessariamente, precisa *decidir* ou sequer conciliar qualquer interesse/vontade popular, diferentemente de um debate processual — pelas amarras impostas pelos princípios da congruência (Art. 492 do CPC) e o princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional (Art. 5º, XXXV CFRB/88)<sup>18</sup>.

O constitucionalismo abusivo deve ser objeto de controle, seja porque *os fins não justificam os meios*, seja diante da premente necessidade de *checks and balances* às decisões da Suprema Corte. A pretensa proteção às liberdades guarda a perigosa fronteira com a tirania. O *efeito borboleta*<sup>19</sup> do ativismo gera insegurança jurídica, porque permeado de incerteza quanto às condutas permitidas ou vedadas e bem assim quanto ao direito aplicável a determinada relação jurídica.

Embora se trate de problema recorrente em todo o mundo, a academia deve começar a debruçar-se sobre o tema dos *juízes legisladores*, expressão cunhada por Mauro Cappelletti em obra clássica publicada em língua portuguesa há quase trinta anos, mas cuja atualidade e relevância se nos parecem evidentes.

---

<sup>18</sup> PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

<sup>19</sup> A expressão “efeito borboleta” pode ser definida como uma pequena ação, como atingir uma borboleta, pode causar danos de grandes proporções, em efeito cascata ou em efeito dominó.

Nas palavras de Mauro Cappelletti, *uma das preocupações que os legisladores e reformadores do sistema processual* era, justamente, era o *perigo da proliferação de tribunais especializados* que, em tese, poderiam criar uma barreira ao acesso efetivo da prestação jurisdicional, citando, por exemplo, o caso da litigação parasitária, conforme o projeto de Florença<sup>20</sup>.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar de forma crítica a figura do *ativismo judicial*, à luz da doutrina nacional e estrangeira, buscando refletir os impactos normativos das decisões emanadas dos Tribunais Superiores e a necessidade de se esquadriñar um arcabouço jurídico que traga segurança jurídica e limites à criatividade jurisdicional.

Utilizar-se-á, neste artigo, a primeira parte do conceito de ativismo judicial, que para os fins deste artigo é definido como “toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico”<sup>21</sup>. Neste conceito os autores alertam para o crescimento exacerbado do Judiciário, invadindo, indevidamente, os outros poderes da república pelo anular de leis produzidas devidamente pelo congresso nacional por motivos ideológicos ou políticos<sup>22</sup>. A segunda parte do conceito será considerada como a usurpação (pelo poder judiciário) de um poder originário sem razão jurídica para tanto. Ou ainda, o que foi descrito por Christopher Wolfe: “(...) a relação de uma decisão judicial com a Constituição ou a maneira pela qual os juízes exercem o que é reconhecido como um poder amplamente político e discricionário”<sup>23</sup>.

## 2. A CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL

---

<sup>20</sup> CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 163.

<sup>21</sup> ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, vol. 1008/2019, p. 43-54, out./2019, DTR\2019\40623. p. 4

<sup>22</sup> Idem. p. 3.

<sup>23</sup> No original: the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. In: WOLFE, Christopher. **Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security**. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. p. 31.

É preciso destacar, de plano, que a utilização do termo ‘ativismo judicial’ deve ser analisada de forma independente e específica, apartada do que convencionalmente se denomina *judicial review* (Revisão Constitucional ou Controle de Constitucionalidade) no direito norte-americano.

Isso porque a definição do que vem a ser *judicial review* é, nas palavras de Christopher Wolfe:

(...) Uma questão de interpretação (associada por Hamilton com julgamento) e não de legislação (associada à vontade) (...) A tarefa do juiz não é determinar o que é melhor para o país ou qual regra geral que promoveria o bem da nação e de seus cidadãos em relação a uma determinada questão política (...) é determinar não a sabedoria da lei, mas sua constitucionalidade.<sup>24</sup>

O autor, ainda, acrescenta que o propósito inicial do *judicial review* americano consistia em esforço judicial quanto à Constituição escrita (“*como execução judicial de uma constituição escrita*”), circunstância que difere do que é chamado de *judge-made law* (lei criada pelo juiz). Ainda, que a tarefa de dar cumprimento às leis não faz os juízes superiores ao povo, mas simplesmente permite-lhes trabalhar na construção permanente da vontade do povo contra a vontade das maiorias temporárias: “(...) não torna os juízes superiores ao povo, mas simplesmente os capacita a fazer valer a vontade constitutiva permanente do povo contra a vontade de uma maioria temporária”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> No original: A matter of interpretation (associated by Hamilton with judgement) rather than of legislation (associated with will) (...) The task of the judge is not to determine what is best for the country or what general rule would most advance the good of the nation and its citizens in respect to a particular policy matter (...) it is to determine not the wisdom of the law, but its constitutionality. In: WOLFE, Christopher. **Rise Of Modern Judicial Review**: From Constitutional interpretation to judge-made Law. Maryland: Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994. p. 101.

<sup>25</sup> No original: “does not make the judges superior to the people, but simply enables them to enforce the permanent constitutive will of the people against the will of a temporary majority”. In: WOLFE, Christopher. **Rise Of Modern Judicial Review**: From Constitutional interpretation to judge-made Law. Maryland: Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994. p. 233.

Para Mark Tushnet, o *judicial review* tem duas faces, a saber: *Weak Judicial Review* e *Strong Judicial Review*.

A forma de *Strong Judicial Review* pode ser definida como:

(...) um sistema em que as interpretações judiciais da Constituição são finais e irreversíveis por maiorias legislativas ordinárias (...) as interpretações judiciais podem ser rejeitadas por maiorias especiais necessárias para a emenda constitucional" ou ainda "rejeitadas pelos próprios tribunais, quer depois de novos juízes se juntarem ao mais alto tribunal, depois de alguns dos juízes originais repensarem a sua posição<sup>26</sup>.

A forma de *Weak Judicial Review*, por sua vez, baseia-se na premissa segundo a qual é necessário reduzir as tensões existentes entre a revisão judicial e o governo democrático:

(...) cumpre a promessa de reduzir a tensão entre a revisão judicial e a autogovernança democrática, reconhecendo a um só tempo que o constitucionalismo exige limites ao autogoverno (...) [e] proporciona um mecanismo para o povo responder a decisões que razoavelmente acreditam erradas, [e] que podem ser implementadas mais rapidamente do que a emenda constitucional ou os processos de nomeação judicial<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> No Original: (...) a system in which judicial interpretations of the Constitution are final and unrevisable by ordinary legislative majorities (...) judicial interpretations can be rejected by special majorities required for constitutional amendment" ou ainda "rejected by the courts themselves, either after new judges join the highest court or after some of the original judges rethink their position. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law.** New Jersey: Princeton University Press, 2008. p. 34.

<sup>27</sup> No original: (...) holds out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance (...) it provides a mechanism for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes. In: TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law.** New Jersey: Princeton University Press, 2008. p. 23.

Para autores como Rosalind Dixon e David Landau (2021, p. 84) a forma forte de revisão constitucional pode causar problemas severos na seara política, provocando conflitos entre as cortes e os poderes políticos, *verbis*:

(...)um confronto entre os tribunais e os ramos políticos, que leva os ramos políticos a desobedecer abertamente aos tribunais (prejudicando assim o Estado de direito) ou a atacar a sua Independência e jurisdição (prejudicando assim a Independência judicial)<sup>28</sup>.

Em que se pese Rosalind Dixon e David Landau não utilizarem o termo *judicial activism*, referem-se com frequência ao fenômeno intitulado *judicial review*, de modo que o conceito de ativismo ora empregado tem lastro epistemológico na ideia de abusos que o sistema *Judicial Review*<sup>29</sup> encerra:

(...) os juízes visam intencionalmente ao núcleo mínimo democrático (...); os juízes geralmente fazem-no depois de serem coagidos a serem capturados por atores antidemocráticos, e assim tornam-se parte de uma estratégia do regime para minar a democracia liberal.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> No original: A confrontation between courts and the political branches, which leads to the political branches openly disobeying courts (thus undermining the rule of law) or attacking their Independence and jurisdiction (thereby undermining judicial Independence)

<sup>29</sup> Os citados autores diferem o fenômeno da revisão constitucional forte e da revisão constitucional fraca. Para eles, esta última “occurs paradigmatically when courts are asked to review new legislation or executive action that plausibly clashes with the constitutional text and undermines the democratic minimum core”. Em tradução: “ocorre paradigmaticamente quando se pede aos tribunais que revejam nova legislação ou ação executiva que choca plausivelmente com o texto constitucional e mina o núcleo mínimo democrático”. Já na revisão constitucional forte: “the immediate invalidation of an existing statute or executive decision, or a mandatory order directed at a specific government official requiring specific and immediate action” or even “little or no deference to the constitutional judgement of legislators or executive actors” Em tradução: “a invalidação imediata de um estatuto existente ou de uma decisão executiva, ou de uma ordem obrigatória dirigida a um funcionário governamental específico que exija uma ação específica e imediata” ou mesmo “pouca ou nenhuma deferência ao juízo constitucional dos legisladores ou dos atores executivos”. In: DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. New York: Oxford University Press, 2021. p. 94-96.

<sup>30</sup> No original: Judges intentionally take aim at the democratic minimum core (...) judges usually do this after being either coerced or captured by anti-democratic actors, and thus become part of a regime strategy to undermine liberal democracy. In: DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. New York: Oxford University Press, 2021. p. 83.

Os críticos do ativismo judicial sustentam a necessidade de serem observados o império da lei e a divisão de poderes, vinculando a atividade judicial à obediência a normas claras, prospectivas, coerentes e de acesso público – é ressaltar, como predito: *laws that are clear, prospective, coherent and publicly accessible should bind judges*. Em tradução livre, a ideia parte da premissa de que leis claras, prospectivas, coerentes e de acesso públicos devem vincular os magistrados:

"O Estado de Direito é melhor compreendido para fundamentar a separação da autoridade jurídica e política. Não licencia o controle judicial livre do mérito da ação executiva ou legislativa sem restrições por lei clara e estabelecida. O princípio do Estado de direito é coerente com a centralidade dos nossos dispositivos constitucionais de soberania parlamentar, até porque o Parlamento está bem colocado para tornar as leis adequadas ao Estado de direito - leis que são claras, prospectivas, coerentes e acessíveis ao público - o que deveria vincular os juízes".<sup>31</sup>

Nesse aspecto, aparenta-se ressurgir ideários éticos segundo os quais a lei, quando clara, deve ser interpretada de maneira direta, sem devaneios, projetando-se para o campo jurídico fragmentos deontológicos inerentes ao postulado *in claris cessat interpretatio*.

A preocupação sobre uma Corte ativista de Ran Hirschl<sup>32</sup> é a mesma preocupação da autora Mary Shelley em *O prometeu moderno* ao descrever a vontade *demiurga* do ser humano ao ponto simularem a criação divina *a sua imagem e semelhança*:

---

<sup>31</sup> No Original: The rule of law is better understood to ground the separation of legal and political authority. It does not license free-wheeling judicial oversight of the merits of executive or legislative action unbound by clear, settled law. The principle of the rule of law is consistent with the centrality to our constitutional arrangements of parliamentary sovereignty, not least since Parliament is well-placed to make laws fit for the rule of law – laws that are clear, prospective, coherent, and publicly accessible – which should bind judges. In: EKINS; Richard; FORSYTH, Christopher. **Judging the public interest: The rule of Law vs. The Rule of Courts**. Londres: Judicial Power Project, 2015.

<sup>32</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020. p. 292-293.

(...) o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização pode, em última instância, criar um cenário institucional indesejável para as elites dominantes e seus eleitores. Além disso, grupos de oposição ou minorias também podem aprender a usar a nova estrutura constitucional para promover suas preferências políticas, apresentando-as como reivindicações de Direitos. Pelo menos em teoria, uma vez ampliadas as suas competências, existe o risco de que os tribunais se transformem no monstro de Frankenstein: órgãos de decisão imprevisíveis e autônomos, cujos julgamentos são contrários aos interesses e expectativas dos defensores da sua nova roupagem institucional.

Não obstante, Ran Hirschl<sup>33</sup> ainda assevera o problema da judicialização da política como sendo uma restrição da participação direta da população, uma vez que:

Os contornos do debate político são consequentemente moldados por uma classe restrita de profissionais — geralmente advogados, acadêmicos e juízes, todos empregando jargão técnico e raciocínio legalista — e não pela discussão pública aberta, cujos limites são definidos pelo povo e seus representantes.(...) Em outras palavras, a transferência de questões fundamentais da identidade coletiva da esfera política para os tribunais favorece aqueles que possuem conhecimentos profissionais específicos e melhor acesso e influência sobre o sistema jurídico. A expressão “eles são juristas” passa a ter um significado mais importante na determinação dos resultados das disputas políticas (...) essa transferência representa uma eliminação em larga escala de responsabilidade política, se não a abdicação total do poder (...).

A função legislativa típica não pode ser usurpada. E nesse ponto, é inegável que o ativismo desenfreado acaba por açambarcar a função de um poder legítimo – o Legislativo, sem justa razão jurídica, fundamentando-se inteiramente na *moralidade do intérprete*.

---

<sup>33</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora E.D.A, 2020. p. 315.

Essa função legislativa tem um campo específico: A arena política. O debate político, respeitando a autodeterminação dos povos e do autogoverno do povo e pelo povo, traz um debate mais franco, em uma verdadeira assembleia, podendo discutir problemas que nem poderiam ser descritos em um processo judicial.

Não fosse o bastante, a arena política *difere* essencialmente da arena judicial, na questão da *necessidade* de resolver *ou não* esse *conflito aparente* entre os interesses de determinados grupos políticos, o *poder legislativo* pode não resolver esse conflito e declarar que não existe um problema ou conflito grande o suficiente para que o *desacordo moral razoável* seja sequer uma resposta ou, inclusive, pode ir mais longe que a previsão inicial quanto ao *problema político* em pauta.

Diferentemente, sobretudo nas regras gerais, tanto da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e da formalidade do processo, do processo judicial. Em destaque, há o princípio da congruência (ou adstrição) do Art. 492 do Código de Processo Civil e o princípio da prestação jurisdicional (Art. 5º, XXXV, CF).

Conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>34</sup>:

“O princípio da tipicidade e a regra da adstrição ou da congruência possuem íntima relação com a ideia de garantia de liberdade dos litigantes. Se a tipicidade tem a função de impedir a execução através de meio executivo não previsto na lei, a regra da adstrição visa evitar atuação oficiosa do juiz, que poderia comprometer a sua imparcialidade, levando-o a atuar de forma arbitrária.”

Nesse esteio, preleciona Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-21.19.

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RL-1.98.

O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 141; CPC/1973 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença citra ou infra petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação.

Quanto ao princípio da inafastabilidade da prestação judicial, leciona José Miguel Garcia Medina<sup>36</sup>:

(...) jurisdição, assim, deve ocupar-se de dar fim à lide, pautando-se pelas premissas fixadas pela Constituição Federal. Essa deve, a nosso ver, ser a força motriz da atuação jurisdicional no Estado constitucional democrático de direito, podendo-se mesmo dizer que, se o juiz não atua com o intuito de materializar este desiderato, presta, quando muito, jurisdição na forma, mas não no conteúdo.

Nesse sentido, o *magistrado* não só é obrigado a agir, mas, também, de *criar um novo direito* ou, pelo menos, *em tese*, resolver a lide processual, diferentemente do processo legislativo. É exatamente por isso que o debate do *desacordo moral razoável* deve ser dado no congresso e não na seara judicial: *obriga-se a resolver a lide conforme o reino processual*, enquanto que a discussão é *inteiramente moral e política*.

Enquanto a Lei cristaliza um compromisso de primeira ordem, uma proteção escolhida pela assembleia dos representantes do povo, uma decisão judicial *ativista* pode ser vítima de si mesmo, formando coisa julgada ou não<sup>37</sup>,

---

<sup>36</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. RL-1.4.

<sup>37</sup> Ver mais em: THAMAY, Rennan. **Coisa Julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. RB. 8-2.

podendo ser alterada a qualquer momento, especialmente no controle abstrato de constitucionalidade. O que vale hoje, pode não valer amanhã.

Qual é a segurança jurídica proporcionada por uma decisão judicial ativista? Qual é o controle que pode ser exercido através de um ativismo judicial, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, que não seja o próprio Poder Judiciário ou, até, o próprio Supremo Tribunal Federal?

Uma vez dada a inexistência da coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato, sobretudo, o que impede, ao modificar a composição do Supremo Tribunal Federal, a corte alterar toda a jurisprudência consolidada *que confirma* direitos fundamentais como o *casamento* entre pessoas do mesmo sexo?

A pena do ativismo judicial, sobretudo a pena do intérprete, é ser anulado pelo mesmo ativismo praticado, com sinal invertido, desestabilizando o sistema jurídico, em ofensa ao postulado da segurança jurídica.

Conforme prelecionam Lucas Augusto Gaioski Pagani e Bruno Smolarek Dias<sup>38</sup>:

(...) A segurança jurídica possa ser estabelecida quanto a dignidade da pessoa humana de cada cidadão afetado pelo jogo de poder entre os gigantes seja protegido, de fato, como dever absoluto do Estado, e fundamento do Estado Democrático de Direito para combater os atos de vontade e discricionários da Autoridade Pública.

A segurança jurídica, permeada do princípio da legalidade, evidencia que no Estado Democrático de Direito o Judiciário não pode decidir como bem lhe

---

<sup>38</sup> PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. p. 21.

aprouver. A aplicação da Lei não é uma opção do juiz. O senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento para motivação da decisão.<sup>39</sup>:

(...) [O] dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir desta ou daquela maneira. (...) ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição (...) deverá aplicá-las quando for o caso, porque são contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vinculam sua atividade decisória

Não obstante, o ativismo judicial, está atrelado a premissas democráticas a iluminar e guiar os horizontes da sociedade:

(...) O STF deveria agir como uma espécie de órgão representativo da sociedade, influenciando nos rumos sociais do país, como também propõe um conceito de entidade de classe que é amplo e subjetivo demais, apto a gerar, a longo prazo, insegurança jurídica. Esse viés representativo pode ser altamente danoso ao próprio STF, uma vez que ele pode ser objetado sempre que o Supremo buscar exercer sua função contramajoritária.<sup>40</sup>.

Não se pode negar que o ativismo judicial gera perigos ao Estado Democrático. Conquanto os juízes digam o direito, não há dúvidas, a adoção de parâmetros heterodoxos deve ser vista com cautela, isto é, *cum granu salis*, sob pena de deslegitimação da função jurisdicional.

### 3. AS CORRENTES DO ATIVISMO JUDICIAL

---

<sup>39</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, [livro eletrônico]. p. RB 3.42.

<sup>40</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, [livro eletrônico]. p. RB-3.6.

Há três importantes correntes a tratar do ativismo judicial.

A primeira, de verniz neoconstitucionalista, adotada pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), considera o papel iluminista do Judiciário, verdadeiro farol para a sociedade.

Entende Luís Roberto Barroso<sup>41</sup> que o ativismo judicial é uma “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance’ associando-se a “uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

Essa corrente admite o ativismo como ‘postura ou farol que ilumina a sociedade’, todavia é mister ressaltar os perigos que ela encerra, porque pode tornar-se a depender do caso concreto:

(...) um ato pernicioso que pode, ao mesmo tempo garantir um direito e não garantir, ao mesmo tempo. Não há critérios estabelecidos que possam trazer segurança jurídica ao papel ativista das cortes, podendo, hoje, ter uma inclinação progressista e, amanhã, uma inclinação conservadora, deixando o sistema jurídico, ao cabo, nas mãos das vontades subjetivas dos intérpretes da Lei<sup>42</sup>.

A segunda corrente, legalista, abarca os doutrinadores céticos ao ativismo judicial – os quais consideram o ativismo corolário do solipsismo judicial, da discricionariedade judicial. Esse é o caso de autores como Jeremy Haldron, Mark Tushnet, Christopher Wolfe, Ran Hirschl, Richard Bellamy e o *Justice* Antonin Scalia.

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista SynThesis**, Rio de Janeiro, nº 1, 2012. p. 6.

<sup>42</sup> PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes**. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022. p. 75

De acordo com Richard Bellamy, o confronto da “ditadura da maioria” invocada por quem acredita ser papel do Poder Judiciário realizar a função contramajoritária, revela os riscos que as decisões de cunho político representam para o regime democrático:

Os defensores da revisão judicial salientam com razão que nenhum procedimento político é um exemplo de um procedimento perfeitamente justo. Mas o mesmo pode ser argumentado em relação aos tribunais (...); portanto, não se pode dizer que a alegada superioridade dos tribunais consiste no facto de considerarem os direitos enquanto os processos democráticos não o fazem. Tal vantagem hipotética teria de assentar no facto de os seus procedimentos serem de alguma forma mais escrupulosos no que diz respeito aos direitos do que os democráticos<sup>43</sup>

Mark Tushnet avança sobre o tema, defendendo que o constitucionalismo popular expressa uma condição democrática mais ampla pelo autogoverno feito pelo próprio povo, em contraposição ao *elitismo* das Cortes:

O constitucionalismo popular expressa o compromisso central da democracia com o autogoverno popular, enquanto a supremacia judicial expressa um compromisso com o governo por parte das elites. Os defensores da supremacia judicial dizem que o povo teve a sua palavra quando criou a Constituição, mas não tem um papel contínuo na sua interpretação, a não ser o de concordar com o que os juízes lhes dizem<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> No original: Los defensores de la revisión judicial señalan con razón que ningún procedimiento político es un ejemplo de procedimiento perfectamente justo. Pero lo mismo puede alegarse con respecto a los tribunales (...); por lo tanto, no puede decirse que la supuesta superioridad de los tribunales consiste en que ellos consideran los derechos mientras que los procesos democráticos no lo hacen. Tal hipotética ventaja tendrá que descansar en el hecho de que sus procedimientos son de alguna manera más escrupulosos con respecto a los derechos que lo que lo son los democráticos. In: BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político**: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Marcial Pons: Madrid, 2010. p. 44.

<sup>44</sup> No original: Popular constitutionalism expresses democracy’s core commitment to popular self-government, while judicial supremacy expresses a commitment to government by elites. Advocates for judicial supremacy say that the people had their say when they created the Constitution but have no continuing role in its interpretation except to go along with what judges tell them. In: TUSHNET, Mark. **Taking Back the Constitution**: Activist judges and the next age of American law. Londres: Yale University Press, 2020. p. 246.

Nesse sentido, demonstra Lucas Augusto Gaioski Pagani<sup>45</sup> que:

Na verdade, o próprio Judiciário tem um status de elite, estando afastado do cidadão comum e sujeito a esquecer que, em uma democracia, o governo é feito para o povo e pelo povo. Nessa linha, a instrumentalização de tribunais para fins políticos, especialmente sob o véu de um argumento contra-majoritário, não é suficiente para dar legitimidade democrática aos juízes para exercerem um papel ativo como político ou 'falar em nome das pessoas', especialmente sem qualquer responsabilidade de fazer qualquer coisa em 'nome do povo', em contraste com os políticos, que são eleitos.

Por fim, a escola consequencialista de Cass Sunstein, para quem o ativismo judicial não é bom ou ruim, deve ser analisado caso-a-caso, de acordo com as *consequências* da decisão.

Para Cass Sunstein, acima de tudo, quando a lei deixa lacunas a serem preenchidas pelo magistrado:

(...) As convicções ideológicas parecem ser importantes. Talvez sejam importantes porque os juízes tentam fazer o melhor sentido possível a partir de estatutos ambíguos, e os nomeados democratas e republicanos diferem quanto à melhor maneira de o fazer. Talvez as convicções sejam importantes porque as consequências são importantes, e juízes diferentes avaliam as consequências de formas diferentes. Talvez juízes diferentes tragam "presunções de antecedentes" diferentes à lei, e essas presunções de antecedentes diferentes estejam correlacionadas com o partido político do presidente nomeado<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal:** controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022. p. 99.

<sup>46</sup> No original: (...) Ideological convictions appear to matter. Perhaps they matter because judges try to make the best possible sense out of ambiguous statutes, and Democratic and Republican appointees differ about the best way to do that. Perhaps convictions matter because consequences matter, and different judges evaluate consequences in different ways. Perhaps different judges bring different "background presumptions" to the law, and those different background presumptions are correlated with the political

Não obstante, Cass Sunstein descreve sobre que nem sempre o *judicial restraint* pode ser uma ideia salutar, já que se trata de premissa variável de acordo com o cenário adotado, em contraposição à posição da corrente originalista:

Os originalistas acreditam que se os juízes aderirem ao significado original, são restringidos, e se o abandonarem, são "ativistas". Para efeitos do presente, compreendamos a contenção de uma forma neutra e digamos que ela existe sempre que os juízes defendem a legislação. Assim definida, a contenção pode ou não ser uma coisa boa. Poderão pensar que onde a Constituição é ambígua, a contenção judicial é o caminho certo, e poderão esperar que seja possível um acordo teoricamente incompleto sobre essa proposta<sup>47</sup>.

Na noção consequencialista do ativismo judicial, Cass Sunstein defende que, ainda que os magistrados não sejam eminentemente políticos, o desacordo estará na forma como interpretam a lei, dividindo os juízes em duas classes:

Claro que os juízes não são políticos, e ambos os candidatos tiveram razão em dizer que a tarefa judicial é interpretar a lei. Mas, nos casos controversos, os juízes discordam frequentemente. Quando o fazem, sobre o que é que discordam? É normal separar os juízes segundo duas linhas. A primeira envolve ideologia. Alguns juízes inclinam-se para a esquerda, outros para a direita. Talvez os presidentes democratas tendam a nomear juízes liberais, enquanto os presidentes republicanos nomeiam juízes conservadores. A segunda envolve a interpretação. Alguns juízes favorecem a "construção rigorosa", enquanto outros são muito mais vagos.

---

party of the appointing president. In: SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David. Et al. **Are Judges Political?** Na empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C: Brookings institution press, 2006. p. 132.

<sup>47</sup> No original: Originalists believe that if judges adhere to the original meaning, they are restrained, and if they abandon it, they are "activist." For present purposes, let us understand restraint in a neutral fashion and say that it exists whenever judges uphold legislation. Thus defined, restraint may or may not be a good thing. You might think that where the Constitution is ambiguous, judicial restraint is the right course, and you might hope that an incompletely theorized agreement could be possible on that proposition. In: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018. p. 198.

Talvez alguns juízes levem a Constituição a sério tal como foi escrita, enquanto outros juízes usam a Constituição como base para impor os seus próprios valores e preferências<sup>48</sup>.

Essa corrente enxerga mais o consequencialismo das decisões e não analisa, propriamente, os fundamentos delas.

De fato, ao elencar o ativismo judicial como forma de controle de constitucionalidade, não necessariamente ilegítimo, como a corrente originalista (ou crítica da discricionariedade judicial) o descreve, a corrente consequencialista realiza análise pragmática das decisões judiciais, ponderando caso a caso os efeitos delas sob o vértice ético da responsabilidade do magistrado.

#### **4. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL**

O ativismo judicial com o propósito de concretizar direitos fundamentais – alcançando o estado de conformidade constitucional é salutar ao Estado Democrático de Direito.

Deveras, a interpretação criativa para adentrar ao âmago da Constituição e extrair-lhe os conteúdos manifestos, sem ultrapassar a pauta de valores, encontra abrigo em institutos como o devido processo legal substantivo e o bloco de constitucionalidade.

---

<sup>48</sup> No original: Of course judges aren't politicians, and both candidates were right to say that the judicial task is to interpret the law. But in the controversial cases, judges often disagree. When they do, what are they disagreeing about? It is standard to separate judges along two lines. The first involves ideology. Some judges lean to the left, others to the right. Maybe Democratic presidents tend to appoint liberal judges, whereas Republican presidents appoint conservative ones. The second involves interpretation. Some judges favor "strict construction," while others are much looser. Maybe some judges take the Constitution seriously as it was written, whereas other judges use the Constitution as the basis for imposing their own values and preferences. In: SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. Cambridge: Basic Books, 2005. p. 24.

Não se nega que a Constituição pode ser formada não apenas pelos dispositivos que nela se encontram expressamente transcritos, mas também em outras normas não presentes no texto, como, por exemplo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009).

O ativismo ganha verniz negativo, por exemplo, se o Judiciário interfere em situações jurídicas que não estão previstas na CF, *verbi gratia*, na tramitação de um veto de lei, função típica e primária afeta do Poder Legislativo. Nesse sentido, lembra José Afonso Da Silva que os Tribunais não podem influir no legislativo. E conclui:

(...) Os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições (...). A desarmonia (...) se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.<sup>49</sup>

Em que pese a centralidade da Corte Suprema na tomada de decisões em grandes questões nacionais, subsistem, decerto, riscos democráticos ao deslocamento da agenda política para o Judiciário.

O juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis e não por vontade própria. Como lembra o ministro Barroso, o ativismo judicial é “antibiótico” poderoso, cujo uso deve ser controlado. Em excesso, pode matar o “paciente”. Trata-se, sem dúvidas, de grave risco para o futuro do sistema de Justiça no País.

Nesse sentido lembram Janaina de Castro Marchi Medina e Renata Maria Silveira Toledo<sup>50</sup> que “os métodos de interpretação (...), relacionados à

---

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 111.

<sup>50</sup> MEDINA, Janaina de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. O ativismo judicial é um jogo sem fair play? Direito e brincadeira. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 3, 2021. p. 7.

*hermenêutica jurídica, e a interpretação conforme a constituição, não autorizam a criação de normas”.*

A imprevisibilidade na tomada das decisões pelo Poder Judiciário a pretexto de conferir força normativa à Constituição traz consigo risco à legitimidade democrática, comprometendo a higidez do sistema de precedentes:

O caráter imprevisível que podem tomar tanto as decisões baseadas em princípios, quanto aquelas tomadas de acordo com as preferências pessoais do intérprete ou de uma instituição, quando imotivadas ou quando não balizadas em uma prática anterior ou naquilo que Dworkin chamou de comunidade de princípios, compromete a previsibilidade dos sistemas e, por via de consequência, a segurança jurídica que deveria proporcionar. (...) Um caminho possível para garantir a segurança e a previsibilidade das decisões é a aplicação, no Brasil, de sistemas de controle sobre a formação, produção e os resultados das decisões com base em um sistema de precedentes.<sup>51</sup>

Assiste razão ao professor José Miguel Garcia Medina quando, ao tratar do tema, concluir haver ativismo judicial em quatro grandes hipóteses: (a) Sempre que a decisão judicial cria algo novo, a exemplo da criminalização de conduta a pretexto de proteger direitos fundamentais; (b) Criam-se direitos fundamentais não previstos na CF – a exemplo da prisão em segunda instância, sob a premissa do direito fundamental da sociedade na aplicação da ordem penal; (c) nas ilegítimas interferências que impliquem opções legislativas ou escolhas manifestadas pelo legislador – a exemplo da decisão que suspendeu a implantação do juiz de garantias no processo penal; (d) Ao ponderar princípios, no caso do juiz decidir de maneira arbitrária – em claro subjetivismo judicial, isto é, mediante valores e ideologias pessoais.

---

<sup>51</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Cláudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 124.

A prática do ativismo para José Miguel Garcia Medina<sup>52</sup> tem se tornado cada vez mais frequente:

O STF, em tempos recentes, tem incorporado cada vez mais a prática do ativismo judicial, tendência que foi expressamente manifestada, p.ex., no julgamento da ADIn 4.277 (em que se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar): “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos” (STF, ADIn 4.277, j. 05.05.2011, voto do Min. Celso de Mello, item IX, p. 46).

A conclusão inarredável de que o Poder Judiciário tem se tornado mais ativista – e cujas decisões nem sempre podem ser justificadas na indigitada omissão do Poder Legislativo, traz consigo um problema real e concreto, e que reside no grau ou medida da criatividade judicial.

Nesse sentido é lapidar a lição de Mauro Cappelletti, ao citar a tese de John Hart Ely, *verbis*:

O verdadeiro problema não é portanto o de uma abstrata legitimação, mas é sobretudo um problema de restrições concretas. Quais restrições adota o juiz de particular lugar e tempo, em sua função (inevitavelmente) criativa de direito e valores? (...) Parece-me que a criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores, é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. E-book. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2021.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 103.

Sobre o papel do juiz e o exercício da jurisdição no Estado constitucional, lembra o professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>54</sup>:

O juiz, no Estado constitucional, deve interpretar a norma geral de acordo com a Constituição, controlar a inconstitucionalidade da lei - inclusive através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto -, a inconstitucionalidade da sua omissão e dar tutela aos direitos fundamentais que entram em colisão no caso concreto. (...) De qualquer maneira, (...) mesmo que se admitisse que o juiz pode criar uma norma geral, não se poderia equipará-la, em termos de eficácia vinculante, à norma editada pelo legislador.

Em síntese, decisão judicial não pode ser equiparada às leis.

A adoção, no processo decisório, de valores pessoais, criados pelo juiz com base em sua formação e princípios éticos e morais, não pode sobrepujar às leis democraticamente promulgadas segundo as regras democráticas e sob o pilar constitucional do processo legislativo, o qual, em última análise, representa a vontade do povo.

## **CONCLUSÕES FINAIS**

O ativismo judicial é perigoso. Não há negar o potencial efeito deletério das decisões judiciais ativistas às instituições e demais poderes constituídos. Os riscos à normalidade democrática, à segurança jurídica e à previsibilidade do sistema de precedentes são significativos.

---

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 101-102.

Decisões manipulativas aditivas ou substitutivas podem representar, em última análise, a conformação de valores morais do julgador, em sobreposição ao sistema normativo vigente.

A democracia iliberal ou constitucionalismo abusivo podem levar ao legalismo autocrático, em que os rumos da nação são ditados fora do regime de produção legislativa inerente ao Congresso Nacional, cujos representantes são eleitos periodicamente e cuja função precípua é a produção do arcabouço legal vigente, compreendendo desde as emendas à Constituição até as leis ordinárias.

Conquanto não haja dúvidas de que os juízes criam o direito, é preciso estabelecer limites.

Em que pesem as omissões legislativas em muitas das questões mais importantes para o País, o Judiciário não pode substituir o Legislativo. Antes de proferir decisões que traduzam escolhas políticas, melhor seria constituir efetivamente o poder legiferante em mora, fixando-se prazo razoável para a discussão definitiva dos temas de interesse nacional.

O Judiciário não pode se comportar frequentemente como o *Über Ich*, ou superego da sociedade. As interferências políticas que as decisões judiciais podem acarretar representam um perigo concreto ao sistema de democracia constitucional.

A ausência efetiva de *checks and balances* (freios e contrapesos) às decisões emanadas das Cortes Superiores carrega consigo o risco de quebra de legitimidade democrática às decisões judiciais.

Há um claro problema metodológico a ser enfrentado no campo jurídico. A criatividade judicial está sujeita a limites. A interferência de um poder em outro, via de regra, não é salutar, e somente deve ser exercida como *ultima ratio*, preservando-se as funções típicas constitucionalmente previstas a todos eles.

O Judiciário não pode e não deve atuar como poder moderador. A discricionariedade é irmã gêmea do arbítrio.

Se de um lado o juiz não pode ser visto meramente como agente de manifestação legislativa, isto é, como *boca da lei*, há inegáveis riscos no uso político da jurisdição.

O ativismo, portanto, sempre que possível, deve ser evitado.

## BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 8. Ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, [livro eletrônico].

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. Revista dos Tribunais, vol. 1008/2019, p. 43-54, out./2019, DTR\2019\40623.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista SynThesis, Rio de Janeiro, nº 1, 2012, p. 23-32.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia**. Marcial Pons: Madrid, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy**. New York: Oxford University Press, 2021.

EKINS; Richard; FORSYTH, Christopher. **Judging the public interest: The rule of Law vs. The Rule of Courts**. Londres: Judicial Power Project, 2015.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo, v. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, Janaina de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. **O ativismo judicial é um jogo sem *fair play*? Direito e brincadeira.** *Research, Society and Development*, v. 10, n. 3, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada.** *E-book.* São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2021.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 1986.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993.

MORAES, Guilherme Peña de. **Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo:** reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. **Processo Constitucional.** Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Org. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo civil comentado.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes.** Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Cláudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista.** *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 115-133.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David. Et al. **Are Judges Political?** Na empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C: Brookings institution press, 2006.

THAMAY, Rennan. **Coisa Julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TRENTO, Simone. **As funções das Cortes Supremas e a decisão de questões probatórias em recursos excepcionais**. Revista de Direito Comparado, RCP, vol. 3, junho-novembro de 2016.

TUSHNET, Mark. **Taking Back the Constitution**: Activis judges and the next age of american law. Londres: Yale University Press, 2020.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

WOLFE, Christopher. **Judicial Activism**: Bulwark of Freedom or Precarious Security. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

WOLFE, Christopher. **Rise Of Modern Judicial Review**: From Constitucional interpretation to judge-made Law. Maryland: Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994.