

Data do recebimento: 13/06/2021

Data do Aceite: 29/06/2021

O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM FROM THE
PERSPECTIVE OF THE FEDERAL PUBLIC ADVOCACY

Olívia Guimarães Ribeiro¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos históricos e conceituais da expressão ativismo judicial; 2 A necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política; 3 O ativismo judicial brasileiro na perspectiva da advocacia pública federal; 4 Revisão parcial da literatura acerca do entendimento da academia jurídica sobre os efeitos do ativismo judicial praticado no Brasil: benefício ou malefício? 5 Conclusão; Referências.

1 - Doutoranda em Direito pelo UNICEUB - Centro Universitário de Brasília (2020-2023). Mestre em Direito Público pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia (2014-2016). Possui Graduação em Direito e Especialização em Direito Empresarial pela Fundação do Ensino Superior de Rio Verde (1998 e 2000). É criadora e editora do blog acadêmico intitulado Blog da Professora Olívia. Aprovada no concurso para professor efetivo do Departamento de Direito Público Adjetivo da UNIMONTES. Advogada militante em Unai e região na área cível. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4940718515478050>.



RESUMO: O ativismo judicial vem despontando no cenário brasileiro com uma proposta de, por intermédio de decisões judiciais mais eficazes, conferir maior efetividade aos direitos assegurados no texto constitucional, principalmente os fundamentais. O objetivo precípua do instituto é outorgar maior presteza aos anseios da sociedade e, conseqüentemente, maior eficácia na entrega das correspondentes prestações jurisdicionais, através de uma atuação mais efetiva por parte do Poder Judiciário. A expressão ativismo judicial tem recorrentemente sido confundida, ou mesmo empregada como sinônimo de outra com a qual não se confunde, qual seja a judicialização da política. Por este motivo, faz-se necessário tecer neste trabalho algumas breves considerações voltadas a elucidar para o leitor a distinção existente entre tais institutos. Em uma análise perfunctória, tais expressões podem sinteticamente ser definidas como, respectivamente, a atuação proativa dos magistrados e a maior abrangência de atuação do Poder Judiciário fora do âmbito de suas atividades típicas, principalmente no que concerne ao Poder Legislativo. Feita tal diferenciação, há que se ressaltar que o ativismo judicial vem sendo empregado com cada vez maior frequência no âmbito brasileiro. Por fim, este trabalho demonstrará que desta inovadora forma de atuação do Judiciário, qual seja a atuação ativista, evidenciam-se, de um lado, os que com ela compactuam, entendendo que tal postura se faz necessária para garantir a efetivação de direitos nos casos de lacunas legislativas e, de outro, aqueles que a rechaçam, salientando a impossibilidade de usurpação de função de um poder do Estado por outro.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Separação dos Poderes. Administração Pública. Advocacia Pública Federal.

ABSTRACT: Judicial activism has been emerging in the Brazilian scenario with a proposal to, through more effective judicial decisions, grant greater effectiveness to the rights guaranteed in the constitutional text, especially the fundamental ones. The main objective of the institute is to provide greater promptness to society's wishes and, consequently, greater efficiency in the delivery of corresponding jurisdictional benefits, through a more effective action by the Judiciary. The expression judicial activism has recurrently been confused, or even used as a synonym for another one with which it is not confused, namely the judicialization of politics. For this reason, it is necessary to weave in this work some brief considerations aimed at elucidating for the reader the existing distinction between such institutes. In a perfunctory analysis, such expressions can be synthetically defined as, respectively, the proactive performance of magistrates and the greater scope of action of the Judiciary Power outside the scope of its typical activities, especially with regard to the Legislative Power. Having made this distinction, it should be noted that judicial activism is being used with increasing frequency in the Brazilian context. Finally, this work will demonstrate that from this innovative form of action of the Judiciary, which is the activist action, those who agree with it are evident, understanding that such a posture is necessary to guarantee the realization of rights in cases of legislative gaps and, on the other, those who reject it, stressing the impossibility of usurpation of the function of one State power by another.

KEYWORDS: Judicial Activism. Judicialization of Politics. Separation of Powers. Public Administration. Federal Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é o ativismo judicial sob a ótica da advocacia pública federal, instituto este que, em linhas perfunctórias, pode ser entendido como a postura proativa do magistrado, conduta que se apresenta com a pretensão de promover a efetiva satisfação da entrega da prestação jurisdicional, sobretudo no que tange à concretude de direitos constitucionalmente assegurados.

Os autores adeptos deste modelo de atuação jurisdicional entendem que a tradicional forma de interpretação judicial, através da mera aplicação da lei ao caso concreto, não mais se amolda às pretensões sociais, fazendo-se necessária uma interação entre direito, moral, ética e política, com vistas a dar efetividade aos ditames Constitucionais caracterizadores da vontade política emanada em um Estado de Direito Democrático.

O advento do neoconstitucionalismo permitiu este intercâmbio entre o Direito e outras áreas de conhecimento, como a sociologia, a ética, a filosofia e a política, de modo que o pronunciamento do Judiciário acerca de determinada questão, perfaz-se também em um juízo político.

Aliado ao ativismo judicial, o fenômeno da judicialização da política também se destaca, permitindo a atuação do Judiciário em áreas de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, com o mesmo propósito de conferir maior efetividade aos preceitos Constitucionais, especialmente no que tange à proteção de direitos fundamentais.

O presente texto tem como problemática de pesquisa analisar como os autores brasileiros vêm se posicionando acerca dos efeitos da aplicabilidade do ativismo judicial no Brasil, principalmente no âmbito da advocacia pública federal.

Para tanto, constitui objetivo geral do artigo coletar os fundamentos expressados por adeptos e opositores, passando-se, para isso, primeiramente, pelos objetivos específicos constantes da conceituação da expressão e sua necessária distinção do instituto da judicialização da política, demonstrando que, embora frequentemente sejam mencionados como sinônimos, não se confundem, referindo-se o ativismo judicial a uma atitude, uma postura proativa por parte do Judiciário, enquanto a judicialização da política refere-se à flexibilização da atuação do Poder Judiciário em áreas que não se relacionam à sua atividade típica.

Ainda como objetivos específicos, demonstrar-se-á que o Judiciário vem adotando posição ativista para conferir eficácia a direitos constitucionalmente assegurados e, por fim, verificar-se-á o posicionamento de alguns autores acerca de tal postura, demonstrando porque uns o encaram como algo positivo, ao passo que outros o veem negativamente.

A justificativa do presente artigo é que o ativismo judicial de fato vem sendo utilizado pelo Judiciário em suas decisões, do que decorre a necessidade de se analisar se tal conduta se constitui em um benefício ou malefício para a sociedade, principalmente no que concerne aos casos de atuação da advocacia pública federal.

Quanto à metodologia aplicada, o presente trabalho foi realizado através de uma pesquisa descritiva, com abordagem qualitativa, fonte secundária e método indutivo (BITTAR, 2017), sendo feita na forma de revisão de literatura.



Este artigo é constituído de um capítulo introdutório que conceitua a expressão ativismo judicial, seguido de outro que a distingue de expressão semelhante, que é a judicialização da política. Em seguida, apresenta-se o ativismo judicial sob a perspectiva da advocacia pública federal, demonstrando-se, por fim, o entendimento de alguns autores, objetivando apontar as justificativas de adeptos e opositores.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA EXPRESSÃO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” foi vista pela primeira vez em um artigo da revista norte-americana *Fortune*, intitulado “The Supreme Court: 1947”. A origem do ativismo judicial norte-americano se deu por meio do exercício do controle de constitucionalidade realizado no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, no qual a Suprema Corte repeliu a utilização interpretativa da lei, declarando a inconstitucionalidade da norma. (GOMES, 2019)

O ponto alto do ativismo judicial nos Estados Unidos da América se deu com o julgamento do caso *Brown versus Board Education*, em 1954, que colocou fim à segregação racial nas escolas públicas do país. (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

A partir daí, cresceu o ativismo judicial no direito norte-americano, passando a Suprema Corte a agir em campo que ultrapassa a análise jurídica, deixando de ser mero intérprete da lei para se tornar seu verdadeiro reescritor. (TRINDADE; MORAIS, 2011)

Muitos julgados proferidos nos Estados Unidos da América acabaram por influenciar decisões das Cortes brasileiras, embora em sua essência o instituto se diferencie nos dois países, na medida em que o ativismo norte-americano é voltado a combater abusos cometidos pelo Poder Legislativo, ao passo que no Brasil é utilizado como forma de suprir a inércia na atuação de outros Poderes. (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

Na definição de Barroso (2010, p. 172), o ativismo judicial brasileiro pode ser entendido como a conduta dos magistrados que eleve sua atividade ao patamar de fundamental na efetiva realização da função jurisdicional, em oposição a uma atuação moderada ou restrita. Em suas palavras:

É entendido como uma postura, uma posição, uma maneira de o Judiciário interpretar e aplicar o Direito, expandindo ao máximo a incidência de preceitos constitucionais, ainda que não expressos claramente. O problema é que, através dessa expansão dos preceitos constitucionais que não estejam expressos claramente somados a uma fundamentação débil em princípios constitucionais, o julgador acaba por deixar vaziar mais o seu sentimento pessoal acerca do comando normativo do que a disposição do texto constitucional. Mas o ativismo é mais do que isso. O ativismo judicial é a encampação/penetração eventual pelo Judiciário no domínio de decisão dos poderes eleitos pelo voto popular.

Tal postura tem sido adotada com o intuito de garantir a efetividade da democracia e dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, transmudando-se os juízes e Tribunais, de aplicadores da lei a verdadeiros guardiões do texto constitucional, ressaltando valores fundamentais que devem ser igualmente observados pelos três Poderes do Estado.

Nesta linha de pensamento, assevera Barroso (2010, p. 172) que:

Há que se advertir que a prática do ativismo judicial é de uso tópico e ocasional, nunca podendo ser utilizada de maneira contínua e irrestritamente. A postura proativa do Judiciário, além de ser eventual, deve se restringir a proteger dois valores constitucionais: a efetivação de direitos fundamentais e proteção do regime democrático. Fora disso, seu uso é pernicioso e enfraquece a democracia.

Esta conduta ativista do Poder Judiciário tem ganhado, como veremos adiante, adeptos e opositores, na medida em que se caracteriza por uma verdadeira interpretação do Direito nos moldes antes destinados prioritariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

2. A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Embora sejam frequentemente utilizados como sinônimos, o ativismo judicial e a judicialização da política são institutos que não se confundem, fazendo-se necessário trazer a lume algumas breves considerações capazes de permitir ao leitor uma compreensão acertada acerca deles. Segundo a explicação de Silva (2009, p. 19):

É possível e desejável analiticamente a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. (...) Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

Percebe-se, pois, que, enquanto o ativismo judicial refere-se a uma postura proativa do magistrado no exercício de sua função, a expressão judicialização da política tem sido amplamente utilizada para designar a acentuada e crescente atuação do Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito. Filho (2003, p. 231) assevera que:

Importante observar que todas as normas constitucionais possuem natureza política. O que caracteriza uma Constituição, muito além de sua gênese formal, é a sua natureza política, e a sua posição como decisão fundamental de um povo. Assim, todas as normas constitucionais fatalmente possuem uma natureza política que lhes é peculiar, muito embora não se trate de um espaço inteiramente político. Não se trata de um espaço puramente político, porque o direito constitucional é o momento do confronto entre o jurídico e o político, mas há uma tonalidade, uma intensidade política superior ao matiz jurídico. Por essa razão, o momento constitucional não é integralmente imune a conteúdo político, ao revés, representa uma verdadeira interpolação de dois conceitos, criando um terceiro, que se denomina sistema constitucional.

A judicialização da política pressupõe, como requisitos, a existência de um Estado Democrático e a separação dos Poderes, de modo a permitir que o Judiciário, ao mesmo tempo em que se encontra em posição de igualdade com os Poderes Legislativo e Executivo, assumam uma postura independente para controle das ações das majorias que desrespeitem o texto constitucional e os direitos fundamentais, em detrimento das minorias. Segundo Streck (2009, p. 53):

O Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos poderes executivo e legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Isto se deve ao fato de que o ordenamento jurídico constitucional se baseia em pressupostos políticos que devem corresponder aos interesses sociais.

Pelo modelo positivista, o Direito era aplicado mediante a técnica de subsunção, havendo, deste modo, uma resposta pré-concebida para cada questão controvertida submetida à apreciação do Judiciário.

O advento do neoconstitucionalismo rompeu com este formato tradicional de interpretação do Direito, permitindo a comunicação entre Direito e moral, e reconhecendo, consequentemente, a importância da carga axiológica dos princípios.

Com esta mudança, percebe-se que não há uma única resposta correta oferecida pela norma, tampouco é o intérprete um mero aplicador automático do texto legal. Ao revés, requer do Judiciário uma atividade criativa, capaz de vislumbrar a norma em um contexto moral, ético e social, o que enseja a politização do judiciário.

Há tempos o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma postura proativa, através da prolação de decisões de notório cunho moral e popular, o que tem culminado em acirrados debates. Conforme explica Sarmiento (2009, p. 37):

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e, sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Percebe-se, pois, que o movimento neoconstitucionalista tem trazido novos contornos à atuação do Judiciário, conferindo-lhe um desempenho mais incisivo, principalmente no que tange à proteção de direitos fundamentais.

3. O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

A advocacia pública federal existe no Brasil desde a época do Império, remontando, porém, maior semelhança com o instituto na atualidade a que se vislumbrava no período Republicano. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram separadas as funções exercidas pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública Federal, tendo esta ficado responsável pela representação judicial e extrajudicial da União (VERÍSSIMO, 2018). O Título IV da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), que trata da Organização dos Poderes do Estado, consagrou a Advocacia Pública como função essencial à justiça.

Gruli (2015) faz uma distinção entre a atuação da Administração Pública e do Judiciário, explicando que, àquela compete aplicar a lei de ofício, cabendo-lhe somente atuar quando por esta autorizado, ao passo que ao Judiciário, por força do princípio da inércia, somente é dado agir mediante provocação para atuação no caso concreto, mas que em ambos os casos, por vezes, é preciso extrapolar a aplicação do texto frio da lei para compreendê-lo em um espectro mais amplo, condizente com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

O autor explica que o Judiciário possui melhores elementos que a Administração Pública para proceder à atividade de interpretação da lei, razão pela qual uma eventual incompatibilidade há que ser solucionada por meio do acatamento, por esta, das determinações feitas por aquele, o que estaria em total consonância com o sistema de freios e contrapesos, expondo que:

[...] o ativismo judicial decorre da necessidade de equilíbrio do próprio sistema. Assim, a Administração deve se portar diante desta realidade, sob pena de perder sua própria essência. Isto é, deve a Administração ter presente que ideia de ativismo judicial e obediência aos precedentes são decorrência lógica da própria necessidade pela qual passa nosso Estado Democrático de Direito.

Problema haveria apenas se o Judiciário se excedesse sobremaneira na prática de seus atos, de modo que o ativismo judicial mitigasse o exercício das atividades administrativas, além de compelir à Administração Pública a agir sem respaldo legal (GRULI, 2015). Pereira (2015, p.21) explica que:

[...] a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos bem quistos numa sociedade, dado que refletem uma postura ativa do Poder Judiciário, o que permite o controle da atuação dos demais Poderes, trazendo harmonia à tripartição dos poderes. Porém, o problema se instala quando há uma extrapolação dessa postura ativista do Judiciário, invadindo o campo de atuação dos outros Poderes, como tem ocorrido no caso do direito à saúde.

Gruli (2015) também ressalta que, por outro lado, agindo a Administração Pública em conformidade com o que dela se espera, qualquer impacto causado pela atuação ativista do Judiciário será minimizado. Em suas palavras:

Se tanto a Administração quanto o Judiciário interpretam a lei conforme os postulados maiores atrelados ao Estado Democrático de Direito. Se a interpretação (e aplicação) feita pela Administração já estiver em tal conformidade, não haverá espaço (ou este diminuirá abruptamente) para censura judicial. Assim, quanto maior for o equívoco interpretativo da Administração, maior será a incidência da atividade judicial.

A questão, a seu ver, seria muito mais de convergência que de oposição, de modo que:

[...] não só a Administração deve buscar implementar aquilo que dela se espera sob a ótica do Judiciário, mas este também deva sempre ter em mente todos os meandros da atividade Administrativa, para que ainda que Legal e esperado, não se exija mais do que aquilo que pode ser dado no respectivo momento conjuntural.

A vigente Constituição Federal brasileira conferiu à Administração Pública a função de implementação de políticas públicas para dar efetividade aos direitos nela contidos e assegurados, devendo o Judiciário, ao tomar decisões ativistas, ter a cautela de não determinar medidas que possam extrapolar a previsão orçamentária anual, trazendo prejuízos aos demais administrados, o que feriria o princípio da separação dos poderes (PEREIRA, 2015).

Gomes (2011, p. 2) explica que:

A Advocacia Pública brasileira caminha no sentido de consolidar seu papel de agente essencial à justiça, tal como previsto no texto constitucional. A partir do momento em que o Poder Judiciário adota postura especialmente ativa quanto a questões de relevante

interesse público, torna-se ainda mais fundamental que a instituição responsável por fazer a fiscalização, orientação e defesa dos atos e políticas públicas desempenhe bem a sua função, levando aos julgadores as razões jurídicas da conduta tomada pelo representante do povo.

Para ilustrar sua fala, o supracitado autor ressalta a evolução da atuação da Advocacia Pública na defesa de interesses públicos valorosos para a sociedade em geral e não apenas para a Fazenda Pública, utilizando, como exemplo, o caso da demarcação, pelo Poder Executivo, da terra indígena Raposa Serra do Sol, que, impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, foi defendida pela Advocacia-Geral da União.

Outra questão importante diz respeito ao ativismo judicial, objetivando a efetivação do direito constitucional à saúde. Nas palavras de Pereira (2015):

Observa-se um crescente número de decisões judiciais que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, em demandas individuais contra os entes da federação, prevendo, inclusive, multas pelo descumprimento. Isso enseja a imposição de gastos não contemplados no planejamento das ações governamentais, o que acarreta desequilíbrios nas contas públicas, além de desorganizar a atuação administrativa. Essa postura ativista exacerbada do Poder Judiciário gera impactos negativos na condução das políticas públicas de saúde, além de comprometer o princípio da separação dos poderes.

Barroso (2001) coloca que, paralelamente às intervenções necessárias e meritórias, há um grande número de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, além de gerar uma desorganização da atividade administrativa e comprometer a alocação dos escassos recursos públicos, de modo que o ônus dessas decisões judiciais ativistas voltadas para a promoção do direito à saúde fica todo para o Poder Executivo.

4. REVISÃO PARCIAL DA LITERATURA ACERCA DO ENTENDIMENTO DA ACADEMIA JURÍDICA SOBRE OS EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL: BENEFÍCIO OU MALEFÍCIO?

No Brasil, o Estado Democrático de Direito se institucionaliza através do exercício do poder pelos órgãos indicados pela Constituição Federal de 1988, no tradicional formato instituído e consagrado por Montesquieu a partir de sua obra “O Espírito das Leis”, qual seja o de rateio das funções estatais.

Ramos (2010, p.34) afirma, sobre a clássica tripartição dos Poderes do Estado de Montesquieu, que:

As três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.

Em razão desta forma de estruturação do Estado e do Poder, Leal (2010, p. 123) explica que o ativismo judicial tem sido encarado, em termos pejorativos, como um sinônimo de extrapo-

lação, por parte do Judiciário, de seu âmbito de atuação, com conseqüente usurpação das funções a cargo dos outros Poderes do Estado, o que, em seu entender, não é uma visão correta do instituto. Em suas palavras:

Quando se diz que o Supremo é ativista, quer-se falar que o Tribunal extravasou em sua competência. A visão é distorcida. O STF ideal é aquele que implementa os preceitos constitucionais numa plenitude, tornando-os concretos, deixando de lado a ideia de que a nossa Carta Maior nada mais é do que um conjunto de símbolos ou, para ser mais didático, um livro repleto de promessas lançadas ao vento.

Arguelhes (2019, p. 361) entende que a crescente insatisfação popular com as instituições que a representam pode conduzir a um duplo viés, na medida em que pode constituir uma ameaça à autoridade judicial e ao estado de direito, mas também incentivar juízes a falarem pelo povo. O autor explica que há décadas as deliberações do plenário do Supremo Tribunal Federal vêm sendo televisionadas e disponibilizadas na internet, o que permite que as manifestações judiciais obtenham maior publicidade. Em suas palavras:

Ao falarem sobre questões da pauta da conjuntura, os ministros enviam sinais públicos sobre como podem ser as futuras decisões do STF, moldando, assim, ao menos potencialmente, o comportamento de atores fora do tribunal com a ajuda da transmissão de TV, do Youtube e das mídias sociais, portanto, manifestações judiciais críticas podem atingir um grande público.

Barroso (2018, p. 87) ressalta as vantagens desta representação judicial da vontade popular, salientando que “em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos das aspirações e demandas sociais do que as instituições políticas tradicionais”, constituindo a melhor alternativa para salvaguardar os interesses da sociedade, embora reconheça que a situação configura uma distorção dos ideais democráticos. O autor justifica seu entendimento dizendo que juízes seriam mais eficientes para compreender os anseios da sociedade porque “não estão sujeitos às tribulações de curto prazo da política eleitoral nem, pelo menos em princípio, às tentações populistas”.

Os autores que defendem o ativismo no Brasil proclamam que o texto constitucional deve ser interpretado pelo Judiciário com vistas a dar efetiva realização a seus fins. O ativismo judicial requer do magistrado uma atuação mais audaciosa na interpretação dos princípios constitucionais, e não a mera aplicação formal da lei, de modo a interpretar a Constituição, captando seus verdadeiros ideais.

Pádua (2015, p. 7) discorda, dizendo que tal entendimento é triplamente equivocado. Em suas palavras:

Primeiro, é possível vislumbrar excessos, sim; e segundo, tenta naturalizar de maneira positiva a expressão “ativismo”, reduzindo a Constituição a um inconveniente ao qual é preciso se livrar quando questões da vida invocam “criação judicial do Direito”. Mais equivocado ainda, em terceiro lugar, quando refere que o Supremo Tribunal Federal exerce “função representativa”.

Para este autor, o Supremo Tribunal Federal não pode se arrojar em buscar representatividade popular e, ao mesmo tempo, exercer uma “contrarrepresentatividade” popular, pois



equivaleria a dizer que a Suprema Corte ora pode fazer (com base em ideologia e valores pessoais) do preto o branco, e ora fazer do branco o preto, cobrar o escanteio, cabecear e defender o gol, ou melhor, agindo como verdadeiro Poder Moderador, como se fosse um legitimado representante divino, ignorando a existência dos artigos 2º e 60, § 4º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

E contrapondo-se, ainda ao entendimento de Barroso (2018, p. 87), para o qual o ativismo seria igual ao colesterol: “tem do bom e tem do ruim”, afirma que este:

[...] seria sempre ruim, pois seria produto de atuação “proativa” decisionista e arbitrária do julgador, que deixaria de aplicar normas eventualmente existentes (fora das seis hipóteses em que isso é permitido) para criar suas próprias normas a partir de seus valores pessoais e ideologia.

Dworkin (2002, p. 215) tece comentários sobre o debate travado entre os autores que defendem esta postura ativista do Judiciário e os que preconizam a necessidade de uma moderação judicial, expondo que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso. (...) Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Vê-se que os autores que se opõem ao ativismo judicial defendem o respeito extremo à tripartição dos Poderes, de modo a manter a autonomia e liberdade na tomada de decisões pelos outros Poderes do Estado, cumprindo ao Judiciário o dever de abster-se de intervir, ressalvados casos extremos.

Para Lorenzetti (2010, p. 169), a questão posta a ser analisada é de definição de limites. Em suas palavras:

O problema central que se discute é se o juiz deve seguir critérios precisos, como ocorre normalmente em um sistema de regras determinadas, ou deve decidir conforme o seu bom critério e discricionariedade, já que tem um amplo espaço para tal.

Na escola exegética, só havia lugar para a aplicação do direito, e não cabiam normas indeterminadas, nem a criação judicial. A *posteriori* entendeu-se que o direito é sempre interpretação criativa, realização de valores, ampliando-se a atividade judicial. (...) Atualmente, e uma vez admitido este rol protagonista, discute-se sobre seus limites. Das palavras de Lorenzetti (2010), tolhe-se que o ativismo judicial surge em um cenário em que se compreende que não basta assegurar direitos, faz-se imprescindível garantir sua efetiva concretização.

Sob este enfoque, na inexistência ou insuficiência de norma apta a assegurar a efetivação

do direito conferido, não é lícito ao Judiciário vendar-se e abster-se de proferir julgado capaz de suprir a lacuna existente e entregar a prestação jurisdicional almejada. Neste contexto, pode-se tomar o ativismo judicial como algo positivo, desde que respeitada a devida essencialidade e moderação no caso concreto.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou demonstrar que o ativismo judicial é uma conduta adotada como forma de garantir a necessária efetividade dos direitos constitucionalmente positivados, permitindo que o juiz, por vezes, saia de sua tradicional posição de mero aplicador de normas a casos concretos para proceder a uma maior interação entre os diversos campos do conhecimento, perquirindo acerca da real vontade do legislador constitucional e, conseqüentemente, fazendo valer o anseio da sociedade neste Estado Democrático de Direito.

Este trabalho buscou também demonstrar que não raramente a expressão ativismo judicial vem sendo empregada equivocadamente como sinônima do termo judicialização da política, que com ele não se confunde, sendo possível definir, de forma perfunctória, o primeiro como uma forma de atuação mais ativa dos magistrados, ao passo que o segundo diz respeito a maior abrangência de atuação do Poder Judiciário fora do âmbito de suas atividades típicas.

Em seguida, a pesquisa buscou demonstrar o posicionamento da advocacia pública diante da tomada de decisões consideradas ativistas.

Por fim, buscou-se demonstrar que tais decisões vêm sendo objeto de críticas e angariando tanto adeptos como opositores. Enquanto alguns autores se posicionam contra a atuação ativista da Corte, defendendo a necessidade de uma observância rigorosa das funções tripartidas do Estado, de modo a vedar a um Poder a prática de funções que seriam, em tese, de competência exclusiva de outro, os adeptos do ativismo judicial, por outro lado, defendem a adoção desta postura sob o fundamento de que esta se faz necessária para assegurar que os direitos consagrados pela Constituição Federal, principalmente os direitos fundamentais, possam ser efetivamente exercidos, não ficando prejudicados ante a existência de lacuna decorrente da ausência de norma regulamentadora.

O tema não é pacífico, e há tempos vem dividindo opiniões, fazendo-se necessário acompanhar com assiduidade a atuação do Judiciário, a fim de elaborar estudos mais aprofundados acerca do assunto, para se perquirir sobre os benefícios ou malefícios da adoção desta postura ativista, mormente nos casos de interesse e atuação da advocacia pública federal.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Juízes falando pelo povo: populismo judicial para além das decisões judiciais. In: Carlos Bolonha e Fábio Corrêa Souza de Oliveira (coords.), **30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada**. Belo Horizonte: Fórum.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **A judicialização da vida**. Belo Horizonte: Fórum.



BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias Contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. 3. ed. Salvador: JusPodvm, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto & LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes: 2002.

FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel & NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

FILHO, Ney de Barros Bello. **Sistema Constitucional Aberto**: Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Estado Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Antônio Cavallieri. Da atuação da advocacia pública no contexto brasileiro de ativismo judicial - o exemplo do caso raposa Serra do Sol. **Revista da Advocacia Geral da União**, jun. 2011. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/327615635_DA_ATUACAO_DA_ADVOCACIA_PUBLICA_NO_CONTEXTO_BRASILEIRO_DE_ATIVISMO_JUDICIAL_-_O_EXEMPLO_DO_CASO_RAPOSA_SERRA_DO_SOL. Acesso em: 25 jun.2021.

GOMES, Magno Frederici. O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no Direito pátrio. **Direito em debate**, Ijuí, 2018.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.



GRULLI, José Paulo Martins. **A Advocacia Pública como centro de resposta jurídica e estratégia do Executivo**. Comissão Temária de Direito Constitucional do XLI Congresso Nacional de Procuradores do Estado. 13 p.

ISSACHAROFF, Samuel. **Judicial review in troubled times: stabilizing democracy in a second best world**. New York University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 18-051.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**. Fundamentos de Direito. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão ativismo judicial como um clichê constitucional deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília. v. 5. Número Especial, 2015. p. 290-308.

PINTO, Roger. **La Cour suprême et le New Deal**. Paris: Recueil Sirey, 1938.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Modelos de decisão judicial, direitos humanos e acesso à justiça**. Disponível em:

www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt3/gt03p09.pdf. Acesso em: 8 jun. 2021.



STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 25 jun. 2021.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. O papel da Advocacia Pública Federal na concepção e implementação de políticas públicas. **Revista digital Constituição e garantia de direitos**, v. 11, n. 2. 2018. 17 p.

