ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Paulo Gustavo Gonet Branco¹

Resumo: o artigo analisa as características do ativismo judicial, traçando as origens da própria expressão. Expõe e analisa as apreciações críticas do fenômeno. Assinala a proximidade da prática do ativismo com a doutrina atual dos direitos fundamentais, especialmente no que tange ao aspecto da sua concretização e o papel do Judiciário nesse esforço.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Democracia. Jurisdição constitucional.

Abstract: the article analyzes the characteristics of judicial activism, tracing the origins of the expression itself. It exposes and analyzes the critical appraisals of the phenomenon. It points out the proximity of the practice of activism with the current doctrine of fundamental rights, especially with regard to the aspect of its realization and the role of the judiciary in this effort.

Key words: Fundamental rights. Judicial activism. Democracy. Judicial review.

Sumário: Introdução. 1. Origem. 2. A marca impregnante da superficialidade. 3. Um traço comum entre as visões enaltecedoras e críticas do ativismo e o que as distingue na prática. 4. Ativismo e separação de poderes na constituição de 1988. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Ao lidar com a concretização de direitos fundamentais, não raro as jurisdições constitucionais recebem a qualificação de “ativistas”. O mais frequente é que a adjetivação se dê num contexto de inconformismo. Mas também entre integrantes de altos tribunais e mesmo em trabalhos acadêmicos se ouvem aplausos ao “ativismo” atribuído a uma deliberação judicial, especialmente quando viabiliza o exercício e uma mais ampla compreensão de um direito fundamental tido por negligenciado nos espaços políticos.

¹ Doutor em Direito (UnB). Professor do mestrado/doutorado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Subprocurador-Geral da República.

Como é dado suspeitar, a expressão “ativismo judicial” é empregada com sentidos diversos nesses casos. Os termos, entretanto, ingressaram, sobretudo neste milênio, de modo definitivo na nossa linguagem, tanto leiga como técnica. Observatórios universitários e grupos de pesquisas de pós-graduação – tanto em faculdades de Direito como de Ciências Políticas – se dedicam ao exame da sua extensão e dos seus efeitos para a normalidade do sistema democrático. Analistas de diários e semanários da imprensa não recuam diante da força retórica que a conjugação das duas palavras exerce sobre quem as encontra referidas a uma decisão específica ou a uma tendência de algum tribunal. No parlamento e no Executivo, o ativismo judicial serve, da mesma forma, para discursos de ocasião ou para designar situações indicadas como dignas de mobilizar forças políticas partidárias. Mesmo no Judiciário, quem quiser se dedicar a rápida pesquisa, haverá de se deparar com acórdãos que fustigam decisões recorridas por serem ativistas, como outros tantos que justificam posições à conta de representarem um ativismo reclamado pela sociedade.

Percebe-se que não há uniformidade na atribuição de sentido a essa locução que ganhou extraordinário alento retórico no quotidiano jurisdicional, político e acadêmico. É sempre conveniente, portanto, buscar um ponto de partida para a análise das decisões tidas como ativistas numa tentativa de conceituar esse fenômeno. É de prudência recomendável também que quem se lance a essa tarefa não espere facilidades.

1. ORIGEM

É comum apontar que a expressão tem a sua origem nos Estados Unidos. Teria sido cunhada por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., num artigo para leigos, estampada numa revista de variedades, *Fortune*, edição de janeiro de 1947, entre propagandas de whisky e de loção pós-barba, sem intenções científicas nem de crítica especializada. Não deixa, igualmente, de ser curioso que a expressão, nos Estados Unidos, irrompa vitoriosa no vocabulário uma década depois de considerável período de intensa e ácida interferência da Suprema Corte sobre escolhas políticas do Congresso Nacional.² Até então, não se havia descoberto a fórmula lapidar

² Refiro-me à era *Lochner*, que se estendeu de 1905 até a superação do precedente, conhecido com o mesmo nome, no caso *West Coast Hotel*, de 1937. Basicamente, a Suprema Corte, no período, abateu sistematicamente a legislação social levada ao seu conhecimento, em nome da autonomia de contratar, que estaria entrincheirada na cláusula constitucional do devido processo legal substantivo. A propósito,

que a revista de variedades apresentou, já numa fase muito menos conflituosa entre os poderes políticos e o Judiciário.

Schlesinger descreveu as antipatias que os juízes da Suprema Corte nutriam entre eles próprios. O critério básico de animosidade estaria na identificação de cada um dos *Justices* no grupo dos campeões da autocontenção ou na turma dos ativistas judiciais. As denominações empregadas não buscavam embasamento em pesquisas analíticas requintadas. Não deixa de ser significativo, de toda sorte, que as características vinculadas ao modo de decidir de um e de outro grupo ainda sejam atuais – tanto no que se lhes assoma como intuitivo como no que ressentem da falta de necessário enraizamento metodológico.

Os polos foram estremados por Schlesinger segundo a concepção que os animava quanto à tarefa do Judiciário numa democracia (KMIEC, 2004, pp. 1446-1449). O grupo dos ativistas acreditava que a Suprema Corte deveria desenvolver “um papel afirmativo na promoção do bem-estar social”, empregando o poder de julgar “em prol da sua concepção de bem social”. A Corte seria “um instrumento para alcançar os resultados sociais que [os juízes] achavam ser os desejados”, até porque, afinal, direito e política seriam inseparáveis. Além disso, “os artifícios do raciocínio jurídico, a ambiguidade dos precedentes, a indefinição da doutrina, tudo leva a que, na maior parte dos casos, a diferença de opiniões dos juízes seja invariavelmente tida como razoável, no contexto do tecido lógico do Direito”. Schlesinger arremata o modo de ver dos ativistas, resumindo que, para eles, “a Corte não pode escapar da política; que use, então, o seu poder político para propósitos sociais saudáveis”.

O grupo dos partidários da autocontenção abre para os poderes políticos uma margem ampla para avaliações e deliberações em torno do bem comum e de fins sociais, que torna legítimas soluções com as quais os juízes, eles próprios, possam não vir a concordar. O papel da Corte seria o de “permitir que outros ramos do Poder Público obtenham os resultados que o povo deseja, quer isso leve a uma melhoria da sua situação ou a uma piora”. O papel do Judiciário seria limitado. Partem do pressuposto de que as leis têm um sentido objetivo e que não seria apropriado dele se apartar para favorecer os interesses de qualquer grupo social. Para eles, as leis “não são vasos vazios”. Além disso, segundo os defensores da autocontenção, “se o legislativo cometer erros, cabe a ele os remediar; qualquer outra intervenção emascularia a

essa mesma cláusula é tida como entronizada, no Brasil, pelo constituinte de 1988, no art. 5o, LIV, da Constituição.

democracia, por encorajar o Legislativo a agir irresponsavelmente, escoltado numa expectativa de que os tribunais virão podar os seus excessos” (KMIEC, 2004, pp. 1448-1449).³

Bastam esses trechos para que identifiquemos prontamente a atualidade das perspectivas que movem as mesmas posições opostas que hoje se defrontam exatamente sobre o papel da jurisdição constitucional. Continuam a ser vistos como confrontantes o lado dos que vêem o papel da jurisdição constitucional de agente impulsionador da História, segundo uma pré-compreensão dos seus integrantes sobre o que é o melhor para a sociedade (e acaso para a humanidade), e o lado daqueles que preferem que decisões vitais para a sociedade sejam deixadas à representação política democrática.

Bastam também esses trechos para que se perceba que a análise está longe de ser suficiente para um enquadramento preciso de decisões numa ou noutra vertentes. Afinal, continua a não haver um critério exato de definição dos critérios que podem ser declinados para apontar uma decisão como ativista ou como democraticamente deferente aos poderes políticos. Se há algo inequívoco em toda essa descrição é justamente a ambiguidade dos termos empregados por Schlesinger. Seria, entretanto, excessivo esperar do artigo uma ordem de perquirição dessa altura. O que surpreende é que tantos anos passados continue a se presenciar tanta discussão arrancada de conceito mal definido por seus debatedores.

2. A MARCA IMPREGNANTE DA SUPERFICIALIDADE

Ao que parece, a marca da superficialidade do artigo na revista de variedades terá impregnado o emprego dos termos ali reunidos pioneiramente com a mesma essência da equivocidade e trivialidade.

A expressão, porém, pela sua apenas aparente nitidez, ganhou público. Contam-se na casa das dezenas de milhares os artigos em revistas especializadas americanas e, em proporção

³ Kmiec transcreve um diálogo que Schlesinger teria imaginado entre um *justice* da linha da autocontenção e um juiz ativista: “O juiz da autocontenção diz: o Legislativo editou a lei; ele que a revogue. A resposta do ativista é: dadas as circunstâncias políticas atuais, ele não vai rever a lei – pelo menos não vai antes que um dano, possivelmente irreparável, seja sofrido por pessoas indefesas; por isso, a Corte tem que agir. O juiz da autocontenção replica: você está fazendo justamente o que nós condenamos no passado do nosso Tribunal, está praticando usurpação judicial. O ativista torna à carga: nós não podemos confiar num eleitorado crescentemente conservador para proteger os desvalidos ou para garantir os direitos humanos básicos; estaríamos traindo o espírito e o propósito da Constituição se não interviéssemos”.

menor, brasileiras, que se valem da expressão “ativismo judicial”, sem, tantas vezes, contudo, sequer lhe reconhecer o trato consideravelmente escorregadio.

As concepções díspares e desarticuladas do fenômeno levam doutrinadores americanos a negar tanto seriedade como utilidade às palavras conjugadas displicentemente na revista popular de 1947. Adverte-se que os que pretendem entender a discussão veem-se inclementemente desamparados do ponto de vista metodológico, numa “babel desconexa” (CANON, p. 239). Daí, o conselho para que se evite o emprego da expressão *ativismo judicial*, desdenhada por ser “irremissivelmente banal”, “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda” (GREEN, 2009, p.198).

Como quer que seja, o fato é que a expressão ganhou adesão geral e, fazendo jus ao seu polimorfismo, nem mesmo apresenta coloração ideológica firme, por isso que tanto se cogita de ativismo conservador como liberal, de direita ou de esquerda.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência iniciada com o caso *Lochner*, de 1905, em que a Suprema Corte impôs aos Poderes Legislativo e Judiciário a sua visão de que a Constituição americana assumira o modelo político-econômico do *laissez-faire*, é vista como exemplo característico de ativismo conservador.⁴

Por outro lado, o ativismo ganhou feitio liberal, quando a Suprema Corte se lançou à pauta dos direitos civis, durante as presidências dos *Justices* Warren (1953-1969) e Burger (1969-1973).

Voltou, adiante, a ser conservadora, ao arbitrar as eleições de 2000, entre Bush e Gore. Os descontentes com essas decisões não hesitam em dizê-las ativistas.

Predomínio da acepção negativa da expressão

Se o “ativismo judicial” não tem filiação ideológica no plano da tradicional oposição entre esquerda e direito, não menos verdade é que costuma ser verbalizado em tom de desaprovação crítica (DWORKING, 1999, p. 451-452).⁵

É certo que, logo depois de introduzida no linguajar dos norte-americanos, a expressão apontava para um significado positivo. Keenan Kmiec relata que teria um equivalente, hoje,

⁴ Esse momento, que durou até 1937 (caso *West Coast Hotel v. Parish*), assustou o observador francês, Édouard Lambert, que o descreveu com linhas estarecidas, no livro “*Le Gouvernement des Juges*”, de 1921, influente para que se assentasse franca repulsa da doutrina e dos órgãos políticos franceses ao controle jurisdicional das leis.

⁵ Dworkin, por exemplo, repudia o ativismo, que entende inconciliável com a sua concepção de direito como integridade, na medida em que traduziria um “pragmatismo virulento”, um meio de o juiz “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

nos termos prestigiosos de “ativista dos direitos humanos”, muito mais do que, na ideia de “juiz que abusa da sua autoridade”, com a qual passou a ser predominantemente associada, nos Estados Unidos, já em meados dos anos 1950 (KMIEC, 2004, pp.1451-1452).

No Brasil, prevalece o conteúdo depreciador da expressão, embora, com muita frequência, se encontrem autores e magistrados defendendo altivamente o que denominam de ativismo judicial. O que se percebe, sem muito esforço, é que, também entre nós, falta uma visão unificada do significado que cada participante do debate público relaciona à expressão.

No plano dos que rejeitam a legitimidade do ativismo entre nós, ressalta-se Elival da Silva Ramos (2010, p.313), que predica ao fenômeno a qualificação de “insidioso descaminho”, expressão da “descaracterização da função típica do Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes” (RAMOS, 2010, p. 129).

Já o emérito decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, defendeu o ativismo judicial, afirmando que a Corte o exerce por imposição implacável “da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República”. Mostra-se persuadido de que “o chamado *ativismo judicial* é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo” (CONJUR, 2010, p.77).

O que parece ser uma radical contraposição de juízos, no campo valorativo, do fenômeno do ativismo judicial, não o é, na realidade. O que se flagra aqui é, antes, uma ilustração eloquente dos múltiplos usos da expressão nos discursos públicos.

Em ambas as manifestações, à primeira vista discordantes, nota-se uma característica comum. Nenhuma delas defende que o Judiciário possa desprezar a Constituição, à guisa de fazer justiça. Nenhuma prega um retorno ao solipsismo do “bom juiz Magnaud”.

O Ministro Celso de Mello defende, entretanto, que os instrumentos criados pela Constituição sejam utilizados para suprir omissões inconstitucionais, vendo nisso função que a Constituição de 1988 tornou própria do Judiciário. Se assim é, decisões dessa ordem não seriam intrusivas sobre funções típicas dos poderes políticos. Não expressariam, portanto, conduta censurável.

Eventual divergência, claro, poderá advir da compreensão dos intérpretes da Constituição sobre o que seria inerente ao poder de decisão da Suprema Corte.

3. UM TRAÇO COMUM ENTRE AS VISÕES ENALTECEDORAS E CRÍTICAS DO ATIVISMO É O QUE AS DISTINGUE NA PRÁTICA

Se compararmos as duas vertentes que se referem à expressão *ativismo judicial*, será possível observar que a que o censura o faz porque a liga a exercício extravagante da competência do Judiciário. A corrente que o enaltece, por seu turno, não propugna que o Judiciário atue fora dos seus limites de competência; apenas entende que a Constituição deve ser interpretada com largueza, na hora de se definir a competência da jurisdição constitucional.

Ambas as perspectivas, portanto, repelem a atuação dos tribunais discordante dos limites constitucionais das suas atribuições. Diferenciam-se, na realidade, porque a que repudia o ativismo vê o fenômeno caracterizado com base numa compreensão mais estrita dos limites de atuação do Tribunal; a outra corrente chama de ativismo uma atuação dentro dos limites constitucionais de competência, quando compreendidos segundo interpretação mais elaborada da Constituição.

O problema está em demarcar as fronteiras das ações próprias do Judiciário.

Se se pretende criticar o ativismo no plano interno de uma ordem constitucional, é inevitável que se leve em conta o desenho de separação de poderes que a ordem particular traçou. Não parece produtivo, nesse plano mais positivo da análise, tomar como parâmetro crítico uma visão abstrata e a-histórica da separação dos poderes, muito menos uma perspectiva de relacionamento entre poderes tecida em outra latitude geográfica ou em outra dimensão cronológica.

A dimensão de separação de poderes que conduzirá a uma análise crítica de interesse prático do fenômeno do ativismo há de ser aquela ideada pelo constituinte. Se se quiser usar a expressão *ativismo judicial* entre nós com alguma consistência, o exame do desenho de independência dos poderes e de inter-relacionamento entre eles concebido em 1988 não pode ser negligenciado.

4. ATIVISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O constituinte brasileiro de 1988 certamente não se viu dirigido pela obsessão de reproduzir, com fidelidade servil, o modelo que Locke ou Montesquieu tinham em seus

espíritos quando dissertaram a respeito da separação de poderes. As atribuições de competência ao Judiciário nacional são únicas na história republicana brasileira, e não pretendem ser o espelho de algum equacionamento engendrado concretamente em algum outro país.

Assim, se a própria existência do controle jurisdicional de constitucionalidade é sentida nos EUA, em si mesma, como uma expressão antiga de ativismo — já que a Constituição de lá não prevê expressamente o mecanismo, nem tampouco declara a Suprema Corte guardiã da Carta —, no Brasil, o exercício do controle, em si mesmo, integra textualmente o domínio das atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode deixar de levar em conta, ainda, o caráter dirigente imprimido à ordem constitucional brasileira, referta de princípios e valores que demandam complementação e concretização legislativa e administrativa. Uma Constituição com essas características dá ensejo a frequentes instâncias de judicialização da política — que, em si mesma, não coincide com o fenômeno do ativismo judicial, mas contribui para torná-lo mais frequente, dando, por vezes, a casos duvidosos a aparência de justificáveis.

Essa *materialização* da Constituição, somada ainda à expressa competência conferida à jurisdição constitucional para resolver omissões inconstitucionais, lança o Tribunal em campo que tradicionalmente estava rigorosamente circunscrito à atuação dos Poderes dotados de legitimidade democrática-representativa.

Essa arquitetura particular de pontes e barreiras entre Poderes é direito positivo e segui-la não pode ser visto como acinte à separação de poderes. Não é dado, em consequência, enxergar no desempenho dessas novas tarefas confiadas ao Judiciário fenômeno a ser escarmentado com a designação negativa de *ativismo judicial*.

De toda forma, não há negar que a definição das competências do Judiciário pelo próprio Judiciário pode ensejar ímpetos associados ao ativismo. São, portanto, não poucas as armadilhas das aparências contra as quais o observador deve-se precaver ao se lançar no lodoso terreno das qualificações de ativistas atribuídas a julgados da jurisdição constitucional.

CONCLUSÃO

Não se pode, enfim, perder de vista que é inevitável que a jurisdição constitucional opere no plano legislativo, onde quer que seja instituída. Não mais ocorre seriamente a ninguém que se possa esperar do juiz que apenas “aplique” o direito, sem contribuir para a sua expansão de

significado em algum grau. O problema central é outro; desloca-se para a medida dessa atividade criativa em cada momento e em cada circunstância. É nesse passo que se lança à vista do observador a problemática da tensão típica entre constitucionalismo e democracia representativa, com todas as suas perplexidades, que há décadas desafiam, com a voragem da proverbial Esfinge, os que acreditam poder esclarecê-las.

Se a solução para o enigma não se mostra no horizonte das ideias assentadas, ao menos é possível discernir, uma vez melhor compreendida a realidade subjacente ao fenômeno do ativismo judicial, situações em que, com mais clareza, se possa identificá-lo.

Em termo amplos, cabe a censura de ativismo quando a jurisdição constitucional se substitui, sem competência para tanto, a uma decisão que, no sistema de separação de poderes, é esperada que seja estabelecida pelos poderes dotados de representação democrática.

Cabe especialmente ao Legislativo a função precípua de formatar a ordem jurídica mediante escolhas que se compreendam nos marcos admitidos pela Constituição – atividade que, evidentemente, pressupõe a legitimidade do Legislativo para interpretar a Constituição. Sendo esse o quadro, haverá atuação desbordante da competência da jurisdição constitucional nos casos em que as instâncias políticas deliberarem, a partir de uma interpretação/concretização da Constituição passível de ser considerada pela cidadania informada como razoável, e, mesmo assim, vierem a esbarrar numa censura judicial.

Sabe-se que da interpretação/aplicação das normas constitucionais pode resultar, conforme as circunstâncias, soluções *discursivamente necessárias*, *discursivamente impossíveis* ou *discursivamente possíveis*.

Cabe, decerto, à jurisdição constitucional criticar as deliberações dos poderes políticos, especialmente as do legislador, quando se mostra certo o dever de agir ou de não agir e as instâncias políticas assumirem comportamento oposto.

Naqueles casos, contudo, em que a Constituição franqueia interpretação que acolhe razoavelmente a deliberação dos órgãos políticos, o princípio formal da democracia representativa impõe-se como limite à ação corretiva da jurisdição constitucional. Nessas ocasiões, há que se admitir o que Alexy denomina de “margem de ação epistêmica” em favor do legislador, “reconhecendo-lhe a competência para determinar, dentro de um certo contorno, o que está ordenado e proibido e o que é facultado, de acordo com os direitos fundamentais” (BRANCO, 2009, p. 183.)

Decerto que essas balizas teóricas, traçadas para estremar o ativismo da atuação funcionalmente adequada do juiz constitucional, não compõem um algoritmo infalível para a

crítica precisa de toda e qualquer decisão judicial. Descobrir quando uma solução é, efetivamente, apenas possível – e não necessária ou terminantemente proibida –, envolve, de seu turno, dificuldades não menos complexas no plano argumentativo. Ao menos, porém, a compreensão menos imprecisa das realidades jurídicas envolvidas no assunto auxilia a desmitificar certas narrativas epidérmicas ou mesmo enganadas sobre o ativismo judicial. Precisar-lhe sempre mais os contornos contribui para que críticas e elogios à atuação específica da jurisdição constitucional sejam mais consistentes e produtivos.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 183.

CANON, Bradley. Judicial Activism. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983.

Consultor Jurídico. Anuário da Justiça de 2010, 2010, p. 77.

DWORKING, Ronald. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, vol. 58, 2009.

KMIEC, Keenan. The Origin and Current Meaning of ‘Judicial Activism. *California Law Review*, California, n. 5, pp. 1442-1476, 2004.

RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313