

ATIVISMO JUDICIAL: VERDADES E MENTIRAS.

Creio que seja fundamental iniciar essa pequena análise sobre o tema acima, com alguns excertos que servirão de paradigma para seu desenvolvimento. Ressalte-se que todas foram extraídas de textos relacionados ao evento “X Fórum Jurídico de Lisboa” que aconteceu entre os dias 27 a 29 de junho do corrente.

"O crime de homofobia criado pelo Supremo é um ativismo judicial, o casamento homoafetivo é uma construção jurisprudencial por ativismo judicial. Nós temos ativismo, agora precisamos saber do limite. Muitos outros casos que se imputa ativismo, não se trata. Se trata muito mais, na realidade, de aplicação de princípios que estão na Constituição e que alguns desconhecem.^{1"}

"O ativismo é uma maneira proativa e expansiva de interpretar a Constituição. São raríssimos os casos de ativismo judicial no Brasil. O que existe no Brasil é um certo protagonismo do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, pela razão singela de que tudo no Brasil chega ao Supremo Tribunal Federal em algum momento.^{2"}

"Tribunais constitucionais interpretam a Constituição. Constituições institucionalizam e limitam o poder. Não por acaso, sempre existe algum grau de tensão entre quem exerce o poder majoritário e quem tem o papel de limitá-lo. Portanto, é inevitável alguma tensão entre o Executivo e o tribunal constitucional.^{3"}

Podemos afirmar, *prima facie*, que o ativismo judicial significa a interpretação jurídica eivada por convicções pessoais do julgador e que muitas vezes vai além dos limites da legalidade, ocasionando insegurança jurídica, o que é indesejável para que se mantenha a paz social, ou melhor, a redução do atrito social enquanto elemento gerador de conflito e conseqüentemente de ambientes litigiosos que somente resolver-se-ão por meio de uma lide submetida ao magistrado. Foi assim que se manifestou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Saldanha Palheiro, em 2017, durante evento que debateu o tema:

O ministro avaliou ainda que o magistrado, ao colocar o senso pessoal de justiça em seu trabalho diário, gera decisões díspares e desencontradas. “Isso provoca insegurança jurídica e traz a falta de previsibilidade das decisões judiciais”, disse⁴.

Fato inconteste repousa sobre os perigos de que decisões judiciais sejam fundamentadas tendo como arcabouço discordância de ordem político-ideológica, ou mesmo por posicionamentos na que habitam na esfera moral; aliás, foi isso que se observou com indiscreta clareza quando o Supremo Tribunal Federal criou o tipo penal da homofobia invadindo seara que não lhe é afeta e que cabe exclusiva e originariamente ao Poder Legislativo. Valemo-nos aqui das palavras concisas do eminente jurista Lênio Streck no excerto abaixo transcrito e que versa sobre o tema aqui discorrido.

O problema é saltar de Séca à Meca. E intercalar posições tomadas ad hoc. Em uma democracia é desejável que se cumpram os limites semântico-hermenêuticos de um texto legal. Não posso invocar a literalidade quando me interessa; e tampouco devo ignorar os limites esses quando desgosto subjetivamente daquilo que também podemos chamar de significado convencional. O ponto: há que se ter coerência no tipo de abordagem interpretativa que define a concepção de direito que tem o intérprete⁵.

O que é preciso atentar reside no fato de que magistrados, de qualquer instância, por serem humanos, encontram-se suscetíveis a paixões, arroubos e inclinações ideológicas que de um modo ou de outro acabam influenciando sua atividade jurisdicional, eivando-a de manifestações que são obtidas por meio de uma interpretação da norma perante o fato e não o contrário; veja-se bem que essa inversão não é, na maioria das vezes, intencional.

O questionamento que perdura reflete-se em uma postura que tange limites entre judicialização da política e o ativismo, sendo certo que em ambos os extremos a atividade do magistrado precisa encontrar o justo equilíbrio coibindo seus próprios excessos. Neste aspecto, a interpretação do texto legal ou mesmo constitucional, busca compreender o que pretendeu o legislador originário ao elaborar um determinado verbete, afastando de modo coerente a literalidade para dar lugar à releitura interpretativa sem extrapolar os próprios limites oriundos da literalidade original. Certo é que a ampliação desmedida do trabalho interpretativo, muitas vezes, pode descambar para a judicialização política, que por sua vez indicará um desequilíbrio entre os poderes republicanos, simulando uma ação legislativa nascida de uma interpretação judicial.

Necessário ainda que não percamos de vista que a atividade jurisdicional sempre sofrerá influências externas que podem agir de modo a alterar o trabalho interpretativo ao mesmo tempo que não podem ser ignoradas, posto que sua presença implícita afeta, se não a análise, certamente seu resultado.

“Quais fatores influenciam uma decisão judicial, sobretudo de uma corte constitucional, notadamente nos casos difíceis, em que se impõe uma atuação mais criativa. Há uma vasta literatura contemporânea sobre esse tema. Em síntese apertada, é possível dizer que existem: (i) fatores jurídicos: juízes, naturalmente, levam em conta a Constituição, as leis, a jurisprudência e a doutrina acerca do que estão decidindo; (ii) fatores ideológicos: embora não possam e não devam ter posturas partidárias, juízes têm a sua própria concepção do que seja bom, justo e legítimo e, naturalmente, projetam-na em seus julgamentos; e (iii) fatores institucionais: há circunstâncias externas ao direito que também são relevantes para o processo decisório como as relações entre os Poderes, as influências da sociedade, da mídia e da opinião pública, a viabilidade de cumprimento das decisões etc.”⁶

Neste sentido, recentemente o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso afirmou que o ativismo é “... uma maneira proativa e expansiva de interpretar a Constituição. São raríssimos os casos de ativismo judicial no Brasil. O que existe no Brasil é um certo protagonismo do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, pela razão singela de que tudo no Brasil chega ao Supremo Tribunal Federal em algum momento⁷”; fica-se na dúvida no que significa a maneira proativa e expansiva de interpretar o texto constitucional e de que forma hermenêutica essa interpretação se dá. E ainda não resta dúvida sobre o fato de que tudo em nosso país, de um jeito ou de outro, chega às barras do judiciário, congestionando tribunais e sobrecarregando juízes exigindo deles uma produtividade “automatizada” em que números são muitos mais relevantes que resultados (olha lá nós novamente observando apenas a superfície!).

E prossegue o Ministro afirmando que tudo isso ocorre por conta da abrangência de nossa Carta Magna, que versa sobre temas que vão desde a defesa do meio ambiente, passando pela infância e adolescência e seguindo a navegar sobre saúde, educação e cultura, considerando assim justificável o acúmulo de ações como também sua visão proativa e expansiva sobre o ativismo. Todavia, essa afirmação encerra um delineamento perigosamente sutil no sentido que caberia ao judiciário suplantando a omissão dos demais poderes da República, agindo de forma atípica lesionando a independência e desequilibrando a harmonia que deve existir entre os poderes. Se alguns afirmam que o ativismo deva ser encarado como uma solução e não como um problema também afirmam que se trata de remédio poderoso, nos lembrando o conceito de que é imperceptível a diferença entre o remédio que cura e o veneno que mata.

*“Os juízes não estão apenas interpretando e decidindo conforme a Constituição, mas **legislando** como no caso de Aborto de Fetos Anencéfalos (ADPF 54) e União Homoafetiva e seu Reconhecimento como Instituto Jurídico (ADPF 132)⁸”.*

Relembremos, pois, os ensinamentos provenientes do berço da cultura ocidental que ainda hoje reverbera entre nós.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, 2000, p. 127)⁹.

Mesmo sopesando que eventual caso concreto levado até a mais alta Corte do país aponte a possibilidade de existência de lacuna legal a ser preenchida ou ainda uma inovação decorrente da frenética evolução social que imponha revisão de interpretações já há muito consolidadas, não é admissível que o magistrado incumbido de apreciá-la o faça extrapolando os limites a ele estabelecidos pela lei maior e também pelos princípios que margeiam o Direito e suas instituições. Ainda que se considere a evidência fática de que toda a decisão judicial proferida traz dentro de si o ânimo do julgador, posto que antes de tudo esse magistrado é um indivíduo afetado por sentimentos, angústias, opiniões de cunho ideológico e impressões do mundo real, ainda assim há de se fazer um cotejo entre o que é emocional e o que é racional.

É comezinho que todo julgador deva ser imparcial e neutro; essa imparcialidade, infelizmente, é alvo da carga emocional que aflige o magistrado enquanto pessoa, ao mesmo tempo que a neutralidade que se impõe diz respeito do distanciamento que deve haver entre o juiz e as partes envolvidas em uma lide sob sua apreciação, ela não impõe uma neutralidade absoluta em relação à realidade que na maioria das vezes constitui o pano de fundo da lide sob análise conduzindo o magistrado para o interior de um terreno pantanoso e repleto de obstáculos, todavia a imparcialidade e a neutralidade também devem ser postas à mesa quando seus efeitos encontrarem-se submetidos ao ânimo do julgador em avançar para dentro de seara alheia, em especial no que diz respeito ao exercício de uma função atípica que se reveste de legislar por seus próprios motivos, ainda sob a justificativa da ausência ou inação do Poder Legislativo ao qual cabe esse mister.

Elival da Silva Ramos (2010, p.129), define o Ativismo Judicial como:

“[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”¹⁰.

Recurso Especial tombado sob o número 154.906/MG “Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias” (BRASIL, 2004)¹¹.

Há quem criteriosamente critique o excerto acima sob a ironia nele contida, posto que há uma triste desconsideração de dois princípios constitucionais fundamentais; o primeiro diz respeito ao direito fundamental à moradia (Emenda Constitucional nº 26/2000, a inclusão da moradia no rol dos direitos sociais dos cidadãos), enquanto o segundo versa sobre o dever de função social da propriedade (descrita no Inciso XXIII do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988). Entretanto resta ainda salientar que não se espera que o magistrado torne-se um autômato julgando e tomando decisões sempre por meio de algoritmos, mas ao mesmo tempo espera-se dele uma atuação fundada no princípio da lei sempre observando a frenética complexidade e mutabilidade sociais, cujos saltos históricos precisam sem acompanhados com um olhar crítico e valorativo.

- 1 <https://www.migalhas.com.br/quentes/368779/temos-ativismo-judicial-precisamos-saber-o-limite--diz-noronha>
- 2 <https://www.migalhas.com.br/quentes/368714/ha-rarissimos-casos-de-ativismo-judicial-no-pais--diz-barroso>
- 3 <https://www.migalhas.com.br/quentes/368714/ha-rarissimos-casos-de-ativismo-judicial-no-pais--diz-barroso>
- 4 <https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/ativismo-judicial-perigoso-provoca-inseguranca-ministro-stj#:~:text=O%20ativismo%20judicial%20%C3%A9%20perigoso,do%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a.>
- 5 <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>
- 6 <https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/diario-classe-ativismo-judicial-realidade-obscura-refletida-espelho-inquebravel>
- 7 <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/06/27/barroso-diz-que-ha-rarissimos-casos-de-ativismo-judicial-no-pais.ghtml>
- 8 <https://darioallves.jusbrasil.com.br/artigos/503528519/ativismo-judicial>
- 9 <https://jus.com.br/artigos/90982/ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-em-decisoes-durante-a-pandemia-do-covid-19>
- 10 <https://www.editorajc.com.br/ativismo-judicial-brasil-mecanismo-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>
- 11 <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522904/001073201.pdf?sequence=1>