

ATIVISMO JUDICIAL E OUTRAS FORMAS DE DESNATURAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

Priscila Alves Patah

Sumário: Introdução; 1. Origem e conceito do termo ativismo judicial; 2. Judicialização e ativismo judicial; 3. Precedentes de postura ativista e as críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira; 4. Outras formas de desnaturação da atividade judicial – juristocracia e decisionismo; 5. Possíveis soluções   desnaturação das decisões judiciais; 5.1. *Legislative override*; 5.2. O início da construção da decisão correta – processo judicial democráticos e a teoria da decisão de Lênio Streck; Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho procurou analisar fen menos cada vez mais presentes nas decisões judiciais: ativismo, juristocracia e decisionismo. Assim, foram estudados os conceitos destes três termos, bem como a origem do termo ativismo e sua presenç a maior frente   judicialização. E, especificamente, quais as possíveis soluções ao sistema de desnaturadas decisões jurídicas brasileiras.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Desnaturação. Decisionismo. Juristocracia. Teoria da Decisão.

INTRODUÇÃO



os últimos anos, observa-se uma atuação dos Tribunais Superiores envolvida a dar uma solução aos casos concretos, ainda que tenha que se valer de inserção na esfera de atuação de outros Poderes ou que se renda a soluções baseadas em senso de justiç a, questões políticas, religiosas e deixe de aplicar

mandamentos constitucionais.

A Constituição Federal brasileira, no seu artigo 2º, consagra a Separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ressaltando serem independentes e harmônicos entre si. A fim de manter essa harmonia, prevê, ainda, o sistema de freios e contrapesos, onde um Poder exerce parcela de controle sobre o outro, para que nenhum se sobreponha. Dentro dessa lógica, cada Poder exerce sua função típica – por exemplo, cabe ao Poder Judiciário garantir a inafastabilidade da jurisdição, nos termos do artigo 5º, XXXV, CF – e, ainda, a função atípica – no caso do Poder Judiciário, a instituição de Súmulas Vinculantes, como exemplo¹.

O problema surge quando, além dessas funções típicas e atípicas constitucionalmente previstas, um Poder se insere na área de atuação do outro, sem que haja alteração constitucional prévia instituindo essa possibilidade. Aqui, cabe a análise do ativismo judicial, já que, como veremos a seguir, no conceito

¹ “Segundo a concepção clássica e tradicional, ficavam bem demarcados os perímetros de atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário, atribuindo-se: (a) ao primeiro, o poder de aferir e valorar, em apuração majoritário, os fatos e ocorrências emergentes em sociedade, interessando saber se eles reclamam normatização, ou se porventura a regulação existente está defasada, reclamando revisão de fundo e/ou de forma, assim, realizando, em um e outro caso, a nomogênese; (b) ao Executivo ficara atribuída a atuação in concreto, (isto é, pontual ou no varejo) à medida em que se vão apresentando as oportunidades e as necessidades de tal intervenção, para tal reconhecendo-se ao administrador legitimidade para “aplicar a lei, de ofício”, no exercício regular do poder de polícia, podendo ainda emitir as normas regulamentares (decretos e outras ordens jurígenas menores), cabendo-lhe também zelar por sua efetiva aplicação, valendo sempre lembrar que, no setor público, quem pode, deve; enfim, (c) ao Judiciário, a aplicação da norma de regência às lides que lhe são apresentadas (legalidade estrita: CF/1988, art. 5º, II; CPC, art. 126), podendo, nas situações de lacuna, empregar a analogia, costumes e princípios gerais (CPC, art. 126), e, quando autorizado, também a equidade (CPC, art. 127; Lei 9.099/1995, art. 6º), tratando-se, em qualquer caso, de uma atuação *a posteriori*. Dependente de provocação e balizada por esta. Explica-se esse peculiar ambiente pelo fato de que a legitimação dos julgadores não é de origem popular, e sim de base técnica (recrutamento por concurso público ou acesso aos Tribunais pelo chamado quinto constitucional).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90, 91).

do termo Ativismo, há uma invasão, sem autorização, do Poder Judiciário na esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, ou, como menciona Rodolfo de Camargo Mancuso, um alargamento da faixa de atuação do Judiciário²

1. ORIGEM E CONCEITO DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL

O termo “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez em 1947, por Arthur M. Schlesinger Jr., um historiador, na Revista Fortune. Ele se referia ao conflito na Suprema Corte norte-americana sobre dois grupos que defendiam posturas contrárias. Havia o grupo de Black-Douglas, cujo interesse era defender o bem-estar social; por outro lado, o grupo de Frankfurter e Jackson defendia uma postura de autocontenção judicial³.

Havia uma jurisprudência progressista acerca de direitos fundamentais. Verificando a Constituição dos Estados Unidos da América, com apenas sete artigos, é fácil entender a necessidade de atuação da Suprema Corte a fim de suprir lacunas. O termo *judicial activism* é utilizado no *Common Law*, que considera ativista a decisão judicial que nos EUA protege

² “Verdade que, contemporaneamente, seja por conta do chamado ativismo judicial ou ainda por uma nova vertente da instrumentalidade do processo, foi-se gradualmente aceitando um alargamento da faixa de atuação do Judiciário, a este se reconhecendo em certos casos legitimidade para um prudente criacionismo, justificado pelo propósito de interpretar os textos de regência por modo a deles extrair o máximo de significado, para além de sua singela literalidade, assim potencializando sua idoneidade para resolver o conflito em modo justo e tempestivo.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91).

³ “Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevantes mas limitada, dentro do sistema americano”. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 440/441).

qualquer direito não previsto expressamente no texto constitucional⁴.

No Direito pátrio, incabível essa atuação, tendo em vista nossa Constituição analítica com previsão de inúmeros direitos fundamentais. Na forma “importação” de institutos de outros países, que não se assemelham ao nosso Direito, a tentativa de adaptação não se enquadra. Nem mesmo há que se alegar omissão legislativa ou inércia do Poder Executivo para justificar uma necessária atuação judicial frente às necessidades dos cidadãos na busca de seus direitos fundamentais⁵.

Trata-se de atuação judicial indevida, com invasão tanto na esfera legislativa como na da Administração Pública⁶.

Segundo Luis Roberto Barroso, em muitos casos,

“a ideia de ativismo judicial está associada 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. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.⁷

Para Nelson Nery Junior e Georges Abboud: "O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e

⁴ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 419.

⁵ "Diante dessa nova e complexa relação entre Estado e cidadão, este passou a exigir daquele os direitos subjetivos insculpidos no texto constitucional, e frente à omissão do Legislativo e a inércia do Executivo, a sociedade bate às portas do Judiciário a fim de satisfazer seus direitos. É esse o ponto de análise que permite um olhar compatível com uma nova estruturação no papel do Estado e do Poder Judiciário. (MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 84, jul.-set. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 185).

⁶ "Incurção insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes." "Desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes." (Elival da Silva Ramos apud (ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 416).

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 440/441.

pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião."⁸

Na enciclopédia britânica, encontra-se o seguinte conceito:

"uma abordagem para o exercício da fiscalização jurisdicional, ou uma descrição de uma decisão judicial particular, em que um juiz é geralmente considerado mais disposto a decidir questões constitucionais e de invalidar atos legislativos ou executivos" (tradução nossa)⁹

Por outro lado, Jackson Tavares da Silva de Medeiros e Rocco Antônio Rangel Rosso Nelson:

"Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Pois, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional Democrático de Direito..."¹⁰

Entre os autores, há discussão sobre haver um bom ativismo ou mau ativismo, ou, ainda, em quais casos pode-se dizer que houve ativismo.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso,

"Não se pode, assim, dizer que houve ativismo – ou excesso dele – numa decisão judicial que, incidindo sobre uma macrolide, vem a projetar eficácia sobre um número importante de sujeitos, sobre um segmento social ou mesmo por toda a coletividade: essa carga eficaz expandida é inevitável e é mesmo condição *sine qua non* para a própria efetividade prática

8 NERY, Nelson Junior. ABBOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém, p. 530 In: Fredie Didier Jr et. all. (org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 525 et seq.

9 "Judicial activism, an approach to the exercise of judicial review, or a description of a particular judicial decision, in which a judge is generally considered more willing to decide constitutional issues and to invalidate legislative or executive actions" in: <http://www.britannica.com/topic/judicial-activism>. (Acesso em 09 de outubro de 2015).

10 MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 84, jul.-set. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 215

do julgado, além de responder à exigência do tratamento *isonômico* devido aos jurisdicionados.”¹¹

Para Nelson Nery Junior e Georges Abboud, o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo, pois ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo¹².

Para tais autores, o ativismo, considerado o exercício fora dos limites do texto constitucional, é considerado como discricionariedade judicial e, portanto, deve ser combatido. A decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, é perniciosa ao Estado Democrático de Direito.¹³

Ainda, segundo Georges Abboud, as decisões ditas ativistas poderiam ser consideradas, numa análise mais específica, como inconstitucionais ou ilegais.¹⁴

2. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

O termo judicialização é usado para indicar uma postura

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93/94.

12 NERY, Nelson Junior. ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém, p. 528 In: Fredie Didier Jr et. all. (org.). Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 525 et seq.

13 ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 421.

14 “Em verdade, no Brasil, o termo ativismo tem sido utilizado para justificar inúmeras decisões que, perante uma análise um pouco mais aprofundada, facilmente seriam identificadas como inconstitucionais ou ilegais.” (ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 425/426)

do jurisdicionado em procurar cada vez mais o Poder Judiciário para resolver quaisquer conflitos. A essa busca constante de acesso à Justiça para todas as questões, sejam elas jurídicas, políticas¹⁵, econômicas, legislativas, religiosas, entre outras, dá-se o nome de judicialização. O Poder Judiciário brasileiro, como é notório, segue crescente em número de processos, conquistando recordes mundiais, dos quais, infelizmente, não há o que ser comemorado, em virtude da demora na prestação judicial.

Como retorno, as decisões judiciais seguem solucionando os casos concretos, independentemente da matéria a ser julgada. Havendo retorno, o ciclo se repete, com aumento pela busca de soluções judiciais, considerando-se ainda sutil a atuação de outras formas de solução de conflitos no Brasil, tais como arbitragem, mediação e resoluções administrativas – questão que, ao nosso ver, deve ser repensada com urgência.

Antônimo de judicialização é o termo desjudicialização, utilizado com frequência ultimamente. A desjudicialização tem por finalidade deslocar atribuições do Poder Judiciário, visando desburocratizar e cumprir com os princípios da celeridade e efetividade. Também tem por fim: multiplicar as portas de acesso à proteção de direitos lesados; efetivar a terceira onda de acesso à Justiça preconizada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth¹⁶; atuar de modo adequado, promovendo a segurança e desburocratização, descentralização e capilaridade; simplificação de procedimentos; economicidade; e, enfim, “desafogar” o Judiciário.

Esclarece Luis Roberto Barroso:

15 “A imprescindível proteção dos direitos fundamentais e da vontade da Constituição fez com que o Poder Judiciário passasse a decidir casos que, mesmo sendo da essência política, ficaram no esquecimento do Poder Legislativo e do Poder Executivo.” (MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 21, vol. 84, jul.-set. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 210).

16CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, *passim*.

"Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para juízes e tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o executivo. A Judicialização é um fato, que decorre de fatores mundiais, potencializados no Brasil por uma constitucionalização abrangente. O ativismo judicial é primo da Judicialização, mas são conceitos que não se confundem. O ativismo não é um fato, é uma atitude. Trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros Poderes, o oposto de ativismo e a autocontenção judicial. Nos últimos tempos, no Brasil, a expressão ativismo judicial perdeu o sentido original. Fenômeno semelhante havia ocorrido nos Estados Unidos."¹⁷

Na Judicialização, juízes e tribunais uma vez provocados pela via processual adequada, não tem alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. No entanto, a construção da decisão da forma correta, evita a discricionariedade típica do ativismo judicial. Assim, embora haja, atualmente, esse fenômeno da judicialização, acompanhado da tentativa (algumas vezes frustrada) pela desjudicialização, não há que se falar que o ativismo seria decorrente da judicialização.

Jackson Tavares da Silva de Medeiros e Rocco Antônio Rangel Rosso Nelson consideram que a judicialização é decorrente do controle de constitucionalidade:

"A judicialização da política, no Estado brasileiro, ganhou grandes proporções, devido à abrangente e à analítica constitucionalização e à sistemática do controle de constitucionalidade que vigora no país, em que se permite a qualquer juiz ou Tribunal exercer o controle no caso concreto (controle difuso de constitucionalidade – modelo norte-americano) e o amplo acesso ao STF, no controle concentrado (controle concentrado

¹⁷<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>. (Acesso em 18 de agosto de 2015)

de constitucionalidade – modelo europeu) por meio das ações diretas.”¹⁸

3. PRECEDENTES DE POSTURA ATIVISTA E AS CRÍTICAS À EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA BRASILEIRA

Segundo Luís Roberto Barroso, as hipóteses a seguir, são atuações do Supremo Tribunal Federal que distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha a de criação do próprio Direito,¹⁹ o que consideramos uma postura ativista, insustentável. São elas:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo;

b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalizado das coligações partidárias e à clausula de barreira;

c) a imposição de condutas no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município - como no de políticas públicas insuficientes, de que tem sido exemplos as decisões sobre direito à saúde.

Luís Roberto Barroso elenca as possíveis críticas nessa atuação abrangente do Poder Judiciário²⁰, das quais concorda-

18 MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 21, vol. 84, jul.-set. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 211.

19 Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 442.

20 Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 443/446.

mos:

“a) crítica político-ideológica: juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocadamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepujam suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominada dificuldade contramajoritária;

b) crítica quanto à capacidade institucional: cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. (...) O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro-justiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público;

c) crítica quanto à limitação do debate: o mundo do Direito tem categorias, discursos e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem tem acesso aos lócus de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curie* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.”

Apesar das críticas acima, o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, se vale do termo “vanguarda iluminista” para fundamentar os casos em que as Cortes Constitucionais empurram a história para avançar o processo civilizatório. Os exemplos dados por ele são: - Estados Unidos: *Brown v. Board of*

Education - a Suprema Corte, por decisão judicial, terminou com a segregação racial nas escolas públicas, sem lei e provavelmente sem apoio majoritário; - África do Sul: por decisão judicial, aboliu-se a pena de morte e considerou inconstitucional a criminalização da homossexualidade; - Brasil: equiparação de uniões homoafetivas às uniões estáveis e casamento de pessoas do mesmo sexo; interrupção de gestação de fetos anencefálicos, pois violava a dignidade da mulher obrigá-la a manter até o fim uma gestação inviável²¹. Trata-se de casos em que, devido à ausência de legislação a respeito, também poder-se-ia entender que são decisões judiciais ativistas.

Outra situação trazida pelo Ministro é a função representativa desempenhada por cortes constitucionais, em geral pelo Supremo Tribunal Federal, como o papel de atender a demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Para ele, o Judiciário se torna representativo quando o Legislativo não tenha conseguido sê-lo. Alguns exemplos trazidos por ele são: - proibição do nepotismo nos três Poderes - o STF primeiro decidiu em relação ao Judiciário e depois estendeu aos três Poderes. Inexistia lei proibindo a nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos em comissão. O Congresso e as Assembleias Legislativas não atuaram, mas havia uma evidente demanda social nesse sentido. O STF, então, interpretando os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, previstos na Constituição, deles extraiu a regra de proibição de nomeação de parentes; - fidelidade partidária: o STF entendeu que a mudança de partido por candidato eleito em eleições proporcionais acarretava a perda do mandato, pois quase a totalidade dos candidatos a cargos proporcionais se elege com transferência de votos, por força do quociente partidário e os eleitores ficam indignados; assim, o Tribunal entendeu que a mudança de partido

21<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>. (Acesso em 18 de agosto de 2015)

fraudava o princípio democrático²².

Georges Abboud critica a atuação do Supremo Tribunal Federal que prestigia a discricionariedade judicial, alertando sobre o perigo dessa prática ao Estado Democrático de Direito:

"A visão que prestigia a discricionariedade judicial, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, incorre no equívoco de conferir status de juiz político ao ministro do STF em vez de visualizá-la como juiz vinculado ao direito. Não pode prevalecer o entendimento de que o Ministro do STF seria um ator político, logo, não estaria completamente vinculado ao direito, porque poderia perseguir diversos fins. Quando se dá esse espaço de atuação discricionário para o julgador, ele deixa de ser um Juiz de direito e passa a ser um juiz estrategistas juiz com interesse, juiz ideológico, juiz ativista de uma causa, juiz oportunista etc. (...)

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira. Desse modo, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição - apenas para ficarmos nesse exemplo - deverá aplicá-las quando for o caso, porque são contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vincula sua atividade decisória."²³

4. OUTRAS FORMAS DE DESNATURAÇÃO DA ATIVIDADE JUDICIAL – JURISTOCRACIA E DECISIONISMO

A atuação ativista do Judiciário, em excesso, pode levar à juristocracia.

Juristocracia é o sistema de governo, normalmente não democrático, baseado em decisões de juízes, magistrados, desembargadores etc. Nesse sistema, qualquer juiz de qualquer tribunal pode decretar o que bem entender, se utilizando de

22(<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>). (Acesso em 18 de agosto de 2015)

23 Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 441.

mecanismos judiciais para impor à sociedade, a um indivíduo ou à alguma instituição a sua percepção pessoal. Ainda, pode se servir a uma ideologia ou grupo político em prejuízo da ética, da legalidade moral ou de anseios populares. Trata-se de antônimo de democracia, afronta à separação de Poderes, e, por isso mesmo, um perigo à sobrevivência das instituições democráticas.

Já o termo “Decisionismo” tem sua gênese no direito alemão, nos autores Kelsen e Schmitt. Trata-se da possibilidade de fixar decisões e conteúdos dos institutos jurídicos na vontade do julgador ou do administrador. Decisões que não respeitam o teor literal da Constituição Federal seriam consideradas casos de decisionismo.²⁴

Conforme Otto Bachof,

“É evidente que um juiz não está autorizado a basear as suas decisões em concepções subjectivas sobre a justiça: tem de servir-lhe sempre de padrão a *communis opinio* de todos "os que pensam recta e justamente" - e, na verdade, ainda que as concepções sobre o justo e o injusto divirjam multiplamente no pormenor, existe a tal respeito, nas questões fundamentais, larga concordância dentro de uma comunidade jurídica, pois de outro modo qualquer tentativa de criação de uma autêntica ordem integradora estaria de antemão condenada ao fracasso.”²⁵

Um exemplo de decisionismo, mencionado por Georges Abboud, é a decisão da Ministra Ellen Gracie no AgIn 374011 que dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade ao posicionamento do STF sobre questão constitucional. Ocorre que a Constituição, no artigo 102, III, estabelece o prequestionamento como requisito para a admissão do recurso extraordinário.²⁶ Não se pode dispensar um requisito para

²⁴ ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 438.

²⁵ Normas constitucionais inconstitucionais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 82.

²⁶ ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato adminis-

um caso julgado pela Corte, sem dispensá-lo para todos, por meio de uma declaração de norma constitucional inconstitucional ou emenda à Constituição.

5. POSSÍVEIS SOLUÇÕES À DESNATURAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

5.1. *LEGISLATIVE OVERRIDE*

Nessa técnica utilizada pelo Parlamento Canadense, há a possibilidade de se imunizar a lei em relação a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo de cinco anos, podendo-se ignorar a decisão da Corte Constitucional. Criou-se um sistema em que o Parlamento Canadense dialoga com maior frequência com o Judiciário para se definir o alcance e a inconstitucionalidade de determinadas leis.

Semelhante a esse instituto, é a PEC 33 que altera quantidade mínima de votos dos membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Infelizmente, referida Proposta de Emenda à Constituição está arquivada desde o início deste ano.

5.2. O INÍCIO DA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO CORRETA – PROCESSO JUDICIAL DEMOCRÁTICO E A TEORIA DA DECISÃO DE LENIO STRECK

Lenio Streck, citando Dworkin, menciona que a nossa Constituição adota uma "teoria moral" específica: a de que o cidadão tem direitos "contra" o Estado. E, nesse sentido, as

cláusulas constitucionais deveriam ser compreendidas não como formulações específicas, mas como restrições, limitações ao Poder Público, sempre favorecendo a preservação dos direitos dos cidadãos.²⁷

Assim, o Judiciário deve agir nos limites da concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo fundamental para uma democracia constitucional²⁸.

Por isso, o Judiciário, segundo Nelson Nery Junior e Georges Abboud, tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira, e, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição, deverá aplicá-las quando for o caso, porque contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vincula sua atividade decisória²⁹.

Dessa forma, Lenio Streck apresenta uma Teoria da Decisão construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin, estabelecendo um suporte teórico adequado para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição, a partir do dever de fundamentação das decisões judiciais (e direito fundamental do cidadão), nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal³⁰.

O autor elabora cinco princípios que representariam uma espécie de *minimum applicandi* no momento de afirmação da decisão judicial. São eles:

a) Preservar a autonomia do direito. Nos termos deste

²⁷<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristrocracia-projeto-codigo-processo-civil?imprimir=1>. (Acesso em 09 de outubro de 2015)

²⁸ <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-a-concretizacao-da-constituicao-e-a-juristrocracia>. (Acesso em 09 de outubro de 2015)

²⁹ Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém, p. 530 In: Fredie Didier Jr et. all. (org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533 et seq.

³⁰ ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. Oliveira, Rafael Tomaz. *Introdução a teoria e a filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015, p. 463/464.

princípio a decisão deve se pautar por argumentos de princípio (direito) e não de política, moral ou economia. Vale dizer, a decisão adequada deve se assentar em solo jurídico e não veicular questões que acabam por fragilizar o caráter de garantia sustentado pelo direito;

b) Estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional. Trata-se, aqui, de firmar uma posição no âmbito da discussão em torno dos limites da interpretação constitucional, para o autor, o fato de não existir um método que garanta a "correção" do processo interpretativo, não autoriza o intérprete a escolher um sentido que lhe seja mais conveniente segundo os ditames de sua "consciência";

c) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito. Na linha da proposta *dworkiana* do Direito como integridade, Streck afirma que a fundamentação das decisões judiciais - e o consequente respeito pela história institucional do direito - deve ser alçada à condição de direito fundamental do cidadão;

d) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais. Corolário do princípio anterior, o presente princípio se apresenta como a contrapartida do "direito fundamental à fundamentação", colocando-a como um dever no sentido forte do termo;

e) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição é que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Esse último princípio tem por finalidade preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios.³¹

Lenio Streck, também, oferece um rol de seis hipóteses que tornariam possível ao julgador deixar de aplicar uma lei:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional,

³¹ ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. Oliveira, Rafael Tomaz. Introdução a teoria e a filosofia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015, p. 466/467.

caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarar inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo da lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nestes casos, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz a manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) nos casos em que uma regra estiver em situação de contrariedade com os princípios. Neste caso, a regra cede em favor da força deontológica dos princípios constitucionais.

Fora dessas hipóteses, estaria o julgador necessariamente vinculado ao texto de lei.³²

³² ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. Oliveira, Rafael Tomaz. Introdução a teoria e a filosofia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como foco a análise da atuação judicial incorreta, como nos casos de ativismo e decisionismo judiciais. A necessidade do homem moderno, na busca do bem-estar social, levou a uma procura desenfreada pelo Poder Judiciário, o que acarretou a judicialização excessiva em nosso país.

Em que pese a defesa de alguns estudiosos, o ativismo judicial e demais formas de desnaturação da atividade judicial é pernicioso ao Estado Democrático de Direito, pois não é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentarias para a esfera de decisão do Judiciário³³.

Assim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade e demais Poderes, afinal, como bem lembrado por Luís Roberto Barroso, o poder emana do povo, não dos juízes³⁴.

A partir do ativismo judicial e do decisionismo, juízes pretendem trazer legitimidade às suas decisões, o que, numa análise pormenor, poderá se perceber até inconstitucionalidade de tais decisões. Para evitar que o Judiciário entenda que a lei está a seu dispor, analisamos algumas possíveis soluções, baseadas no diálogo entre os Poderes (*legislative override*) e na

revista, atualizada e ampliada, 2015, p. 467/468.

³³ STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 67.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 447/448.

motivação adequada, tal qual previsão do artigo 93, IX, da Constituição Federal. Outra possibilidade que se propõe é a criação de um Poder Constitucional Superior aos demais (e imune a estes), que se incumbiria da preservação da Constituição Federal, fora do eixo do Poder Judiciário.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. Oliveira, Rafael Tomaz. *Introdução a teoria e a filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 84, jul.-set. 2013. São

Paulo: *Revista dos Tribunais*.

NERY, Nelson Junior. ABOUD, Georges. *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém*. In: Fredie Didier Jr et. all. (org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 525 et seq.

STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

<http://www.britannica.com/topic/judicial-activism>. Acesso em 09 de outubro de 2015.

<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristrocracia-projeto-codigo-processo-civil?imprimir=1>. Acesso em 09 de outubro de 2015.

<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-a-concretizacao-da-constituicao-e-a-juristocracia>. Acesso em 09 de outubro de 2015.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>. Acesso em 18 de agosto de 2015.