

# O ATIVISMO JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Ives Gandra da Silva Martins Filho<sup>1</sup>

Resumo: Uma das tentações que mais atacam a magistratura neste início de século XXI, é a do ativismo judiciário, de se criar direito novo a partir da aplicação de princípios jurídicos insuficientemente positivados no ordenamento jurídico. Justamente em face das garantias da vitaliciedade e inamovibilidade de que gozam os magistrados, dadas as características diferenciadas do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes da República, é que não se confere ao juiz poder semelhante ao do legislador. Com efeito, os agentes políticos que compõem os Poderes Legislativo e Executivo não gozam dessas garantias: muito pelo contrário, estão sujeitos à legitimação pelo voto popular, que, periodicamente, referendam, ou não, as orientações seguidas por parlamentares e chefes de Executivos em seus mandatos.

Palavras-Chave: ativismo judiciário, teoria da separação dos poderes, necessidade de respeito a ordem Constitucional, sistema Judiciário nacional

## JUDICIAL ACTIVISM AND THE SEPARATION OF POWERS

Abstract: One of the temptations that most attack the judiciary at the beginning of the 21st century is that of judicial activism, of creating new law from the application of legal principles insufficiently positive in the legal system. Precisely because of the

---

<sup>1</sup> Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, palestra proferida no Seminário de Ve-rao 2018 – *Cidadania num Mundo em Transformação*, realizada na cidade de Coimbra (Portugal)

guarantees of vitality and irremovability enjoyed by magistrates, given the differentiated characteristics of the Judiciary in relation to the other branches of the Republic, it is not that the judge is given power similar to that of the legislator. In fact, the political agents who make up the Legislative and Executive Powers do not enjoy these guarantees: on the contrary, they are subject to legitimacy by the popular vote, which periodically, or not, refer to the guidelines followed by parliamentarians and chief executives in their mandates.

Keywords: judicial activism, theory of separation of powers, need for respect to the Constitutional order, national judicial system



*teoria montesquiana da separação dos Poderes do Estado, que norteou o constitucionalismo dos séculos XIX e XX, tem sofrido fortes abalos no século XXI com o ativismo judiciário, especialmente no Brasil, com nuances não encontradas em nenhum outro país do mundo.*

A expressão “*judicial activism*” foi cunhada nos Estados Unidos para designar a atuação da Suprema Corte Americana, sob a presidência de *Earl Warren* nos anos 70 do século passado, na defesa e implementação dos direitos fundamentais, desenvolvendo uma *jurisprudência progressista à margem das normas legais*.

Tal papel de *protagonismo praticamente legislativo se coaduna* melhor com o sistema anglo-americano de *direito costumeiro*, onde os diplomas legais existem em menor quantidade, o juiz de 1º grau é eleito pela comunidade e a jurisprudência é a fonte primordial do direito. *Não casa bem com um sistema de direito codificado* como é o nosso, de tradição romano-germânica, em que o legislador é quem deve inovar propriamente no mundo jurídico.

E tal protagonismo norte-americano *não se tem feito à luz dos holofotes da TV*, pois as sessões de seleção e de discussão das causas relevantes são *reservadas*, realizando-se publicamente apenas a oitiva das sustentações orais e a publicação das decisões tomadas pela Corte. Tal modelo é seguido nas Cortes da esmagadora maioria dos países do Globo, a começar pela Europa. Só no Brasil o Judiciário passou a ser estrela da TV.

Com efeito, só no Brasil as *sessões da Suprema Corte* do país são *transmitidas ao vivo* e por uma *TV do Judiciário*, expondo por demais seus integrantes, em debates que, muitas vezes, descambam para o campo pessoal, fazendo com que a população idolatre uns e execre outros, ao sabor das matérias em julgamento, a ponto de não poderem se mostrar em público por temporadas.

E por quê? Porque o Supremo Tribunal brasileiro passou a ser realmente o *Supremo Poder do Estado*, não só por dar a última palavra nas questões públicas mais relevantes – ou, na expressão de membro da Corte, com o direito de “*errar por último*” –, mas por muitas vezes se substituir ao legislador e ao administrador público, inovando na ordem jurídica e traçando políticas públicas, com base nos *princípios constitucionais*, esgrimidos como a fonte de direito por excelência.

Em tempos de Copa do Mundo, impressiona, no Brasil, que a escalação da *seleção nacional de futebol* seja *menos conhecida do que os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal*, que aparecem diariamente na TV Justiça, decidindo sobre as mais diversas questões que afetam o dia-a-dia do cidadão, inclusive pela *pouca eficácia do filtro* que atualmente serve para *selecionar as matérias a serem efetivamente julgadas* pela Corte. E as questões penais, em tempos de devassa de políticos e empresários, monopolizam pautas de julgamentos e manchetes de jornais.

Se, como ensinava Aristóteles, “*in medio virtus*”, a lição transmitida pelo Ministro Rubens Ricúpero, em toda a sua

humilde sabedoria, vem bem a calhar: “*o excesso de exposição à mídia exacerbou a vaidade*”. Se um dos pilares da *democracia* é justamente a *transparência*, também seu excesso, pela forma, pode provocar efeitos danosos às instituições e às pessoas.

Carlos Coelho, em sua tese doutoral sobre o “*Processo Legislativo*”, também aplicável ao processo judicial, sustenta que um fator que explica em muitos casos a aprovação ou rejeição de projetos de lei não é tanto se atendem ao bem comum ou resolvem um problema social concreto, mas o *binômio “simpatia-antipatia”* nas relações parlamentares. Antes de convencer com argumentos, é preciso *vencer os preconceitos* erigidos após debates em que os egos saíram feridos. E a exposição pública e televisiva faz incidir ainda um ingrediente adicional aos debates: o *receio de desagradar à opinião pública* ou o desejo de ser popular. Tais *fatores psicológicos* agem sub-repticiamente, dificilmente reconhecidos por aqueles que lhes estão sujeitos, quer no Legislativo, quer no Judiciário.

Sob tal pitoresco pano de fundo e fazendo uma *autocrítica*, em verdadeiro *exame de consciência*, o fato é que todo o Judiciário brasileiro vivencia hoje um *exacerbado ativismo judicial*, acreditando sinceramente que o *papel do juiz do século XXI* não é apenas o de ser a boca da lei, mas o de *promover a justiça social e o bem do país*, ou seja, busca-se exercer um *papel mais ativo e dinâmico*, quase tomando por ofensa a expressão “*inércia do Poder Judiciário*”, explicativa da necessidade de ser acionado para agir.

Não infenso a essa tentação, ainda procuro rezar na cartilha do paradigmático Ministro Moreira Alves, figura ímpar da Suprema Corte brasileira, e que chegou a presidir os 3 Poderes, quando defendia que ao Poder Judiciário cabe ser, no máximo, *legislador negativo*, ao expungir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais, não, porém, *legislador positivo*, criando direito novo, até por falta de legitimidade popular, sem contar as dificuldades práticas em processos individuais, como deixou

claro em seu voto no Mandado de Injunção 107-DF.

São tantos, atualmente, os exemplos de ativismo judiciário no Brasil, especialmente pela Suprema Corte e pela Justiça do Trabalho, que enumerar casos exigiria coloca-los em ordem alfabética, para facilitar a consulta. Na seara laboral, a recente *reforma trabalhista*, levada a cabo no Brasil com a edição das *Leis 13.429 e 13.467/17*, disciplinou nada menos do que 40 *súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*, cujo conteúdo havia sido mudado em benefício dos trabalhadores em 2 semanas de revisão de jurisprudência a portas fechadas, retornando-se, com as leis, às orientações anteriores, a par de serem supridas incontáveis lacunas em nosso diploma laboral – a CLT –, modernizando-a para disciplinar os contratos atípicos, as novas tecnologias, os direitos extrapatrimoniais da personalidade, entre outros.

Ou seja, aquilo que a *jurisprudência vinha criando*, com base exclusivamente em *princípios gerais* de baixa densidade normativa, especialmente o da *dignidade da pessoa humana*, impondo às empresas obrigações concretas de conteúdo econômico, sem base legal específica, passou a ser *regulado por lei*. Ademais, para reduzir o ativismo judicial superlativamente protecionista do trabalhador, comprometendo a própria viabilidade das empresas, a nova lei estabeleceu *parâmetros exegéticos* ao Judiciário (CLT, art. 8º). No fundo, lembrando-lhe seu papel de julgador e não de legislador.

A *tentação* do julgador, de dar a *maior efetividade aos princípios*, quando estes possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é *real e instigante*. No entanto, tem gerado no sistema, uma *proteção fictícia* e uma *insegurança jurídica* que, a nosso ver, não compensam a supervalorização desses princípios.

Essa tentação é a que melhor caracteriza o *ativismo judiciário*, ou seja, a tentação de um *protagonismo maior do Poder*

*Judiciário* na conformação do ordenamento jurídico, que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas acaba por *innovar no mundo jurídico*, paralelamente ao legislador.

Penso que a melhor expressão para sintetizar essa tendência no Judiciário brasileiro atual seria a de ‘*voluntarismo jurídico*’, ou seja, à míngua de norma legal específica prevendo a obrigação que se quer impor a um dos litigantes, será a *vontade do juiz* (e não mais a do legislador plasmada na lei) que criará o direito. Ora, o perigo e a insegurança estão no *subjetivismo* necessariamente decorrente desse ativismo e voluntarismo: cada juiz extrairá do princípio que mais lhe aprouver, a obrigação que menos se poderia esperar, desnortando o jurisdicionado.

Há mesmo muitos magistrados que, ao invés de confrontar os fatos com as normas legais, para extrair como conclusão de um *silogismo jurídico* a subsunção do fato à norma, dizem primeiro *intuir* a decisão que seria a justa e depois buscar fundamentá-la. A impressão que se tem é a de que a decisão é tomada de acordo com a vontade do juiz e depois se busca um *discurso jurídico* para fundamentá-la.

O Ministro Eros Grau, em seu artigo “*Os Princípios são Regras*”, é bastante contundente ao *deplorar o uso indiscriminado dos princípios* para embasar decisões judiciais sem suficiente respaldo legal: “*O princípio descritivo é assim transformado em princípio ‘positivado’, mas não em virtude de lei, senão da vontade do juiz ou tribunal que o afirme. Daí que a sua convação em princípio de direito [=regra de direito] resulta de uma invenção desse juiz ou tribunal, invenção que em geral se procura legitimar sob a assertiva de que encontra inspiração doutrinal. O que levaria ao delírio de admitirmos que princípio geral do direito, na linguagem dos juristas, é princípio [regra de direito] ainda não “positivado”, mas que a qualquer momento poderá vir a ser como tal formulado ou (re)formulado pela jurisprudência. O delírio conduz a descaminhos nunca vistos, no percorrer dos quais o direito positivo é reescrito pelos*

juizes”.

Uma preciosidade que o referido artigo recolhe é uma citação de *Jean Schhmidt*, que retrata perfeitamente o *voluntarismo jurídico*, e que não resistimos a transcrever, traduzindo-a do francês: “*O juiz deseja atingir um certo objetivo. A lei o impede de atingir tal fim, mas ele pensa que a solução por ele ofertada receberá a adesão da sociedade. Sem dúvida, as disposições editadas pelos legisladores não permitem solucionar o litígio no sentido desejado, mas é preciso levar em consideração esse pensamento social, do qual o pensamento do juiz é o reflexo e que lhe ‘impõe’ derrogar a lei. Como não se sentir tentado, então, a recorrer aos princípios gerais de direito? Mas uma observação capital se impõe: não se trata de verdadeiros princípios gerais, mas da fórmula ‘princípios gerais de direito’, fórmula esvaziada de seu sentido e não tendo outra utilidade que a de justificar a posição adotada. Por esse meio, o juiz alcança o objetivo almejado ao passo que transgride a lei aparentando respeitá-la*”.

O Ministro Carlos Horbach, em seu artigo “*A Nova Roupas do Direito Constitucional: Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e outros Modismos*”, chega a utilizar a expressão “*inconstitucionalidade como conceito emocional*”, pelo subjetivismo voluntarista de muitas decisões que a acolhem ou rejeitam, citando impactante trecho da obra de *Alf Ross*: “*Invocar a justiça é como dar um soco na mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Esta não é uma maneira apropriada de obter compreensão mútua. É impossível ter uma discussão racional com quem apela à ‘justiça’, porque nada diz que possa ser questionado a favor ou contra. Suas palavras contém persuasão, não argumento*”.

Diante do uso indiscriminado dos princípios de baixa densidade normativa para justificar decisões já previamente tomadas não há argumento possível: o *discurso lógico*, baseado em premissas fáticas e jurídicas estruturadas a partir da norma

legal aplicável ao caso concreto, é atropelado pelo *discurso ideológico*, fundado na vontade de concretizar valores que se têm por relevantes, mas olvidados pelo legislador na codificação em relação a matérias concretas.

A tentação atual de *protagonismo*, no desejo de resolver os problemas que angustiam a sociedade, pela via fácil do *ativismo judiciário*, tem provocado inclusive atrito entre os Poderes da República. A decisão do STF de admitir o *aborto de anencéfalos*, criando nova hipótese de exceção à norma penal na ADPF-54-DF, quando o Poder Legislativo já havia rejeitado reiterados projetos de legalização do aborto e a esmagadora maioria da população, em repetidas pesquisas de opinião, se manifestava contrária à prática, é exemplo disso. Após a decisão da Suprema Corte, houve proposta de Decreto Legislativo na Câmara dos Deputados, para preservar a competência do Congresso Nacional contra a *usurpação da função legislativa* por outro Poder, calcada no art. 49, XI, da CF (PDC 566/12).

O *sofisma* que tem animado juristas e julgadores a defender esse ativismo judiciário é o de que a *inércia do Legislativo* em regular situações que clamariam por novo marco jurídico justificaria essa intervenção excepcional. Nota-se o sofisma pelo fato de que essa aparente “inércia” constitui, na realidade, *vontade política* contrária à mudança pretendida pela via judicial: um *silêncio eloquente*. E o paradoxo maior é que o Poder Judiciário, caracterizado pela sua *inércia ontológica*, já que só pode atuar quando provocado, pretende substituir-se ao legislador, formulando opções políticas para as quais *não recebeu mandato popular*. Como um *Poder técnico*, com seus quadros formados fundamentalmente pela seleção em concursos, com a garantia da vitaliciedade e não sujeito ao controle do voto popular, pode se arvorar em representante do povo para reconstruir o direito à sua imagem e semelhança? Trata-se de *voluntarismo jurídico incompatível com um regime democrático de direito*.

Se nem o constituinte derivado, na *ação de*



*inconstitucionalidade por omissão*, permitiu que o Supremo se substituísse ao Poder Legislativo, no caso de não regulamentação de preceito constitucional, como pode o Judiciário, em ações comuns, esgrimir essa pretensa inércia, para impor obrigações, calcadas exclusivamente em princípios, sem suficiente densidade normativa?

Como se vê, uma das *tentações* que mais atacam a magistratura neste início de século XXI, é a do *ativismo judiciário*, de se criar direito novo a partir da aplicação de princípios jurídicos insuficientemente positivados no ordenamento jurídico. Ora, justamente em face das *garantias da vitaliciedade e inamovibilidade* de que gozam os magistrados, dadas as características diferenciadas do *Poder Judiciário* em relação aos demais Poderes da República, é que não se confere ao juiz poder semelhante ao do legislador.

Com efeito, os agentes políticos que compõem os *Poderes Legislativo e Executivo* não gozam dessas garantias: muito pelo contrário, estão sujeitos à *legitimação pelo voto popular*, que, periodicamente, referendam, ou não, as orientações seguidas por parlamentares e chefes de Executivos em seus mandatos. Assim, não se admite a quem não esteja sujeito ao controle das urnas o exercício de poder legiferante.

Portanto, concluímos que a *teoria montesquiana da separação dos Poderes*, endossada por nossa Carta Política, que completa agora seus 30 anos, quando estabelece a *independência e harmonia entre os Três Poderes da República* (art. 2º), continua a nortear o Estado brasileiro, e não se compatibiliza com o exacerbado ativismo judiciário vigente em nosso país.