

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

**A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO COMO ALTERNATIVA
AO ATIVISMO JUDICIAL**

Luigi Giovane de Moraes Bertaco

**Porto Alegre
2020**

Luigi Giovane de Moraes Bertaco

**A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO COMO ALTERNATIVA
AO ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de
Oliveira

**Porto Alegre
2020**

A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO COMO ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de
Oliveira

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rodrigo Valin Oliveira
(Orientador)

Prof. Henrique Montagner Fernandes

Prof. Denis Guilherme Rolla

Dedico este trabalho a quem tudo me proporcionou. Somente pude destinar-me exclusivamente ao Direito por ter uma avó, um pai e uma mãe que acreditassem em mim. Por não terem medido esforços na minha educação, a vocês devo tudo: Marlene (*in memoriam*), Elaine e Antônio.

Por toda a compreensão, paciência e amor, a Camila.

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar o fenômeno do ativismo judicial na jurisdição brasileira e verificar se a ferramenta da interpretação histórica da Constituição é uma forma de minimizar o efeito do “governo dos juízes” causado pelo ativismo judicial disfuncional. Trata-se de pesquisa qualitativa, que a partir do método dedutivo e de revisão bibliográfica buscará responder se tal hipótese se verifica como positiva. Em uma primeira parte, investigar-se-á o fenômeno do ativismo judicial dentro da dogmática (o afastamento do Poder Judiciário dos limites de sua competência na aplicação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988), buscando dentre suas concausas aquelas que são seus pilares, suas concepções e os diferentes graus de controle judiciário e, conseqüentemente, os problemas oriundos deste fenômeno. A partir desta situação, em uma segunda parte, visar-se-á compreender as ferramentas que a hermenêutica jurídica nos coloca à disposição. Dentre elas, analisar o originalismo (textualismo e intencionalismo), encontrando exemplos e debates constitucionais de dispositivos, e a partir deste confronto responder se a interpretação histórica da Constituição é uma alternativa de solução ao governo dos juízes.

Palavras-chave: ativismo jurídico; ativismo judicial; hermenêutica constitucional; textualismo; originalismo; governo dos juízes; interpretação constitucional; histórica.

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the phenomenon of judicial activism in Brazilian jurisdiction and verify if the appliance of the historical interpretation of the Constitution is a way to minimize the effect of the “government of judges” caused by dysfunctional judicial activism. This is a qualitative research that pretends to answer whether this hypothesis is found to be positive from the deductive and bibliographic review method. In the first part, the phenomenon of judicial activism within dogmatics (the distance of the Judiciary from the limits of its competence in the application of the Federal Constitution of the Brazilian Republic of 1988) will be investigated, activism will be investigated, seeking among its causes those that are its pillars, its conceptions and the different degrees of judicial control and, consequently, the problems arising from this phenomenon. From this situation, in a second part, the tools that legal hermeneutics makes available will be observed. Among them, to analyze the originalism (textualism and intentionalism), finding examples and constitutional debates of provisions, and from this confrontation to answer if the historical interpretation of the Constitution is an alternative solution to the government of judges.

Keywords: legal activism; judicial activism; constitutional hermeneutics; textualism; originalism; government of judges; constitutional interpretation; historical.

SIGLAS E ABREVIATURAS

§ – Parágrafo

Art. – Artigo

Ed. – Edição ou Editor

Min. – Ministro(a)

Nº - Número

Pg. / p. – Página

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

Supremo – Supremo Tribunal Federal

Vol. ou **v.** - Volume

PET – Petição

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

CF – Constituição Federal

CF/88- Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. DO ATIVISMO JUDICIAL – 1ª PARTE	11
2.1. Justificação temática e a delimitação do objeto	11
2.2. Os pilares do ativismo judicial – história jusfilosófica	14
2.3. Das distinções necessárias - origem do termo e conceito	17
2.3.1. Ativismo e judicialização	23
2.4. Fator de impulsionamento no Brasil - neoconstitucionalismo	24
2.4.1. Inconsistência e fragilidade do neoconstitucionalismo	27
2.4. O que não é ativismo judicial? Existe “bom” ou “mau” ativismo?	30
2.6. Parâmetros dogmáticos e metodologias diferentes para constatar a decisão ativista	35
3. DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA COMO APLICAÇÃO DO DIREITO – 2ª PARTE	41
3.1. Hermenêutica e Interpretação, do sinônimo a imprecisão técnica	41
3.2. Da moderna teoria de interpretação	42
3.3. “Interpretativismo” e “não Interpretativismo”	44
3.4. Do panorama passivista e interpretação criativa	45
3.5. Espécies de originalismo	47
3.6. O originalismo em Antonin Scalia	49
4. CONCLUSÃO	55
5. REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

1. INTRODUÇÃO

Pode parecer uma obviedade designar o que um jurista do ramo constitucional faz... sua tarefa é interpretar a Constituição. O problema residirá em como interpretar e isto está longe de ser algo trivial. Há problemas de ordem epistemológicas e metodológicas. O estudo da norma constitucional coloca a dificuldade que é de lidar em *ultima ratio* com a aplicação das normas jurídicas a determinado caso. Princípios ou regras, qual será a palavra final no caso concreto?! O caráter dos direitos fundamentais e sua dificuldade imanente de concretização; os princípios próprios da interpretação constitucional; sua mutação no curso do tempo e o papel da interpretação à atualização da norma constitucional.

Não obstante esta dificuldade inerente à atividade do constitucionalista, o presente trabalho busca, dentro dos parâmetros dogmáticos, traçar uma resposta (proposta de solução hipotética) aos abusos que o Poder Judiciário tem cometido frente aos demais poderes do Estado brasileiro. Trata-se do fenômeno do ativismo judicial e um desdobramento deste efeito, ou como se adotou nesta monografia: governo dos juízes.

A predileção por governo dos juízes tem uma explicação: termo cunhado por Edouard Lambert em seu trabalho “*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*”, é uma crítica a tendência antiga de deixar para o judiciário resolver questões que são do papel da política. A preocupação não está somente em o judiciário ser proativo no modo de interpretar a Constituição Federal de 1988, mas além disso, reside ainda na substância, no papel que o judiciário brasileiro tem desempenhado dentro da organização do Estado. Seria o Poder Judiciário o verdadeiro governante do país? Afinal, quase todas as ações governamentais brasileiras dependem de “autorizações judiciais”, mesmo as mais triviais atividades do cotidiano.

Este cenário torna-se ainda mais preocupante no modelo brasileiro, ou pela extensiva quantidade de processos, ou em razão de que, o mais inexperiente dos juízes, aquele formado há pouco, recém-saído dos bancos da faculdade, pode bloquear qualquer ação administrativa, não somente perante seu território de competência (onde exerce a jurisdição), mas em todo o país a depender da matéria. Para tanto, bastaria invocar ou “inventar” um princípio.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem estendido seu âmbito de atuação, decidindo prioridades em políticas públicas, além de revisar atos administrativos discricionários (baseados na oportunidade e conveniência do Poder Executivo) os quais, para parte da doutrina administrativista, não lhe cabe revisão. Nem mesmo o ato de nomeação de cargos de confiança

tem saído ileso de anulações por parte do judiciário. Por consequência, o choque institucional entre os Poderes gera debates e preocupações, causando crises no sistema.

Dentro desse panorama e da eminente necessidade de um aprofundamento das competências dispostas na Constituição Federal de 1988, este trabalho busca delimitar minimamente a função jurisdicional constitucional e testar a ferramenta hermenêutica da interpretação histórica como uma forma de evitar decisões que invadam em demasiado a esfera de outros poderes. Com base em revisão bibliográfica sobre a matéria, buscar-se-á conceitos utilizados na doutrina, e, pelo método dialético¹, extrair-se-á consensos e controvérsias a respeito do tema. A partir da dedução e indução dos mesmos, tentar-se-á exprimir critérios para identificar se uma decisão judicial pode ser considerada ativista.

Realizados tais experimentos, o ativismo judicial será submetido ao filtro da interpretação histórica da Constituição. A hipótese é que, embora a hermenêutica tenha diversas técnicas, algumas delas, ou melhor: a interpretação histórica é capaz de amenizar alguns excessos cometidos pelo Poder Judiciário. Logo, na segunda parte do presente trabalho, buscar-se-á definir minimamente o que se considera por interpretação histórica da Constituição.

De início, tentar-se-á entender das dificuldades que se encontram na doutrina, como por exemplo, a utilização sinonímica entre Hermenêutica e Interpretação. A precisão técnica nos levará para uma melhor compreensão da moderna Teoria da Interpretação. A partir disso, e uma vez entendido os desafios que são impostos à temática, analisar-se-á o contexto histórico e o nascimento do debate a respeito do modo de interpretar a Constituição, principalmente, entre Interpretativistas e não Interpretativistas, em que há longos anos de debates entre as correntes de pensamento.

Após identificar o panorama em que se encontra a matéria, realizar-se-á a localização e a análise das espécies de originalismos, fundamentalmente as vertentes textualista e intencionalista. Dentre diversos autores, encontraremos um dos grandes expoentes do pensamento: Antonin Scalia, professor com experiência acadêmica e anos de dedicação à magistratura junto ao Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia. Nomeado pelo Presidente Ronald Reagan para a Suprema Corte no ano de 1986, com a intenção de reverter algumas das doutrinas e políticas liberais introduzidas naquela Corte, enquanto sob presidência dos Chief Justice Warren e Burger. Assim, após fixar a situação com base no que foi estudado, por fim,

¹ REALE, Miguel, *em Lições preliminares de direito*, 9. Ed., São Paulo, Saraiva, 1981, p. 83-84 ensina que “a nossa época é caracterizada pelo *pluralismo metodológico*, não só porque a indução e a dedução se contemplam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada do real exige o seu próprio e adequado instrumento de pesquisa”.

tentar-se-á confrontar as duas partes para analisar a resposta fim deste trabalho, qual seja, a interpretação histórica da Constituição minimiza os efeitos do ativismo judicial?

Por fim, cabe explicar que, nessa segunda parte do trabalho, se pretende utilizar do mesmo pluralismo metodológico anteriormente citado, valendo-se da revisão bibliográfica sobre a matéria e por meio do método dialético, indutivo e dedutivo, firmar as premissas necessárias para a conclusão.

2. DO ATIVISMO JUDICIAL – 1ª PARTE

2.1. Justificação temática e a delimitação do objeto

O fenômeno ora analisado tem diversas implicações jurídicas e sociais, pois envolve diretamente princípios basilares do Estado Democrático de Direito e porque circunda o exercício do poder derivado deste Estado constituído. Por óbvio, haverá choques, isto é, confrontos entre a pluralidade de visões sobre as funções do Estado, seus princípios e as ponderações destes. No entanto, a identificação de limites aos Poderes, que devem atuar de forma harmônica² em alguma medida, precisam de um bom exercício de competências. Momento mais que oportuno para assumir contornos técnicos jurídicos, de responsabilidade da doutrina constitucional, uma vez que matéria eminentemente jurídica quando se trata do Poder Judiciário e sua limitação de atuação. Todo esse complexo cenário importará, ao fim e ao cabo, na organização social das pessoas e no nível de liberdade civil dos cidadãos no Estado brasileiro.

Entendo que a Constituição Federal de 1988 fez algumas opções por meio de sua Assembleia Nacional Constituinte. Dentre tantas características para a Constituição brasileira, esta escolheu aliar a liberdade individual e econômica com a busca de igualdade e amparo social. Como pressuposto deste Estado, o constituinte colocou no centro do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o Estado Democrático de Direito. De forma tão explícita que seus primeiros artigos³ dispõem exatamente sobre tais princípios fundamentais.

A concepção de um Estado submetido ao direito traz consigo alguns arcabouços. O Direito, segundo o prof. Humberto Ávila, precisa ser conhecido por quem a ele se submete; precisa ser compreendido; necessita ser estável; não contraditório; igualitário; prospectivo e efetivo; sob pena de o indivíduo não poder/conseguir desenhar sua vida autonomamente e livremente determinar o curso dela⁴. As exigências determinadas pelo pleno atendimento da dignidade da pessoa humana têm como requisito a existência de um sistema político democrático, sem o qual, se torna impossível sua efetivação. Dentro desta perspectiva de que o

² O art. 2º da CF de 1988 estabelece: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

³ “O art. 1.º da Constituição dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; V – o pluralismo político”.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 14-20.

ser humano é um fim em si mesmo e das estruturas necessárias para a realização deste fim, mais necessário se faz a existência da separação de poderes, de modo que aquele que expede textos normativos, contendo parâmetros de ação, não pode ser o mesmo de quem os executa. Embora possa se dizer que esse objetivo é inatingível, dever-se-ia buscar ao máximo a especialização entre jurisdição, legislação e administração.

Há uma parcela da doutrina que associa o ativismo judicial em sentido amplo à tensão entre poderes provocada pela função jurisdicional, geralmente quando do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, assim como da omissão legislativa⁵. Até compreensível, afinal, a censura imposta pelas Cortes Constitucionais aos atos legislativos é algo extremamente complicado, uma vez que as leis assumiram um caráter diferenciado após o fim dos regimes monárquicos absolutistas (tanto foi assim que o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inserida no Preâmbulo da Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 dispõe: “a lei é expressão da vontade geral”, sendo que “todos os cidadãos têm o direito de contribuir pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação”. A lei como produto da razão (de certo modo infalível para liberais da época) era o principal instrumento jurídico da democratização da sociedade setecentista.

Decorrencia deste contexto foi o nascimento do que viria a ser conhecido como *judicial review*. O famoso caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, e com *O Federalista*, demonstram a preocupação enorme em justificar a interferência de um poder sobre outro e, portanto, a competência dos juízes e tribunais estadunidenses para declarar nulas as leis contrárias a Constituição. Se no controle incidental e concreto com efeito restrito às partes já houve esta turbulência, o que falar a respeito do controle de constitucionalidade abstrato, com ampla eficácia subjetiva (efeito *erga omnes*), manifestamente avesso às práticas comuns da jurisdição?

Por uma série de fatores essa “batalha” acontece preferencialmente no campo constitucional. A primeira razão para isto é que a Constituição contém normas de organização do poder e de estrutura do Estado, assim como dispõe sobre direitos fundamentais⁶. Assim, a Constituição, quando estabelece um Poder, ao mesmo tempo, delimita a função deste, logo, quando o intérprete e guardião do texto constitucional decide sobre estas questões acaba interferindo nos outros poderes, ainda que de forma indireta. Cabe aqui lembrar que a própria CF de 88 traz consigo alguns instrumentos de interferências de um Poder sobre o outro, como o poder de veto dado ao chefe do Poder Executivo. O que, diga-se de passagem, é plenamente

⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 22-23.

⁶ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 20ª ed. 2001, p. 40-41.

normal (a interferência entre as esferas) sendo um problema quando um Poder toma para si completamente a esfera de outro ou invade em demasia.

Uma segunda razão de investigarmos tal fenômeno no campo constitucional é decorrente da supremacia da Constituição. Há uma hierarquia formal das normas constitucionais que se colocam superiores às demais normas – sendo a ordem jurídica uma “derivação normativa” oriunda da norma superior hierarquicamente⁷.

A terceira e mais importante razão de estudarmos no campo constitucional, quando se trata de ativismo judicial, é em decorrência da maior abrangência de princípios nos textos, ou seja, contém em comparação com a legislação infraconstitucional, mais normas de menor densidade, mais abrangentes, de menor precisão, associadas a aplicação por tribunais de independência institucional ou posicionados no topo do judiciário, tornando, por um lado, inviável uma interpretação meramente declarativa do Direito.

Nesse caminho, há, no entanto, muito a ser trilhado para conseguirmos estabelecer o ponto inicial que este trabalho busca atingir. Isso porque é necessário estabelecer algumas diretrizes e escolhas de bases para assentar o restante do conteúdo. Uma das formas de analisar o ativismo judicial é pela perspectiva sociológica do direito, entendida como a constatação da existência do fenômeno social no plano fático, independentemente de juízo de valor ou da conformação ou não do direito vigente. No entanto, buscar-se-á examinar o ativismo judicial dentro das espécies normativas e o alcance das variadas metodologias para sua identificação. Analisar-se-á a violação ao direito quando do afastamento do Poder Judiciário dos seus limites de sua competência para aplicar a Constituição Federal de 1988.

Não se tentará escolher o melhor método de caracterização, mas buscar-se-á deles para analisar se uma decisão é ou não ativista. A aplicação da Constituição, como assentado pela Hermenêutica Filosófica, não pode ser separada (exceto em termos lógico-conceituais), da tarefa de interpretar, isto é, de fixar o sentido dos dispositivos. De outra parte, a Teoria da Interpretação é a perspectiva mais evidente da diferenciação que se faz entre as correntes doutrinárias da Teoria do Direito atual. Daí buscar um conceito mais amplo de ativismo judicial, baseado em determinada maneira de entender o direito e de proceder a aplicação das normas.

Porém, uma conceituação mais ampla de ativismo não seria funcional se não for conectada aos sistemas jurídicos contemporâneos. Não se revelaria viável a especificação de parâmetros que permitem caracterizar o ativismo sem constatar o campo do direito positivo.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1151.

São diversas as variáveis a serem consideradas, além das réguas normativas, tem-se a própria prática jurisprudencial, interferindo na configuração do exercício da jurisdição.

Nessa perspectiva, após compreender o fenômeno do ativismo judicial e o delimitar minimamente, se faz imprescindível testar ferramentas que sejam capazes de aperfeiçoar o sistema jurídico brasileiro. Há um longo campo a ser explorado no que diz respeito às ferramentas que a Hermenêutica Jurídica nos coloca à disposição. A Constituição de 1988, para ser bem compreendida, pode e deve ser estudada também à luz de suas antecessoras, sem que isso implique, decerto, nenhuma interpretação retrospectiva, por exemplo. A atual CF tem comandos constitucionais herdados das anteriores e que, naturalmente, foram interpretados no passado⁸. Tais interpretações devem ser recuperadas e compreendidas. O papel, muitas vezes, não é de ser exemplar ou não-exemplar, mas mostrar a mutabilidade e a noção de Constituição. A democracia é sempre um processo inacabado, sendo o passado seu natural reflexo, devendo a história constitucional ser examinada para guiar os caminhos futuros.

Nessa direção, afim de chegar nesse ambiente, se faz necessário retornar aos debates travados no início da interpretação constitucional, utilizando-se da doutrina estrangeira que influenciou e influencia diretamente o constitucionalismo brasileiro.

2.2. Os pilares do ativismo judicial – história jusfilosófica

Não é o objeto deste trabalho traçar a linha histórica e classificar cada uma das correntes jusfilosóficas que o universo das ciências jurídicas experimentou. Não há, no entanto, como falar em ativismo judicial sem explicitar que a concepção e a formação do jurista variam conforme a época experimentada, e, por consequência, a corrente filosófica predominante influenciará diretamente na visão e atuação do mesmo.

No entanto, é sabido que a moderna Ciência do Direito evoluiu e com isto deixou para trás alguns debates ultrapassados. Por exemplo: a diferenciação entre texto e norma, ou a correspondência biunívoca entre dispositivo e norma. Ou ainda, a antiga concepção que a atividade cognitiva era meramente descritiva de significado pré-existente, pela qual envolveria uma atividade simplesmente subsuntiva.⁹

E para detalhar essa história, tem de conhecer um pouco da divisão paradigmática na Ciência do Direito. O direito natural e o direito positivo sempre conviveram juntos, porém

⁸ LYNCH, Christian; MENDONÇA, J. V. S. D. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007.

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 51 a 55

podem atribuir resultados contrapostos à conceituação do Direito. Esta bipartição deu formação a duas teorias também distintas: a jusnaturalista e a juspositivista. Há um universo de características que, a depender de quem classifica, pode contrapor ou criar pontos de intersecções entre as teorias. Como não constituem pressupostos para o desenvolvimento do presente estudo, não nos cabe detalhar. Todavia, cabe frisar, de modo geral, que a teoria jusnaturalista defende que o critério último de validade de determinado sistema/ordenamento jurídico seja calcado em preceitos morais contidos no direito natural; enquanto o positivismo admitiria como direito aquilo que deriva de um ato de vontade com base nas formalidades previstas por normas hierarquicamente superiores de organização de competências, independentemente do conteúdo moral.

De certa forma, o Direito Positivo neste “embate” acaba executando o Direito Natural como bem explicado na passagem criada pelo Prof. Shapiro¹⁰. Ainda que eternamente paradoxal, o sistema normativo acaba sendo decidido pelos fatos sociais e conseqüentemente pelo Direito Positivo. Além de que, como denota Bobbio “como a ciência consiste na descrição avaliativa da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou Teoria do Direito”.¹¹

Considerando assim, que Direito Positivo se sobrepõe ao Direito Natural, o desenvolvimento ocorrido nas diversas teses positivistas nos interessa. É possível classificá-las em teorias mais clássicas, de modo geral, àquelas que são associadas ao positivismo ideológico e ao positivismo legicêntrico; ou em teorias positivistas mais modernas, as quais demonstram uma maior preocupação à relação direito e moral e também em relação a outras fontes de direito que não a lei.

O positivismo jurídico clássico busca o isolamento do direito, tratando-o como um campo da ciência autônomo, não relacionado diretamente à política ou à moral (separa o direito bruto da Ciência do Direito). O direito se apresenta, portanto, como um sistema de normas, em que importam critérios de existência e validade. Ou seja, noções de jurídico ou não-jurídico.

Norberto Bobbio¹² estabelece características fundamentais para o positivismo clássico, dando ênfase que não se faz necessário a presença de todos elementos ao mesmo tempo para que determinada concepção seja considerada positivista. São elas:

¹⁰ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 37.

¹² Cf. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993. P. 280.

1) O direito deve ser estudado como um fato, não como um valor. 2) O conceito de direito deve estar vinculado à possibilidade de se fazer cumprir através da coação, e não pelo seu cumprimento voluntário. 3) A principal fonte de direito é a legislação. 4) A norma jurídica como mandado (teoria imperativista do direito). 5) A teoria do ordenamento jurídico, pela qual cada norma deve ser tratada como integrante de um ordenamento, lhe condiciona validade e compatibilidade. 6) O sistema de interpretação é a mecanicista, que faz da atividade de interpretação jurídica mero ato de declaração do direito. 7) A teoria da obediência, segundo a qual a lei deve ser obedecida seja qual for o seu conteúdo.

Com os estudos de Hans Kelsen e H.L.A. Hart, o positivismo jurídico se desenvolve extremamente, possibilitando discussões acerca do seu conteúdo, sua relação com a moral, sua origem social, sua eficácia, entre outros. A partir dessa guinada – menos ideológica e mais descritiva – o positivismo jurídico elaborou teses relativas à identificação do direito e sua separação com a moral, a distinção entre o que o direito *é* e aquilo que ele *deveria ser* (modais deônticos) e a diferenciação entre os planos de validade jurídica e de valor do direito.

A Constituição passa a ter outros contornos, submetendo a legislação ao seu controle de forma mais rígida e, em decorrência lógica deste, pelos direitos fundamentais nela positivados. A partir deste marco surge com maior intensidade a diferenciação entre regras e princípios, bem como a necessidade de adoção de técnicas interpretativas diversas e a superação do formalismo jurídico¹³, rejeitando o mero silogismo judicial¹⁴.

Essas são algumas das características marcantes desse novo modelo positivista, que o diferenciam do modelo anterior. É certo que ainda há variantes do positivismo (realismo, moralismo, inclusivo/procedimentalista) - e há expoentes diferentes dos pensamentos.

A partir da segunda metade do século XX, para alguns, a aproximação quase absoluta entre direito e norma, e sua separação com a ética e com a filosofia – características do positivismo clássico – foram superadas, porque não correspondiam ao estágio civilizatório e

¹³ Para o formalismo interpretativo, também conhecido como teoria cognitivista da interpretação, interpretar significava “descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação”. Para a obtenção do resultado, a atividade do intérprete jurídico deveria empregar os elementos “gramatical, lógico, histórico e sistemático (os quatro clássicos elementos interpretativos apresentados no System por Savigny)”. Nesse sentido, a teoria cognitivista da interpretação pressupõe “a norma como texto (gramatical), como obra racional do legislador (lógico e histórico) e como dotada de um sentido global (sistemático)”. A finalidade da interpretação com base nessa teoria é a descoberta do significado do texto normativo, que é dado previamente à interpretação, sendo a sua aplicação um ato lógico-dedutivo, cujo “verdadeiro centro está restrito à conclusão do silogismo judicial, isto é, circunscrito ao dispositivo da decisão”. Vide MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 35-36.

¹⁴ Com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, a concepção cognitivista da interpretação, para a qual a tarefa dos juízes consistiria na aplicação mecânica das normas gerais a casos individuais, foi superada em prol de uma concepção não-cognitivista, que “reconhece a atividade de interpretação o direito como uma atividade decisória ou estipulativa, que depende da adjudicação de um significado à uma proposição normativa”. Nesse sentido, verifica-se a superação do mero silogismo judicial. Vide MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editora Marcial Pons, 2004. P. 158-162.

às ambições humanitárias da sociedade, principalmente com o fim da Segunda Guerra Mundial. O positivismo moderno, segundo entende Luís Roberto Barroso¹⁵, se inspira na “(...) revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura da Constituição e das leis não mais completamente apartada da moral, mas sem recorrer às categorias metafísicas”. Dentre as características desse sistema podemos mencionar a inclusão dos valores no processo de interpretação jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua diferença das normas-regras, a formação de uma nova hermenêutica argumentativa. O desenvolvimento de uma Teoria do Direito fundada na dignidade da pessoa humana, de forma a promover a reaproximação do direito com a ética¹⁶.

Essa mudança do paradigma filosófico na doutrina brasileira possibilitou o surgimento das três grandes transformações teóricas que alteraram o âmbito de aplicação do Direito Constitucional, e que se relacionam fortemente com o fenômeno objeto de estudo no presente trabalho, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição (uma das características principais do chamado pós-positivismo, que retira a legislação do centro do debate e reconhece a sua subordinação às normas e princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, como passaremos a analisar criticamente.

2.3. Das distinções necessárias - origem do termo e conceito

Não é preciso muito para perceber que dentre os poderes pensados por Montesquieu e norteadores do constitucionalismo dos séculos XIX e XX, aquele que mais tem se sobressaído no Brasil é o Poder Judiciário. Até de certa forma tem causado um abalo no século XXI entre os poderes de Estado¹⁷, principalmente pelo fenômeno do ativismo judicial. Cumpre, portanto, nesta primeira parte do trabalho, identificar e situar no que consiste esse fenômeno.

Aqui cabe uma observação inicial, esse efeito não se verifica exclusivamente no

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 280-284.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 280-284.

¹⁷ GANDRA, Ives. O ativismo judiciário e a separação de poderes. *Revista dos Tribunais Online*: v. 1000/2019, Número, p. 227-236.

âmbito do Judiciário brasileiro¹⁸. Esse fenômeno pode ser encontrado em diversos países, onde as cortes constitucionais têm se destacado como protagonistas de decisões envolvendo questões políticas e sua implementação, principalmente no que toca às políticas públicas.

Chama maior atenção para estas decisões quando se trata de questões relativas às escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. O caso brasileiro, entretanto, se destaca pela *extensão* e pelo *volume*. Alguns autores na doutrina buscam relacionar e justificar esse crescente em razão da Constituição Federal de 88, à realidade política, à inércia do Poder Legislativo e a visibilidade pública que alçaram os julgados proferidos pelo STF¹⁹.

Não por menos que a expressão ativismo judicial tem aflorado intensa discussão no meio acadêmico. São questões controvertidas: a sua definição, origem e extensão. Em face da falta de uma metodologia pacífica de identificação do fenômeno, nos vem à mente que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”²⁰.

O ativismo judicial, de outra parte, tem importantes implicações sociais e políticas, razões que demonstram o quão imprescindível é uma definição sobre o fenômeno. Conforme veremos, o efeito decorre, em parte, da moderna Hermenêutica Jurídica e sua interpretação-aplicação, comandada por uma relação dialética de compreensão complexa e dinâmica entre um sujeito cognoscente e o texto normativo. Em outra parte, porque o texto sofre de certa indeterminação, vagueza e ambiguidade, levando, portanto, o Poder Judiciário e a Ciência do Direito a reconstruir as normas a partir dos dispositivos, isto é, reconstruir seus significados.

O campo constitucional aponta com maior clareza peculiaridades na normatividade, pois compõe as bases do ordenamento jurídico, ou como desenhado por Norberto Bobbio, compõe o topo na pirâmide kelsiana, que hierarquiza o restante, disciplinando competências e procedimentos dos órgãos de produção e aplicação do direito²¹. Ademais, a presença de

¹⁸ A eleição presidencial de 2000 nos Estados Unidos foi parar na Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. No Canadá, a Suprema Corte, por exemplo, foi acionada para se manifestar sobre a constitucionalidade dos testes militares dos Estados Unidos em seu solo. A Suprema Corte israelense decidiu sobre a compatibilidade entre a Constituição e os atos internacionais da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Turquia, a Corte Constitucional tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, impedindo o avanço do fundamentalismo islâmico. Na vizinha Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pela mais alta Corte. Na Coreia do Sul, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente depois que o mesmo fora destituído por *impeachment*”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

¹⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

²⁰ Cf. KMIIEC, Keenan D. *The origin and current meaning of “judicial activism”*. California: California Law Review, v. 92, 2004. Pg. 1443.

²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 306..

princípios nos textos constitucionais, ou seja, normas de menor densidade, mais abrangentes, de menor precisão, associadas a aplicação por tribunais de independência institucional ou posicionados no topo do judiciário, tornam, por um lado, inviável uma interpretação meramente declarativa. Porém, de outro, ocasionam premente uma elaboração consistente em torno dos limites da função jurisdicional²².

Assim, em termos gerais, o vocábulo ativismo judicial tem sido empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição²³. Isto é, seria o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico²⁴.

Nessa esteira, o comportamento pelo qual se identifica o ativismo está relacionado com a expansão do poder decisório que os juízes e as Cortes promovem sobre os demais Poderes estatais, seja por meio de imposições de obrigações, anulando atos ou atuando nos espaços reservados àqueles²⁵.

Quanto à origem, há autores que defendem o surgimento do fenômeno na jurisprudência norte-americana. Um dos expoentes é o Ministro do STF Luís Roberto Barroso²⁶. O ministro afirma que o ativismo despontou com um matiz conservador, apontando como exemplo a jurisprudência que se formou com o caso *Dred Scott v. Sanford*, de 1857, cuja decisão amparava a segregação racial e a jurisprudência no sentido de invalidação das leis sociais, contemporânea da Era *Lochner*, 1905-1937²⁷.

Por outro lado, há autores²⁸ que atribuem o surgimento da expressão ativismo judicial ao historiador americano Arthur Schlesinger, que utilizou o termo pela primeira vez no artigo “*The Supreme Court: 1947*”, publicado pela Revista *Fortune*. O autor, naquele momento, se propôs a traçar o perfil dos nove juízes que compunham a Suprema Corte norte-americana.

²² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 306-307.

²³ Prof. Daniel Mitidiero explica que devemos nos ater ao papel conferido às Cortes Judiciais, ou seja, ao “*dimensionamento das adequadas funções que devem ser por elas desempenhadas no Estado Constitucional*”. O desrespeito pelo Judiciário das funções conferidas a ele pela Constituição também causa prejuízos ao processo civil, que fica prejudicado na realização de sua função de instrumento para a tutela dos direitos das partes. Vide MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pg. 29.

²⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 308.

²⁵ Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 152.

²⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

²⁷ A orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo Estatal culminou no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial no leading case *West Coast v. Parrish*, 1937.

²⁸ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, pg. 21.

Ele examinou a atuação dos *justices*, conforme a maneira que decidiam, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da restritividade judicial” (*champions of judicial restraint*), atualmente denominados *self-restraint*.

Quanto à definição de ativismo judicial novamente encontramos diversos conceitos. Por exemplo, para o Ministro Luís Roberto Barroso, a ideia de ativismo está relacionada a uma maior participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, por meio de uma maior interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes. Nas palavras do ministro: “o ativismo judicial é *uma atitude*, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”²⁹.

De alguma forma, para essa parcela da doutrina representada pelo ministro, os limites entre a política e o direito não são mais os mesmos ensinados em lições clássicas de Teoria Geral do Direito e do Estado. Caberia à Constituição transformar o poder constituinte originário em poder constituído, que são as instituições do Estado, levando à conclusão de que não há uma separação rígida entre os dois espaços (direito e política)³⁰. De certo modo, a política pública, para eles, deve ir além da judicialização, sendo os agentes sociais autorizados a buscarem suas expectativas em outro canal de ressonância representativa, como o poder judiciário.

O ministro Luís Roberto Barroso, além disso, relaciona a identificação do fenômeno com situações de retração do Poder Legislativo, de modo que interfere para que as demandas sociais sejam efetivamente atendidas. Ainda, elenca diferentes condutas pelas quais se manifesta a atitude ativista, como por exemplo: (i) a aplicação direta da Constituição em casos que não há texto exposto a respeito da matéria e sem manifestação do legislador ordinário sobre; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos criados pelo legislador com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Há, em caminho diverso, parcela da doutrina que atribui uma sinalização claramente negativa às práticas ativistas, porque importam numa desnaturação da atividade típica do Poder Legislativo em detrimento dos demais Poderes³¹. Dentro desse viés, o ativismo é maléfico para o Estado Democrático de Direito. Ressalta-se, ainda, que o fenômeno apesar

²⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

³⁰ PAULA, Daniel Giotti de ; FELLET, A. L. F. (Org.) ; NOVELINO, M. (Org.) . *As novas faces do ativismo judicial*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 1. p 19.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 129.

de se verificar contra a atividade exercida pelo Poder Executivo, golpeia mais claramente o Poder Legislativo³², o qual pode ter o produto da atividade legiferante irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade) ou ainda, ter o seu espaço de atuação normativa invadido por decisões judiciais excessivamente criativas.

Embora não se possa classificar os ativismos em uma espécie boa e outra má, como mais à frente será demonstrado, o fato é que toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto, é caracterizada como ativista. Há quem fale em ativismo judicial disfuncional³³, quando este extrapola os limites formais conferidos ao poder.

Nesse sentido, elucidativo o conceito dado pelo professor Elival da Silva Ramos, jurista filiado à corrente que interpreta o ativismo como algo prejudicial ao Estado Democrático Direito:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o 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 interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)³⁴.

Outro autor importante neste tema, Keenan Kmiec³⁵, retrata a multidimensionalidade do termo e analisa cinco diferentes sentidos aplicáveis ao conceito de ativismo judicial. O primeiro sentido se verifica quando ocorre a anulação de um ato normativo, emanado do Legislativo ou do Executivo, cuja constitucionalidade seria defensável. Nessa hipótese, o autor critica a atuação da Suprema Corte, pois entende que diante da presunção de constitucionalidade das leis, a Corte deveria prezar pela deferência ao legislador, “*in dubio pro legislatore*”. A segunda dimensão do conceito de ativismo judicial relaciona-se com a vedação à criação de direito pelas Cortes. Para o autor, Cortes ativistas seriam aquelas que, a pretexto de interpretar o direito, acabariam criando atos normativos novos, desprezando os limites de suas atribuições e o princípio da separação de poderes.

O terceiro sentido atribuído por Kmiec configura-se quando a Corte se desvia da

³² Ibidem, Pg. 129.

³³ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. *Ativismo Judicial Disfuncional no Contratos*. São Paulo: IASP, 2018.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 129.

³⁵ KMEIC, Keenan D. *The origin and current meaning of “judicial activism”*. California: California Law Review, v. 92, 2004. Pg. 1441-1477.

metodologia de interpretação consolidada para determinado tipo de caso. Destaca, ainda, que as cortes ou juízes ativistas também podem ser entendidos como aqueles que julgam orientados pelo resultado. Por último, o quinto sentido desenvolvido pelo autor está pautado no respeito aos precedentes judiciais. Nesse sentido, a noção de ativismo estaria relacionada a decisões judiciais que não se enquadram à orientação consolidada pela jurisprudência.

Finalmente, no que tange à delimitação do conceito de ativismo judicial, cabe mencionar o conceito trazido pelo prof. Humberto Ávila, que define ativismo judicial como “(...) exercício de atuação judicial que desrespeita, visto que descaracteriza, a função de configuração democrática do Direito por meio de normas gerais e abstratas, que é função típica do Poder Legislativo”³⁶.

O professor sustenta que somente existirá ativismo judicial quando o exercício da função jurisdicional comprometer o exercício do poder democrático. Logo, se restar configurada omissão do Poder Legislativo na tarefa de regular determinada matéria ou configurar princípios fundamentais, o Poder Judiciário não estaria atuando de forma ativista, porque sua atuação será excepcional, isto é, não estará descaracterizando função típica do Poder Legislativo e nem se sobrepondo ao resultado normativo dessa função.

[...] existe ativismo judicial quando o Poder Legislativo deixa de configurar democraticamente (procedimento) os princípios e regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento) e quem passa a fazê-lo é o Poder Judiciário. Poder Judiciário ativista é, portanto, aquele que exerce a função típica de configurar materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas³⁷.

Por fim, conclui que somente haverá ativismo judicial quando o exercício comprometer a configuração democrática da Constituição pelo Poder Legislativo, quando ultrapassar o âmbito normativo reservado por ela para o Poder Judiciário e comprometer o sistema de igualdade geral, ainda que em nome da justiça individual. Defende, também, que somente pelo exame do instrumento, do objeto e do procedimento de exercício de poder é que se poderá comprovar a existência de ativismo judicial³⁸.

Depreende-se até aqui que o ativismo judicial é um fenômeno que ocorre ao redor do

³⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 150.

³⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 151-152.

³⁸ Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 155.

globo terrestre. No Brasil a doutrina tem se dividido sobre o tema: parcela acredita que é uma atitude do judiciário em busca de concretização dos direitos, entretanto, para outra parte é um fenômeno maléfico, prejudicial à democracia e ao Estado Democrático de Direito em razão da expansão indevida do Poder Judiciário em detrimento dos demais (no caso brasileiro, Poderes Legislativo e Executivo). Quanto à origem, o termo ativismo parece ter sido cunhado pelo historiador e analista das decisões da Suprema Corte Arthur Schlesinger (em 1947), embora possa se falar que o fenômeno existia anteriormente a essa publicação, como por exemplo, em 1929, quando o mesmo efeito foi chamado de governo dos juízes. Tal fato, portanto, demonstra que houve decisões expandindo o Poder Judiciário em detrimento do Legislativo e Executivo antes da famosa nomenclatura utilizada hoje pela doutrina.

No fim, a conclusão parece estar que o ativismo judicial é uma grande divergência sobre os limites da atuação jurisdicional³⁹.

2.3.1. Ativismo e judicialização

Sinteticamente falando, por judicialização podemos entender que é o ato pelo qual as mais variadas questões controversas na sociedade são levadas ao judiciário e este em caráter final as define⁴⁰.

De pronto é necessário esclarecer que não se confundem judicialização e ativismo. Podemos falar que o ativismo judicial é uma decorrência causal da judicialização, principalmente no tocante à judicialização da política e das diretrizes públicas, pois estas permitem ao judiciário amplificar seu poder jurisdicional e, conseqüentemente, a tomada de decisões em assuntos que não caberiam a ele.

Porém, nem toda judicialização terá como resultado uma decisão ativista, até porque como visto, a decisão que resolver omissão do Poder Legislativo frente a direitos fundamentais, por exemplo, e a qual não compromete o Estado Democrático, não seria ativista. Inclusive, frisa-se, que uma das mais importantes ferramentas levadas ao magistrado para combater essa inação, está positivada na própria Constituição Federal de 88 – como o instrumento da Ação Declaratória de Omissão.

³⁹ BANDOW, Doug. The public opposes judicial activism because it does not understand the issue. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 144-145.

⁴⁰ PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, A. L. F. (Org.); NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2011. v. 1. P 228-229.

Conjuntamente, a grande quantidade de processos no judiciário brasileiro influencia neste cenário, isto é, impulsiona o ativismo judicial, pois este alto número de conflitos gera mais decisões judiciais e conseqüentemente mais decisões em políticas públicas por exemplo. A maior visibilidade destas decisões, quer sejam matérias simples da vida, quer sejam matérias de cunho político, tornam mais perceptível a judicialização da política, como em casos de direitos fundamentais não ponderados pelo legislador.⁴¹

Nessas situações, portanto, criam-se momentos que o Poder Judiciário pode estender seu poder para decidir questões as quais deveriam ser resolvidas por outros campos como a política. Ou dito de outro modo: o ativismo na judicialização da política será a escolha comportamental do magistrado de aceitar a demanda de judicialização política e com isso ditar as soluções para as questões levantadas⁴².

2.4. Fator de impulsionamento no Brasil - neoconstitucionalismo

O que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 25 anos no Brasil. De fato, não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”.^{43 44}

Não por outra razão, utiliza-se a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)” de forma costumeira.⁴⁵ Ainda assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais — ocorridas ou simplesmente desejadas — desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional chamado de “neoconstitucionalismo”.

⁴¹ O plenário do STF julgou de 2010 até 2014 uma média de 2.086 processos por ano. Enquanto de 2015 até 2019 julgou uma média de 2.998 processos, ou seja, um aumento de 43,7% de julgamentos no órgão mais importante do judiciário brasileiro. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoespenario> Acesso em: 15/05/2020.

⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 154.

⁴³ O prof. Elival da Silva Ramos aponta que o “neoconstitucionalismo” “não chega a caracterizar um movimento ou, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico no campo do Direito Constitucional.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁴⁵ COMDANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2006. Pg.. 75

Algumas delas seria o uso de princípios ao invés de regras (ou preponderantemente princípios a regras); a utilização da ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); escolha por uma justiça particular ao invés da justiça geral (ou mais caso concreto com análise individual do que análise geral e abstrata); uma maior concretização de direitos pelo Poder Judiciário ao invés dos Poderes Legislativo ou Executivo; e finalmente, a Constituição em substituição à lei (ou mais, ou direta, aplicação da Constituição ao invés da lei).⁴⁶

Nesse quadro destacado, à estaca inicial estaria a positivação e a aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. A preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios), por decorrência, traz consigo um método diferente de aplicação, qual seja: a ponderação, da qual, por seu turno, decorreria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o domínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a sua vez, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes normativas (a Constituição).⁴⁷

De maneira mais resumida, o que pretende o “neoconstitucionalismo” é a mudança de aplicação do Direito pela espécie normativa, o que implicaria à modificação do método de decisão; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, dito de outro modo: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.

Poder-se-ia afirmar, seguindo a linha de raciocínio aqui desenvolvida, que o “neoconstitucionalismo” (ou a versão analisada ou o modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, antes referido, independente da sua denominação) possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, os seguintes fundamentos: I - o normativo (da regra ao princípio); II - o metodológico (da subsunção à ponderação); III - o axiológico (da justiça geral à justiça particular) e IV - o organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário).⁴⁸

⁴⁶ FERRJOLI, Luigi, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 15 e ss; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, especialmente pp. 19, 22, 35. 36-39, 48,50, 54, 56, 68 e 96.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁴⁸ *Ibidem*.

Assim, se o positivismo clássico nos remete ao passivismo, o moralismo⁴⁹ e o pragmatismo⁵⁰, imprescindivelmente, desembocam no ativismo judicial. No caso do pragmatismo basta lembrar do ceticismo quanto à possibilidade de limitação normativa da atividade judiciária, em que o pensamento é na perspectiva de liberdade do magistrado de acordo com as necessidades sociais. Ainda que sem o mesmo relevo, o moralismo também direciona para o ativismo. A razão reside no fundamentalismo axiológico que está na base do moralismo jurídico (uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo). Neste caso, vale-se, o magistrado, das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos sofrem, mais o controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar validade aos textos legislativos, a partir de uma argumentação, ou melhor, uma manipulação argumentativa de todas as espécies para ser um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas. E tal fato não precisa de muitos esforços para a percepção da ocorrência.⁵¹

Ainda que brevemente, não pretendendo esgotar a matéria, cabe verificar os fundamentos supramencionados para fazer uma análise crítica, testando a consistência teórica e a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁹ Juristas que não compreendem a juridicidade indiferente à ilicitude ou à licitude moral da conduta prescrita ou proibida, vinculando o Direito à Moral de maneira absoluta. Dá-se, de forma genérica, o nome de moralistas, em razão de uma falta de melhor qualificação.

⁵⁰ Juristas que alteram a fonte do Direito para “aquilo que os juízes dizem” – filiados aos pensamentos da Escola do Direito Livre, a qual propugnava por uma liberdade total do magistrado, guiado apenas pela sua consciência individual, apenas estabelecendo o limite da funcionalidade social das decisões judiciais. Vide: RAMOS, Eliva da Silva, *Ativismo Judicial parâmetros dogmáticos*, cit. p.134

⁵¹ O mais curioso é que Dworkin, um dos mais influentes representantes da corrente de pensamento moralista, insiste em negar que sua concepção de direito (como integridade) conduza ao ativismo judicial: “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz de maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452

2.4.1. Inconsistência e fragilidade do neoconstitucionalismo

Há que se levar em conta que a institucionalização da democracia pela CF de 1988 veio acompanhada de uma agenda social que, em muito, transcende os aspectos meramente formais. Optou-se por um modelo constitucional fortemente dirigente, que, de forma extremamente *analítica*, disciplinou uma série de questões da vida nacional brasileira.⁵²

Nessa direção, a estrutura típica da Constituição Federal Brasileira, no aspecto quantitativo deverá ser *regulatória* e não *principlológica* como costumeiramente tem se afirmado.⁵³ A Constituição optou por normas-princípios e normas-regras, cada qual com funções diferentes, não podendo se falar da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão somente, de funções e eficácias diferentes e complementares.⁵⁴

Justamente, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e não de princípios, razão pela qual a classificamos como “analítica”. Inclusive, o diferencial da CF de 88 em relação as outras, como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, é essa característica.

Poder-se-ia especular diversas razões pela adoção desta escolha constitucional por regras. A principal justificativa para alguns doutrinadores é que as regras têm função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder.⁵⁵

Se correta tal afirmativa acima, surge alguns problemas na ordem científica e metodológica do “neoconstitucionalismo”. Primeiro porque a afirmação, na metalinguagem, pela qual a Constituição é mais de princípios que de regras, é falsa. Segundo, quanto à metodologia: sendo uma “Constituição Regulatória” e a ponderação (sopesamento de razões) uma decorrência da positivação normativa de princípios, haveria por consequência, uma alteração no fundamento metodológico, pois o modo de aplicação deveria ser a correspondência conceitual vinculada a finalidades ao invés da ponderação horizontal.⁵⁶

Como bem reiterado pelo professor Humberto Ávila, os princípios e as regras desempenham funções diferentes, não existindo, então, a prioridade de uma norma sobre outra.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.651

⁵³ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 104 e 111.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁵⁶ Ibidem.

Mesmo assim, indo adiante e seguindo o raciocínio ora criticado, poder-se-ia afirmar que os princípios, pela perspectiva qualitativa, teriam uma primazia maior em comparação às regras. Ou exposto de outro modo, mesmo que haja mais regras que princípios, estes, pelas suas funções, poderiam ter importância superior à das regras, relativamente.⁵⁷

Ainda, segundo o professor estudado, isso poderia ocorrer de dois modos: nas *regras constitucionais*, os princípios constitucionais ou desempenhariam uma função de afastamento das regras constitucionais imediatamente aplicáveis ou modificariam suas hipóteses por extensão ou restrição finalísticas, mesmo além do significado mínimo das palavras; ou quando das *regras infraconstitucionais*, os princípios constitucionais atuariam por meio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes.⁵⁸

Porém, não se pode atribuir uma primazia dos princípios sobre as regras mesmo que do ponto de vista qualitativo pelos seguintes motivos: no caso de *regras constitucionais*, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Razão dada a partir de que as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Diante disso, possível afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa previamente estabelecida, destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.⁵⁹

E daí se dizer que, num conflito, efetivo ou aparente entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra. Se a Constituição, por exemplo, possui uma regra vedando, indiscutivelmente, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete-aplicador ponderar princípios constitucionais eventualmente aplicáveis para permitir a sua utilização, pois, nessa situação, a própria Constituição optou por uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Desconsiderar e entender de modo contrário é interpretar e tornar como descartáveis as normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.⁶⁰

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

De igual forma, não se sustenta a ideia de que os princípios constitucionais, por meio de uma interpretação sistemática, poderiam modificar as hipóteses das regras constitucionais, para além do significado mínimo das suas palavras, nos âmbitos normativos em que os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder devem ser evitados. Com efeito, se as regras não forem apenas conceituais e vinculadas a valores altamente formais, porém, ao invés de materiais e vinculadas à promoção de finalidades específicas, a sua interpretação teleológica pode amplificar ou limitar as suas hipóteses por meio das chamadas extensão e restrição teleológicas. Tal fato, no entanto, não pode ir, no plano constitucional e para casos ordinários, adiante do significado mínimo das palavras presentes nas hipóteses das regras. Aplicar o Direito dessa forma é acabar com as funções das regras, que são importantes porque eliminam ou diminuem os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.⁶¹

Quando se trata de regras infraconstitucionais, daí sim, os princípios constitucionais servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. No entanto, as normas-princípio somente exercem a sua função de bloqueio (para afastar a regra legal) quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada.

O aplicador somente pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional se ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação foge da razoabilidade, isto é, quando o caso concreto é extraordinário. O intérprete-aplicador não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. O raciocínio deve ser: ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, em razão disso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sendo a próxima etapa a sucessão pela sua eficácia integrativa, ou ela está de acordo com o ordenamento constitucional, não podendo, nessa situação, ser desconsiderada, como se fora um conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita.⁶²

Destas observações, depreende-se que não se pode indubitavelmente afirmar que os princípios são quantitativos ou qualitativamente mais relevantes que as regras no ordenamento

⁶¹ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁶² *Ibidem*.

jurídico brasileiro. Apenas há como afirmar que existe um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficaciais complementares e diferentes. Portanto, a afirmativa, feita de chofre e sem qualquer ressalva, na perspectiva de que o paradigma normativo passou/deveria passar “da regra ao princípio”, e o metodológico, em razão da alteração normativa, “da subsunção à ponderação”, não encontra concordância no ordenamento constitucional brasileiro. Em síntese, o enunciado, estritamente universal de que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado, numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica, não encontram corroboração no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo essa a conclusão lógica, o enunciado de que a Constituição Brasileira de 1988 é uma “Constituição principiológica”, confunde preponderância com funcionalidade, além de tomar uma parte como se o todo fosse, além de que revela uma sobreposição de enunciados doutrinários ao próprio ordenamento jurídico. Ademais, revela, em suma, aquilo que a “Ciência”, equivocadamente, vê ou quer ver no “Direito”, mas que, com efeito, nele não encontra referibilidade. Nesse contexto explicado, em vez de “Ciência do Direito”, tem-se o “Direito da Ciência”⁶³. O “neoconstitucionalismo” está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e submissão à doutrina estrangeira.

2.4. O que não é ativismo judicial? Existe “bom” ou “mau” ativismo?

A primeira tarefa a ser tomada é o domínio do *status quaestionis*. Para tanto, basta nos voltarmos à literatura norte-americana sobre o tema, uma vez que todo o debate sobre ativismo judicial parece, de algum modo, se estruturar sobre a tensão existente entre o *judicial review* e *judicial self restraint*.⁵ Isto é, entre a possibilidade de se anularem leis inconstitucionais e a necessidade de respeitar os limites da separação de poderes. Dito de outra forma, o ativismo judicial é, antes de tudo, como bem notou Doug Bandow, uma questão relativa aos limites da interpretação da Constituição.⁶⁴

O controle de constitucionalidade gera um problema para o constitucionalismo: para impor limites ao poder governamental, o controle judicial é exercido em detrimento do

⁶³ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

⁶⁴ BANDOW, Doug. The public opposes judicial activism because it does not understand the issue. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 144-145.

autogoverno que o povo exerce sobre seus próprios atos.⁶⁵ Essa é uma das dimensões contra majoritárias do constitucionalismo contemporâneo.

Isso se deve, em grande parte, à evolução prática e histórica da *judicial review*, ou, melhor dizendo, do controle de constitucionalidade no molde norte-americano. Afinal, é preciso lembrar que, ao contrário da Constituição de 1988, a Constituição norte-americana não prevê nem a possibilidade do controle de constitucionalidade, e muito menos os limites do seu exercício.

Christopher Wolfe, em obra específica sobre o tema, identifica três grandes fases nesse processo evolutivo. A primeira está compreendida entre o advento da Constituição e o surgimento efetivo da *judicial review*, com o precedente *Marbury vs. Madison*.⁶⁶ A segunda fase, de cariz mais restritivo, é marcada, de um lado, pelo declínio da *judicial review* e, do outro, por uma utilização crescente da posição originalista no controle de constitucionalidade das leis e atos do Estado.⁶⁷ Por fim, a terceira se consolida a partir da segunda metade do século XX, com a atuação cada vez mais pronunciada da Suprema Corte dos EUA na proteção de direitos, assegurando, inclusive, aqueles que não teriam previsão expressa na Constituição. Essa etapa é marcada, também, por decisões a favor da eliminação das discriminações raciais e sexistas, as quais tinham por mote a isonomia.⁶⁸

De acordo com Gerald Walpin, uma das vozes mais críticas ao ativismo judicial, os juízes da Suprema Corte deveriam se limitar aos ditames da Constituição, extirpando leis que sejam incompatíveis com o seu texto e declarar a constitucionalidade das leis que não incorram nesses vícios, sem levar em consideração as suas opiniões pessoais. Caso contrário, esses julgadores atuarão de maneira ativista quando sobrepuserem suas vontades ou entendimentos particulares de como deveriam ser as leis, cassando legislação que não seja contrária ao texto da Constituição ou criando novas determinações, novos direitos e obrigações, sem qualquer previsão ou compatibilidade constitucional.⁶⁹

Na visão de Walpin, um levantamento histórico das decisões mais importantes da Suprema Corte norte-americana revela que, em diversas oportunidades, os seus juízes não se pautaram na Constituição para julgar os casos que lhes eram apresentados, formulando, antes, votos baseados em suas visões políticas e sociais particulares, descumprindo assim, em última

⁶⁵ TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra, 2013, p. 72-73.

⁶⁶ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1994, p. 17-119.

⁶⁷ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*, cit., p. 121-204.

⁶⁸ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*, cit., p. 205-322.

⁶⁹ WALPIN, Gerald. *The Supreme Court vs. the Constitution*. New York: Significance Press, 2013, p. 39.

instância, o juramento que os possibilitou ingressar no cargo.⁷⁰

Considero a atuação contra majoritária, à afirmação de direitos fundamentais contra maiorias democráticas, exercidas por meio da *judicial review*, serem essenciais em uma democracia tão frágil como a brasileira. Adiante-se, desde logo, que exercer ou não controle de constitucionalidade não é, por si só, um ato caracterizador do ativismo judicial, já que nossa própria Constituição o prevê de maneira expressa e a legislação infraconstitucional regulamenta suas minúcias.

Nessa perspectiva, não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, no século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. Destacamos: I) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; II) a atuação contra majoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e III) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, *e.g.*, mandado de injunção.

Tais condutas simbolizam atos de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram em nossa Constituição Federal. Por conseguinte, no Brasil, o que se designa – ou se deveria designar – por essa expressão é algo totalmente diverso e até mais preocupante: trata-se da *suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando*.⁷¹ É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo.

A partir dela, o Judiciário se agiganta e invade, de forma indevida, a esfera dos outros Poderes (Legislativo e Executivo). Antes que se levantem objeções a essa afirmação, é óbvio que o Supremo Tribunal Federal, ao, por exemplo, declarar inconstitucional uma lei, está atingindo diretamente a esfera do Poder Legislativo. Ocorre que a Constituição o admite expressamente. O que nela não está previsto e, portanto, resulta absolutamente proibido, é que o Judiciário, na figura de qualquer mulher ou homem investido do dever-poder de julgar casos concretos, torne sem efeitos uma lei produzida democraticamente, por motivos de discordância política ou ideológica com o seu conteúdo.⁷²

⁷⁰ WALPIN, Gerald. *The Supreme Court vs. the Constitution*, cit., p. 41.

⁷¹ Sobre o tema, cf: ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1.295.

⁷² Aliás para se ter ideia da dimensão de risco que esse tipo de prática judicial pode trazer, vale a pena conferir: Bernd Rüthers. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Madrid: Marcial

Não é preciso muita agudeza para constatar o seguinte: trata-se, a bem da verdade, do velho problema da discricionariedade judicial na sua pior e mais atual forma. Problema esse que reside em negar o direito enquanto paradigma autônomo de normatividade e submetê-lo aos ditames da política, independentemente do colorido ideológico para tanto.

Apesar da síntese dos argumentos aqui expostos, não faltam segmentos da doutrina que, dotados de preocupante criatividade, preferem identificar o bom e o mau ativismo. Pablo L. Manili, por exemplo, afirma que o bom ativismo proporciona, entre outros, os seguintes benefícios para o jurisdicionado: i) cria direitos, ou seja, assegura direitos não previstos, expressamente, em nenhum diploma normativo; ii) amplia as garantias processuais para a proteção de direitos; iii) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; iv) controla os excessos do poder em geral; v) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos e vi) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.⁷³

Com efeito, o ativismo, dentro da conceituação apresentada, é pernicioso para o Estado Democrático de Direito. Não se pode diferenciar uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como *legitimidade do sistema jurídico*, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.⁷⁴

No Brasil, o que Manili defende como bom ativismo é, na realidade, concretizar a Constituição, atribuir-lhe força normativa. Dever que nos é imposto, e nunca uma opção.

Para corroborar as conclusões aqui trazidas, vale-se de um artigo esclarecedor de Carson Holloway, intitulado, muito apropriadamente, de *Judicial Activism, by liberal and conservatives, is a danger to America* (O ativismo judicial, seja ele progressista ou conservador, representa um perigo para América). O título quase se explica sozinho: tanto os progressistas como os conservadores podem ser ativistas e o cultivo desenfreado dessa atitude impõe uma reconsideração sobre o papel do Poder Judiciário.⁷⁵

O texto se inicia com referência ao julgamento, pela Suprema Corte norte-americana,

Pons, 2016, p. 55-58.

⁷³ MANILI, Pablo L. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales*, t. I. Linares Quintana e Carlos S. Faye (orgs.). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II, p. 1147-1153.

⁷⁴ Corroborando o entendimento de que não há critério seguro para se falar em bom ou mau ativismo, ver: SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, n. 4.2., p. 189-192.

⁷⁵ HOLLOWAY, Carson. *Judicial Activism, by liberals and conservatives, is a danger to America*. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 38.

do caso *Citizens United vs. Federal Election Commission*, que diz respeito à ingerência de organizações particulares em campanhas políticas. A controvérsia surgiu depois de a *Citizens United*, uma organização sem fins lucrativos de orientação conservadora, ter veiculado um documentário desabonador sobre Hillary Clinton às vésperas das eleições primárias do Partido Democrata, em 2008.

A Suprema Corte, por maioria encabeçada pelo Justice Anthony Kennedy e quatro outros magistrados de orientação conservadora, entendeu que o cerceamento de programações desse tipo, previsto no *Bipartisan Campaign Reform Act*, promulgado em 2002, seria inconstitucional, por violar a Emenda I à Constituição norte-americana, que garante a liberdade de expressão.

Essa decisão, de acordo com Holloway, teria sido alvo de forte queixa, por parte dos progressistas simpatizantes com o partido Democrata, no sentido de que a crítica conservadora ao ativismo judicial é hipócrita. Ora, os cinco *Justices* conservadores nada mais fizeram do que derrubar uma lei instituída democraticamente, superando, inclusive, um precedente estabelecido (*Austin v. Michigan Chamber of Commerce*).

Estaríamos, portanto, diante de um exemplo de como a crítica ao fenômeno do ativismo judicial, por parte da direita, é apenas uma ferramenta conveniente, de que dispõem os conservadores para criticar decisões a que eles se opõem por motivos políticos, escamoteando suas reais preocupações.

Entretanto, como observa Holloway, essa acusação de hipocrisia, mencionada acima, esclarece pouca coisa. Afinal, ela não explica como se determinam os méritos das posições progressistas e conservadoras sobre o exercício do Poder Judicial.

O mesmo, aliás, poderia ser dito dos progressistas quanto à decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Boumediene v. Bush*.⁷⁶ Aqui, a Suprema Corte, por maioria de *Justices* progressistas, concedeu *habeas corpus* a Lakhdar Boumediene, cidadão bósnio, mantido preso, pelo governo dos EUA, nos campos de detenção da Baía de Guantánamo, cujo território pertence a Cuba. De acordo com a maioria, novamente liderada pelo Justice Kennedy, os prisioneiros de Guantánamo teriam direito ao remédio constitucional de *habeas corpus*, julgando-se, portanto, inconstitucional a suspensão dessa prerrogativa, introduzida no direito norte-americano pelo *Military Commissions Act*, de 2006.

⁷⁶ “In that case, the Court, to widespread liberal acclaim, reinterpreted key precedents and struck down Congressional enactments on the basis of a hitherto unknown right of alien enemy combatants to habeas corpus review.” HOLLOWAY, Carson. Judicial activism, by liberals and conservatives, is a danger to America. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 39.

Logo, para o autor, tanto esse quanto aquele lado do espectro ideológico pode ser acusado de ter uma oposição seletiva ao ativismo judicial. Quando a Suprema Corte anula uma lei ou derruba um precedente, aqueles que discordam dessa decisão acusam-na, geralmente, de ter incorrido em ativismo judicial.

Fato é que o juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto, basta que ele deixe de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia. Por essa razão, está inadmitida qualquer divisão entre o bom e o mau ativismo.

Os autores norte-americanos, em geral, consideram bom o ativismo quando as posições políticas dos julgadores são coincidentes com os seus interesses morais ou políticos; e mau quando verificam o oposto. Ou seja, a questão judicial se transforma em mera disputa política ou ideológica. É o velho risco da política colonizando todo o discurso jurídico. Nessa colonização, o fundamento último do direito deixa de ser a Constituição e passa a ser decisão política. O conflito judicial torna-se, assim, do ponto de vista ontológico, um embate de ideologias ou visões de mundo. Diferenciar bom ou mau ativismo, seja de um ponto de vista progressista ou conservador, consiste em cultivar uma visão equivocada acerca do tema, que nada tem a esclarecer.

No Estado Constitucional, pode-se divergir sobre aspecto políticos; contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca da origem de toda e qualquer decisão judicial: as leis e a Constituição Federal. Qualquer outra coisa é, como adiantado acima, discricionariedade.

2.6. Parâmetros dogmáticos e metodologias diferentes para constatar a decisão ativista

Um dos parâmetros para a identificação de uma decisão ativista é proposto pelo professor Elival da Silva Ramos. Ele sustenta que a gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelos demais Poderes, ou por ele próprio, decorre do próprio Direito Constitucional brasileiro. Propõe-se, então, a explicitar a gradação, buscando uma sistematização, de modo a criar um instrumento para identificar o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial⁷⁷.

O primeiro grau identificado pelo autor corresponde à *inexistência de controle* – quando da função de governo. As atividades cujo exercício compete ao Poder Executivo podem ser agrupadas em quatro conjuntos principais: a função de chefia de Estado, a função

⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 153.

de governo, a participação na função legislativa e a função administrativa⁷⁸. Para o autor, o conteúdo da função de governo é dado pelo direcionamento político, perante o qual são estabelecidos os fins do Estado e desenhadas as diretrizes para a coordenação e desenvolvimento das três funções estatais⁷⁹. Assim, também é uma função de execução da Constituição, caracterizada como uma função de escolha das diretrizes políticas básicas que devem comandar a ação estatal. Na maioria das vezes, essa função se manifesta mediante a elaboração de programas de governo e políticas públicas, raramente assumindo forma jurídica. Portanto, enquanto restrita ao plano exclusivamente político, a função de governo é juridicamente incontrolável⁸⁰.

Nessa direção, o segundo grau proposto pelo professor está relacionado a um *controle mínimo*, que consiste no exercício da jurisdição de forma atípica pelo Poder Legislativo. Uma das situações possível desse exercício anômalo é quando do processo e julgamento do Presidente da República e outras autoridades pela prática de crime de responsabilidade. Atividade de competência do Senado Federal, conforme o artigo 52, incisos I e II da CF/88. Em razão dessa prestação jurisdicional atípica, o Poder Judiciário recebe forte limitação em suas prerrogativas do controle jurisdicional amplo, não lhe sendo permitido substituir a decisão de mérito proferida pelo Senado, por exemplo.

Todavia, a jurisprudência do STF consolidou entendimento de que existe, ainda que em um grau mínimo, o controle do Judiciário sobre a atividade jurisdicional exercida pelo Legislativo⁸¹. No caso, por exemplo, do princípio do devido processo legal e seus consectários no plano formal, os quais, se não forem observados, nos julgamentos proferidos pelo Senado, serão submetidos à intervenção reparadora do Poder Judiciário⁸². Outro exemplo de controle mínimo exercido pelo Judiciário em matéria constitucional é o caso do controle realizado sobre o veto presidencial a projetos de lei aprovados pelo Congresso

⁷⁸ Conforme previsto no artigo 84 da Constituição Federal de 1988, que estabelece o rol de competências do Presidente da República, no qual constam os incisos VI e VIII (Chefia de Estado); XI e XXIII (função de governo); II e XXV (controle da administração) e III, IV e V (participação na função legislativa).

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 154-155.

⁸⁰ Conforme explica o autor, a função de governo enquanto restrita ao plano político é juridicamente incontrolável porque não envolve a prática de atos concretos, capaz de afetar a esfera jurídico-subjetiva dos envolvidos. Ainda, porque mesmo o controle preventivo da constitucionalidade de atos do Poder Público jamais retroage a ponto de surpreender a planificação política e as ações governamentais. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 155.

⁸¹ Esse entendimento restou consolidado no julgamento de dois mandados de segurança interpostos pela defesa do ex-Presidente Fernando Collor de Mello no âmbito do processo de *impeachment*, são eles: MS nº. 21.623-9/DF e MS nº. 21.689-1, publicados em maio de 1993 e abril de 1995, respectivamente.

⁸² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 156-157.

Nacional, nos moldes do artigo 66, § 1º da Constituição Federal.⁸³

O terceiro grau, para o autor, trata-se de um *controle médio fraco*. Para atos *interna corporis*, atos de Chefia de Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios. A razão de que os atos praticados no âmbito interno do Parlamento, em aplicação unicamente de normas regimentais, devem receber um controle menos intenso pelo Judiciário ficou evidenciada na jurisprudência do STF, em controvérsias envolvendo o processo legislativo⁸⁴. Nesse sentido, a jurisprudência pacificou entendimento de que normas regimentais sobre o processo legislativo não seriam suscetíveis de violar direitos subjetivos de parlamentares, sendo imunes ao controle realizado pelo Poder Judiciário. No entanto, destaca-se que se os *atos interna corporis* que violarem direitos constitucionais, o Poder Judiciário poderá interferir.⁸⁵

Além da fiscalização dos procedimentos internos sob a ótica dos princípios e regras constitucionais, é viável a existência de um certo controle sobre a interpretação-aplicação das normas regimentais, ao menos para afastar a prática de condutas totalmente arbitrárias. Assim, o controle jurisdicional deve ir um pouco além do controle meramente formal, mas deve adentrar na discussão dos próprios fundamentos jurídicos que embasam as decisões *interna corporis*. Ao fazê-lo não se está usurpando a competência exclusiva do legislador, apenas extraíndo o sentido dos preceitos regimentais para aplicá-los de modo a dirimir conflitos de interesses, todavia, sempre primando por uma postura de *self-restraint*.⁸⁶

Finalmente, importa considerar o controle de constitucionalidade exercido sobre leis e atos normativos, cuja conformidade com a Constituição deverá ser auferida com base em normas-princípio. Nesse sentido, há de se distinguir se tais normas se apresentam como

⁸³ Vale ressaltar que não é lícito o exercício do controle jurisdicional do acerto ou não dos motivos apresentados pelo Chefe do Executivo para se opor à conversão em lei de projetos aprovados pelas Casas do Legislativo, mas o Poder Judiciário pode, por exemplo, reconhecer a intempestividade do veto oposto fora do prazo previsto constitucionalmente ou a invalidade por ausência de motivação. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 158.

⁸⁴ É o caso do Mandado de Segurança nº. 22.503-3/DF, relativo à tramitação da PEC 33-A/95 que tratava da reforma da previdência. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 159.

⁸⁵ Conforme explica o autor, a dimensão constitucional do direito à ampla defesa tem levado o STF a intervir com frequência no funcionamento de CPI's ou processos que visam à imposição de sanções político-disciplinares a parlamentares. Cabe mencionar trecho constante da ementa do acórdão relativo ao julgamento do MS nº. 24.831-9/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ em 04/08/2006: "(...) não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional". Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 160.

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 161-162.

princípios ou como regras, para fins de dimensionar a intensidade do controle judicial que incidirá sobre elas⁸⁷. O grau de controle jurisdicional exercido é menor nos princípios do que nas regras, visto que os princípios abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão e não têm a pretensão de gerar soluções específicas para o caso concreto, mas de contribuir para a tomada de decisão⁸⁸.

O próximo parâmetro de controle distinguido pelo autor corresponde ao *controle médio forte*, que trata do controle de constitucionalidade fundado em regras e atos administrativos em que haja discricionariedade. Isso porque as regras “têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”⁸⁹. As regras constitucionais podem ter o seu mandamento reforçado pela incidência concomitante de normas- princípio, mas ainda assim dominarão a disciplina do caso concreto e os princípios auxiliarão a interpretação. Assim, a disciplina constitucional fundada em normas-regra diminui a discricionariedade legislativa, e, conseqüentemente, eleva o nível do controle a ser efetivado pelo Judiciário.

Além disso, é viável a inclusão no padrão médio-forte de controle judicial os atos administrativos que propiciam maior liberdade de agir ao administrador, em que tal discricionariedade é fruto de conceitos indeterminados constantes do texto constitucional. O exemplo trazido pelo autor é do caso de delimitação da publicidade governamental, conforme previsto pelo §1º, do artigo 37 da Constituição Federal, que deve possuir caráter “educativo, informativo ou de orientação social”⁹⁰.

Por fim, o autor identifica como *controle máximo* aquele exercido sobre atos administrativos plenamente vinculados, que, por seu turno, decorrem essencialmente da aplicação de dispositivos constitucionais. São aqueles para os quais a lei estabelece requisitos e condições para a sua realização. A discricionariedade do legislador é quase nula, em razão das imposições legalmente previstas, cuja observância constitui pressuposto para a validade da atividade administrativa vinculada, tornando o ato passível de anulação pela

⁸⁷ Nesse ponto, importa mencionar a distinção entre essas espécies normativas elaborada por Humberto Ávila, senão vejamos: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da confuta havida como necessária a sua promoção (...)”. Vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Pg. 180.

⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 154.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 104 e 111.

⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 166-167.

Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, em virtude do elevado grau de controle exercido⁹¹.

Por outro lado, o professor Humberto Ávila entende que a função típica exercida pelo Poder Judiciário é a de aplicar e definir o Direito no caso de conflitos intersubjetivos ou de confronto entre normas infraconstitucionais e a Constituição, enquanto a função do Poder Legislativo é a de configurar democraticamente o Direito por meio de normas gerais abstratas. Partindo deste pressuposto, propõe-se a estabelecer critérios para averiguar em quais casos a atuação do Poder Judiciário pode ser qualificada como ativista⁹².

O autor explica que o procedimento pelo qual o Poder Legislativo exerce a sua função típica é o procedimento democrático – realizado com base no princípio da legalidade e no princípio democrático. Como visto anteriormente, há configuração democrática quando o procedimento legislativo for realizado por meio de discussão e deliberação feitas por representantes eleitos pelo povo, através de procedimento previamente definidos. O objeto sobre o qual recai a atuação do Poder Legislativo são os princípios e as regras constitucionais. E por fim, o autor ressalta que o instrumento por meio do qual o legislativo deve exercer a sua função típica é a norma geral e abstrata⁹³.

Nesse sentido, “existe ativismo judicial quando o Poder Legislativo deixa de configurar democraticamente (procedimento) os princípios e as regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento) e quem passa a fazê-lo é o Poder Judiciário”⁹⁴. O autor propõe que seja realizada a análise de três critérios de verificação do ativismo judicial, sendo o primeiro deles relativo ao procedimento, o segundo ao objeto e, por fim, o critério relativo ao instrumento da atividade realizada, para que se determine se a atividade ultrapassa as linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento da função legislativa.

Quanto maior for o grau de participação democrática do Poder Legislativo no exercício da sua função típica, qual seja, de configurar materialmente as normas constitucionais, tanto menor deverá ser o âmbito de configuração normativa realizada pelo

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 167-168.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

⁹³ “Norma geral é a prescrição normativa dirigida a um número indeterminado de pessoas. Norma abstrata é a prescrição normativa destinada a um número indeterminado de situações”. Cf. Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 151.

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 151.

Judiciário. Assim, quando caracterizada total omissão do Legislativo, o Judiciário poderá atuar sem que seu exercício seja considerado ativista, visto que essa atuação é excepcional e apenas ocorre face à omissão legislativa⁹⁵. Portanto, com base na análise do critério procedimental da atuação, apenas será ativista a função judicial que comprometer o exercício do poder democrático.

O âmbito de configuração do Poder Legislativo não é uniforme, em razão da natureza das normas constitucionais, já que nem todas possuem a mesma densidade material e ou dizem respeito aos mesmos direitos⁹⁶. Quanto maior for a densidade normativa das normas Constitucionais, menor será a possibilidade de atuação material pelo Poder Judiciário. É importante ressaltar que o autor defende que a importância da atuação do Judiciário oscilará de acordo com a importância dos direitos configurados, ou seja, “quanto maior for o grau de essencialidade dos direitos atingidos, quanto maior for a sua restrição e quanto maior for a assimetria existente entre os sujeitos envolvidos na sua concretização, tanto maior deverá ser o âmbito material de atuação do Poder Judiciário”⁹⁷.

A instituição de normas gerais e abstratas é o instrumento por meio do qual o Poder Legislativo exerce sua função típica de concretizador das normas e princípios constitucionais, visto que elas são mecanismo garantidor de igualdade, pois proporcionam uniformidade de tratamento. Conseqüentemente, se houver desigualdade, o Poder Judiciário deverá atuar para corrigi-la ou determinar pressupostos para que seja feita uma diferenciação válida, com base no mesmo critério⁹⁸. Ocorre que, muitas vezes, o âmbito de exercício da função judicial acaba comprometendo a igualdade geral das regras e a sua uniforme

⁹⁵ Como as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta. “*O direito fundamental define-se justamente pela indisponibilidade do seu conteúdo pelo legislador*”. O juiz pode suprir a omissão legal diante do caso concreto. No entanto, diferentemente do legislador que possui discricionariedade para atuar em nome da tutela dos direitos fundamentais, o juiz, embora possa suprir a falta da tutela normativa, possui espaço de atuação bem mais restrito. Nesse sentido, para suprir a omissão inconstitucional, em primeiro lugar, o juiz deve (i) analisar se há dever de tutela normativa a direito fundamental; depois (ii) verificar se este dever não foi cumprido de outra maneira, que não a pretendida pelo demandante; e por fim, (iii) definido que há dever de tutela normativa e que o legislador não se desincumbiu legitimamente, de nenhuma forma, da sua obrigação, deverá o juiz fixar, para o caso concreto, a providência que, protegendo o direito fundamental, constitua a menor restrição à esfera jurídica do demandado. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. P. 944-945. A atuação que extrapolar esses limites, será considerada como atividade normativa atípica, para a qual o Judiciário não possui legitimidade, e nesse caso, estará configurado o ativismo judicial.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 152-153.

⁹⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 153-154; e ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 155-155.

aplicação⁹⁹, principalmente nas decisões judiciais relativas aos direitos sociais, pois o reiterado afastamento das normas gerais e abstratas em prol da proteção de direitos individuais acaba inviabilizando o mecanismo de justiça geral.

O autor conclui afirmando que somente o exame do procedimento, objeto e instrumentos de exercício do poder permitirá verificar se há ativismo judicial incompatível com a ordem Constitucional, ou atuação judicial em um âmbito requerido pela Constituição. Isso porque em algumas situações um maior âmbito de atuação é imposto pelo próprio sistema constitucional, através de normas amplas que devem ser concretizadas, pelos direitos fundamentais que são restringidos ou pela relação jurídica por meio da qual estes são configurados¹⁰⁰. Portanto, podemos concluir que existirá ativismo judicial sempre que o Poder Legislativo deixar de configurar democraticamente (procedimento) os princípios e regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento) e quem passa a fazê-lo é o Poder Judiciário.

3. DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA COMO APLICAÇÃO DO DIREITO – 2ª PARTE

3.1. Hermenêutica e Interpretação, do sinônimo a imprecisão técnica

Cabe, ainda que brevemente, fazer uma cartografia da matéria que iremos tratar nesta segunda parte. A razão desse levantamento reside em uma localização dos pressupostos que dão suporte a interpretação histórica para posteriormente analisar se, como ferramenta, serve como modo de redução do ativismo judicial.

Alguns célebres juristas, como Carlos Maximiliano, apontam um grave equívoco que frequentemente é cometido: a confusão entre Hermenêutica e Interpretação. A Hermenêutica Jurídica tem como objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido das expressões do Direito. Ao passo que a Interpretação possui sua técnica, como as artes em geral, para chegar aos fins almejados. Toda as artes são, de certa forma, subordinadas, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral. O Direito, por sua vez, é obediente

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 119; citada em Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

¹⁰⁰ Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 155.

aos postulados de outros campos como a Sociologia, a Hermenêutica. Esta aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; que com o auxílio dela, fixa novos processos de interpretação. Assim, moderniza a “arte”, fazendo o elemento de progresso, propulsor da cultura profissional. Ou seja, a Interpretação é a aplicação da Hermenêutica; esta segunda descobre e fixa os princípios que regem aquela primeira.¹⁰¹

Nesse passo, a Teoria da Interpretação é o aspecto mais destacado da diferenciação entre as vertentes doutrinárias da Teoria do Direito atual. Não por outro motivo, quando da definição de ativismo judicial, foi necessário explicitar que a visão filosófica e a Teoria do Direito que influencia na formação do jurista, origina percepções diferentes a respeito do tema.

3.2. Da moderna teoria de interpretação

A atividade interpretativa, ou exegética, sustenta atualmente uma relação dialética entre dois polos, por meio da qual um sujeito cognoscente (exegeta) procura compreender o sentido de um objeto cognoscível (texto normativo ou conjunto deles).¹⁰² O positivismo clássico, com contribuição de Kelsen, cuidou-se quase unicamente das prescrições normativas, mediante atividade que envolve cognição e criação, se ocupando a Dogmática, todavia, apenas do primeiro aspecto. O realismo e o pragmatismo, por outro lado, voltam sua atenção para o intérprete, adotando uma visão cética no que se refere à utilidade da compreensão de textos legislativos, com o que acabam por provocar um esvaziamento da própria Teoria Hermenêutica Jurídica. O notável desenvolvimento que a matéria recebeu nos últimos tempos deve-se, primordialmente, pelo encontro de um ponto de equilíbrio entre as duas tendências, algo que também ocorreu na Gnosiologia (Teoria do Conhecimento).¹⁰³

Beneficiou-se desta realidade a Teoria do Direito, com abordagens amplas e interdisciplinares do fenômeno hermenêutico. A interpretação jurídica como definida na obra de Emilio Betti (1955, p. 347-8, apud RAMOS, 2010, p. 79), consiste num “entender para agir”, ou seja, um entender para “se posicionar diante de preceitos a observar”. Por conseguinte, existe um “círculo de reciprocidade e continua correlação entre a vigência da ordem jurídica, moral etc., de onde se extrai o norteamento da ação, e o processo interpretativo que também o faz, em sentido integrativo e complementar”. Nessa situação, interpretar não é meramente tornar a

¹⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 01

¹⁰² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 77 e 78.

¹⁰³ Ibidem.

conhecer uma objetivação do pensamento completa em si mesma, mas tornar a conhece-la, para integralizar e realiza-las nas relações concretas.¹⁰⁴

Hans-Georg Gadamer, em oposição ao pensamento de Betti, sustentou que não há diferença substancial entre as várias espécies de interpretação. O filósofo da hermenêutica conferiu ao processo hermenêutico, independentemente do texto ou do objeto interpretado, um sentido unitário. Gadamer atribuiu a hermenêutica um sentido paradigmático, sendo uma verdadeira concepção filosófica (e não metodológica), caracterizando atividade interpretativa como a maneira do homem existir e se manifestar no mundo. O filósofo recupera a concepção circular de Heidegger do processo de compreensão em geral para descrever o modelo de que a Hermenêutica Jurídica se vale. De certa forma, Gadamer afirma a incindibilidade das etapas lógicas de interpretação e aplicação, dando destaque ao papel do intérprete na concretização da norma de decisão.¹⁰⁵

Assim, quem acaba por interpretar o texto normativo não o faz de modo totalmente aberto em relação ao objeto, porque necessita de uma pré-compreensão em que estão presos os conceitos jurídicos, classificações, o sentido de outros dispositivos correlatos, o conhecimento da matéria fática, etc. A pré-compreensão irá ajudar a compor a opinião prévia, que decorre de uma primeira leitura, sendo viável somente se o projeto prévio não for fruto de mero arbítrio do exegeta.

Nesse sentido, a moderna Teoria da Interpretação vê a etapa da aplicação, considerada em si mesma, como uma concretização normativa.¹⁰⁶ A partir de uma ótica e reflexão realistas, há a construção da norma jurídica ao caso individual a ser decidido, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam mais concretos de uma fase para a outra.

Portanto, pode-se dizer que a Hermenêutica atual concebe uma interpretação como parte de uma estrutura lógica de compreensão complexa e dinâmica, ordenada por uma relação dialética com o sujeito cognoscente e o texto normativo. Ou seja, nessa relação há referenciais na própria compreensão do intérprete, o texto normativo e os elementos fáticos do caso, que irá sendo construída e concretizando a norma de decisão.¹⁰⁷

Essa nova posição acaba por deixar superada a postura do positivismo jurídico clássico (século XIX), que via o ato de interpretar como mera declaração. O que hoje se constata é que

¹⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 77-79.

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Geord. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica*. 8 ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2007. Pg. 409, 426-430 e 356.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Pg. 54-55

¹⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 306.

o magistrado além de declarar o direito ele também contribui para a configuração do mesmo, embora sua atividade não seja livre ou inteiramente desvinculada. Uma das consequências é a dissociação entre texto normativo, dispositivo, enunciado e seu conteúdo (norma, preceito, disposição), sendo aquele objeto da interpretação e este o seu resultado.

No fim, depreende-se que a Teoria da Interpretação compreende a interpretação-aplicação da Constituição como um processo dialético, em que normas constitucionais são efetivadas conforme a atuação dos órgãos de competência, tendo como referência elementos normativos e não normativos relevantes para o deslinde da controvérsia a qual se quer resolver. De certa forma, a construção é paulatinamente, no contato entre texto normativo e os fatos subjacentes.

3.3. “Interpretativismo” e “não Interpretativismo”

Ainda que brevemente, cabe destacar um pouco do contexto teórico da interpretação da Constituição. São diversos os métodos de interpretação. Se olharmos para a doutrina norte-americana, veremos que há um bom tempo de debates travados. Há uma bipolarização entre correntes chamadas interpretativistas e aquelas chamadas de não interpretativistas.

As correntes *interpretivism* consideram que os juízes devem limitar-se a captar o sentido dos dispositivos expressos na Constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. Embora não se confunda com o *literalismo*, a competência do Poder Judiciário vai somente até onde o texto claro da interpretação lhes permite. Aponta-se como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Isto em razão de que a decisão judicial não pode substituir a decisão política legislativa e, portanto, a vontade da maioria. Seria uma vedação a transformação do *rule of law* em *rule of judges*.¹⁰⁸

Nessa perspectiva, o controle judicial teria limites definidos: o da própria Constituição escrita e o da vontade do poder político democrático. Dessa forma, o controle judicial sob atos do legislativo seria de forma excepcional. Nos casos em que não se poderia extrair a vontade dos “*Founding Fathers*” ou deduzi-la, a competência decisória caberia aos órgãos democraticamente eleitos. A visão se apoia na razão de que a Constituição é institucional e procedimental, não cabendo a ela fixar teologicamente fins ou conteúdos substantivos. Nessa direção, a Constituição tem uma função estrita de governo, baseando-se em duas premissas: (i)

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1195.

confiar no pluralismo e, portanto, nos órgãos politicamente responsáveis; (ii) rejeitar a visão fundamentalista de valores, dando maior peso aos valores defendidos por uma maioria democrática (o que de certa forma subtrai maior atenção às minorias e aos órgãos judiciais).¹⁰⁹

Em sentido diverso, o *non interpretativism* defende a possibilidade e a necessidade de juízes invocarem valores e princípios substantivos contra atos do legislativo em desconformidade com a Constituição. Não basta somente o princípio democrático, há diversos outros em questão que devem ser sopesados. Permite-se, assim, uma competência interpretativa. Os pontos de partida para essa corrente seriam: (i) soberania da Constituição, pois o direito da maioria é limitado pela Constituição; (ii) a objetividade interpretativa não é perturbada pelo fato de juízes recorrerem a princípios quando embasados em um determinado “*ethos*” social, pois a interpretação sempre parte do texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência, o que permitem uma decisão com certa tendência objetiva; (iii) as normas jurídicas não seriam apenas regras, sendo o direito também formado por princípios jurídicos abertos – sendo uma tarefa indeclinável dos juízes a mediação judicial dos mesmos.¹¹⁰

Podemos dizer que a diferença fundamental entre as correntes interpretativistas ou não interpretativistas reside na compreensão da Constituição e na interpretação das normas constitucionais. A pré-compreensão sobre democracia de cada corrente, substancialmente diversas, dão suporte às demais diferenças sobre direito, moral, minorias/maiorias.

3.4. Do panorama passivista e interpretação criativa

O positivismo da subsunção mecânica, ao defender a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados, eliminou qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram azo a um fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o passivismo judiciário.

Para alguns, o passivismo está radicado em duas variantes do Interpretativismo; o textualismo e o originalismo, conexas ao *judicial review*. Examinaremos em seguida, detalhadamente, o originalismo como ferramenta para controle do ativismo judicial, porém, cabe mencionar antecipadamente sucintas descrições das correntes encontradas.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 1195-1196.

¹¹⁰ Ibidem. p. 1196.

O textualismo ou literalismo é a teoria que requer que toda a interpretação constitucional leve em consideração somente o texto da Constituição, devendo a corte suprema assentar o artigo da Constituição, o qual é questionado ao lado do estatuto que o afronta, para decidir se o recente se ajusta ao antigo. O originalismo pode ser apresentado como uma teoria da interpretação constitucional que utiliza do texto constitucional além da mera linguagem textual, para utilizar o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

Além destas correntes, a virada Hermenêutica ocorrida na Teoria do Direito contribuiu para que ganhasse força o não Interpretativismo ou *construction*, o qual se subdivide em duas variantes, segundo Charles Cole: conceitualismo e simbolismo. Ao passo que o primeiro seria a teoria da interpretação constitucional que reconhece a sociedade como algo que evolui e muda, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos derivados (pela Corte); o segundo pode ser genericamente definido como a teoria da interpretação que permite à Corte usar das aspirações fundamentais da história e tradição para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo. Para alguns autores o conceitualismo pode ser concebido como um “originalismo moderado”. Seria mais ou menos como adaptar a Constituição conforme a vontade dos “founding fathers”, se vivessem na atualidade.

Para os conceitualistas, o trabalho do intérprete é vinculado ao texto constitucional, porém se reconhece certa necessidade de criatividade, mas dentro dos limites admitidos pela Constituição, a qual é exercida mediante a utilização de diversos métodos de interpretação.

Uma das características encontradas, inclusive, sobre a interpretação constitucional é o reconhecimento de certo ecletismo da jurisprudência em relação às técnicas hermenêuticas. Ou seja, ainda que em um sistema jurídico que confere considerável dose de poder normativo aos juízes, tem prevalecido ao longo da história, excetuados alguns períodos de passivismo ou de ativismo judicial, o que se poderia denominar de interpretação criativa de perfil positivista.

Por fim, o simbolismo, outra corrente não interpretativista. Teoria que se afasta do positivismo para se aproximar do moralismo jurídico. Pode ser definida como uma teoria da interpretação que permite à Corte utilizar aspirações fundamentais da história e tradição, reconhecendo que sua aplicação envolve fortalecimento dos valores além daqueles constitucionalizados pelos autores do texto constitucional.

3.5. Espécies de originalismo

Assumimos por originalismo a interpretação constitucional que apenas admite, como de autoridade vinculante, o texto da Constituição ou a intenção daqueles que elaboraram o documento normativo, pois apenas estes limitam a discricionariedade na tomada de decisão e garantem que a Constituição vai ser lida de forma constante durante o passar dos anos.

Assim, pode-se dizer que o originalismo, enquanto um gênero de técnica hermenêutica, vem a ser dividido em duas espécies: o textualismo e o intencionalismo¹¹¹. A primeira defende que o único critério seguro de interpretação é obtido através de uma leitura semântica do texto constitucional. Já a segunda, considerando que a Constituição é um retrato da vontade soberana do povo, entende que é somente através do resgate da intenção dos próprios elaboradores deste documento legal específico que poderemos realizar a adequada interpretação do seu texto. Há posturas que vão do moderado ao radical, do literalismo ao intencionalismo estrito.

O textualismo se atém ao sentido das palavras utilizadas pelo legislador ao confeccionar o texto normativo para definir o conteúdo da norma. Assim, um textualista, ao se empenhar no trabalho exegético, irá analisar a estrutura semântica do texto legal, a lexicogenia dos termos aplicados, a localização e a relação entre as palavras, as formas como as frases do dispositivo foram compostas, bem como o contexto no qual os signos estão localizados. Para ele, este é o primeiro ou exclusivo critério para encontrarmos o direito dentro da lei, visto que (a) a própria Constituição é um documento escrito; (b) esta foi a forma hermenêutica desejada pelos Constituintes; ou (c) é o critério mais seguro para entendermos a intenção daqueles que elaboraram o texto.

O contexto em que as palavras são colocadas na norma assume uma relevância fundamental, havendo duas espécies: o contexto linguístico, que se dedica ao estudo do vocabulário e da sintaxe, e o contexto social, que se preocupa com o entendimento compartilhado acerca dos objetivos que poderiam razoavelmente ser atribuídos ao dispositivo constitucional analisado. Relativamente a este último contexto, será necessário averiguar o sentido que era dado à Constituição por um cidadão médio¹¹² pertencente à sociedade da época em que foi promulgada, a fim de se entender qual era o verdadeiro sentido social que as palavras

¹¹¹ BREST, Paul. The Misconceived Quest for the Original Understanding. In *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*. RAKOVE, Jack N. (edit.), Boston: Northeastern University Press, 1990, p. 227/8

¹¹² Paul Brest utiliza-se da expressão "normal speaker of English", fazendo referência, ainda, à comparação com o antigo conceito do homem prudente.

recebiam naquele período e, a partir daí, extrair o conteúdo da norma. Isso o aproxima consideravelmente da postura adotada por um intencionalista.

O textualismo não dá valor às intenções subjetivas do legislador nem às manifestações por ele emitidas durante o processo legislativo, mas, ao tentar resgatar o contexto social no qual estava inserido aquele que, no passado, lia a Constituição, o exegeta se vê obrigado a, de uma forma ou outra, realizar uma pesquisa histórica bastante similar àquela realizada por um intencionalista.

Com isso, o textualismo é alvo das mesmas críticas levantadas por aqueles que o defendem e o diferenciam do intencionalismo. Dessa forma, pode-se dizer - na exata medida em que repudiado pelo próprio Scalia em relação ao intencionalismo - que este argumento histórico não é capaz de legitimar uma decisão judicial, pois nenhum documento que fundamente o sentido atribuído à Constituição pelo "homem razoável" terá uma força normativa capaz de dar juridicidade a tal decisão. Além disso, a vontade de se escorar nestes fundamentos para interpretar o texto constitucional não terá jamais o condão de garantir segurança ou certeza na aplicação do Direito ao caso.

O intencionalista interpreta um dispositivo legal através da recobrança das intenções da pessoa ou das pessoas que assumiram a função de elaborá-lo. Verifica-se que o intencionalista pode utilizar-se de três fontes para resgatar a intenção do legislador, quais sejam: (a) pode ele elencar todas as regras de aplicação que foram pensadas pelo legislador durante o processo legislativo, estabelecendo, com isso, um rol subjetivo de casos nos quais teria pensado na incidência da lei; (b) pode analisar a linguagem utilizada, tendo em vista que esta é um indicativo das intenções do legislador; e (c) pode determinar quais as consequências que queriam que fossem evitadas com a edição da lei.¹¹³ Para demonstrar o tortuoso caminho percorrido pelo Intencionalista, Paul Brest elabora exemplo prático. Cria um cenário em que o Prefeito, com poderes legiferantes autônomos, edita lei, após ter sido pedestre atropelado por carro na praça da cidade, com o seguinte texto "Nenhum veículo será permitido na praça": A partir deste cenário fictício, tenta resgatar as verdadeiras intenções do Prefeito.)

Entretanto, como pretendemos demonstrar, a busca pela intenção do legislador não encontra outro resultado senão a frustração do intérprete, por três motivos diferentes.

Primeiramente, não há como se afirmar que o legislador tenha imaginado todas as situações possíveis sobre as quais a lei que elaborou pudesse vir a incidir. Nestes casos não

¹¹³ BREST, Paul. The Misconceived Quest for the Original Understanding. In *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*. RAKOVE, Jack N. (edit.), Boston: Northeastern University Press, 1990, p. 231

imaginados pelo legislador, o intencionalista estará diante de uma intenção indeterminada, que em nada lhe ajudará a recompor o conteúdo da norma aplicável.

Além disso, ao intencionalista caberá, antes de interpretar e aplicar uma norma ao caso concreto, buscar desvendar qual teria sido a vontade do legislador acerca da forma como as suas provisões deveriam ser interpretadas. Ocorre que nada impede que o legislador tenha manifestado explícita ou implicitamente a sua vontade de a lei por ele editada seja entendida não de acordo com sua intenção, mas pelo seu próprio texto¹¹⁴ ou de acordo com algum critério valorativo mais amplo. O intencionalista que se mantém fiel às premissas que defende não poderá negar a possibilidade de a busca pela intenção do legislador resultar numa intenção interpretativa que negue o intencionalismo como técnica hermenêutica. Isso, por si só, torna parcial e falível a proposta intencionalista.

Por fim, a maior dificuldade enfrentada por um intencionalista está em determinar a vontade do órgão legislativo, enquanto composto por uma coletividade de representantes que emitem suas opiniões acerca da lei que estão votando e aprovando.¹¹⁵

Se há como determinar algo que chamaríamos de intenção coletiva do legislador, esta necessitaria de critérios seguros e objetivos para a sua definição. Mesmo no caso de atribuirmos a cada Legislador um voto-intenção no sentido de que a soma das vontades individuais que fossem coincidentes entre si pudesse determinar a intenção institucional do órgão legislativo, o problema não estaria solvido. Além da grande dificuldade de um intérprete viabilizar uma tarefa como esta, não podemos obliterar o fato de que todos ou a maior parte dos indivíduos que compõem a coletividade legislativa tenham deixado de imaginar e englobar em suas deliberações uma situação específica, o que acarretaria, também neste caso, uma intenção indeterminada do órgão, frustrando, com isso, mais uma vez, a proposta intencionalista.

3.6. O originalismo em Antonin Scalia

Antonin Gregory Scalia agrega admiradores e críticos, em razão da pujança de seus

¹¹⁴ No exemplo até agora tratado, Brest levanta a possibilidade de o Prefeito dispor normativamente também sobre regras de interpretação. Caso tivesse o Prefeito manifestando-se no sentido de que "O intérprete deve atentar-se estritamente a linguagem que utilizei, a despeito das minhas intenções", a tarefa do Intencionalista estaria seriamente prejudicada (Op. Cit., p. 233)

¹¹⁵ Apelando mais uma vez ao exemplo de Brest, trabalha-se a idéia de que, ao invés de uma norma confeccionada por apenas uma autoridade - o Prefeito -, a mesma lei fosse aprovada por um órgão legislativo composto por cinco membros. Mesmo que a lei tivesse sido aprovada de forma unânime, as intenções de cada um dos membros do legislativo teriam sentido e abrangência distintos. Assim, as dificuldades antes enfrentadas para a determinação da intenção do Prefeito, agora apontariam problemas sem solução (Op. Cit., p. 233)

argumentos e, muitas vezes, do conservadorismo de suas posturas. Acumulou experiência acadêmica e anos de dedicação à magistratura junto ao Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, foi nomeado pelo Presidente Ronald Reagan para a Suprema Corte no ano de 1986, com a intenção de reverter algumas das doutrinas e políticas liberais introduzidas naquela Corte, enquanto sob presidência dos Chief Justice Warren e Burger¹¹⁶. Mesmo não tendo obtido toda a influência esperada pelos seus admiradores, as suas ideias conservadoras indubitavelmente marcaram as decisões oriundas da Suprema Corte norte-americana.

Em uma de suas mais importantes obras, o autor discorre sobre o *common law* e a formação dos juristas. Alerta que a “mágica” do direito encanta logo nos primeiros semestres, em razão da possibilidade de criação do direito e da posição que o magistrado adquire, quase como um rei, o qual cria normas para o caso concreto conforme a solução que lhe parece mais adequada. Scalia refere-se ao modo de estudo nas universidades, o dito “casebooks”, que analisa o direito com base na jurisprudência.¹¹⁷ Embora muito crítico, reconhece o desenvolvimento que foi obtido através do sistema de *common law*. Não é como se o sistema deva ser destruído como uma “craca no casco da democracia” - como o próprio se refere. Para Scalia, provou-se, em verdade, ser um bom método de desenvolver o direito em muitos campos - e talvez, por isso, seja o melhor método. Pode-se argumentar que o desenvolvimento da maior parte do direito privado é devido aos juízes (uma aristocracia natural, como Madison os retratou com precisão) "é uma limitação desejável à democracia popular¹¹⁸.

Para Scalia, somente teremos uma Teoria Constitucional adequada se os juízes estiverem impossibilitados de criar ou modificar o Direito através de suas decisões (*“It is simply not compatible with democratic theory that laws mean whatever they ought to mean, and that unelected judges decide what that is.”*¹¹⁹, propondo criar uma estrutura interpretativa em que eles estejam apegados ao texto escrito da lei. Scalia defende que a norma constitucional apenas pode ser lida de acordo com o que ela efetivamente diz e não conforme o que os legisladores tinham a intenção de dizer, mas não chegaram a incorporar ao seu texto. Funda, com estas premissas, a técnica de interpretação que denomina de textualismo, a qual, segundo nosso autor, é a única forma de se garantir os direitos e liberdades constitucionalmente consagrados e de se preservar a separação no exercício das funções do poder.

¹¹⁶ Christopher E. Smith, Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment. Praeger Pub Text, 1993, p. 03

¹¹⁷ SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. New Jersey. Princeton University Press, 1997. P. 3-5

¹¹⁸ Ibidem. P. 12.

¹¹⁹ SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. New Jersey. Princeton University Press, 1997. P.22

Scalia rechaça toda técnica que se baseie na busca pela intenção do legislador, pois crê ser simplesmente impossível resgatar os sentimentos ou as sensações que o legislador possuía no momento em que um texto legal foi debatido e aprovado. Argumenta que não temos disponível qualquer técnica ou instrumento apto a isolar e identificar a intenção subjetiva do legislador ao votar um projeto de lei. O texto de lei, e apenas ele, possuiria a força necessária para revestir de juridicidade as decisões proferidas pelos tribunais. Aliás, a invocação de uma intenção legislativa por parte da Corte é, na maior parte das vezes, utilizada para possibilitar a fuga do texto da lei e a imposição da postura moral daqueles que a integram¹²⁰.

Scalia diferencia, ainda, o seu textualismo do construtivismo estrito, bem como de qualquer outra forma de interpretação que se atenha ao plano da literalidade. Não nega que sua técnica seja formalista, aliás, afirma enfaticamente que ela assim seja. (*"Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is 'formalistic'. The answer to that is, of course it's formalistic. The rule of law is about form. (...) Long live formalism. It is what makes a government of laws and not of men."*)¹²¹.

O Estado de Direito tem tudo a ver com a forma. Se, por exemplo, um cidadão pratica um ato - digamos, a venda de determinada tecnologia a um país estrangeiro - que é proibido por um projeto de lei amplamente divulgado, proposto pelo governo e aprovado pelas duas casas do Congresso, mas ainda não assinado pelo presidente. Essa venda é legal! É irrelevante que todos conheçam as votações das duas casas no Congresso e o Presidente queira impedir essa venda. Antes que o desejo se torne uma lei vinculativa, deve ser consubstanciado em um projeto de lei que seja aprovado em ambas as casas e assinado pelo presidente. Isso não é formalismo? Em outro exemplo: um assassino foi pego com sangue nas mãos, curvado sobre o corpo de sua vítima; um vizinho com uma câmera de vídeo filmou o crime; e o assassino confessou por escrito e em videoteipe. No entanto, insistimos que antes que o estado possa punir esse vilão, ele deve conduzir um julgamento criminal completo que resulta em um veredicto de culpado. Isso não é formalismo? Viva o formalismo, segundo Scalia. É o que torna um Estado atuante em um governo de leis e não de homens.¹²²

Para ele, a adequada leitura da lei não pode ser nem estrita nem ampla, mas "deve ser interpretada razoavelmente, a fim de conter tudo aquilo que moderadamente puder significar. O autor utiliza como exemplo um de seus julgados para fazer a diferenciação mais explícita. O

¹²⁰ Ver o precedente *Church of Holy Trinity v. United States* (1892).

¹²¹ SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey. Princeton University Press, 1997. P. 25

¹²² *Ibidem*.

caso em específico era referente ao uso de arma em uma prática delitativa; o Tribunal considerou, lamentavelmente, para Scalia, que o réu estava sujeito ao aumento da pena por ter "feito uso de arma de fogo durante e em relação a um crime de tráfico de drogas". A votação não foi nem apertada (6-3). O nosso autor discordou do resultado. Segundo Scalia, não se consegue afirmar se seus colegas na maioria votaram da maneira que votaram porque eles são textualistas de construção estrita, ou porque eles não são textualistas de forma alguma. Mas um textualista "raiz", o que salvaria seu tipo de textualista, certamente teria votado pela absolvição. A frase "usa uma arma" conota bastante o uso de uma arma para o que as armas normalmente são usadas, isto é, como uma arma. Como afirmado em sua discordância, quando você pergunta a alguém: "Você usa bengala?" Você não está perguntando se ele pendurou a bengala antiga de seu avô como decoração no corredor. Mas embora o bom textualista não seja um literalista, também não é um niilista. As palavras têm um alcance limitado de significado e nenhuma interpretação que vá além desse alcance é permitida.¹²³

O problema central do debate que o autor propõe parece ser, exatamente, como definir critérios seguros através dos quais seria possível encontrar esta interpretação razoável do texto normativo. O professor Wood aduz que o textualismo, como Scalia descreve, é "tão permissivo e tão aberto à discricção e expansão judiciais arbitrárias quanto o uso da intenção legislativa ou outro método interpretativo, se o juiz textual estiver inclinado". Scalia, por outro lado, discorda. Segundo, o descendente de italianos, nenhuma interpretação textualista-originalista que passa no teste poderia, por exemplo, extrair da Constituição dos Estados Unidos a proibição da pena de morte, que juízes não textualistas descobriram, ou a proibição de leis de aborto que a maioria do Tribunal encontrou (não há permissivo no texto da Constituição, como também não há proibição). Assim, o juiz que usa "intenção legislativa ou outros métodos interpretativos" não abandona inteiramente o texto, mas acrescenta a qualquer dispositivo uma manipulabilidade que contemple sua metodologia extraterrestre.¹²⁴

Em sentido diverso aos não interpretativistas, Scalia admite, que o textualismo não é uma proteção rígida contra o juiz que deseja impor sua vontade, mas é de alguma forma uma proteção. O critério de "intenção legislativa", ao contrário, convida positivamente o juiz a impor sua vontade; ao colocá-lo em busca do que não existe (quase nunca há qualquer intenção legislativa genuína no ponto estreito da questão jurídica), levando a supor o que o legislador

¹²³ SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey. Princeton University Press. P. 23-25

¹²⁴ SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey. Princeton University Press. 1997. 129-133

pretendia, ou que era mais razoável, que normalmente coincide com o que o próprio juiz pensa ser melhor. Ou seja, de encontro com outras metodologias não textuais que são similarmente realizadoras de desejos dos magistrados.

Infelizmente, na obra estudada, não são fartos os argumentos apresentados no sentido de concretizar a técnica do textualismo. Em apenas um momento de sua obra aprofunda seu discurso, esclarecendo que a interpretação razoável deve ser aquela que, ao invés de buscar a intenção subjetiva do legislador, encontre uma intenção objetivada. Fica sem resposta no estudo oferecido por Antonin Scalia a forma pela qual deveria ser identificada esta intenção que uma pessoa razoável retiraria do texto legal à época de sua publicação. Scalia entende ter apresentado os traços principais da técnica hermenêutica adequada para um Estado Democrático, diferenciando-a das tendências intencionalista e daquelas doutrinas que se fiam no histórico legislativo. O textualismo do conservador busca seus verdadeiros opositores naqueles que defendem que o aplicador do direito está autorizado a realizar a atualização do texto constitucional promulgado no passado, a fim de melhor lhe adequar às tendências e necessidades hodiernas.

Logo, sendo para Scalia o único critério de interpretação na busca pelo sentido original, mostra-se viciada toda decisão judicial que pretenda se adaptar à nova realidade, visando a um resultado específico no caso concreto. O Juiz simplesmente não possui legitimação democrática para identificar os anseios de uma sociedade que evolui, assim como não está autorizado a concretizar tais ideais através de suas decisões. Esta função pertence exclusivamente ao órgão constituinte, devendo este promulgar as emendas constitucionais necessárias para os desejos modernos dos cidadãos sejam positivados. Não há, no texto constitucional, dispositivo que preveja a possibilidade de sua alteração *ad hoc*, ainda mais promovida por juízes não eleitos.

Por fim, ressalta que a flexibilização da Constituição não possui nenhum princípio capaz de guiar os juízes na sua aplicação. A ausência de um princípio que determine os critérios de aplicação da doutrina evolucionista, leva a um subjetivismo na tomada de decisões e este, por sua vez, acarreta um estado de insegurança e imprevisibilidade, que, para Scalia, são os dois fatores determinantes para a elaboração de uma teoria de exegese constitucional. A sua teoria, segundo ele, ao menos neste critério não falha, pois seu aplicador saberá, em definitivo, o que buscar no texto da Constituição: o seu sentido original.

Em resposta ao Professor Dworkin, Scalia chama a atenção para a classificação utilizada: "intenção semântica" e as expectativas concretas dos legisladores. Na verdade, é o primeiro, e não o último, que diz seguir. Prefere o termo "importação" a "intenção semântica"

- porque isso coloca o foco onde acredita que deveria estar: no que o texto seria razoavelmente entendido como significando, ao invés do que ele pretendia significar. Em última análise, é claro, esses dois conceitos perseguem um ao outro até certo ponto, uma vez que a importância da linguagem depende de seu contexto, que inclui a ocasião e, portanto, o propósito evidente de seu enunciado.

4. CONCLUSÃO

O ativismo judicial, como ficou demonstrado ao longo deste trabalho, tem diversas implicações jurídicas e sociais, pois envolve diretamente princípios basilares do Estado Democrático de Direito e circunda o exercício do poder derivado deste Estado constituído. Obviamente, há confrontos entre as diferentes perspectivas sobre as funções do Estado e seus princípios. A identificação, porém, de limites aos Poderes, que devem atuar de forma harmônica em alguma medida, precisa de um bom exercício de competências. Assim, surge a necessidade de assumir contornos técnicos jurídicos, de responsabilidade da doutrina constitucional, pois trata-se de matéria eminentemente jurídica por ser relacionada ao Poder Judiciário e sua limitação de atuação. Todo esse complexo cenário importa, ao fim e ao cabo, na organização social das pessoas e no nível de liberdade civil dos cidadãos no Estado brasileiro.

O debate sobre ativismo judicial acontece preferencialmente no campo constitucional e há vários fatores para que assim seja. Primeiro, porque a Constituição contém normas de organização do poder e de estrutura do Estado, assim como dispõe sobre direitos fundamentais. Assim, a Constituição, quando estabelece um Poder, ao mesmo tempo, delimita a função deste, logo, quando o intérprete e guardião do texto constitucional decide sobre estas questões acaba interferindo nos demais poderes, ainda que de forma indireta. A própria CF de 88 traz consigo alguns instrumentos de interferências de um Poder sobre o outro. O que, diga-se de passagem, é plenamente normal (a interferência entre as esferas), sendo um problema quando um Poder toma para si completamente a esfera de outro ou invade em demasiado.

Mas a principal e mais importante razão de estudarmos no campo constitucional, quando se trata de ativismo judicial, é a maior abrangência de princípios nos textos, ou seja, contém em comparação com a legislação infraconstitucional, mais normas de menor densidade, mais abrangentes, de menor precisão, associadas a aplicação por tribunais de independência institucional ou posicionados no topo do judiciário, tornando, por um lado, inviável uma interpretação meramente declarativa do Direito.

Quanto aos princípios, não se pode afirmar que eles são quantitativos ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se, apenas, afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficaciais complementares e diferentes. Assim, a assertiva, feita sem qualquer ressalva, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar “da regra ao princípio”, e o metodológico moveu-se “da subsunção à ponderação”, não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro. Em suma, o enunciado, estritamente universal, de que

todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado, numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica, não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa direção, para se falar em ativismo judicial é necessário que se entenda que a concepção e a formação do jurista variam conforme a época experimentada, e, por consequência, a corrente filosófica predominante influenciará diretamente na visão e atuação do mesmo. Para uma parcela da doutrina, os limites entre a política e o direito não são mais os mesmos ensinados em lições clássicas de Teoria Geral do Direito e do Estado. Caberia à Constituição transformar o poder constituinte originário em poder constituído, que são as instituições do Estado, levando à conclusão de que não há uma separação rígida entre os dois espaços (direito e política). De certo modo, a política pública, para eles, deve ir além da judicialização, sendo os agentes sociais autorizados a buscarem suas expectativas em outro canal de ressonância representativa, como o poder judiciário.

Por outro lado, há parcela da doutrina que atribui uma sinalização claramente negativa às práticas ativistas, porque importam numa desnaturação da atividade típica do Poder Legislativo em detrimento dos demais Poderes. Dentro desse viés, o ativismo é maléfico para o Estado Democrático de Direito. Ressalta-se, ainda, que o fenômeno apesar de se verificar contra a atividade exercida pelo Poder Executivo, golpeia mais claramente o Poder Legislativo, o qual pode ter o produto da atividade legiferante irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade) ou ainda, ter o seu espaço de atuação normativa invadido por decisões judiciais excessivamente criativas.

O ativismo judicial é um fenômeno que ocorre ao redor do globo, não é, portanto, exclusividade brasileira. No Brasil a doutrina se divide sobre o tema: parcela acredita que é uma atitude do judiciário em busca de concretização dos direitos, a outra parte entende que é um fenômeno prejudicial à democracia e ao Estado Democrático de Direito em razão da expansão indevida do Poder Judiciário em detrimento dos demais (Poderes Legislativo e Executivo). A realidade é que se trata de uma grande divergência sobre os limites da atuação jurisdicional.

Cumprido dizer que a grande quantidade de processos no judiciário brasileiro impulsiona o ativismo judicial, pois a enorme quantidade gera mais decisões judiciais e, conseqüentemente, mais decisões em políticas públicas. A maior visibilidade destas decisões, quer sejam matérias simples da vida, quer sejam matérias de cunho político, tornam mais perceptível a judicialização da política, como em casos de direitos fundamentais não ponderados pelo legislador.

Nessas situações, portanto, criam-se momentos que o Poder Judiciário pode estender seu poder para decidir questões as quais deveriam ser resolvidas por outros campos como a política. Ou dito de outro modo: o ativismo na judicialização da política será a escolha comportamental do magistrado de aceitar a demanda de judicialização política e ditar as soluções para as questões levantadas.

Outro fator de impulsionamento do ativismo judicial no Brasil é o que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”. Um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 25 anos no país. De fato, não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. O fenômeno possui alguns problemas na ordem científica e metodológica em razão das bases em que é assentado.

No Brasil, o que se designa – ou se deveria designar – por ativismo é algo preocupante: trata-se da suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo. Na verdade, o ativismo, dentro da conceituação apresentada, é prejudicial para o Estado Democrático de Direito. Como se procurou demonstrar, não se pode diferenciar uma espécie boa e outra má de ativismo. Podemos dizer que ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto. Assim, tanto os progressistas como os conservadores podem ser ativistas e o cultivo desenfreado dessa atitude impõe uma reconsideração sobre o papel do Poder Judiciário.

Existem alguns parâmetros para identificar decisões ativistas, algumas metodologias. Um dos parâmetros é proposto pelo professor Elival da Silva Ramos. Ele sustenta que a gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelos demais Poderes, ou por ele próprio, decorre do próprio Direito Constitucional brasileiro. Propõe-se, então, a explicitar a gradação, buscando uma sistematização, de modo a criar um instrumento para identificar o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial. Por outro lado, o professor Humberto Ávila entende que a função típica exercida pelo Poder Judiciário é a de aplicar e definir o Direito no caso de conflitos intersubjetivos ou de confronto entre normas infraconstitucionais e a Constituição, enquanto a função do Poder Legislativo é a de configurar democraticamente o Direito por meio de normas gerais abstratas. Partindo deste pressuposto,

propõe-se a estabelecer critérios para averiguar em quais casos a atuação do Poder Judiciário pode ser qualificada como ativista.

Concluído as definições necessárias sobre ativismo judicial, se faz necessário identificar as conclusões a respeito da segunda parte do trabalho. A Interpretação, diante do exposto, deve ser entendida como a aplicação da Hermenêutica; esta segunda descobre e fixa os princípios que regem aquela primeira. A Teoria da Interpretação é o aspecto mais destacado da diferenciação entre as vertentes doutrinárias da Teoria do Direito atual. Não por outro motivo, quando da definição de ativismo judicial, foi necessário explicitar que a visão filosófica e a Teoria do Direito que influencia na formação do jurista, origina percepções diferentes a respeito do tema.

A atividade interpretativa, ou exegética, sustenta atualmente uma relação dialética entre dois polos, por meio da qual um sujeito cognoscente (exegeta) procura compreender o sentido de um objeto cognoscível (texto normativo ou conjunto deles). Quem acaba por interpretar o texto normativo não o faz de modo totalmente aberto em relação ao objeto, porque necessita de uma pré-compreensão em que estão presos os conceitos jurídicos, classificações, o sentido de outros dispositivos correlatos, o conhecimento da matéria fática, etc. A pré-compreensão irá ajudar a compor a opinião prévia, que decorre de uma primeira leitura, sendo viável somente se o projeto prévio não for fruto de mero arbítrio do exegeta.

Entendendo que o intérprete-aplicador traz consigo uma pré-compreensão, podemos dizer que a diferença fundamental entre as correntes interpretativistas e não interpretativistas reside na compreensão da Constituição e na interpretação das normas constitucionais. A pré-compreensão sobre democracia de cada corrente é substancialmente diversa e dão suporte às demais diferenças sobre direito, moral, minorias/maiorias.

Nessa direção, para alguns o passivismo está radicado em duas variantes do Interpretativismo: o textualismo e o originalismo. O textualismo se atém ao sentido das palavras utilizadas pelo legislador ao confeccionar o texto normativo para definir o conteúdo da norma. Assim, um textualista, ao se empenhar no trabalho exegético, irá analisar a estrutura semântica do texto legal, a lexicogenia dos termos aplicados, a localização e a relação entre as palavras, as formas como as frases do dispositivo foram compostas, bem como o contexto no qual os signos estão localizados. Para ele, este é o primeiro ou exclusivo critério para encontrarmos o direito dentro da lei. Enquanto o originalismo pode ser apresentado como uma Teoria da Interpretação Constitucional que utiliza do texto constitucional além da mera linguagem textual, para utilizar o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

Por fim, chegamos a um dos expoentes da corrente do pensamento que defende o novo originalismo ou textualismo: Antonin Scalia. Para ele, a adequada leitura da lei não pode ser nem estrita nem ampla, mas "deve ser interpretada razoavelmente, a fim de conter tudo aquilo que moderadamente puder significar." A interpretação constitucional deve revelar o conteúdo semântico público das palavras quando da sua elaboração. As fronteiras entre direito e política devem permanecer rígidas.

Assim, diante de todo o exposto, fazendo uma análise a respeito do ativismo judicial como prejudicial ao Estado Democrático de Direito e a interpretação histórica como instrumento (ferramenta) de aplicação do direito, aqui representada pelo originalismo, mais especificadamente com o textualismo de Antonin Scalia, chega-se em algumas conclusões. Uma das características encontradas sobre a interpretação constitucional é o reconhecimento de certo ecletismo da jurisprudência em relação às técnicas hermenêuticas. Ou seja, ainda que em um sistema jurídico que confere considerável dose de poder normativo aos juízes (*common law*), tem prevalecido ao longo da história, alguns períodos de passivismo e outros de ativismo judicial, o que se poderia denominar de interpretação criativa de perfil positivista. De certa forma, percebe-se que há um valor relativo no uso da interpretação histórica para conter o ativismo judicial, porém, não há como fixar instrumentos aos magistrados quando a história constitucional demonstra que os anseios da sociedade oscilam conforme as preconcepções a respeito de conceitos basilares que se contrapõe conforme a perspectiva de mundo dos intérpretes-aplicadores.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.
- BANDOW, Doug. The public opposes judicial activism because it does not understand the issue. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993.
- BREST, Paul. The Misconceived Quest for the Original Understanding. In *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*. RAKOVE, Jack N. (edit.), Boston: Northeastern University Press, 1990.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COMDANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*, in: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006.
- Christopher E. Smith, *Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment*. Praeger Pub Text, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRJOLI, Luigi, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GADAMER, Hans-Geord. Verdade e método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. 8 ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2007.

GANDRA, Ives. O ativismo judiciário e a separação de poderes. *Revista dos Tribunais Online*: v. 1000/2019, Número.

HOLLOWAY, Carson. Judicial Activism, by liberals and conservatives, is a danger to America. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C. *Ativismo Judicial Disfuncional no Contratos*. São Paulo: IASP, 2018.

LYNCH, Christian; MENDONÇA, J. V. S. D. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meaning of “judicial activism”*. California: California Law Review, v. 92, 2004.

MANILI, Pablo L. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales*, t. I. Linares Quintana e Carlos S. Faye (orgs.). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editora Marcial Pons, 2004.

PAULA, Daniel Giotti de ; FELLET, A. L. F. (Org.) ; NOVELINO, M. (Org.) . *As novas faces do ativismo judicial*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 1.

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

REALE, Miguel, *em Lições preliminares de direito*, 9. Ed., São Paulo, Saraiva, 1981

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey. Princeton University Press. 1997.

SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, n. 4.2.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 20ª ed. 2001.

TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra, 2013

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

WALPIN, Gerald. *The Supreme Court vs. the Constitution*. New York: Significance Press, 2013.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1994.