

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**

The role of the precedents to the control of judicial activism in the post-positivist context

Lara Bonemer Azevedo da Rocha

Claudia Maria Barbosa

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639

# O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista\*

## The role of the precedents to the control of judicial activism in the post-positivist context

Lara Bonemer Azevedo da Rocha\*\*

Claudia Maria Barbosa\*\*\*

### RESUMO

A Constituição de 1988 é tributária de uma tradição pós-positivista que reconhece juridicidade e exigibilidade a um amplo rol de princípio, por natureza amplos e abstratos. Além disso, a Carta ampliou o rol de direitos fundamentais sociais, cuja concretização depende de políticas públicas tradicionalmente definidas e implementadas pelos poderes executivo e legislativo. Nesse cenário o Poder Judiciário tem sido convocado a manifestar-se de forma crescente sobre questões que tradicionalmente eram resolvidas na esfera política, um movimento traduzido pela judicialização da política. Suas decisões, uma vez que são baseadas em princípios e têm, muitas vezes, como foco políticas públicas, interferem na atuação dos demais poderes. Além disso, elas implicam processo interpretativo cada vez mais amplo, favorecendo, dessa forma, o ativismo judicial. O texto analisa três posições distintas em torno do ativismo e defende a adoção de precedentes obrigatórios para controlá-lo. Argumenta-se que o ativismo enfraquece o Estado Democrático de Direito porque concentra poderes no Poder Judiciário. Além disso o ativismo contribui para a insegurança jurídica e essa insegurança tem efeitos econômicos perversos. Por fim defende sistema de precedentes que favorece a previsibilidade e uniformidade das decisões, sem comprometer a liberdade de julgar, condições desejáveis para a realização da justiça. Propõe-se, ao final, a imposição de limites para o controle da atividade criativa do magistrado, com a adoção de um sistema de precedentes judiciais.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Ativismo judicial. Limites. Precedentes.

### ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988, resulting from a post-positivist tradition, recognizes legality and enforceability to a wide array of principles, large and abstract by its nature. Moreover, the Charter expanded the list of fundamental social rights whose realization depends on public policies, traditionally defined and implemented by the executive and legislative branches.

\* Recebido em 01/10/2014  
Aprovado em 30/01/2015

\*\* Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Pesquisadora com projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ/CAPES: "A eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais". Advogada nas áreas de direito civil, processual civil e empresarial. Contato: larabarocha1989@gmail.com

\*\*\* Pós-Doutorado pela York University, Toronto, Canadá. Fez graduação, mestrado e doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, com pesquisa em sistemas jurídicos comparados realizada na Universidade de Montreal, CA. É professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde dirigiu o curso de graduação e os programas de mestrado e doutorado em Direito. Contato: claudia.mr.barbosa@gmail.com

In this scenario, judiciary has been increasingly summoned to manifest itself on issues that were traditionally debated in the political sphere, resulting in the judicialization of politics. Because adjudication is more and more based on constitutional principles and often focuses on public policies, it interferes in the performance of other branches of government. Furthermore, they imply an increasingly broad interpretive activity which favors the judicial activism. The text analyzes three different points of view about the activism: the first considers that activism undermines the democratic rule of law because it concentrates power in the judiciary; the second argues that activism contributes to legal uncertainty, which has perverse economic effects; the last one analyzes the freedom of judgement under the activism context and concludes that judiciary has the duty of adjudicating by making predictable and uniform decisions in order to guarantee a fair judgment. In conclusion, the paper suggests that it's important the imposition of limits to control the creative activity of the magistrate, with the adoption of a system of binding judicial precedents.

**Keywords:** Judicialization of politics. Judicial activism. Limits. Binding precedents.

## 1. INTRODUÇÃO

A judicialização da política, agigantada a promulgação da Constituição Federal, e o incremento do ativismo judicial têm ocupado lugar de destaque no campo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, julgou matérias paradigmáticas, envolvendo questões tradicionalmente debatidas na esfera política e que vêm sendo crescentemente levadas ao Poder Judiciário.

Esse cenário conduz às mais variadas reflexões acerca do tema da judicialização da política e da politização das decisões judiciais.

Defensores do ativismo consideram que a prática se constitui em um meio de efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Sustentam uma participação ativa do Poder Judiciário em áreas até então resguardadas à apreciação por parte do legislativo e do executivo em campos como saúde e educação, e justificam-na sob o argumento da insuficiência na atuação desses poderes, que deve ser suprida pelo Poder Judiciário.

Para os defensores da autocontenção, o ativismo enfraquece o Estado Democrático de Direito, fundado na tripartição dos poderes e nas garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal de 1988. Essa corrente, partindo-se da comparação com o sistema *common law*, em cujas bases comumente se justifica o ativismo judicial no Brasil, analisa as peculiaridades em relação à atividade criativa no sistema *civil law* e a inviabilidade da forma com que tem sido levado a efeito no país.

O posicionamento dessa segunda corrente constitui o foco do presente estudo. Sendo assim, em primeiro momento, analisa-se a transição da supremacia do legislativo para o Poder Judiciário, bem como o contexto em que se fortaleceu o ativismo judicial no Brasil, revisitando a passagem do positivismo jurídico para a virada hermenêutica, e a processo de criação da norma pelo judiciário no sistema do *common law*.

Na sequência, são analisados alguns dos desdobramentos da prática ativista no Brasil, especialmente no que se refere à separação constitucional dos três poderes e as consequências quanto à previsibilidade das decisões judiciais, à segurança jurídica e ao desenvolvimento econômico do país.

Em seguida, aponta-se a necessidade de controle do ativismo judicial, por meio da imposição de limites a essa prática. Defende-se a necessidade de se instrumentalizar mecanismos relacionados à vinculação ao texto constitucional, resultando em modo de proceder mais claro, transparente e acessível a toda a sociedade.

## 2. A PASSAGEM DA SUPREMACIA DO PODER LEGISLATIVO (GOVERNO DAS LEIS) PARA A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO (GOVERNO DOS HOMENS)

O Estado Liberal, assentado na teoria da separação de poderes, desenvolveu-se de forma não linear, privilegiando a atuação de um ou de outro poder em cada momento histórico. Formou-se sobre a hegemonia do Poder Legislativo, evoluiu no sentido de demandar maior atuação do Poder Executivo na emergência do estado de bem-estar social, para, finalmente fortalecer o Poder Judiciário, a quem se atribuiu em muitos países, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de garantidor não apenas dos direitos individuais clássicos do liberalismo, mas também aqueles de segunda e terceira dimensões que ilustraram as últimas décadas do Século XX e o início deste novo Século.<sup>1</sup>

No contexto da modernidade, o ideário da Ilustração estabeleceu vinculação estreita entre cientificidade, neutralidade e racionalidade que encontrou expressão perfeita no positivismo e, no campo do Direito, no positivo jurídico.<sup>2</sup>

Para Magalhães, no séc. XX o movimento positivista representou a principal expressão da consciência da historicidade do Direito. Até então, a materialidade do direito havia sido ocultada pela visão do direito como um dever ser, esvaziado de conteúdo.<sup>3</sup> Assim, a positividade e a juridicidade, como características do direito moderno, tornaram possível a formação da moderna ciência jurídica, esvaziando-se o direito de toda contingência.

Kelsen, nesse contexto, elabora a Teoria Pura do Direito, destacando que o momento da decisão constitui o único interessante ao campo da ciência do direito. Segundo o professor austríaco, as intenções do legislador anteriores e posteriores ao momento da decisão não são pertinentes ao positivismo, no qual não existe preocupação com a justiça (enquanto valor daquilo que é justo) da decisão, porquanto qualquer decisão positiva, se formalmente válida, é possível e, como decisão jurídica, é justa.<sup>4</sup>

O ideal positivista baseou-se na suficiência da lei para a solução de conflitos e, por isso, afirmou a existência de sistema jurídico completo (todas as respostas poderiam ser dadas pela lei) e coerente (haveria uma decisão correta para cada caso levado à Justiça), cabendo ao juiz tão somente aplicar a lei. Nesse sentido, claras as observações de Montesquieu:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as sentenças da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.<sup>5</sup>

As Constituições dos Séculos XVIII, XIX e XX constituem-se na materialização do chamado constitucionalismo liberal, movimento sociopolítico típico do liberalismo que teve como marcas a defesa e proteção de um rol de direitos individuais voltados às garantias das liberdades; os limites à atuação do Estado e o controle da ação dos governantes; a arquitetura liberal de um modelo de Estado assentado na separação de poderes e no sistema de controle de freios e contrapesos. Mais recentemente, a essas características vem sido acrescido um sistema de responsabilidades, através do qual busca-se controlar os abusos do poder de Estado.

1 BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 01.

2 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 61.

3 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E.; E RODRIGUEZ, José R. *Hermenêutica plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 128-157. p. 129.

4 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E.; E RODRIGUEZ, José R. *Hermenêutica plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 128-157. p. 134.

5 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Crisitna Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 179.

O Constitucionalismo liberal, a partir da segunda metade do Século XX e, com mais vigor no Século XXI, vem cedendo espaço para as teorias pós-positivistas que, conforme ressaltam Rossi e Barbosa, contrastam com o positivismo ‘tradicional’, entre outros aspectos, principalmente, porque entendem haver relação intrínseca entre Direito e Moral, cuja fusão é incorporada em constituições contemporâneas.<sup>6</sup>

De fato, as relações agora tidas como necessárias (e não mais contingentes) entre Direito e Moral, fato negado pelo positivismo jurídico, materializam-se nas Constituições por meio de normas de textura mais aberta, de caráter principiológico. Conforme ressaltam Barbosa e Rossi

em função dos princípios e de seu maior padrão de abertura e abstração, a hermenêutica jurídica se renova para assumir a feição constitucional. Essa nova hermenêutica constitucional preocupa-se com raciocínios mais complexos do que a subsunção e impõe o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica e também de uma teoria das decisões judiciais.<sup>7</sup>

Em consequência, o modelo de raciocínio subsuntivo, mais técnico, vem aos poucos cedendo espaço a operações mais complexas que extrapolam a mera aplicação da lei típica do ideário positivista, para um processo cada vez mais amplo de interpretação da norma e sua compatibilidade com princípios (normas) constitucionais.

A extensão dessa interpretação acaba por implicar uma redefinição entre o poder de interpretar a norma e o poder de criar o direito. Haveria entre esses processos de aplicação, interpretação e criação apenas uma diferença de grau ou também de natureza?

Esse momento é identificado por Magalhães como virada hermenêutica, a partir do qual o Poder Judiciário, que até então representava poder nulo em termos de interpretação e criação do direito, passa a atuar de forma ativa na criação e aplicação das leis.

Diz-se poder nulo porque, de acordo com Montesquieu, ao Poder Judiciário cabe apenas julgar, afirmando o que já foi dito pelo legislativo, sem produzir direitos novos. A função de decidir estaria, portanto, preponderantemente resumida a uma atividade puramente intelectual, cognitiva.<sup>8</sup> Essa é a função comumente atribuída ao judiciário nos países de direito continental nos quais o positivismo jurídico influenciou fortemente o processo de tomada de decisão.

O Poder Judiciário nulo, contudo, nunca foi compreendido nos países de tradição *common law* da forma como Montesquieu o concebeu. De fato, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, berços do *common law*, aquele entendimento de que ao Poder Judiciário caberia apenas a aplicação da lei em sua literalidade, sem a emissão de juízo de valor, e ainda, sem a moderação de sua força e rigor, nunca teve grande repercussão.

Embora oriundos da mesma tradição, a posição dos magistrados nos modelos inglês e norte-americano é diferente. Na Inglaterra, ante a ausência de uma constituição escrita e a força do direito costumeiro, coube aos juízes buscar a justa solução dos conflitos. Suas decisões, contudo, sempre puderam ser revistas pelo Legislativo por meio da Câmara dos Lordes, em quem reside desde tempos imemoriais a supremacia para estabelecer o que diz o direito, mas raramente o foram.<sup>9</sup>

Nos estados Unidos, anteriormente, a força da constituição escrita, aos juízes, e não ao Legislativo, destinou-se o importante papel de defender a Constituição e, agindo assim, defender as preferências do povo soberano, expressas por meio da vontade dos *founding fathers* e estabelecidas na Constituição.<sup>10</sup>

6 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 63.

7 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 63.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

9 BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 55.

10 BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito*

Em ambos os casos, mais importante do que encontrar a solução na lei, pergunta-se sobre aquilo que é justo, no sentido daquilo que é conforme aos anseios da sociedade e constitui-se na melhor alternativa para, conforme constata Ommati, proteger o indivíduo, conter eventuais abusos por parte do estado e assegurar a ordem social.<sup>11</sup>

O contraste entre o papel do juiz e do Poder Judiciário nos sistemas *common law* e *civil law* é bem expressa por Marinoni, no seguinte sentido:

Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Naquela tradição, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento; todavia, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juizes, a vontade foi confiada ao Judiciário. [...] Note-se que isso não apenas demonstra que o *common law* confiou e apostou no judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juizes ao Parlamento, mas também que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado — certamente que em termos essencialmente teóricos — para a formação das concepções antagônicas de *juge bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e de *judge make law* (juiz legislador).<sup>12</sup>

Embora nos sistemas *common law* o juiz tenha mais liberdade para tomar decisões sem ater-se ao texto da lei, é um equívoco pensar que o processo decisório é discricionário. Isso porque, nos sistemas de tradição do *common law*, a segurança jurídica está baseada em um sistema de precedentes judiciais em que se busca, por meio de uma racionalidade própria, garantir a coerência das decisões. A limitação ao julgador, nesse caso, é imposta pela vinculação aos precedentes e em geral não lhe é permitido, pelo menos de forma imotivada, contrariar decisões anteriores a respeito de determinada questão.

No sistema *civil law*, ao contrário, o apego ao texto da lei e a desconfiança com respeito ao papel político do magistrado, de resto sustentados pelo positivismo, buscaram conter o papel do juiz criador do direito. Contudo, o contexto pós-positivista e a ausência de um sistema de controle sobre as decisões, acabou por desvirtuar o modelo, por atribuir ao juiz um papel legislativo que historicamente lhe era negado.

No Brasil não foi diferente. Em que pese a adoção do sistema *civil law* que em tese impõe uma autocontenção ao magistrado e o estrito respeito ao texto da lei, o protagonismo do Poder Judiciário ampliou-se pós-Constituição de 1988, com o enorme rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, e foi melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere à questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e implementação de políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo.

O protagonismo do Judiciário é favorecido pelo que se denomina judicialização da política, processo por meio do qual o Poder Judiciário passou a ocupar-se da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais e que tem resultado em processos interpretativos cada vez mais amplos e, via de regra, uma interpretação crescentemente mais aberta da Constituição. Esse é o contexto em que se fortalece o chamado ativismo judicial.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo é termo multifacetado e, conforme adverte Koerner, implica tanto no papel apropriado do Poder Judiciário em democracias contemporâneas, quanto nos modelos de decisão judicial e no comporta-

vinculante no Brasil. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 84.

11 OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o judiciário como superego. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012. p. 179.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

mento dos juízes, e “tem como foco o problema da autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e a tomada de decisão”.<sup>13</sup>

Koerner analisa e critica o uso que tem sido dado ao termo ativismo no Brasil, propondo seu estudo dentro de “um quadro para a análise política do pensamento jurídico e da prática judicial, e um esboço de análise sobre a atuação do STF pós-1988”.<sup>14</sup>

No estudo que desenvolve, ao descrever a forma com que comumente se explica o desenvolvimento do ativismo, o autor relaciona diretamente o fenômeno com processo sociais, econômicos e políticos que teriam transformado a estrutura social e o Estado. Tais fenômenos vão desde as transformações da sociedade industrial, a crise do Estado de Direito liberal com uma Constituição como sistema de garantia, à passagem, pós Segunda Guerra Mundial, ao Estado Democrático de Direito com uma Constituição dirigente, e inclui até processos mais recentes, como a globalização e o neoliberalismo.<sup>15</sup>

O resultado, para esse autor, é que “a cultura jurídica teria passado de um suposto positivismo formalista à maior permeabilidade aos aspectos valorativos das situações, à maior inovação nos métodos de trabalho e à estimativa dos impactos das decisões judiciais”.<sup>16</sup> E conclui: “O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito”.<sup>17</sup>

Com base nessa conjuntura, desdobram-se três posições: uma primeira, para quem o protagonismo do Poder Judiciário constitui risco à democracia e compromete o equilíbrio e harmonia dos poderes, autorizando que juízes tomem decisões baseados em preferências pessoais e sem informações necessárias, disponíveis via de regra apenas aos poderes legislativo e executivo; uma segunda que reconhece o ativismo na prática do Supremo Tribunal Federal e o assume como decorrência da conjuntura pós-constituição de 88, advertindo para o risco que pode existir quando há perda de medida nas decisões e ausência de justificação e/ou clara fundamentação das decisões; uma terceira que afirma o protagonismo com sendo a consequência direta da necessidade de efetivar a Constituição, para quem os juízes ativistas estão legitimados a decidirem com base em princípios constitucionais, para tornar efetiva justamente a Constituição e, desta forma, assegurar os direitos nela previstos e garantir a vontade do povo, titular do poder constituinte originário.<sup>18</sup>

A primeira linha de argumento é sustentada no Brasil, entre outros, por Elival Ramos. O autor identifica o ativismo quando, no processo de tomada de decisão, verifica-se “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”.<sup>19</sup> A descrição é vaga. Contudo, defensor do chamado positivismo moderado, o autor não recusa uma certa propensão à discricionariedade encontrada nos textos constitucionais, mas refuta a ideia de que o texto de uma norma infraconstitucional possa ser afastado pela primazia de um princípio, cujo conteúdo é muito mais indeterminado.

13 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 60.

14 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 71.

15 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 71.

16 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 72.

17 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 72.

18 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 72.

19 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

O ativismo na concepção defendida por Ramos encontra-se bem ilustrado no Agravo de Instrumento n. 1109428-7, julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual restou destacado que

o significado de uma cláusula que limita o atendimento do serviço na modalidade *home care* deve ser examinado a partir de um critério necessário para assegurar-se simultaneamente a posição do consumidor [...] e a posição da fornecedora, analisada a posição da operadora especificamente a partir do princípio da justiça contratual.

O mesmo se verifica da Apelação Cível n. 1376968920118260100, julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja decisão se lê:

não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houve um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevida, em especial sob o argumento de que a ANS ainda não atualizou o referido rol e a seguradora não está obrigada a cobrir.

O que se observa dessas decisões é que, inobstante a expressa exclusão de cobertura contratual e a não obrigatoriedade de cobertura pela Agência Nacional de Saúde, entendeu-se que, por se tratar de uma relação de consumo e em razão da necessidade de realização do procedimento específico, deve o plano de saúde autorizar a sua execução, arcando com todas as despesas que se fizerem necessárias. O ativismo, nesses casos, decorre do fato de que há um contrato firmado entre as partes que é claro a respeito das obrigações devidas pelo plano de saúde. O contrato foi firmado ao livre arbítrio das partes que, diante do amplo leque de ofertas de planos de saúde, escolheu contratar um, em especial. Ignorando estas circunstâncias, o juiz profere uma decisão afastando a regra infraconstitucional, que é clara em seu texto, para fazer valer um princípio constitucional. Esta prática, para Elival Ramos, é que configura o desrespeito ao limite normativo da norma e, portanto, o ativismo judicial.

Destaca-se, contudo, que esta não é uma posição majoritária, pois existem correntes que entendem que o juiz, em tais casos, teria agido de forma correta. Isso porque o contrato de plano de saúde pode ser classificado como de adesão, com cláusulas leoninas e que, nestas situações, o Código de Defesa do Consumidor, mais do que a própria Constituição, prevê a proteção ao consumidor frente a este tipo de contratação. Outro argumento favorável avaliza a posição do magistrado em função do amplíssimo direito à dignidade humana constitucionalmente garantido.

A segunda linha é bem representada no país por Luís Roberto Barroso.<sup>20</sup> O constitucionalista carioca, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu estudo sobre judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, descreve três situações em que se percebe o aumento do ativismo judicial brasileiro.

A primeira delas trata de um caso em que houve

[...] aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária [...].<sup>21</sup>

Nesta situação, o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, não obstante aquelas já existentes na Constituição Federal.

Em seguida, traz a evidência o caso da verticalização, em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do congresso “[...] com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...]”.<sup>22</sup> Nesse caso, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da

20 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, , jan./mar. 2009.

21 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, , jan./mar. 2009.

22 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, , jan./mar. 2009.

aplicação de novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano de sua aprovação.

Por fim, cita a categoria de ativismo “[...] mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...]”, como é o caso da questão que envolve a “[...] distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial [...]”.<sup>23</sup>

Nas duas primeiras situações descritas por Barroso, a atuação do Supremo Tribunal Federal deu-se no sentido de ampliar hipóteses legais ou decidir contrariamente a vontade do legislador em área de sua competência. No terceiro caso, o ativismo configura-se quando define interferem políticas públicas tocando-as em duas esferas de conveniência e oportunidade, próprias do legislativo e do executivo, ou seja, do corpo político do governo.

A terceira postura ativista é bem expressa por Miarelli e Lima, para quem o ativismo é sobretudo uma consequência da necessidade de o Poder Judiciário dar respostas mais concretas às demandas pela efetivação de direitos sociais garantidos na Constituição.<sup>24</sup> Nesse sentido, milhares de decisões sobre fornecimento de medicamentos, vagas em escolas públicas, etc., justificam tal propósito.

A respeito do fornecimento de medicamentos, verifica-se que os Tribunais dos Estados têm se posicionado no sentido de que o Estado deve atuar de forma solidária na responsabilidade de prestação dos serviços de saúde.

Tal posicionamento pode ser observado no recurso de Apelação Cível n. 10145120377877002, julgado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Julgado em 10.10.2013, com Publicação em 23.10.2013, no sentido de que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196 da CF/88.

E prossegue afirmando que, neste caso,

Demonstrado pela impetrante a necessidade dos medicamentos pleiteados e a sua hipossuficiência financeira para arcar com o custeio destes, deve o Estado fornecê-los, independentemente de estarem elencados ou não na lista do SUS.

Na mesma linha de entendimento, observa-se a decisão proferida na Apelação Cível n. 70055479505, julgada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Julgado em 21.05.2014, com Publicação em 29.05.2014, ao consignar que

A ausência de inclusão dos medicamentos em listas prévias, quer referente a remédios considerados excepcionais, quer relativos à rede básica, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados

e prossegue afirmando que “da mesma maneira, a forma de organização do SUS não pode obstaculizar o fornecimento de medicamentos”.

Também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul extrai-se o entendimento de que

Os entes públicos são responsáveis, de forma solidária, pela concretização do direito à saúde, garantido a todo e qualquer cidadão - e, de forma especial, às crianças e aos adolescentes,

nos termos da Apelação Cível n. 70052650967, Julgada em 14.01.2013, pela 7ª Câmara Cível, com Publicação aos 19.02.2013.

23 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

24 MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

Nos três casos ilustrados, observa-se a atuação do judiciário no sentido de concretizar o direito fundamental à saúde assegurado na Constituição Federal. Embora à primeira vista sejam decisões inquestionáveis do ponto de vista da necessidade do indivíduo, as mesmas por vezes não encontram guarida na legislação infraconstitucional, sustentando-se sob o manto da abstração dos princípios constitucionais, e podem chegar a comprometer a política de saúde pública em um estado ou município, sem que haja qualquer tipo de responsabilização política do magistrado por seus atos.

O ativismo expressado nas três posições divergentes encontra no contexto da virada hermenêutica e das teorias pós-positivistas ambiente propício para desenvolver-se, pois nele a suficiência da lei, ainda que tenha funcionado na perspectiva positivista apenas como dogma, é questionada, e a normatividade das regras (infraconstitucionais e constitucionais) cedem espaço à imperatividade e justiciabilidade dos princípios, mais abertos e propensos à mediação concretizadora dos intérpretes.<sup>25</sup>

Um ponto de consenso entre essas posições pode ser encontrado no fato de que, para todas elas, a postura ativista relativiza ideal de certeza pressuposto (ainda que não empiricamente verificável) no positivismo. O caráter imprevisível que podem tomar tanto as decisões baseadas em princípios, quanto aquelas tomadas de acordo com as preferências pessoais do intérprete ou de uma instituição, quando imotivadas ou quando não balizadas em uma prática anterior ou naquilo que Dworkin chamou de comunidade de princípios, compromete a previsibilidade do sistema e, por via de consequência, a segurança jurídica que deveria proporcionar.<sup>26</sup>

Ocorre, contudo, que a contenção da atividade criadora não é facilmente mensurada e tampouco pode ser eliminada em todo processo decisório. Dessa forma, um caminho possível para garantir a segurança e a previsibilidade das decisões é a aplicação, no Brasil, de sistemas de controle sobre a formação, produção e os resultados das decisões com base em um sistema de precedentes.

#### 4. DESDOBRAMENTOS DA ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ

A aproximação dos sistemas *common law* e *civil law* que se tem verificado nas últimas décadas torna frequente as análises comparadas sobre um ou outro instituto, seus efeitos e as possibilidades de migração de institutos de um sistema no outro. Assim também ocorre com o papel dos magistrados e, especificamente, com a função dos precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a evolução do *civil law*, em especial diante do impacto causado pela constitucionalização de direitos, acabou por atribuir ao juiz papel similar àquele desempenhado ao juiz do *common law* “e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição”.<sup>27</sup>

De fato, no sistema *common law* norte-americano confere-se grande poder de interpretação aos magistrados, principalmente pelo fato de que é a Suprema Corte a guardiã da Constituição, tendo, por consectário, a legitimidade para estabelecer o significado das normas constitucionais.<sup>28</sup> Os precedentes ocupam o posto de principal fonte do direito, sendo a decisão tanto definidora da própria controvérsia — pois de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar as discussões sobre questões já decididas —, como também do próprio precedente, em conformidade com a doutrina do *stare decisis*.

25 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 63.

26 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

28 No *common law* inglês, por outro lado, não existe a noção de supremacia constitucional. A última palavra cabe ao poder legislativo, especialmente à Câmara dos Lordes.

Em contrapartida, no sistema *civil law*, típico do Brasil, a responsabilidade pela elaboração das leis constitui domínio do legislativo, por meio do Congresso Nacional, conforme preconiza os Artigos 44 e 48 da CF, cabendo ao Poder Judiciário sua aplicação e, no caso do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade das leis, nos termos do art. 102 e seus respectivos incisos, todos da CF. Ao executivo, incumbe, prioritariamente a fiel execução das leis, conforme expresso no Artigos 84 e incisos da CF.

Embora com papéis distintos, as fronteiras entre legislativo e Poder Judiciário, conforme acima se demonstrou, tornam-se cada vez mais fluidas, a ponto de preocupar estudiosos que percebem no ativismo do Poder Judiciário a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa.

Não se trata, conforme assenta Elival Ramos, do exercício desabrido da legiferação que, em circunstâncias bem delimitadas, é constitucionalmente admitido pela Constituição aos órgãos superiores do aparelho Poder Judiciário, conforme enuncia o art. 96, inc. II, mas sim “da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuída a outros Poderes”.<sup>29</sup>

Nesse mesmo sentido, sustenta Luiz Guilherme Marinoni que

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Aliás, o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.<sup>30</sup>

Por isso, conforme adverte Elival Ramos, o ativismo judicial, da forma como tem sido admitido por vezes no Brasil, acaba por

provocar uma subversão dos limites impostos à atividade criativa da jurisprudência, afetando, inexoravelmente, as demais funções estatais e, principalmente, o poder legislativo, representando gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes.<sup>31</sup>

Em sua perspectiva, portanto, o ativismo provoca instabilidade, afeta a separação de poderes e acaba por atribuir ao magistrado um poder criador da norma que é estranho ao modelo de organização do Estado erigido sob a doutrina da separação de poderes.

Segundo desdobramento do ativismo consiste na insegurança jurídica que este gera e os efeitos econômicos dessa incerteza. Certos de que o ativismo se justifica pela necessidade de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, os magistrados, no afã de realizar a justiça social pela via da redistribuição de recursos, acabam em determinadas circunstâncias por afastar-se da normatividade da lei para dar preferência a uma compreensão específica de um determinado princípio constitucional e, nesse ato, provocam o que Diego Arguelles, Joaquim Falcão e Luís Fernando Schuartz denominam de “incerteza quanto ao conteúdo”, geradora da imprevisibilidade da decisão judicial.<sup>32</sup>

Embora o processo de tomada de decisão seja sempre, em alguma medida, um processo interpretativo e, nesse sentido, criador de sentido, a ampla discricionariedade possibilitada pelas normas de textura aberta da Constituição e pelo ativismo, pode em determinadas circunstâncias comprometer sensivelmente a previsibilidade das decisões judiciais.

29 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

31 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

32 ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. *RD4: Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006.

Um estudo conduzido por Armando Castellar Pinheiro e realizado pelo IDESP — Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo — no ano 2000 aponta nessa direção.<sup>33</sup>

A pesquisa buscou averiguar a opinião dos empresários sobre o desempenho do Poder Judiciário. Perguntados se “o mau funcionamento do judiciário prejudica a economia”, 50,2% dos respondentes afirmaram que “prejudica seriamente”, enquanto outros 45,9% afirmaram “prejudica um pouco”. Os resultados indicam que, para os respondentes, o mau funcionamento do sistema de justiça interfere no desempenho econômico. Metade dos entrevistados afirmou que a ineficiência do Poder Judiciário levava os bancos a aumentarem seus *spreads*, prejudicando os investimentos das empresas.<sup>34</sup>

Fabiana Silveira, ao analisar a mesma pesquisa, afirmou que isso acontece porque o banco não pode contar com o Poder Judiciário para reaver rapidamente as garantias dadas e também porque para reavê-las as instituições financeiras são obrigadas a manter todo um aparato burocrático para cobrar suas dívidas, provocando um custo administrativo adicional que é incorporado ao *spread*.<sup>35</sup> O *spread* é a diferença entre a taxa de juros dos empréstimos e a taxa de captação de recursos por parte dos bancos e seu aumento tem portanto o condão de aumentar o valor devido pelo credor.

Seja como for, a instabilidade das decisões judiciais gerada pelo ativismo judicial tem o condão de aumentar a insegurança no sistema econômico, prejudicando suas relações e, conseqüentemente, afetando negativamente o desenvolvimento do país em longo prazo.<sup>36</sup> Isso porque, no campo empresarial, a segurança jurídica demanda que a regras do jogo sejam claras e estáveis, já que a insegurança adiciona riscos — além daqueles inerentes a sua natureza — às relações jurídicas econômicas, pois “[...] as bases em que estas se calcam ficam mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular [...]”.<sup>37</sup>

Em contrapartida, um sistema de justiça que garanta segurança jurídica, no sentido de transmitir confiança aos jurisdicionados a respeito da existência de uma norma, da forma como ela é aplicada e ainda, a garantia de que este posicionamento não será repentinamente modificado, é condição necessária, embora não suficiente, para garantir o ambiente em que se pode desenvolver de forma satisfatória e segura as relações econômicas.

Assim, quando se está diante de um cenário em que as decisões judiciais tendem a maior uniformidade, o efeito é que as informações a respeito dos atos a serem praticados pelos agentes se tornem mais claras e perceptíveis, facilitando o juízo de expectativas. A imprevisibilidade das decisões tem um valor econômico que impacta no chamado custo Brasil. Nesse sentido, se o ativismo favorece a imprevisibilidade, sua contenção poderia diminuí-lo.

Vale ressaltar, contudo, que o ativismo pode por vezes se dar sob o argumento de efetividade de um princípio constitucional em detrimento de uma regra infraconstitucional. Essa situação poderia ser justificada pela obrigação de efetividade da Constituição, dirigida a todo cidadão e toda instituição em um Estado Democrático de Direito, refutando desta forma a postura ativista. A análise dessa posição afasta-se do objetivo deste estudo e impõe também uma discussão sobre o processo de legitimação do judiciário brasileiro.

Em muitos casos, o foco da discussão do ativismo se dá na extensão e na forma com que o juiz afasta-se da atividade de aplicador da lei para a de intérprete e, finalmente, criador do direito. O controle do ativismo então deve se dar não pela contenção da atividade interpretativa, presente sempre, em maior ou menor grau, em toda atitude decisória, mas na forma com que sua decisão é justificada no sistema.

33 PINHEIRO, Armando Castellar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 17.

34 CASTELAR, Armando. *Poder judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 67-68.

35 SILVEIRA, Fabiana Rodrigues da. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre, Fabris, 2007. p. 45.

36 ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. *RD4: Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006. p. 01.

37 PINHEIRO, Armando Castellar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 192.

Se, por meio do exercício ativista, o juiz atribui nova interpretação, relativiza ou redefine o sentido de um dispositivo constitucional, por exemplo, “está o órgão Poder Judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só, adverte Ramos.<sup>38</sup>

A adoção de um sistema de precedentes parece ser o melhor caminho para compatibilizar a segurança, a previsibilidade e a justeza do processo decisório que respeita regras infraconstitucionais, mas também valoriza os princípios constitucionais e, dessa forma, a efetividade da Constituição.

Um terceiro desdobramento do ativismo diz respeito à liberdade de julgar. Defensores do ativismo expresso na liberdade de interpretação e criação do direito temem que o controle operado pelos precedentes possa conter a liberdade de julgar, um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito. Detratores afirmam que a liberdade de julgar e o livre convencimento não se estende à decisão sobre qual norma aplicar ou afastar, ou qual o conteúdo que se deve dar à norma.

Os precedentes são estabelecidos pelo próprio judiciário e fundam-se sobre a interpretação que deve ser dada à norma diante de um caso concreto. O precedente não determina ao juiz como determinado fato deve ser julgado, e nesse sentido resguarda o livre convencimento do magistrado. Também não impõe ao juiz qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, apenas firma uma interpretação correta a ser dada a uma norma diante de uma situação fática específica.

O enquadramento do caso ao precedente estabelecido é obra do magistrado, que, por essa razão, mantém sua liberdade de julgar. A obrigatoriedade da vinculação ao precedente, seja da própria Corte, seja de cortes superiores, longe de implicar restrição ao livre convencimento e à liberdade de julgar, constitui condição *sine qua non* da democracia e do respeito à vontade constituinte e legislativa, cuja titularidade pertence ao povo.

O juiz, além de liberdade para julgar, tem um dever para com o Poder Judiciário e para com a sociedade, de trabalhar para assegurar a coerência do ordenamento jurídico, bem como a responsabilidade de zelar por sua respeitabilidade e credibilidade.

Além disso, não deve transformar sua decisão em algo que precisa ser contornado por meio de um recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais de acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional.

O respeito aos precedentes impõe-se, assim, como medida de política judiciária capaz de estabelecer uma maior uniformidade e previsibilidade das decisões.

A formação dos precedentes, contudo, não é um processo simples, distinguindo-se da súmula tanto em seu processo de formação, quanto em sua estrutura e, principalmente função. A adoção de precedente portanto, embora desejável, não deve ser operada pela simples importação do instituto e adaptação do mesmo ao ordenamento pátrio, sob pena de deformar-se e desconstruir-se.

## 5. LIMITES E CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL

A dificuldade de previsibilidade das decisões judiciais no Brasil tem múltiplas causas, algumas das quais foram identificadas neste estudo. É certo, contudo, que o ativismo encontrou ambiente profícuo para se fortalecer no período pós-88, em que se destaca a centralidade da constituição e a normatividade de suas regras e princípios, características essenciais da judicialização.

Ativismo, contudo, não é sinônimo de judicialização, embora possa ser dela consequência. A judicialização da política, conforme relata Benedetti, traduz um

38 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141.

fenômeno de expansão judicial situado no constitucionalismo contemporâneo, referente a um novo estatuto de direito fundamentais, que redefine a ideia de democracia e induz à superação do modelo de separação de poderes.<sup>39</sup>

Nessa direção encontra, como assevera Vanice Valle, sua base de legitimação na realização da dignidade humana.<sup>40</sup> A respeito, a autora afirma que a constitucionalização do direito no período pós-segunda Guerra Mundial, seguida pela legitimação dos direitos humanos e pelas influências norte-americanas e europeias, são fatores que contribuíram para a concretização do fenômeno da judicialização, na medida em que provocaram uma maior participação do Estado na sociedade, diante da inércia dos demais Poderes.

A sociedade é complexa e está em contínuo processo de transformação, de modo que o direito e, em especial o poder legislativo, não possui reais condições de acompanhar *pari passu* as transformações da sociedade. O fato social antecede o mundo jurídico, de maneira que é natural que haja situações não reguladas que, levadas ao Poder Judiciário, impõem a ele decisões assentadas em normas de textura aberta, constitucionais ou infraconstitucionais.

Decisões que, quando cotejadas com uma norma infraconstitucional, estabelecem a prevalência de um princípio constitucional em detrimento da norma infraconstitucional não se constitui, *prima facie*, em exemplo de ativismo, mas, antes, de respeito e deferência à Constituição, condição necessária do estado democrático de direito.

Ocorre que as Constituições em geral, e a brasileira em particular, têm uma profusão de princípios, alguns contraditórios entre si, diante de casos concretos. Definir a prevalência de um ou outro princípio, e interpretar a norma à luz do princípio *a* ou *b*, embora se constitua como atividade inerente ao exercício da judicatura, não autoriza os magistrados a decidir com base em preferências pessoais.

Não se trata, pois, de coibir a interpretação ou, ainda, a atividade criadora do juiz, mas de perseguir caminhos que a tornem mais legítima, a fim de se garantir a prevalência da norma editada pelo legislador, as políticas definidas pelo executivo e a constitucionalidade das decisões.

Para isso parece acertada a adoção de um sistema de precedentes judiciais assentado em bases semelhantes àquelas que o fundamentam nos sistema jurídico norte-americano, embora com características próprias que os torne efetivos no modelo brasileiro.

Não se pode, contudo, simplesmente transpor a ideia dos precedentes e da doutrina do *stare decisis* ao Brasil. Há inúmeros fatores que impõe análise rigorosa e proposta própria de um sistema de vinculação de decisões.

A centralização da federação brasileira, a inexistência de eficientes mecanismos de filtragem constitucional, a dupla posição do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional e instância recursal, o exercício do controle misto de constitucionalidade, a forma com que os Ministros decidem individualmente e o desprezo pelo debate e pela decisão institucional “da corte”, são apenas alguns entre tantos elementos que devem ser considerados para que se possa pensar em um sistema de precedentes próprio para o Brasil.

Ao mesmo tempo, a discussão é urgente, já que a constitucionalização de direitos e a abertura dos princípios constitucionais, sem os freios que emolduram o processo de tomada de decisão, tornou o magistrado brasileiro em geral, e mais especificamente os ministros do Supremo Tribunal Federal, um agente político com um poder sem precedente em Estados de Direito com sistemas democráticos consolidados.

Esse fato não passou despercebido por Marinoni, para quem o juiz do *civil law*, *in casu*, no Brasil,

39 BENEDETTI, Andréa Regina de Marais. *Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário*. 2011. 124 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p. 124.

40 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

passou a exercer papel que em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.<sup>41</sup> O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei.

Esse papel, evidentemente, nega a supremacia do legislativo.<sup>42</sup>

Na crítica ao amplo poder dos juízes, Marinoni adverte para o fato de que

não há poder que não tenha responsabilidade pelas suas decisões. Porém, é pouco plausível que alguém possa justificar a sua responsabilidade quando decide casos iguais de forma desigual,

concluindo que “tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do Poder”.<sup>43</sup>

A preocupação com a previsibilidade e certeza das decisões encontra eco também na observação de Tassinari para quem os juízes, ao tomarem suas decisões, devem se sentir “politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade”.<sup>44</sup> Baseado na ideia de Dworkin de direito como integridade, o argumento serve para delimitar e emoldurar a decisão por meio de processos interpretativos que levariam à resposta certa, mesmo nos chamado *hard cases*.

No contexto da “comunidade de princípio”, recomenda Dworkin que “o juiz tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que para ele capte os direitos morais das partes que são pertinentes às questões discutidas no caso”.<sup>45</sup> Faz, contudo, ressalva no sentido de que o

o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.<sup>46</sup>

O comprometimento com a comunidade de princípios é que impede a escolha, ato de vontade dos magistrados, e condiciona a tomada da decisão certa. Como afirma Tassinari, com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade e, em alguns casos, a arbitrariedade, seria superada.<sup>47</sup>

Essa é a situação que Humberto Ávila define como um dos pressupostos processuais de proteção judicial, como corolários da eficácia normativa da segurança de realização.<sup>48</sup>

É nesse contexto também a advertência de Elival da Silva Ramos, para quem:

É nesse ponto que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade.<sup>49</sup>

Para Ramos este deve ser o principal limite para o uso da interpretação. A textualidade do dispositivo preservado deve conter espaço de interpretação que comporte a proposta normativa reputada harmônica com a Constituição.

Se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo

41 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

44 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 144.

45 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

46 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

47 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

48 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 591.

49 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação.<sup>50</sup>

É deveras importante que exista vinculação da interpretação ao texto-base, ou seja, que toda interpretação constitucional esteja em harmonia com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma interpretada. É, nessa visão, inaceitável, que a norma concretizada não revele aderência ao texto aplicado, pois apenas os programas normativos

compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma.<sup>51</sup>

Canotilho, a esse respeito, adverte que, mesmo nas hipóteses em que os juízes se assumem como legisladores negativos, quando declaram a inconstitucionalidade de normas, ou como criadores do direito, ao elaborarem normas através da decisão, caso a caso, estão eles vinculados à constituição, à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais e à distribuição dos poderes.<sup>52</sup>

No contexto neoconstitucionalista da excessiva valorização dos princípios em detrimento da norma, a importância da vinculação ao texto-base é ainda ressaltada por Humberto Ávila, que entende a transgressão a uma norma é muito mais grave do que a transgressão de um princípio, ao contrário da larga concepção doutrinária que afirma o contrário.<sup>53</sup> Isto ocorre porque

as regras têm uma pretensão de decisibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.<sup>54</sup>

Não se afasta a necessidade de integração das normas. O sistema *civil law* não possui condições de contemplar todos os anseios de uma sociedade em contínua transformação. Contudo, esta integração deve ser controlada e exercida de acordo com os parâmetros previamente estipulados pelo legislativo, que detém a competência constitucional para a elaboração das leis, sob pena de que o juiz se insira no campo do ativismo judicial. Estabelecer tais parâmetros, contudo, tem sido um grande desafio para a chamada filosofia constitucional, e daí vem a grande importância da adoção de precedentes.

A vinculação ao princípio, necessária em casos em que as regras são vagas, ambíguas ou inexistentes, não deve funcionar como uma porta aberta para qualquer cenário, mas uma janela que emoldura alguns cenários possíveis dentro de um quadro definido anteriormente pelo dispositivo constitucional. Se, de um lado, é possível afastar a incidência de uma norma infraconstitucional em benefício de um princípio que com ela se contraponha, baseado na busca de efetividade de direitos fundamentais, de outro, não é possível deixar ao arbítrio do juiz a análise sobre a conveniência e oportunidade de aplicar ou não a lei.

Essa situação configura o que pode ser considerado *hiperativismo*, quando o juiz pode decidir se invoca a abertura do princípio constitucional, a clareza da norma infraconstitucional, a persuasão das súmulas, ou suas preferências pessoais, motivadas com base em qualquer uma das fontes citadas. A insegurança, nesse caso, compromete não apenas a eficiência do sistema, mas sobretudo, sua legitimidade.

50 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 214.

51 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007. p. 91.

53 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190.

54 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190.

## 6. CONCLUSÃO

O cenário pós-positivista inaugurado no Brasil com a promulgação da Constituição de 88 e caracterizado pela centralidade da constituição e constitucionalização de direitos, o reconhecimento de um amplo rol de direitos fundamentais e a normatividade dos princípios constitucionais, vem se caracterizando pela judicialização da política, campo fértil para a prática do ativismo judicial.

No Brasil recepcionou-se a atividade criativa do direito por parte dos juízes como parte integrante da própria atividade jurisdicional. Importou-se, sem a devida contextualização, do sistema *common law*, a prerrogativa de criação judicial do direito.

Entre vários desdobramentos da prática ativista, o texto identificou três principais. O ativismo impõe redefinição do modelo de tripartição de poderes sob o qual está erigido o Estado moderno e contemporâneo, sobretudo no que diz respeito às prerrogativas do legislativo, aos limites da atuação do executivo e ao controle das decisões do Poder Judiciário.

No ativismo opera-se revisão dos ideais limites postos pelo positivismo entre os atos de aplicar a lei, interpretá-la e criar direito. Redefini-los é importante, mas muito difícil, dada a grande fluidez do texto constitucional e a amplitude dos princípios constitucionais assegurados. Por essa razão, a adoção de precedentes podem se constituir em mecanismos importante para assegurar o um só tempo a natureza sempre, em alguma medida, criadora embutida em todo processo decisório, e a segurança jurídica que se deseja e espera na prestação jurisdicional não casuística que deve caracterizar a justiça em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, a prática ativista aumenta a imprevisibilidade das decisões, provocando um aumento dos custos no exercício da atividade empresarial, que compromete o desenvolvimento econômico nacional a longo prazo. Afeta a calculabilidade e previsibilidade pelos agentes econômicos, de suas condutas, encarecendo e às vezes impossibilitando a realização de negócios jurídicos.

Um terceiro desdobramento está associado à liberdade de julgar com base na garantia do livre convencimento e da liberdade no julgar afirma-se por vezes a prática ativista. O estudo refuta tal argumento tomando-se por base a alegação de que o Estado Democrático de Direito impõe a obrigatoriedade da vinculação ao precedente, seja da própria Corte, seja de Cortes Superiores, como condição *sine qua non* da democracia e do respeito à vontade constituinte e legislativa, cuja titularidade pertence ao povo.

Há, portanto, a necessidade de que sejam impostos limites à esta prática, atribuindo responsabilidade na proporção do ativismo. As decisões — e não escolha — judiciais devem ser fundamentadas. É necessário que haja o comprometimento do julgador com o direito posto, ou seja, um dever de cumprimento da Constituição que não deve comprometer sua efetividade, mas tampouco permite sua reconstrução, ou do sistema jurídico que ela sustenta, por meio de decisões judiciais, sob pena de subversão, enfraquecimento e esfacelamento do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. *RDA: Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F.; SCHWARTZ, G. *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013. p. 171-193.
- BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.13, jan./mar. 2009.
- BENEDETTI, Andréa Regina de Marais. *Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário*. 2011. 124 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007.
- CASTELAR, Armando. *Poder judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E.; RODRIGUEZ, José R. *Hermenêutica plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 128-157.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Crisitna Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o judiciário como superego. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012.
- PINHEIRO, Armando Castellar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194)>. Acesso em: 17 jul. 2014.
- PINHEIRO, Armando Castellar; GIAMBIAGI, Fábio. *Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80.
- SILVEIRA, Fabiana Rodrigues da. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.