



ATIVISMO JUDICIAL: IMPACTO INSTITUCIONAL EM FACE DO DESENVOLVIMENTO

JUDICIAL ACTIVISM: INSTITUTIONAL IMPACT ON DEVELOPMENT

<i>Recebido em</i>	07/08/2023
<i>Aprovado em:</i>	03/11/2023

Rafael José Nadim de Lazari¹

Renan Scapinele Deróbio²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar as consequências que o ativismo judicial gera nas regras formais do jogo (instituições formais) e, por via de consequência, no desenvolvimento econômico. Para tanto, o ensaio passa pela teorização das intuições nas lições de Douglas Cecil Noth, de modo a compreender a função das instituições formais enquanto redutoras das incertezas, assim como entender se o papel por elas exercido é importante para o desenvolvimento. No mais, analisa-se as fontes de criação de instituições formais no ordenamento jurídico brasileiro e as influências que o princípio

¹ Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, Aprovação PGE, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia e de cursos preparatórios para concursos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9808-8631>

² Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Advogado. E-mail: renan.scapinele@hotmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4686-6083>.



da segurança jurídica desempenha nesse processo de formulação. Por derradeiro, esboça-se no que consiste o ativismo judicial no Brasil, suas distinções e fatores de impulso, e os efeitos no desenvolvimento econômico. Concluiu-se que a postura vista como ativista, entendida como aquela que transgride os limites (formais e materiais) das regras do jogo e que usurpa a competência do órgão responsável por criar estas, abala diametralmente a função de redução das incertezas desempenhada pelas instituições formais. O método utilizado foi o indutivo e a fonte de pesquisa envolveu material bibliográfico atinente ao tema de ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: instituições; ativismo judicial; desenvolvimento econômico; segurança jurídica.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to analyze the consequences that judicial activism generates in the formal rules of the game (formal institutions) and, as a consequence, in economic development. Therefore, the essay goes through the theorization of intuitions in the lessons of Douglas Cecil Noth, in order to understand the role of formal institutions as reducers of uncertainties, as well as to understand whether the role they play is important for development. Furthermore, it analyzes the sources of creation of formal institutions in the Brazilian legal system and the influences that the principle of legal certainty plays in this formulation process. Finally, it outlines what judicial activism in Brazil consists of, its distinctions and driving factors, and its effects on economic development. It was concluded, therefore, that the stance seen as an activist, understood as one that transgresses the limits (formal and material) of the rules of the game and usurps the competence of the body responsible for creating them, diametrically undermines the function of reducing uncertainties performed by formal institutions. The method used was inductive and the research source involved bibliographic material on the topic of judicial activism.



KEYWORD: institutions; judicial activism; economic development; legal certainty.

INTRODUÇÃO

Em uma realidade na qual a única premissa que se pode afirmar como certa é a da constante mudança, a redução da incerteza é objetivo a ser - também - constantemente encontrado. A fluidez da mudança “que um lago sofre ao ser adentrado e de quem nele se banha”, requer, no mínimo, parâmetro através do qual se possa dizer os *porquês* e as *consequências* de tal conduta. O incômodo gerado por essa complexidade demanda a instituição de modelos que possam proporcionar a previsão dos acontecimentos. Entre eles, as manifestações estatais (leis, decretos, jurisprudência etc.) representam o meio formal dessa concepção.

Dada a natureza estabilizadora, decerto, tais convenções formais não podem ser alvo de modificações constantes; devem, sim, se manter dentro de uma lógica mínima de contingência, sob pena de desvirtuar os próprios preceitos que as fundam. A legislação, a jurisprudência, os atos normativos etc., carregam em si um grau de certeza com base na dificuldade do processo com o qual podem ser modificados. No sistema *civil law*, em regra, espera-se a observância de escrutínio formal por meio do parlamento para que as normas possam ser alteradas (ao passo que, no sistema *common law*, a observância dos precedentes pelos tribunais é obrigatória e requer técnicas, por exemplo, de *distinguishing* e *overruling*).

Faz-se indispensável mitigar os efeitos das incertezas para que os indivíduos consigam fazer escolhas mais previsíveis, sobretudo aquelas em que os objetivos tendem a ser alcançados a longo prazo. Essa regra aplica-se, indistintamente, a todos os ramos do Direito, desde a seara penal até a empresarial, “da escolha do criminoso à do investidor financeiro”.

Contata-se na realidade jurídica brasileira, no entanto, um fenômeno que, apesar de não ter nada de novo, vem colocando em discussões a solidez do que se pode chamar



da certeza formalizada. Em breve pesquisa nos sites acadêmicos, nos congressos e fórum jurídicos, facilmente se verifica a presença desse tema, muito debatido e em voga - sobretudo, após a Carta Magna de 1988 -, qual seja, o *ativismo judicial*.

Para alguns, mecanismo essencial à efetivação de direitos e garantias fundamentais e de alcance ao atendimento dos fins estatais; para outros, um problema que acomete a representatividade democrática e a separação dos Poderes. Mas, em ambos os casos, sempre há um ponto de convergência entre as posições que apontam uma preocupação com os rumos do Poder Judiciário.

Cada vez mais, se nota o protagonismo judicial que toma proporções de modo a colocar dúvidas sobre a forma como a divisão funcional do Estado foi confeccionada. Há, por exemplo, evidente confusão entre *cargo* e *opinião política* de Ministros (preocupam-se mais com clamor social do que com a reivindicação legal). Com frequência, Ministros do Supremo Tribunal Federal aparecem em entrevistas midiáticas, nas quais declaram estratégias decisórias para atender às expectativas da sociedade.

Longe de avaliar a natureza da jurisdição constitucional (se política, se jurídica, se política-jurídica, se jurídica-política), tem-se que a conduta ativista judicial que se estende ao longo dos tempos coloca em evidência a transposição da linha da lógica jurídica e instaura um processo de insegurança no cenário brasileiro. E aos olhos dos operadores do Direito - e de toda a sociedade -, lança “cortina de fumaça” com indagações futuras sobre os rumos dos posicionamentos judiciais e em qual sentido o Estado ambiciona.

A despeito dessas colocações, o presente trabalho intenciona se distanciar de questões já esgotadas no meio jurídico - tais como o ativismo judicial e a separação dos Poderes, o ativismo judicial e efetivação dos direitos fundamentais, ativismo judicial e tutela nos direitos sociais etc. Ambiciona, por outro lado, compreender os efeitos causados em razão da adoção da conduta ativista feita pelo Poder Judiciário brasileiro em face das instituições e, conseqüentemente, do desenvolvimento.



Nessa senda, há indagações que são insuperáveis para encontrar as respostas pretendidas. São elas: os impactos em decorrência do ativismo judicial têm efeito no desenvolvimento econômico? Há alguma via na busca de estabilização das instituições?

Visando obter respostas para essas indagações, na primeira parte desse estudo abordar-se-á a teoria institucional e as convicções que a guarnecem, bem como será analisada a possível existência de necessidade de segurança jurídica como garantia ao desenvolvimento econômico. Em sequência, a segunda parte será reservada para descrever como as instituições formais são construídas no ordenamento jurídico brasileiro, quais são as fontes principais de sua criação e qual o efeito que o princípio da segurança jurídica exerce sobre elas. Por fim, passa-se à análise do ativismo judicial e seus impactos no desenvolvimento econômico, isto é, de *como* e *em qual grau* esta postura adotada pelo Poder Judiciário pode influenciar o desenvolvimento e se há efeitos negativos advindos desse quadro.

1 INSTITUIÇÕES E A NECESSIDADE DE SEGURANÇA AO DESENVOLVIMENTO

Responsáveis pela redução das incertezas, as instituições - sejam elas formais ou informais - desenvolvem papel importante na evolução do quadro institucional. Certamente, o emprego da noção institucional está aqui relacionado aos estudos realizados por Douglas Cecil North. Segundo o autor, as instituições devem ser entendidas como as *regras do jogo* em uma determinada sociedade - ou, ainda, como as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana (NORTH, 2018, p. 13). Abrangem qualquer forma de restrição feita pelo ser humano destinada a moldar a interação entre a sua espécie, podendo ser formal ou informal. Esta distinção é operada pelo autor com base no critério de grau, segundo o qual as instituições caminham em rumo unidirecional, transcorrendo de tabus, costumes e tradições (informais) a Constituições e leis escritas (formais) (NORTH, 2018, p. 85).



Inobstante essa concepção dicotômica das instituições por meio de uma única via, não significa que a existência de uma exclui a outra - na verdade, coexistem e se relacionam, podendo, inclusive, uma servir de auxílio à operacionalização da outra.

O papel fulcral desempenhado pelas instituições é o de redução das incertezas ao ofertar uma estrutura previsível à vida cotidiana; são guias através das quais os indivíduos conseguem exercer tarefas em sociedade, uma vez ser possível prever que, por exemplo, ao cumprimentar um conhecido na rua, encontrará cortesia recíproca (informal), ou, ainda, quando firmar um contrato de compra e venda de um determinado bem imóvel, garantirá a aquisição da propriedade (formal) (NORTH, 2018, p. 14).

Nessa linha, ainda é importante diferenciar instituições de organizações. Estas últimas podem ser entendidas como um grupo de indivíduos atrelados por algum propósito comum em busca da concretização de fins específicos. Em comparação com as instituições, as organizações também podem ser visualizadas como estruturas para interação humana. Imagina-se o exemplo de um jogo: a finalidade das regras é deixar claro o modo segundo qual deve-se jogar (instituições), ao passo que o objetivo das equipes dentro do quadro de regras é vencer o jogo (organizações) (NORTH, 2018, p. 16).

Dessa maneira, é inegável que o desempenho das organizações depende de como as instituições estão postas e o modo que operacionalizam (de igual forma que as instituições serão moldadas de acordo com os interesses organizacionais); certamente, as escolhas dos agentes (religião, política, empresa etc.) são condicionadas à redução das incertezas proporcionada por meio das instituições. Assim, para que a função institucional consiga sua missão é necessário a concepção de um ambiente institucional que leve a compromissos dignos de crédito (NORTH, 2018, p. 105).

Em via adversa, em um contexto cujas leis são voláteis (formal) e os códigos de conduta pouco observados (informais), as possibilidades econômicas perdem força e são inviabilizadas pela temeridade da insegurança, ensejando um obstáculo ao desenvolvimento econômico. Por isso, faz-se indispensável compreender que a criação de riqueza, nas economias modernas, depende - principalmente - das trocas em mercado, o



que requer um cenário legal apto a aumentar a potencialidade de garantia da produção e a certeza no cumprimento dos acordos (cenário este proporcionado por normas que oferecem às partes, com detalhes, as regras supletivas ao contrato) (ARRUÑADA; ANDANOVA, 2005, p. 200).

Desse modo, o desenvolvimento econômico precisa de um cenário seguro para que os agentes possam empreender e, para que se estabeleça esse quadro na modernidade, as instituições precisam ser sólidas de modo a não sofrerem alterações facilmente ou caírem em descrédito pela má execução. Importante frisar que não se defende uma estabilidade excessiva, vez que esta medida pode causar um estacionamento e, ao contrário de contribuir para o desenvolvimento, caminhar na direção contrária; é necessário, sim, encontrar um equilíbrio que possa permitir a mudança institucional de modo que a deixe segura. Nessa linha:

[...] tem-se a necessidade de estabilidade, condição para a redução da incerteza; por outro lado, tem-se a necessidade de mudança imposta pela busca da eficiência adaptativa. Estabilidade e mudança são dois extremos que podem estar em conflito pela busca pela estrutura institucional que potencialize o desempenho econômico. O excesso de estabilidade pode embutir perda de oportunidades e a consequente paralisia. Ambos os elementos, se mal dosados, podem ocasionar resultados desastrosos. Na verdade, são dois extremos de um mesmo contínuo que, para desempenhar papel virtuoso, necessitam ser contrabalanceados (SZTAJN; AGUIRRE, 2005, p. 239).

Diante dessa premissa (segundo a qual compreende-se a necessidade de segurança institucional para o desenvolvimento econômico), mostra-se relevante verificar as fontes criadoras das instituições formais e a importância da função desempenhada por elas no que diz respeito à criação e manutenção de um ambiente cujas incertezas precisam ser mitigadas pela segurança de um ordenamento jurídico bem estruturado.

Vale dizer que, apesar de as instituições informais realizarem papel importante na construção do quadro institucional (muitas vezes catalisando as regras formais), este estudo direciona-se, exclusivamente, à análise das restrições formais, por serem objeto



essencial da ciência jurídica - sobretudo, quando se fala em sistemas judiciais de origem romano-germânica.

2 A CRIAÇÃO DAS NORMAS FORMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em sistemas jurídicos baseados na *civil law* (como o brasileiro), a construção das instituições formais ocorre principalmente pela via parlamentar, isto é, do poder emanado após o escrutínio democrático. Algo diferente do que se verifica em sistemas jurídicos de origem inglesa (*common law*), nos quais as restrições formais são realizadas majoritariamente por meio da via jurisprudencial.

Como exposto, as instituições são formuladas visando à redução das incertezas e, a partir desse prisma, pode-se citar um princípio fulcral responsável por nortear essa realização: o da segurança jurídica. Com base neste princípio (aqui utilizado de forma ampla, de modo a abranger a confiança), exige-se a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, bem como a segurança do cidadão no que tange às suas disposições pessoais e aos efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal modo que o seu emprego incide em face de qualquer órgão estatal (SARLET, 2009, p. 9).

Embora não encontre positividade expressa no âmbito constitucional, sua justificativa inicial já é proporcionada pelo ordenamento, uma vez que ele próprio atribui fundamentalidade à segurança jurídica, sem contar a menção feita no preâmbulo da Carta Magna. Nota-se que o preâmbulo institui um Estado Democrático de Direito com fim de “assegurar”: isto significa “tornar seguros” tanto os direitos sociais e individuais quanto os valores, dentre os quais o valor “segurança” se encontra (ÁVILA, 2019, p. 49).

Bem é verdade que muitos outros dispositivos jurídicos poderiam ser destacados como representantes do princípio da segurança jurídica, como, por exemplo, a garantia do direito adquirido e a imutabilidade da coisa julgada. Porém, interessa ao estudo sua incidência na formulação legislativa, na observância do processo de criação da norma



jurídica³. Desse modo, em se tratando da formulação de leis (em sentido amplo), sua aplicação se verifica logo no processo legislativo, na ocasião em que Constituição Federal reserva graus mais ou menos rígidos para determinado tema.

A exemplo, veja-se que para a alteração ou inclusão de alguma disposição constitucional, respeitadas as restrições postas pelas cláusulas pétreas, é necessária a observância de restrito rol de legitimados, além de quórum mais rigoroso, ao passo que para a confecção de lei complementar ou ordinária o processo mostra-se mais flexível (sem olvidar, é claro, os controles que são exercidos no decorrer de avaliação da proposta legislativa). Todas as exigências (sem as quais a legislação não poderia vigorar) carregam, em si, a incidência do princípio da segurança jurídica - desde a análise pelas comissões até a sanção presidencial, cada etapa, cada verificação, existe para efetivar o princípio da segurança.

Para além de ser um processo que estampa caráter democrático às escolhas tomadas pelo parlamento, a criação das instituições formais pela via legislativa tem elevada atenção e forma rigorosa de construção, características que as concebem com maior grau de segurança. Aliás, a própria adoção da via legislativa como a principal produtora do direito (*civil law*) é mais que suficiente para nesse sentido se firmar, uma vez que a segurança, com vistas ao progresso, está entre as principais causas de surgimento deste sistema (DAVID, 2002 p. 39).

Nada obstante as instituições formais sejam criadas - principalmente - pela via legislativa, é - ainda - importante consignar que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental nessa construção. Por meio da jurisprudência (o que aqui também se enquadra no conceito de instituição formal), o julgador é responsável pela sedimentação de entendimentos sobre as regras do jogo (podendo, inclusive, mudá-las). Após o abandono das amarras do velho positivismo exegético, as quais restringiam as decisões

³ Esta etapa de criação da lei é eleita por Miguel Reale (2002, p. 110) entre os requisitos essenciais para a constituição da validade formal ou técnico-jurídica da norma jurídica, e recebe o nome de legitimidade procedimental.



judiciais dentro do ideário de subsunção mecânica, o Judiciário se tornou um grande produtor de restrições formais, haja vista seu reconhecimento da prerrogativa de criador, de exegeta criativo. Todavia, mostra-se imperioso lembrar que essa postura criativa se limita ao quadro legal (e, nesse sentido, a legislação representa o princípio da segurança).

Desse modo, pode-se dizer que a lei é a instituição formal inicial demarcadora de um ambiente no qual é permitido ao Judiciário criar mais instituições formais. Isso pode ser chamado, aos olhos dos processualistas, de *limites formais*, que, caso não observados, acarretam em ilegalidade (ou, sendo dispositivo constitucional, em inconstitucionalidade). O problema é que existem instituições que não são tão claras quanto ao seu campo de incidência, como, por exemplo, a “*dignidade da pessoa humana*”. De pronto, pode-se perceber os dilemas que essa indeterminação pode causar, uma vez que os limites postos pela lei, que se evidenciam na sua própria existência, encontram-se deveras abstratos.

Feitas essas considerações, depreende-se que o poder jurisdicional desempenha papel de fiscalização e aplicação das instituições formais, cujos efeitos ocasionam (também) a reafirmação do princípio da segurança e, portanto, atua de forma subsidiária à via legislativa. Isso ocorre exatamente pela escolha de um sistema jurídico (*civil law*) no qual as instituições formais são confeccionadas (majoritariamente) através da via legislativa.

Como exposto, a redução das incertezas é fator importante para que se verifique o desenvolvimento econômico, de modo a proporcionar segurança às escolhas organizacionais. Assim, a criação das instituições informais (que, na sua origem, já vem orientada pela base do princípio da segurança jurídica) tem de ser estável (e, principalmente, unidirecional), sob pena de caminhar na contramão do desenvolvimento. Quando se faz opção, no Brasil, pelo sistema jurídico cuja “produção” se dá por meio do Legislativo, deve ser dele e de mais ninguém esse papel; caso contrário, enfrentar-se-ia uma pulverização das fontes da formulação de restrições e, por consequência, o efeito da insegurança.



Propositalmente se antecipa essas preocupações, em razão de uma postura que o Judiciário brasileiro vem tomando, notadamente ao se falar de “*ativismo judicial*”, o qual rompe com as características da segurança tão preservadas nas criações advindas do Legislativo. Por isso, reforça-se a importância da verificação do princípio da segurança em todo o processo de confecção legislativa, porque o ativismo foge a isso: ele atua, paradoxalmente, sem regras, mas com o poder de criá-las.

Passa-se, portanto, à análise do que se constitui o ativismo judicial.

3 ATIVISMO JUDICIAL E OS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO

Bem é verdade que a definição de ativismo judicial depende da observância de diversos fatores, dentre os quais o mais importante é a verificação do contexto em que está inserido (isso porque, a projeção histórica já mostrou que condutas outrora conhecidas como ativistas, hoje, são vistas como autocontidas ou passivistas). Entende-se como mais adequada, assim, a definição formulada pelo professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 131):

[...] 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).

É importante consignar, ainda, que ao se falar em limites, deve-se observá-los diante de um aspecto dicotômico, podendo tais limites serem formais ou materiais. Os primeiros atrelam-se às imposições inequívocas, que facilmente podem ser compreendidas dos textos legais, enquanto os materiais são encontrados, por exemplo, em princípios (são limites provenientes da própria substância normativa-material, normalmente extraída de uma interpretação sistemática).



No mais, para evitar confusões entre os termos, faz-se imprescindível distinguir judicialização de ativismo judicial. A judicialização é a verificação do fenômeno de expansão do Judiciário pela própria via institucional - isto é, se reconheceu-lhe poder tal através dos próprios direitos instituídos que, somados a outros fatores, tomou rumo exorbitante, mas legítimo. Nada obstante este grande campo de atuação, não se pode confundi-lo com o ativismo judicial, cuja verificação se dá pela transposição deste mesmo campo. Assim, a judicialização é etapa inescusável para a definição do ativismo judicial, eis que este assim se define quando transcende os limites judiciais.

Feitos esses apontamentos, alguns fatores são classificados como responsáveis pela ocorrência e impulsão do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro. São eles, segundo Elival da Silva Ramos (2015, p. 9): a) o modelo de Estado intervencionista; b) expansão do controle abstrato de normas; c) neoconstitucionalismo e sua fragilidade teórica; d) dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro; bem como e) atividade normativa atípica do STF (súmula vinculante e mandado de injunção). Apesar da importância em compreender os motivos que levam ao ativismo em um parâmetro geral, reserva-se ao estudo apenas os efeitos resultantes dele.

Desse modo, considerando o ativismo judicial como uma conduta produzida pelo Poder Judiciário que ultrapassa os limites impostos pelas instituições formais, é possível afirmar que seus efeitos vão na contramão da redução das incertezas que as instituições ambicionam. Obviamente, que aqui se faz um corte para afirmar que, a legislação, sobretudo se considerada a partir de uma Constituição provedora como a brasileira, não se limita à estabilidade institucional, mas também à consecução dos fins estatais, que podem estar mais pendidos a uma ideia de justiça do que segurança. No entanto, busca-se limitar a análise deste estudo aos impactos do ativismo judicial na segurança e, não, sobre o paradoxo segurança e justiça.

Posto isso, para visualizar com mais clareza, é importante trazer à baila decisões que ilustram o ativismo judicial na pragmática jurídica, sobretudo originadas no Supremo Tribunal Federal.



No Brasil, dentre outros, restou verificada essa característica no julgamento da ADPF nº 347, de 2015, o qual ficou marcado pela adoção expressa da tese colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 09/09/2015). Sob o fundamento da violação constante dos direitos fundamentais ocorrida nos estabelecimentos prisionais brasileiros (em razão da grave condição desses locais), determinou-se, entre outras coisas, a liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário e a abstenção pela União da adoção de novas medidas de contingenciamento sobre o valor. Trata-se de verdadeira interferência do Poder Judiciário na função executiva. Direcionar os gastos públicos, ressalvadas a limitações legais, é *atividade típica do Poder Executivo*, a qual, não só por esse julgado, vem sendo atacada por entendimentos expansivos e sem respaldo jurídico. Isso, é claro, sem olvidar que a decisão em testilha concede uma via de “senha de acesso” ao Judiciário para intervenção nos outros Poderes, sobretudo em um país onde a inconstitucionalidade é perene em vários setores.

Outrossim, tem-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, a qual “criou” o crime de homofobia a partir da extensão da lei que dispõe sobre os crimes de racismo (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. DJ. 13/06/2019). Em suma, a decisão consistiu em estabelecer um tipo incriminador que abarcasse as hipóteses de homofobia e transfobia, inserindo-as como espécie de racismo, com referência à Lei nº 7.716/1989. A conclusão do julgado pauta-se na morosidade do Legislativo em dar efetividade ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal, em favor da comunidade LGBTQIA+, tendo em vista que o grupo é alvo de diversos atos lesivos de caráter discriminatório. Nada obstante a questão de o tema do julgado necessitar de sensível atenção, tem-se que o mérito nele contido ultrapassa os limites formais e atinge diametralmente a função legislativa, o que pode ser ainda mais explícito pela lógica do princípio da anterioridade da lei penal (cuja prescrição não permite que alguém seja punido sem que haja lei anterior definindo o fato como criminoso).



Por derradeiro, mas muito longe de esgotar os exemplos de ativismo judicial no Judiciário brasileiro, pode-se mencionar a instauração de inquérito investigativo (INQ nº 4.781) no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com finalidade de averiguar supostos ataques em face da Corte por meio de *fake news*. No arrepio do princípio do juiz natural, veja-se que a decisão do STF o coloca na posição de investigador, acusador e julgador, mesmo sendo parte diretamente interessada - enfim, uma verdadeira confusão processual sem precedente.

Esses julgamentos são exemplos de desrespeito aos limites formais e materiais impostos à atuação do Poder Judiciário e colocam em evidência a arbitrariedade com a qual a função jurisdicional vem atuando no Brasil (isso sem avaliar as decisões ativistas vindas dos escalões inferiores, as quais expressam número ainda maior). Encontrar nas instituições formais a estabilidade é essencial para manter o desenvolvimento, e o papel do Poder Judiciário deve estar alinhado com esse ideal; caso contrário, as regras do jogo não serão confiáveis. Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 3) leciona:

[...] a segurança jurídica não decorre apenas da estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico positivo, mas também do respeito a esses preceitos gerais na sua interpretação e aplicação. Mais especificamente, a segurança jurídica requer esses preceitos sejam respeitados em quatro dimensões da atuação da justiça.

As dimensões citadas pelo autor são: a) a informação, fidelidade e imparcialidade na aplicação da lei pelos magistrados; b) a construção normativa dentro das regras de caráter abstrato (estabelecendo, nesse campo, jurisprudência concisa que, apesar de não ser fonte primária do direito, reflete estabilidade nas decisões); c) uniformização da interpretação e aplicação dos direitos em todos os tribunais; d) contenção de arbitrariedades cometidas pela Administração Pública (PINHEIRO, 2005, p. 3-4).

Essa linha, sobre a ponderação de duas máximas - da segurança e da justiça -, corrobora substancialmente com a ideia de desenvolvimento contida nas lições trazidas por Mariana Ribeiro Santiago e Maria Helena Diniz (2021, p. 537):



Não se pode olvidar que a credibilidade e estabilidade das instituições é um fator essencial para o desenvolvimento nacional, razão pela qual a atividade jurisdicional deve ser pensada dentro de um quadro amplo de garantia de justiça e de segurança, contribuindo para o fortalecimento de imagem do país, da confiança internacional e para a ampliação dos investimentos na economia.

Em reforço, Marcos Abreu Torres (2019, s/n) aduz:

A instabilidade causada pela insegurança jurídica reduz a atratividade do país para novos investimentos, inibe a tomada de decisões, abala planejamentos e corrói a confiança geral nas leis e nas instituições. Todas essas consequências elevam os custos de transação nos negócios e obrigam as empresas a provisionar fundos a fim de se defender de eventuais imprevistos. Há geral prejuízo à competitividade e ao bem-estar social.

Dentro do âmbito criado pela insegurança jurídica, pode-se analisar dois aspectos, quais sejam, a eficácia das leis vigentes em determinado território e a previsibilidade dos resultados advindos das decisões judiciais. Sendo a eficácia assegurada e as decisões de baixo grau de imprevisibilidade, os investimentos são enaltecidos. Em contrário, os investidores se mostram mais tímidos e receosos em investir, optando por três saídas: não realizam transações de risco e abdicam dos possíveis resultados negativos; modificam as transações com objetivo de reduzir os riscos e, proporcionalmente, os ganhos; ou compensam o risco investindo em instituições jurídicas, conseqüentemente aumentando o custo-meio. As três geram o sacrifício do desenvolvimento econômico (PINHEIRO, 2005, p. 5).

Além de impedir o investimento inicial, a insegurança labora em sentido contrário ao desenvolvimento no que diz respeito às escolhas tomadas pelos investidores mais ousados, que, mesmo investindo, o fazem de maneira comedida, o que gera timidez no desenvolvimento.

Decerto que outros fatores influenciam a falta de incentivo ao investimento na Economia brasileira e em seu desenvolvimento, mas se pode dizer que as regras e formas de interpretá-las criam um cenário estável não só para o campo jurídico, mas também



para a correção dos fatores “externos” à área jurídica (eis que as direções serão dadas pelas regras que estarão, sempre, sob vigilância do órgão judiciário). Sempre que a conduta ativista judicial se faz presente, independentemente do resultado proveniente da insegurança jurídica por ela produzida, está-se colocando em xeque as divisões e independência dos Poderes, fator este que resulta em impactos no Estado democrático e, como em um ciclo, também na seara econômica.

Desse modo, para que o desenvolvimento prospere, as instituições formais - no caso, as instituídas pelo Legislativo - devem ser respeitadas em primeiro lugar, estando o Poder Judiciário na posição de fiscalizador dessas regras e supridor de lacunas dentro do que os limites (formal e material) estabelecem, sob pena de usurpar a única via pela qual as regras do jogo, em um sistema *civil law*, podem alcançar a redução das incertezas e possibilitar escolhas previsíveis às organizações que atuam no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade que o presente estudo esboça já deixa claro, desde o início, a impossibilidade de um detalhamento dos impactos que o ativismo judicial pode causar na dinâmica do desenvolvimento econômico; por outro lado, especificou um parâmetro geral sobre esse fenômeno.

Notou-se que as instituições formais desempenham um papel importantíssimo na redução das incertezas, característica esta relevante para o desenvolvimento econômico. Desse modo, faz-se imprescindível buscar, através das regras do jogo, um ambiente estável para que as organizações possam ter possibilidade de escolhas claras e previsíveis e, a partir disso, conseguirem atingir os seus interesses. Igualmente, restou demonstrado que a estabilidade em exagero pode resultar no estacionamento do desenvolvimento, o que significa afirmar pela necessidade de uma ponderação entre estabilidade e flexibilidade, principalmente para que “o tempo do Direito” possa acompanhar “o tempo da Economia” (este tão mais rápido que aquele).



Verificou-se que a criação das instituições formais no ordenamento jurídico brasileiro se dá, majoritariamente, pela via legislativa, o que não exclui a criação por meio do Poder Judiciário. No entanto, quando sua formulação acontece pela via jurisdicional, faz-se importante fixar a necessidade de sua ocorrência de forma complementar e integrativa, condicionada aos limites formais e materiais impostos por meio das normativas emanadas do Poder Legislativo.

Nesse quadro, o ativismo judicial restou compreendido como uma postura judicial que rompe com esses limites, desrespeitando-os tanto em seu aspecto formal como material. Observou-se que essa conduta é responsável por instaurar um cenário de insegurança e desconfiança, no qual as organizações se sentem acanhadas a escolher e, via de consequência, não conseguem progredir. Consequência disso é o abalo negativo em face do desenvolvimento econômico.

Depreende-se do estudo que, em uma realidade jurídica cuja adoção é pelo sistema *civil law*, o ativismo judicial vem contrariar toda a lógica de segurança do processo de criação normativa. Imaginar outra via de criação das instituições diferente do Legislativo, sem previsão do aparato estatal, é poder antecipar que esse caminho não tem freios.

Desse modo, pode-se responder às perguntas formuladas inicialmente: os impactos em decorrência do ativismo judicial têm efeito no desenvolvimento econômico? Decerto, pelo exposto, o estudo esboçou que a resposta é afirmativa.

Ato contínuo, há alguma via na busca da estabilização das instituições? Talvez, esta seja a pergunta mais capiciosa, e o presente estudo não tenha encontrado resposta com maior detalhe. No entanto, pode-se dizer que uma coisa é certa: a via a ser estudada na busca da estabilização é, certamente, representada pela ideia de uma postura mais autocontida por parte do Judiciário.

Referências



ARRUÑADA, Benito; ANDANOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **[Syn]Thesis**, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 10 maio 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINIZ, Maria Helena; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. As duas faces da judicialização. In: **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 1, n. 63, 2021, p. 517-541. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5258>. Acesso em 10 maio 2021.

NORTH, Douglas Cecil. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **IPEA**. Out/2005. Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=430. Acesso em: 14 jul. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TORRES, Marcos Abreu. **Autocontenção do Judiciário: imediatismo em querer resolver passivos sociais impede julgador de perceber que problemas se**

Revista**Direitos Sociais
e Políticas Públicas****Unifafibe**

agravaráo a longo prazo. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/autocontencao-do-judiciario-30082019>. Acesso em: 14 jul. 2021.

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – Vol. 12, n. 1, 2024