Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

ATIVISMO JUDICIAL: IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

JUDICIAL ACTIVISM: IMPACTS ON ECONOMIC DEVELOPMENT

Cognitio Juris
Ano XII – Número 39 – Edição Especial – Março de 2022
ISSN 2236-3009

Autores:
Renan Scapinele Deróbio[1]
Bruno Bastos de Oliveira[2]

RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo principal abordar um tema que há tempos perdura no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser chamado de velho-novo diálogo acerca da postura do Poder Judiciário. Trata-se do famigerado instituto denominado de Ativismo Judicial. Inserido na concepção de desenvolvimento, tentou-se compreender quais os efeitos gerados pelo ativismo judicial e o grau de sua repercussão no desenvolvimento econômico. Para tanto, observou-se os critérios que definem o instituto do desenvolvimento econômico em seu sentido amplo, assim como, em sequência, o papel das instituições em promove-lo. Por conseguinte, pontuou-se as bases que determinam uma decisão como sendo ativista para compreender os seus efeitos. Desse modo, com base no método indutivo com abordagem qualitativa, concluiu-se que as decisões tomadas como ativistas evidenciam consequências deletérias em face do desenvolvimento econômico, atingindo a base de sua evolução, qual seja, a segurança. À medida que as instituições não respeitam as regras do jogo, a insegurança se instaura para os agentes econômicos e causa desestímulo.

Palavras-chave: instituições; desenvolvimento econômico; ativismo judicial; insegurança jurídica; insegurança econômica.

ABSTRACT

The main objective of this essay is to address a theme that has persisted for some time in the Brazilian legal system, which can be called an old-new dialogue about the posture of the Judiciary. This is the infamous institute called Judicial Activism. Inserted in the concept of development, we tried to understand the effects generated by judicial activism and the degree of its repercussion on economic development. In order to do so, the criteria that define the institute of economic development in its broad sense were observed, as well as, in sequence, the role of institutions in promoting it. Therefore, the bases that determine a decision as being activist were scored to understand its effects. Thus, based on the inductive method with a qualitative approach, it was concluded that the decisions taken as activists show deleterious consequences in the face of economic development, reaching the basis of its evolution, that is, security. As institutions do not respect the rules of the game, insecurity sets in for economic agents and causes discouragement.

Keyword: institutions; economic development; judicial activism; juridical insecurity; economic insecurity.

INTRODUÇÃO

A segurança é um fim que interessa a todos desde quando se pode registrar a existência da humanidade em sociedade, e isso só ocorre porque há tempos também já se conhece a constante mudança dos elementos e, sobretudo, dos componentes sociais. Já se deduzia dos ensinamentos do pai da dialética, Heráclito de Éfeso, que tudo mudo, exceto a mudança.

Todavia, essa constatação gerou interesse de reduzir as incertezas e com isso possibilitar antecipações de resultados como, por exemplo, compreender como tomada de determinada

conduta pode ensejar em benefícios ou malefícios, prisões, coroamentos, ou até mesmo à morte. Pode-se dizer que a todo instante o homem busca reduzir as contingências do mundo e o faz de formas diferentes.

Uma delas e que interessa este estudo, atrela-se ao direito, mecanismo que pode, além de antecipar a consciência das consequências da tomada de determinadas decisões, criar um código de conduta pelo qual os agentes devem trilhar.

Longe de colocar fim as incertezas, prevê que determinada conduta seja de uma forma e a um tempo, e isso ocorre em razão das consequências prescritas para cada ato, seja para agracia-lo ou puni-lo.

Para não dizer a mais importante, o direito, ao lado da ética, evidencia-se como ferramenta profícua nesse sentido, o que pode ser creditado ao caráter de coerção e imperatividade que carrega.

Obviamente, vale advertir, emprega-se a acepção de direito em seu formato amplo, podendo se manifestar tanto com base em costumes quanto em leis positivadas em códigos ou documentos de equivalente valor (positivo), no entanto, o presente ensaio, tomará por base o sistema jurídico da *civil law*, cuja fonte primária são formais (leis ou jurisprudência com caráter vinculante).

Assim, em sociedades regidas com base em leis formais, tem-se que os agentes que a compõem estarão, na maior parte das vezes, conscientes dos resultados de cada ação ou omissão. Ou, ao menos, conhecerão opções reduzidas de resultados.

Acontece, no entanto, que o sistema não se finda simplesmente na criação de normativas formais, mas também da sua aplicação ao caso concreto ou abstrato (quando cabível dizer acerca do controle de conflito de normas válidas dentro do mesmo ordenamento jurídico).

O aspecto de aplicação vem causado uma preocupação que com o caminhar do tempo se

engrandece, e que diz respeito a postura decisória que o judiciário brasileiro vem adotando a qual denomina-se de ativismo judicial. Em síntese, trata-se de uma postura proativa do Poder Judiciário para além daquilo que consta no direito produzido pela fonte primária (lei).

Aqui se estabelece o ponto fulcral do presente artigo e que se apresenta no paradoxo sobre a certeza que o direito pretende e a incerteza causada por decisões judiciais que ambicionam a efetivação do direito *ad quem* do direito. Mas este estudo coloca como pergunta dorsal: quais os efeitos do ativismo judicial no desenvolvimento econômico de um país?

Inobstante pareça ser uma resposta simplória e, portanto, despiciendo destacar as páginas seguintes para tal investigação, no entanto, em se falando em desenvolvimento econômico e da necessária imbricação entre direito e economia, tem-se que uma atividade mais ativista do Poder Judiciário permitiria a efetivação dos objetivos econômicos, ao passo que poderia gerar instabilidade não só jurídica, mas também econômica.

É algumas das indagações que se pretende buscar nesse estudo, que trilharão os seguintes esquemas: a primeira seção ficará adstrita a indicar noções mínimas e elementares para designar o desenvolvimento econômico.

Em sequência, tem-se a definição das instituições e o papel desempenhado por cada uma em favor do desenvolvimento econômico, assim como as funções que classificam uma instituição como tal.

Ato continuo, abordará os parâmetros que determinam uma decisão entendido como ativista, pontuando de modo geral sem descer as minúcias que cada um apresenta.

Por fim, colocará lado a lado os institutos narrados e a sua verificação de acordo como desenvolvimento econômico, se é possível trazer respostas às perguntas que ensejaram nesta pesquisa.

O método pelo qual a pesquisa trilhará será o indutivo com enfoque na abordagem

qualitativa, utilizando-se da base referencial econômica e jurídica, privilegiando a parte conceitual e os efeitos da sua compreensão.

1 NOÇÃO PROPEDÊUTICA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Sempre esclarecedor indicar incialmente a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento, sendo o primeiro atinente a mensurar restritivamente os aspectos da capacidade econômica de acordo com o índice do produto interno bruto (PIB) e, o segundo, soma características sociais, ambientais, culturais, etc. O primeiro pode ser visto como componente do segundo.

Voltado ao crescimento econômico, pode-se afirmar que os elementos que o determinam são: I – taxa de crescimento da população ativa em termos de percentagem anual; II- a taxa e progresso técnico, de acordo com o aumento percentual anual do produto per capita; III- proporção poupada da renda da comunidade determinada com base propensão do público calculada como função linear de renda; e IV- a relação capital-produto, responsável por determinar o investimento necessário para o aumento da capacidade de produção. (KALDOR, 1957, p. 4).

Por outro lado, Bresser-Pereira (2008, p.2) utiliza-se das expressões crescimento e desenvolvimento econômico como sinônimas, mas faz alerta no sentido de que a primeira atrelada exclusivamente ao aumento da renda *per capita* não se confunde com a segunda, uma vez que há casos em que a produção média por indivíduo pode aumenta sem que haja aumento generalizado dos salários e padrões de consumo da sociedade.

O desenvolvimento é fecho pelo qual muitos desdobramentos podem ser vistos e, dentre eles, cumpre trazer o aspecto de liberdade abordado por Amartya Sen (2000, p.52), segundo o qual o visualiza como principal meio e fim do desenvolvimento, tendo ao mesmo tempo papel constitutivo e instrumental. Constitutivo porque relacionado à importância da liberdade na tentativa de enriquecimento da vida humano, o que pode ser incluído como a capacidade

de ter condições de evita privações como a forma, subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, assim como liberdade atreladas a educação (ler, escrever, etc.)

O desenvolvimento é tudo isso. Isso porque o presente estudo o aborda de forma genérica de modo a comtemplar todos os conceitos de desenvolvimento, desde focadas ao desenvolver humano, conforme Sen, até mesmo em seus aspectos estritamente econômico. E o ponto que chama atenção não está no que particulariza o desenvolvimento, até mesmo porque seria uma tarefa árdua alcançar tal ponto em poucas linhas, mas sim do papel das instituições em fomentá-lo.

Não poderia ser diferente. Pensar em uma sociedade ocidental regida por um Estado democrático, cujos meios de produção são majoritariamente dos agentes privados (ou deveriam ser), é difícil pensar em desenvolvimento ser invocar as instituições, sejam privados ou públicas.

Desse modo, em abordagem propedêutica, pretende-se dizer que o desenvolvimento não é uma "simples" evolução arbitrária, depende de muitos fatores para sua apreensão enquanto conceito, e que estão atrelados a cultura, sociedade, economia, segurança, liberdade, etc.

2 AS INSTITUIÇÕES E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

É um problema recorrente abordar o tema das instituições e desenvolvimento econômico, haja vista inexistir um consenso sobre o que é uma instituição. Generalizando, pode-se afirmar que a determinação de uma instituição pode ser vista por meio de funções por ela exercidas, mas também há outro problema nesse ponto: não há consenso quais são as funções essenciais que a determinam (CHANG, 2008, p.14).

Para Chang (2008, p.14), no entanto, podem ser indicadas três funções determinantes nesse sentido, quais sejam: a) a coordenação e administração; b) aprendizado e inovação; e c) redistribuição de renda e coesão social.

Uma instituição pode perfeitamente mais de uma função como, por exemplo, instituições orçamentárias que atendem diversas demandas tais como invento em ativo, proteção social e preocupação com a estabilidade macroeconômica, assim como pode ser citada as instituições políticas que desempenha número vasto de funções tais como resolução de conflitos, promoção da coesão social, e toda uma construção de uma nação. Por outra vértice, nada impede que diferentes instituições possam desempenha a mesma função, ainda que cumulativamente com outra função, é o caso da estabilidade macroeconômica que pode ser atingida tanto pelo banco centra como por outras instituições. Por fim, é verificável que uma mesma função pode ser desempenhada por diferentes instituições situadas em sociedades diferentes, ou até mesmo na mesma sociedade em momentos distintos. Exemplo é o bem-estar social produzido pelo Estado do bem-estar social na maior parte da Europa. (CHANG, 2008, p.15-16).

Por outro lado, segundo Douglas North, (2018, p.13) 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. 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), às constituições e leis escritas (formais). (NORTH, 2018, p.85).

Inobstante essa concepção dicotômica 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, a 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 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).

Desse modo, é inegável que o desempenho das organizações depende de como as instituições estão postas e o modo que operacionalizam, de igual modo 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.

Douglas e North destacam as instituições de forma evidenciar sua concepção como organismo que busca o desenvolvimento e, para que isso seja possível, indica a necessidade de segurança como aspecto fulcral desses organismos. Veja-se que em Chang, a coordenação enquanto finalidade para determinação de uma instituição, coloca em discussão a segurança, afinal, sem tê-la, não se pensaria em coordenação. Em North, resta ainda mais evidente, uma vez que as instituições são postas claramente como redutoras das incertezas.

Com isso, é possível invocar às instituições uma das funções desempenhada pelo Estado como concebido em Montesquieu a partir da base do pensamento aristotélico, a saber, a função jurisdicional do Poder Judiciário. Isso porque, enquanto instituição que visa o desenvolvimento em conjunto com as demais (legislativa e executiva), elege entre seus

postulados o aspecto de segurança. Certamente que não só por isso deve fazê-lo. A função jurisdicional por si só, demanda a segurança para sua operação, sem ser necessários os diversos institutos legais que laboram nesse sentido.

A questão que se evidencia é a de que na realidade brasileira, a instituição judicial vem adotando uma postura arbitrária e desrespeitando os parâmetros de segurança conferidos pelo direito, fator este que recebe o nome de ativismo judicial.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um conceito pouco explorado no ordenamento jurídico brasileiro e, apesar de ser muito citado, é deixado de lado o exercício de compreende-lo e defini-lo. Por vezes, observa-se nos corredores forenses aqueles que o determinam como algo pejorativo em desagrado com determinada decisão, trata-se de uma questão mais ideológica – pode-se dizer.

Por outro lado, há defensores assíduos, mas também aqueles que o repudiam. Quanto aos primeiros, acreditam no atingimento das finalidades Estatais por meio da atuação predominante do Judiciário; todavia, no caminhar dessa retórica, por algum momento, ou por todo ele, acabam por deixar de lado uma das bases fundantes do nosso Estado Democrático de Direito: a democracia. Com efeito, usam da máxima “os fins justificam os meios” para se obter o objetivo estatal. (LAZARI; DERÓBIO, 2022, p. 56).

Tamanha deferência ao Judiciário – hoje nem tanto – é reflexo da desconfiança popular e institucional – esta vista na própria estrutura constitucional -, proporcionada por questões delicadas ligadas à política, com destaque ao alto volume de escândalos advindos daqueles que exercem cargo de representatividade. Não só, “nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção” (BARROSO, 2012).

Longe de conceitua-lo, afinal, fugiria dos objetivos do presente trabalho, pretende-se aqui indicar parâmetro geral mínimo pelo qual o ativismo deve ser visto, caso contrário, não se poderia apontar sua positividade ou negatividade perante o desenvolvimento econômico.

De modo geral, sua conceituação deve ser observada necessariamente a partir de três aspectos: a) compreensão do sistema jurídico (*common law ou civil law);* b) a formatação do Estado (a incidência do princípio da separação dos poderes); e c) a extensão da discricionaridade judicial. Vale advertir que são critérios gerais cuja aplicação ocorre, em regra, em qualquer ordenamento jurídico, desde que mantenha configuração mínima da tríplice repartição das funções.

A compreensão do sistema jurídico tem por base primordial entender qual a fonte do direito e, por via de consequência, localizar qual é marco que o julgador terá que se pautar em sua decisão, a que está vinculado. Nos sistemas baseados na *civil law*, a lei, considerada em sentido lato, é a fonte primordial – para não dizer exclusiva- do direito, por isso é que os países que fazem tal adoção mantêm a tradição do direito codificado (DAVID, 2002, p.119).

De proêmio, então, poder-se-ia afirmar que as decisões judiciais proferidas no seio da família romano-germânica devem recusar a qualidade fonte. Em avaliação sumário, tem-se como correta tal afirmação, mas é importante consignar que, recusar a jurisprudência como fonte formal, não é negar a possibilidade criatividade inerente ao processo de interpretação-aplicação da norma, mas sim reconhecer que “a jurisprudência se move dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros. (DAVID, 2002, p.152)

Partindo do pressuposto que o ativismo judicial é uma disfunção jurisdicional em face da atividade legiferante, certamente, a sua distinção é mais facilmente compreendida na família romano-germânica do que na inglesa, uma vez que nesta os juízes se aproximam e confundem-se com o papel ordinário de criação do direito, sem que se possa distinguir com

precisão a discricionaridade legislativa da judiciária. (RAMOS, 2015, p. 109)

Por essa razão é que nas famílias anglo-saxônicas, em especial a estadunidense, as discussões tendem a se deslocar para a esfera da política, de modo a indagar não a extensão jurídica que a decisão pode alcançar, mas sim a sua legitimidade. (RAMOS, 2015, p. 113)
Assim, é importante fazer nota que a legitimidade democrática como argumento hercúleo em face do ativismo judicial não deve ser utilizada de forma deliberada, pois depende da análise prévia do sistema jurídico.

Consigna-se que a compreensão acerca do sistema jurídico adotado aqui está disposta para dizer que a discussão acerca ativismo judicial se verifica mais intensamente nos sistemas adotantes da família romano-germânica, uma vez existir destinação específica das funções exercidas pelo Poderes Judiciário e Legislativo. E que, inobstante isso se verifique, não significa excluir do Poder Judiciário a discricionaridade na decisão, isto é, de que no momento da interpretação-aplicação não seja possível a exegese criativa.

Isso para evitar o erro segundo o qual afirma-se que, em um sistema no qual o direito é criado majoritariamente pela via legislativa, decisões criativas leva a automática ingerência no poder legislativo e, portanto, trata-se da ocorrência de ativismo judicial. Esse pensamento remontaria ao positivismo clássico e à aplicação mecanicista do direito há tempos superada pela teoria.

Daí a importância de conjugar os demais elementos para verificação do ativismo judicial.

O segundo critério de aferição do ativismo judicial, ou melhor dizendo, que proporciona a possibilidade de sua existência, reside no princípio da separação do Poderes, afinal, não há que se falar em ativismo se não há balizas a serem respeitadas.

De Aristóteles à Montesquieu, identifica as principais funções exercidas pelo Estado na concretização de seus fins; propõe que as funções sejam destinadas às estruturas orgânicas

independentes entre si, o que exige que cada uma delas seja dotada de prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, vedando-se a intromissão recíproca. Acrescenta-se, ainda, que cada função deve desempenhar papel especializado de modo a obter característica própria com traços individualizados, permitindo-se certo compartilhamento de funções. (RAMOS, 2015, p.115).

Rememorando Montesquieu e o seu posicionamento liberal que, dentre outros, foi o grande responsável pela eclosão da paradigmática revolução francesa, deve-se advertir que seu modelo não pode subsistir como pensado na origem, tendo em vista que os Estados tomaram formatos distintos ao liberalismo clássico, notadamente com interferência na promoção da igualdade material, orientada pela intervenção estatal em favor do social. Por isso, nesse ponto, deve-se ler o princípio da separação dos poderes a partir dos propósitos do Estado, uma vez que pode haver variação orgânica constitucionalmente previsto a em razão da maior ou menor amplitude das atividades a serem desempenhadas.

Segundo as lições de Canotilho (1993, p.682), o princípio da separação dos poderes implica na articulação de órgãos e funções de Estado, sendo possível afirmar se tratar de um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado. Organicamente ou institucionalmente referenciado, nada mais faz alusão do que a separação e interdependência dos órgãos de soberania, ao passo que, “funcionalmente orientado” pode ser compreendido como ordenação de competência funcionalmente orientado.

No que tange o segundo aspecto, pode ser observado através de dois prismas: formal e material. Do ponto de vista formal, os atos estatais caracterizam-se considerando a qualidade do órgão ou a forma pela qual a função se manifesta, ao tempo que, o aspecto material, pauta-se no conteúdo do ato. Tem-se no primeiro caso que o ato será considerado, por exemplo, do Poder Judiciário se dele advier ou ato tiver forma daqueles oriundos de tal poder (sentença). No segundo caso, aproveitando o exemplo da sentença, prescinde saber se é originário do Poder Judiciário ou tenha formato como tal, mas sim que o seu conteúdo

esboce uma sentença, por exemplo.

Em um Estado de Direito facilmente se conhece, por meio da Constituição, quais órgãos desempenham o poder, mas nem sempre apontam com clareza as funções que cada um deve exercer, e raras vezes preocupam com a caracterização material dessa atividade (núcleo essencial). (CANOTILHO, 1993, p.682). Certamente, restringir-se ao aspecto formal para caracterização seria medida incoerente e autorizaria conceber cada função pela simples verificação do órgão ou da forma que o ato se manifesta. Algo semelhante à dicotomia entre verdade formal e real.

Nota-se do prisma formal que todo ato emanado do Poder Judiciário seria compreendido como de sua competência, assim como cada manifestação – cumpridos os requisitos, por exemplo, de uma sentença: relatório, fundamentos e dispositivos- competiria ao judiciária. Seria impossível, portanto, constatar decisões ativista, excetuando casos de equívoco esdrúxulo. Daí a imprescindibilidade de compreender a atividade material exercida pelo Poder Judiciário.

Essa tarefa que, por sinal, não é fácil, nas palavras de Elival Ramos: "[...] acaba sendo cumprida pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder". Isso porque é incongruente agir de outro modo: "[...] diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno que exige, como salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. (RAMOS, 2015, p.118).

A definição de ativismo judicial começa tomar forma a partir desse aspecto para dizer que se trata de ato (decisão) que descaracteriza a função típica do Poder Judiciário, com ingerência insidiosa no núcleo essencial de funções constitucionalmente destinadas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p.119).

Sabe-se, portanto, que o aspecto material é o que deve ser aferido para delinear o ativismo

judicial, no entanto, disso surge uma indagação consequencial e inevitável: qual a característica material da jurisdição? Ou o que se entende por jurisdição propriamente dita?

Em linhas gerais, Cândido Dinamarco leciona que jurisdição é considerada uma *Longa manus* da legislação com objetivo de assegurar a supremacia do direito positivo do país (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p.44 e 145). Em adição, tem-se o conceito mais recorrente e que pode ser visto nas lições de André Ramos Tavares, segundo o qual "A jurisdição é, exatamente, a atividade pela qual determinados órgão pronunciam-se, em caráter cogente, sobre a aplicação do Direito". (TAVARES, 2020, p.698).

Ademais, considerando a superação do ideário liberal e vigente o modelo de Estado social, defende-se, ainda, que se faz imprescindível deixar claro que os objetivos do Estado almejados são, em primeiro lugar, os sociais, isto é, o processo de concretização da norma jurídica deve ocorrer considerando os reflexos sociais decorrentes. Isso significa dizer que a jurisdição carrega, na medida do possível, característica finalística de promoção social, isto é, que em sua atuação deve observar a efetivação da função social.

Arrebatando este aspecto que dá traços substanciais ao ativismo judicial, pode-se dizer que a função jurisdicional, vista além do aparato orgânico estruturado para possibilitar sua atuação, é operacionalizada através de um processo cujas notas definidoras guardam relação íntima com a sua característica material, no entanto, quanto ao princípio da separação dos Poderes, o que é necessário avaliar é se houve desvio substancial da atividade e não o simples afastamento de seu conduto formal. (RAMOS, 2015, p.120)

Vistas as seções pelas quais as funções se manifestam e compreendidos os parâmetros que determinam a substância da atividade jurisdicional, vale observar por fim, mas não de menor importância, qual o grau de liberdade que uma decisão pode ser criativa. Trata-se de característica endógena ao sistema jurisdicional, observada em sua imanência. Dá-se o nome de discricionaridade judicial.

Bem é verdade que a discricionaridade é tratada com maior afinco pelo ramo do direito administrativo, que neste contexto a define como a faculdade de se decidir de acordo com a oportunidade e conveniência. (DI PIETRO, 2017, p.253). Nada obstante, em termos gerais, a discricionariedade só é possível diante de padrões pré-estabelecidos, no caso do direito, por uma autoridade, isto é, para constatar a discricionariedade é imprescindível indagar: discricionaridade em relação a que? (DWORKIN, 2010, p.50-51).

O ponto que deve atenção ao estudo cinge-se ao que pode ser entendido como discricionaridade legislativo e judicial. Ambas estão atuando na construção do direito, mas com parâmetros prévios distintos. Nessa senda, o austríaco Hans Kelsen (2009, p.393) elucida:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador é muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do direito do que este.

Em uma esfera infraconstitucional, tem-se que o legislador tem como liberdade decidir de acordo com os limites constitucionais, ao passo que jurisdição está restrita a liberdade deixada pela lógica de todos os textos legais, desde a constituição até a legislação ordinária. Certamente, haverá mínima liberdade ao juiz quando o texto normativo for exaustivo, preciso e claro, uma vez que os limites são inequívocos, haverá maior liberdade, por outro lado, se o parâmetro legislativo for dotado de maior vagueza e abstração, assim como nos casos em que seja necessária integração de lacunas. (RAMOS, 2015, p.126-127)

Quando o juiz se depara com conceitos jurídico indeterminados, diferente do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionaridade, não poderá tomar como norte o critério de conveniência e oportunidade, mas sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, isto é, qual a consciência jurídica geral. (RAMOS, 2015, p.128).

Essa consciência geral encontra guarida na própria sistemática do sistema jurídico, e poderá ganhar mais objetividade se tomar como parâmetro precedentes semelhantes ao caso em discussão, isto é, beber de uma das fontes secundárias do direito: a jurisprudência.

Frisa-se que, embora a discricionaridade judicial apareça em proeminência nos casos em que os limites normativos dão mais flexibilidade ao julgador, não é o mesmo que dizer que tudo possa fazer haja vista os óbices determinados pelas balizas materiais da função jurisdicional.

Esses parâmetros fornecem ferramentas imprescindíveis para fazer um recorte na concepção do ativismo judicial, escapando da ideia geral de proatividade que, inclusive, se confunde não raras vezes com o aspecto de judicialização. Bem é verdade são marcos teóricos que orientam a doutrina a concluir se uma manifestação judicial é ativista ou não.

Portanto, compreender a fonte principal da criação do direito em determinado sistema (*common law* ou *civil law*), os efeitos que princípio da separação dos poderes gera (aspecto material e formal) e a extensão da discricionaridade judicial, são premissas necessárias para em um Estado Democrático de Direito, como na realidade tupiniquim, se possa identificar com mais clareza as manifestações ativistas do Poder Judiciário, que são caras as instituições.

Por fim, unindo todo exposto, pode-se definir ativismo judicial nas palavras de Elival da Silva Ramos (2015, p.131) como:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetivas (conflitos normativos).

De posse dessas informações, depreende-se que o ativismo judicial é nada mais do que uma decisão que foge dos parâmetros expostos pelas instituições formais (legislativo), o que

implica, ainda, em uma ingerência por parte do Poder Judiciário. É dizer que as regras que deveriam ser aplicadas de acordo com o direito posto assim não o são, é de igual modo dizer que se defronta com um cenário de inseguranças no qual os posicionamentos podem sofrer alteração sem que com isso haja necessidade juridicamente justificável.

4 INSEGURANÇA JURÍDICA E EFEITOS NA ECONOMIA

Para que se compreenda os efeitos do ativismo judicial na economia, cumpre, de início, raciocinar acerca de um caso que alcançou as discussões do Supremo Tribunal Federal, e que fornecerá parâmetros para o deslinde deste ensaio, mas podem ser citados muitos outros como exemplo.

Diz respeito ao julgamento da medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.121, na qual restou concedida liminar, por maioria (6×5), no sentido de afirmar ser de competência exclusiva do Chefe do Executivo extinguir conselhos que compõem a Administração Pública por meio de decreto, exceto quando criado por lei. Isto é, quando o conselho fosse criado por lei, só por ela (lei) poderia ser abolido, servindo da mesma lógica para os decretos (só por decretos podem ser abolidos) (STF, 2019). Nada obstante o julgamento se inclinar a uma interpretação jurídica lógica, o que causa certo estranhamento reside na tese arguida pela parte vencida, segundo a qual o Conselho não poderia ser extinto, ainda que criado por decreto, uma vez que o órgão é meio de promoção do princípio da participação democrática, e qualquer medida que tenha por objetivo extingui-los seria inconstitucional.

Decerto que o tema ainda será resolvido de forma definitiva pelo plenário, mas a tese defendida pela parte vencida, de arguição do Min. Edson Fachin, demonstra grande divergência existente no Supremo Tribunal Federal, notadamente porque o resultado foi estreito. Nada obstante a importância em haver divergências dentro de um tribunal para fortalecer o debate, em alguns temas, cujos direcionamentos interpretativos são óbvios, não

poderiam persistir, como no caso ventilado. A acertada conclusão vencida pauta-se em marcos interpretativos lógicos, de paralelismo, de que lei revoga lei e decreto revoga decreto, e essa lógica sempre foi imperativa; porém, sob o pretexto de promoção da democracia, que mantém elasticidade sem tamanho, elege-se um posicionamento.

Irremediavelmente, toda essa movimentação interpretativa, gera insegurança jurídica. Por si só o sistema jurídico carrega termos de abertura semântica gigantesca, que devem ser reduzidos a partir de leis objetivas na medida do possível, porém, ao que parece, mesmo na presença da lei do "tudo ou nada", a Corte persiste em criar um cenário dúbio.

Tem-se que o exemplo esboça, portanto, clara insegurança jurídica, e essa mesma instabilidade gera consequências no sistema econômico do país, afinal, o investidor, além de ter que compreender as regras do jogo – refere-se às leis dotadas de clareza – ainda deverá prever as possíveis decisões tomadas pelos tribunais que, não bastasse a lógica instável do sistema, ainda contribui para piorá-la.

Quanto ao problema da insegurança decorrente das decisões judiciais, 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.

Dentre as dimensões destacadas pelo autor, põe-se como imperativo: 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.

A postura ativista se coloca contrária a todos os postulados erigidos pelo autor, primeiro porque oposta à ideia de fidelidade e imparcialidade na aplicação da lei, segundo por transpor os quadros da regra abstrata, e, como consequência dos primeiros, rompe com uniformização interpretativa.

Em consequência da insegurança jurídica, Marcos Abreu Torres (2019), 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: 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, consequentemente aumentando o custo-meio. As três geram o sacrifício do desenvolvimento econômico (PINHEIRO, 2005).

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 também em termos de 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 instável não só para o campo jurídico, mas também para a correção dos fatores “externos” à área jurídica, eis que as direções serão dadas pelas que estarão sempre sob vigilância do órgão judiciário. Sempre que a conduta ativista se impõe, 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.

Em solução adversa, o que não objeto deste estudo, mas cumpre trazer à baila, é de que a autocontenção se mostra como o único mecanismo para remediar essas ocorrências, uma vez que garante ao investidor previsibilidade na decisão. Ainda que os preceitos abstratos subsistam e tenham que ser interpretados dentro de uma lógica mais flexível, a autocontenção o impede de ultrapassar os quadros ditados pelo princípio e mitiga, ainda que não em sua totalidade, as arbitrariedades dos julgados que, à revelia de uma interpretação sistematizada, elege um princípio e o coloca como arma no enfrentamento daquilo que o próprio magistrado acredita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É tarefa árdua determinar os efeitos que aplicação do direito pode gerar no desenvolvimento econômico de um país. É imprescindível alertar que a análise de cada caso determinará as balizas através das quais será possível investigar nesse sentido.

O paradoxo entre a certeza que o direito pode proporcionar aos agentes é importante para o desenvolvimento econômico, pois é sinônimo de segurança social, jurídica e econômica. Por outro lado, as regras formais podem se mostrar engessadas no tempo de modo que sua manutenção venha causar consequências deletérias ao sistema de desenvolvimento.

Após compreendidos os aspectos do desenvolvimento econômico, que não se restringem à aferição do aumento financeira, mas tem amplitude para abarcar as searas social, cultural, política, etc., o papel imprescindível das instituições em promove-lo, aqui fazendo incluir

todas os órgãos e funções do Estado, tem-se que a segurança é elemento indispensável ao desenvolvimento.

O ativismo judicial gera instabilidade em todas as esferas e, embora possa ser tomada como positiva em determinado caos, só o é por não considerar os efeitos a longo prazo de sua tomada que, além do desenvolvimento, coloca em marcha um processo de corrosão da democracia.

Desse modo, pode-se afirmar que o ativismo judicial é uma postura que gera instabilidade e fere a segurança e, por via de consequências, atinge as bases de um desenvolvimento sólido e satisfatório. Coloca os sistemas econômico, jurídico e social em status de incerteza e temeridade.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. v.5, nº 1, 2012, p. 23-32. **[Syn]Thesis**. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433. Acesso em: 5 dez. 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Crescimento e desenvolvimento econômico. **Notas para o uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**. Versão de junho, 2008. Disponível em: http://sites.uff.br/wp-signup.php?new=cmpdi. Acesso em: 27 dez. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHANG, Há-Joon. Um estudo sobre a relação entre instituições e desenvolvimento econômico: algumas questões teóricas fundamentais. **Oikos: revista de economia heterodoxa**. Rio de janeiro v.7 n.10, ano VI, jan./jul.,2008. p..13-31 Disponível em: http://www.revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/article/view/117. Acesso em 27 dez. 2021.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KALDOR, Nicholas. Características do desenvolvimento econômico. **Revista Brasileira de Economia.** v.11 n.1 1957 p.3-18Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/1870. Acesso em: 27 dez. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAZARI, Rafael de; DERÓBIO, Renan Sapinele. **Ativismo judicial vs. autocontenção judicial**. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2022.

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=4301. Acesso em: 3 fev. 2021.

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

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das

Letras, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. TORRES, Marcos Abreu. **Autocontenção do Judiciário: imediatismo em querer resolver passivos sociais impede julgador de perceber que problemas se agravarão a longo prazo**. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/autocontencao-do-judiciario-30082019. Acesso em: 3 fev. 2021.

---

[1] Mestre e Doutorando pela Universidade de Marília (Unimar). Advogado.

[2] Professor do PPGD UNIMAR – Mestrado e Doutorado.