

**PERSPECTIVA INSTITUCIONAL  
SOBRE O ATIVISMO E A SUPREMACIA JUDICIAIS\***

***INSTITUTIONAL PERSPECTIVE  
ON ACTIVISM AND SUPREMACY OF JUDICIARY***

Fabrício Faroni<sup>†</sup>  
Henrique Rangel<sup>††</sup>

**SUMÁRIO:** **I.** Introdução; **II.** Eficácia constitucional como matéria institucional; **III.** Problemas institucionais do ativismo judicial e o debate sobre interpretação constitucional: o caso brasileiro; **IV.** A confusão entre ativismo judicial e supremacia judicial no debate sobre diálogos institucionais: alguns exemplos; **V.** Propostas institucionais para o ativismo judicial; **VI.** Conclusão; **VII.** Referências bibliográficas.

**CONTENT:** **I.** Introduction; **II.** Constitutional realization as institutional issue; **III.** Institutional problems of the judicial activism and the constitutional interpretation debate; **IV.** The confusion between judicial activism and judicial supremacy in the institutional dialogue debate; **V.** Institutional suggestions to the judicial activism; **VI.** Conclusion; **VII.** Bibliography.

---

\* Este artigo foi elaborado no âmbito do Grupo de Pesquisa do Mestrado sobre Instituições do Programa de Pós-Graduação em Direito (GPM Instituições – PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro com financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pela concorrência do Edital Universal nº 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5), e da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsa de Iniciação Científica (IC-FAPERJ) – solicitante Henrique Rangel em orientação de Carlos Bolonha.

<sup>†</sup> Procurador Federal lotado no INSS e mestrando em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: [faroni@uol.com.br](mailto:faroni@uol.com.br).

<sup>††</sup> Graduando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Bolsista em Iniciação Científica (IC-FAPERJ). E-mail: [henriquangelc@gmail.com](mailto:henriquangelc@gmail.com).

**RESUMO:** O presente artigo discute o ativismo judicial a partir de uma perspectiva institucional. Apresenta algumas críticas para os debates em que se desenvolve a maior parte de seus trabalhos, qual sejam, a interpretação constitucional e os diálogos institucionais. Destaca-se, de um lado, a necessidade de a interpretação constitucional buscar conciliar suas técnicas e métodos a considerações de ordem institucional como as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos; e, de outro, a necessidade de superar a oposição entre diálogos institucionais e supremacia judicial a partir de uma dinâmica cooperativa. Através de exemplos concretos, defende-se que o ativismo judicial pode ser considerado por um aspecto formal de intervenção em competências de outras instituições, de acordo com uma análise institucional, o que favorece a instauração de uma supremacia judicial, seja ela pautada ou não em uma dinâmica cooperativa e dialógica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria Institucional; Ativismo Judicial; Supremacia Judicial; Interpretação Constitucional; Diálogos Institucionais.

**ABSTRACT:** This article discusses the judicial activism on an institutional perspective. It presents institutional criticism to the two central debates about this matter, the constitutional interpretation and the institutional dialogues. On one hand, it is necessary to associate interpretation techniques and methods to institutional questions, as institutional capacities and systemic effects; and, in other hand, it is necessary to overcome the theoretical conflict between institutional dialogues and judicial supremacy and propose a cooperative dynamic. It is possible, through examples, to verify that judicial activism must be understood in a formal aspect of intervention in other institutions power. Through an institutional analyzes, we recognizes the instauration of a judicial supremacy even in a cooperative and dialogic dynamic.

**KEYWORDS:** Institutional Theory; Judicial Activism; Judicial Supremacy; Constitutional Interpretation; Institutional Dialogues.

## I. INTRODUÇÃO

Durante as duas últimas décadas, a doutrina brasileira tem discutido muito acerca do ativismo judicial. Tal situação baseou discussões acerca, por exemplo, de suas causas a partir da atividade – ou da falta de atividade – do Legislativo e do Executivo. O ativismo judicial passou a ser estudado, sobretudo, no âmbito da interpretação constitucional e dos diálogos institucionais.

A interpretação constitucional tem atribuído particular importância à construção do conteúdo da norma constitucional. Neste aspecto acredita-se que haja uma diferença entre norma e enunciado normativo. A partir de ideias como a textura aberta das normas constitucionais e a eficácia irradiante, o enunciado normativo oferece uma diretriz a ser materializada pela atividade do intérprete criativa e concreta do intérprete<sup>1</sup>. Portanto, grande parte dos trabalhos dedicados ao tema do ativismo judicial no âmbito da interpretação constitucional se preocupou em determinar o verdadeiro papel democrático do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao contrário, os intérpretes devem conhecer das limitações no campo prático de sua atividade. Com isto, torna-se necessário considerar suas próprias capacidades institucionais e evitar a ocorrência de efeitos sistêmicos negativos<sup>2</sup>.

Após uma pesquisa desenvolvida em 1997 acerca das reações do poder Legislativo em relação às declarações de inconstitucionalidade das Cortes Constitucionais norte-americana e canadense, foi instaurado um debate ao redor de uma ideia de diálogos institucionais<sup>3</sup>. Essa pesquisa firmou a hipótese de um possível diálogo, considerado como uma metáfora sobre as reações apresentadas entre as instituições de poder. O tema, desde então, tem sido muito discutido e é possível cogitar que não somente quando há declarações de inconstitucionalidade há diálogos, mas em outros momentos em que se observam reações entre os poderes<sup>4</sup>. O ativismo judicial é também objeto de análise neste debate quando desenvolvido na doutrina nacional. É possível, porém, apontar que esta questão representa

---

<sup>1</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

<sup>2</sup> Os conceitos de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos, exemplos das chamadas *questões institucionais*, foram concebidas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule. SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002.

<sup>3</sup> Cf. HOGG, Peter. BUSHELL, Allison. “The 'Charter'dialogue between Courts and Legislatures”. **Osgood Hall Law Journal**, Vol. 35, 1, 1997.

<sup>4</sup> Cf. LECLAIR, Jean. “Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien”. **Revue du Barreau du Québec**, avril 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

mais do que meramente enfraquecer o Judiciário para equilibrar os poderes. Os diálogos institucionais precisam focar, ao que parece, a dinâmica cooperativa entre as instituições.

Quando se discute o tema do ativismo judicial, faz-se mister promover uma tentativa em distingui-lo de supremacia judicial. Neste ponto, o ativismo pode ser compreendido como um padrão de comportamento do Judiciário para solucionar conflitos particulares, e a intervenção em competências de outras instituições pode ser admitida como o critério central da definição deste conceito. O ativismo, portanto, constituiria um aspecto formal da atividade judiciária que pode levar a um desenho institucional de preponderância deste poder de Estado. Este desenho seria a supremacia judicial e é possível verificar sua instauração a partir de critérios de ordem institucional. Com isto, um comportamento ativista ciente de suas capacidades institucionais e prevendo devidamente seus respectivos efeitos sistêmicos contribuirá para uma preponderância do Judiciário perante as demais instituições. Em outras palavras, favorecerá a ideia de supremacia judicial. Se a postura ativista não atender a estes critérios mencionados, o resultado poderá ser o oposto, ou seja, prejudicar este desenho institucional.

O debate sobre diálogos institucionais, por sua vez, tradicionalmente opõe a supremacia judicial aos modelos dialógicos de atividade democrática, defendendo a existência, ainda, de uma perspectiva formal e outra material de diálogo. A mera possibilidade constitucional de diálogos é conhecida como a perspectiva formal. O real exercício dos diálogos na promoção do conteúdo dos direitos é conhecido como a perspectiva material. Esta visão afirma que, em ambos os casos, é afastada a possibilidade de predomínio do Judiciário. Na verdade, é possível observar exemplos em que se instaura um inquestionável diálogo institucional, porém, destacando-se a atividade democrática do Judiciário. Quando esta atuação judiciária atende a suas respectivas capacidades institucionais e seus respectivos efeitos sistêmicos não geram danos a terceiros e são acolhidos pelas demais instituições, ainda assim é possível cogitar um destaque do Judiciário. Assim, embora haja a comum defesa de que diálogo institucional leva invariavelmente ao enfraquecimento deste poder, é possível observar que uma atuação de caráter cooperativo não afasta a possibilidade de certa predominância.

O objetivo deste artigo é, portanto, estabelecer novas bases para a concepção de ativismo e supremacia judiciais, tanto no plano da interpretação constitucional, quanto no plano dos dialógicos institucionais. Busca-se justificar como e em que condições, sobretudo a partir de critérios institucionais, o ativismo judicial pode ser considerado como verdadeiro

protagonista para a instauração de um modelo de supremacia judicial, ainda que seja mantida uma dinâmica cooperativa entre as instituições.

## II. EFICÁCIA CONSTITUCIONAL COMO MATÉRIA INSTITUCIONAL

Na tentativa de promover uma ordem justa e democrática, a teoria constitucional, focada no fenômeno da norma, observa o desenvolvimento de sucessivos modelos de interpretação. No início do século XXI, entretanto, foi possível observar uma tradição de pensamento que supera este patamar e defende o campo da interpretação das normas jurídicas, sobretudo normas constitucionais, conjugado a uma análise das instituições<sup>5</sup>. Pode-se afirmar que, tanto as teorias clássicas, quanto as teorias modernas e as teorias contemporâneas da interpretação jurídica e constitucional passam pela mesma dificuldade: compreender que há *questões institucionais* a serem observadas<sup>6</sup>. Cada demanda judicial concreta de difícil resolução costuma ser submetida a métodos de interpretação de diversas matrizes de pensamento como veremos abaixo. Todas, no entanto, enfrentam uma dificuldade em considerar as efetivas capacidades institucionais disponíveis para esta resolução e quais efeitos sistêmicos imprevistos e negativos podem advir como respectivo resultado. Isto significa, mais especificamente, que a interpretação é algo fundamental na aplicação do direito, porém, sua realização exige que esta esteja conjugada a uma análise das condições de cunho institucional em que se encontra o agente responsável pela decisão, bem como a uma análise das repercussões de ordem prática que ocorrerão a partir dela.

É neste sentido que a ideia do *second-best* na interpretação aparece como uma proposta satisfatória para enfrentar casos que ofereçam maiores dificuldades de ordem

---

<sup>5</sup> Para compreender as dificuldades das teorias interpretativas, defendendo-se a necessidade de conjugar a interpretação às instituições, *Idem*.

<sup>6</sup> Buscou-se retomar certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico que preponderava àquela época, tais como a razão prática, a lógica discursiva e a argumentação jurídica. Desta maneira, o direito passou por novas concepções e é possível observar algumas contribuições deste movimento, como: o surgimento de novas teorias interpretativas, como a teoria da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; o surgimento de teorias argumentativas e teorias do discurso, como a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria do constitucionalismo discursivo, também de Alexy; e o surgimento de uma nova teoria hermenêutica, com postulados próprios e técnicas como a ponderação de interesses, a interpretação conforme à Constituição e a filtragem constitucional. Acredita-se que todas estas mudanças, em suma, levam a um resultado comum: o surgimento de uma nova teoria da norma jurídica na teoria constitucional e pode-se afirmar que esta é o resultado de todas as mudanças que se promoveram durante este curso da segunda metade do século XX para a primeira década do século XXI. É inegável o avanço do constitucionalismo contemporâneo ao redor de tais dificuldades no plano da Constituição, mas a crítica que pode ser feita é a seguinte: para que se estabeleça, de maneira concreta e significativa, um modelo constitucional democrático de governo, impõe-se compreender se as instituições exercem devidamente seus respectivos papéis na ordem jurídico-política. Para maiores detalhes acerca de tais problemas concretos da teoria constitucional contemporânea, Cf. BOLONHA, Carlos. EISENBERG, José. RANGEL, Henrique. “Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo”. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Vol. 17, 288-309, 2011.

decisional<sup>7</sup>. As tradicionais teorias interpretativas, ao enfrentar tais casos, parecem não perceber a existência de questões institucionais e determinam regras direcionadas ao intérprete no plano ideal: trata-se do *first-best* como um modelo interpretativo. Ao contrário, o *second-best* seria uma teoria que chegaria o mais próximo possível do ideal, mas somente após passar por uma análise das conjunturas institucionais que cercam o caso em questão. Com o surgimento deste novo enfoque na teoria constitucional, as formas anteriores de interpretação parecem carecer de parâmetros que aproxime suas técnicas à realidade. As críticas deste novo modelo fazem com que a atividade interpretativa e a atividade democrática como um todo sejam mais compelidas a considerar aspectos fundamentais como as condições em que se toma uma decisão e as repercussões que ocorrerão dali por diante.

O direito apresenta, diacronicamente, três grandes correntes no campo da interpretação que, ao que parece, não consideram aspectos institucionais com destaque. A teoria interpretativa clássica, normalmente resumida à inglesa, pode ser representada por William Blackstone e Jeremy Bentham. Em ambos os casos, o que se observam são regras hermenêuticas com um viés quase que mecânico, prezando por operações com um forte caráter disjuntivo. As teorias interpretativas modernas, como a do positivismo jurídico, a do *purposivism* e a do *integrity*, podem ser representadas, respectivamente, por Herbert Hart, Henry Hart & Albert Sacks e Ronald Dworkin. Estas, por sua vez, acrescentam às regras hermenêuticas a necessidade de buscar finalidades, objetivos, sentidos e valores que norteiam o processo interpretativo. Por fim, as teorias interpretativas contemporâneas, tais como a *dynamic interpretation*, o textualismo e o pragmatismo, representadas por William Eskridge Jr., John Manning e Richard Posner, destacam a necessidade de elencar papéis e padrões comportamentais que os juízes devem adotar em sua atividade decisória. Nenhuma destas teorias – que podem ser consideradas as mais influentes de todo o curso do pensamento jurídico desde o século XVIII – atentam para a crítica formulada pelo modelo *second-best*: ao invés de considerar um juiz ideal, considerar as reais possibilidades de um juiz decidir a partir das condições institucionais que se apresentem<sup>8</sup>.

É necessário, portanto, observar que, com todo o avanço que se teve no plano das teorias normativistas, desde as novas exigências a partir do pós-Segunda Guerra, ainda há

---

<sup>7</sup> O conceito de *second-best* é original da teoria econômica e foi aplicada pelos teóricos Cass Sunstein e Adrian Vermeule à realidade da teoria constitucional a partir de uma vertente institucional de análise. Cf. SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002; VERMEULE, Adrian. “The interaction of democratic mechanisms”. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, No. 09-22, 2009.

<sup>8</sup> Sobre a classificação destas teorias em três grandes grupos, tendo em vista as características apresentadas acima, Cf. SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002.

uma lacuna considerável no plano constitucional democrático. Esta lacuna, de acordo com esta vertente, deve ser preenchida por uma teoria constitucional que seja capaz de compreender problemas concretos da realidade socioeconômica e política. A seguir, investiga-se o caso brasileiro e o problema da falta de efetivação de direitos básicos resultante desta realidade, o que tem levado a um alegado quadro de ativismo do Judiciário, marcadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

### **III. PROBLEMAS INSTITUCIONAIS DO ATIVISMO JUDICIAL E O DEBATE SOBRE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O CASO BRASILEIRO**

O ativismo judicial é um tema que vem sendo relacionado à realidade do Brasil em razão de haver dificuldade na efetivação dos direitos fundamentais. O Judiciário tem, reiteradamente, seja por um juiz de primeira instância, seja por um ministro do mais elevado Tribunal, decidido sobre temas que ainda não estão bem definidos no consenso social geral. Há casos ainda mais problemáticos em que suas decisões vinculam cidadãos e poderes de maneira abstrata, permitindo a formulação de críticas reputando-as exemplos de uma ilegítima atividade de legislador positivo. Esta atuação de construção da norma com um caráter criativo costuma ser atribuído ao ativismo judicial e tem recebido um tratamento da doutrina pátria sob o prisma interpretativo<sup>9</sup>.

No debate da interpretação constitucional, é possível encontrar defensores do ativismo judicial com base na ideia de *cidadania de baixa intensidade*<sup>10</sup>. Trata-se de uma profunda divisão da sociedade brasileira, indicando que há quem se encontre em uma condição de *não-cidadão*, ou seja, exercem de maneira precária suas autonomias política e privada, impedindo que alcancem direitos essenciais a uma existência digna. A prestação de direitos básicos, não alcançados por este segmento da população por uma via representativa, segundo esta visão, deve ser promovida positivamente pelo poder Judiciário. Isto significa que, quando os novos textos constitucionais, no plano estatal internacional, incorporam princípios e estabelecem objetivos e fundamentos próprios, sugerem que a superação deste quadro depende necessariamente da atuação do poder Judiciário. Por isto, abrem tal espaço no plano normativo para que interpretações construtivistas sejam exercidas pela jurisdição constitucional, justificando-se, portanto, o próprio ativismo judicial<sup>11</sup>. Segundo esta visão,

---

<sup>9</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> “Nesta perspectiva, o sistema de direitos assegurados pela Constituição Federal apenas terá efetividade mediante a força da vontade concorrente dos nossos cidadãos em processos políticos deliberativos. Esta

mesmo que o STF não tenha se transformado em uma Corte Constitucional propriamente dita, como guardião da Constituição, possuiria tal competência em razão de seu caráter político<sup>12</sup>. Esta visão sobre o ativismo defende que o STF deve recorrer a procedimentos interpretativos que satisfaçam os anseios sociais à luz da Constituição.

A crítica que pode ser formulada a esta perspectiva se aproxima das que foram feitas às correntes interpretativas contemporâneas como a *dynamic interpretation*, o textualismo e o pragmatismo. Quando se defende que a Constituição “não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários” e que “[é] precisamente por isto que a Corte Suprema deve recorrer a *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* à luz da Constituição”, fica nítida a pretensão de estabelecer um particular papel como intrínseco a esta instituição<sup>13</sup>. Tal visão define uma orientação para este “agente político”, incorre no mesmo equívoco de não perceber a necessidade de se considerar questões como, por exemplo, as capacidades institucionais. A definição de um papel ao STF deve considerar que seus atores, em particular, talvez não estejam tão *bem-equipados* para atendê-lo devidamente, e o próprio ativismo, nestas condições, pode resultar em efeitos sistêmicos negativos e imprevistos<sup>14</sup>. As situações em que o STF desenvolve uma interpretação ativista sem buscar conhecer seus respectivos efeitos podem levar a um *déficit* de legitimidade da própria instituição, bem como afligir indivíduos e demais instituições externas àquele caso solucionado.

De maneira muito próxima à visão acima mencionada, há quem defenda que a ideia de ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>15</sup>. Esta conceituação aponta uma característica fundamental do ativismo – a interferência na competência dos poderes. Mas se analisada de acordo com esta

---

cidadania juridicamente participativa, entretanto, dependerá, necessariamente, da atuação do Poder judiciário – especialmente da jurisdição constitucional –, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre ele, se fizer”. *Idem*, p. 231-232.

<sup>12</sup> “O ordenamento constitucional brasileiro, portanto, não converteu, como desejavam os “comunitários”, o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, mas reduziu sua competência à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, “*precipualemente, a guarda da Constituição*” (art. 102, C.F.). Não há dúvida de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política”. *Idem*, p. 62.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>14</sup> A ideia de *bem-equipado* é trabalhada por Sunstein e Vermeule. Quando se usa este termo, normalmente, são considerados, dentro do conceito de capacidades institucionais, os pontos particulares dos agentes que compõem a instituição. Um exemplo de juiz *bem-equipado* é aquele que se depara com um caso cuja matéria é sua especialidade. Cf. SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian, *op. cit.*.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 283-284.

vertente institucional, não consegue se elidir das mesmas críticas. É de central importância estabelecer um papel às instituições, sobretudo à Corte Constitucional, porém, não foi considerada a existência de questões de essencial relevância no plano institucional. Quem recebe o encargo democrático de concretizar *valores e fins constitucionais* precisa possuir capacidades institucionais suficientes para que este exercício não tenha resultados tão desastrosos – ou, até mesmo, mais graves – do que seu próprio não exercício<sup>16</sup>. Não se trata de defender que o STF não deva concretizar valores e fins constitucionais. Este papel democrático da Corte na promoção de sua interpretação, no entanto, deve ser conjugado a uma percepção de que ela mesma possui limitações reais para decidir certos conflitos. Em decorrência, aventurar-se nestes casos, como discutir profundamente e com ampla eficácia assuntos sem o respectivo conhecimento específico, pode gerar efeitos indesejados.

#### **IV. A CONFUSÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMACIA JUDICIAL NO DEBATE SOBRE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: ALGUNS EXEMPLOS**

No Brasil, o ativismo judicial costuma ser relacionado a um segundo aspecto além da interpretação constitucional: uma possível tensão entre as atividades do Judiciário e dos demais poderes, sobretudo, do Legislativo. O ativismo judicial é, com certa frequência, atribuído a uma suposta inatividade dos demais poderes e, com isto, passa a ser usualmente relacionado à ideia de supremacia judicial. Defende-se que, nesta tensão, há, de um lado, uma falta de atividade de um poder e, de outro lado, um Judiciário que almeja ampliar as fronteiras de sua atividade<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Tal entendimento defende que o ativismo prevê as seguintes condutas: aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e sem a mediação do legislador; a declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos que o de patente violação à Constituição; e, por fim, a imposição de conduta ou de abstenção ao Poder Público em matéria de política pública. Haveria, em oposição ao ativismo, uma possível conduta intitulada de autocontenção. Trata-se de uma atuação em que os critérios do ativismo devem ser lidos em sentido contrário. Portanto, a postura de autocontenção seria aquela que reunisse os seguintes requisitos: evitar aplicar a Constituição diretamente, em situações não previstas no seu âmbito de incidência expressa; utilizar critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e, por fim, abster-se de interferir em políticas públicas. Cf. *Idem*, p. 284-285.

<sup>17</sup> Esta tensão pode ser representada pela passagem a seguir: “O apego às soluções mais familiares às questões constitucionais – construídas numa lógica binária de supremacia do Judiciário ou do Legislativo – assusta. De um lado, uma instituição considerada a caixa-preta dos poderes busca ampliar sua esfera de atuação, e tenta legitimar-se democraticamente e diz abrir-se ao diálogo com a sociedade; de outro, a estrutura do poder político organizado faz-lhe contraponto no que tange a definir os direitos fundamentais: enfrenta evidente crise de representatividade democrática, experimenta um amplo descrédito decorrente, ou de suas próprias limitações política diante de uma sociedade fragmentada em interesses conflitivos, ou se sucessivos escândalos, os quais expõem as suas entranhas”. SILVA, Cecília de Almeida et. ali. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p, 14.

As discussões acerca da supremacia judicial têm se desenvolvido ao lado da ideia de diálogos institucionais<sup>18</sup>. Tradicionalmente, é adotada, neste âmbito, uma oposição entre estes dois conceitos: quando há a possibilidade de diálogos institucionais, não há uma preponderância entre os poderes, de modo que não seja possível a existência de uma supremacia judicial<sup>19</sup>. Os diálogos institucionais, em um primeiro momento, podem ser entendidos como a relação direta – sem natureza coercitiva – entre instituições, resultando ou tendo como finalidade precípua uma ação específica desta interação; em outras palavras, é a comunicação entre as instituições estatais na superação de determinadas dificuldades de ordem decisional. Existem situações que se apresentam como verdadeiros impasses entre os poderes. Quando há uma tentativa de um deles se afirmar com certa superioridade, é possível que se observe a criação de um cenário de crise institucional<sup>20</sup>. Na verdade, o que as teorias dialógicas poderiam defender é a necessidade de uma postura cooperativa entre as instituições quando se deparam com casos desta ordem. Como exemplo, pode-se citar a Portaria Conjunta nº 01 de 2010, celebrada entre a Procuradoria Geral Federal (PGF) e a Defensoria Pública da União (DPU). Sua finalidade foi criar um grupo de trabalho para elaboração de estudos com vistas a incentivar e propiciar a expansão dos Comitês Interinstitucionais de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde<sup>21</sup>. Trata-se de um exemplo dialógico, pois, ainda que ambas as instituições não possuam esta conduta como competência expressa ou função institucional, pode-se perceber uma considerável atuação cooperativa entre elas.

Na última década, a questão da demanda judicial por remédios se apresentou como um problema do ponto de vista democrático, pois envolvia, de um lado, a promoção de um direito fundamental à saúde e, de outro, uma máxima de organização de Estado historicamente consagrada – a separação de poderes<sup>22</sup>. É possível afirmar que este exemplo

---

<sup>18</sup> Cf. BOLONHA, Carlos. EISENBERG, José. RANGEL, Henrique, *op. cit.*.

<sup>19</sup> Para a discussão brasileira sobre esta oposição, Cf. SILVA, Carolina Almeida et. ali., *op. cit.*; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012. Para a discussão anglo-saxônica, Cf. DIXON, Rosalind. “The Supreme Court of Canada: Charter dialogue and deference”. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 284, 2009; BATEUP, Christine. “Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective”. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series**, No. 06-37, 2006.

<sup>20</sup> Pode-se elencar como um recente e significativo exemplo deste quadro o conhecido *Caso Battisti*. Cf. Ext. nº 1.085 e Rcl. nº 11.243, Min. Rel. Gilmar Mendes, 16 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 de agosto de 2011.

<sup>21</sup> A Portaria Conjunta nº 01 de 2010 objetivou, com a criação dos Comitês Interinstitucionais de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde, estimular a composição de acordos em casos em que o assistido pelo SUS não tenha recebido o devido atendimento pelo sistema, tanto preventivamente, evitando a judicialização, quanto em ações judiciais já em curso sobre a portaria.

<sup>22</sup> Para uma análise histórica do desenvolvimento da separação de poderes como uma máxima de organização de Estado e como um modelo de governo baseado na ideia madisoniana de controle entre os poderes de Estado, apresentando, sobretudo, a influência do *judicial review* nestas transformações, Cf. BOLONHA, Carlos.

buscou superar o plano organizacional de governo para atender de maneira segura e mais eficiente os mandamentos constitucionais, uma vez que sua prestação pelo Judiciário, a partir de agentes com reduzidos conhecimentos específicos sobre a matéria e suas respectivas políticas públicas, passava por severas críticas.

Há um segundo exemplo sobre diálogos em questão tributária entre o Judiciário e o Legislativo. Durante muitos anos, havia uma divergência de entendimentos entre a administração tributária e o poder Judiciário quanto ao termo inicial da contagem desse prazo, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação<sup>23</sup>. O Judiciário vinha acolhendo a pretensão dos contribuintes de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo só teria início com a homologação do lançamento, expressa ou tácita. Como, em regra, nunca ocorre a homologação expressa, o termo inicial se daria com o decurso do prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, ou seja, com a homologação tácita, segundo a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN<sup>24</sup>. A administração tributária sempre refutou este entendimento, por estar expresso no inciso I do art. 168 que o termo inicial é a data da extinção do crédito<sup>25</sup>. Essa divergência deu ensejo à edição da Lei

---

RANGEL, Henrique. “Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*”. **Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 11132-11155, 2011.

<sup>23</sup> Sobre a contagem deste prazo, observem-se os arts. 165 e 168 do Código Tributário Nacional: “Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”; “Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória”.

<sup>24</sup> “Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. § 1º. O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. § 2º. Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito. § 3º. Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação. § 4º. Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

<sup>25</sup> O trecho a seguir transcrito, de voto condutor de julgado na 2ª instância de julgamento administrativo na esfera federal representa esta divergência: “Como se vê, como regra geral, em casos de pagamento indevido ou a maior, o direito de pleitear a restituição se extingue com o prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito. Em se tratando de tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, o pagamento efetuado pelo sujeito passivo extingue o crédito sob condição resolutória o que significa dizer que, feito o pagamento, os efeitos da extinção do crédito se operam desde logo, estando sujeitos a serem resolvidos se não homologado o

Complementar nº 118 de 2005, que estabilizou a questão no sentido que compreendia o fisco. A lei definiu, portanto, que a extinção do crédito tributário ocorreria juntamente com a homologação antecipada do crédito com o pagamento<sup>26</sup>. O que, na verdade, pretendeu-se foi fixar com maior segurança o prazo de cinco anos, a partir do pagamento, para que o contribuinte pudesse efetuar a repetição do indébito. Assuntos de ordem tributária se envolvem intimamente com a questão dos efeitos sistêmicos e a edição desta lei representa um diálogo institucional visando superar tal dificuldade<sup>27</sup>.

Um terceiro exemplo, também de ordem tributária, que se pode elencar está relacionado aos rendimentos recebidos acumuladamente por pessoa física. O art. 12 da Lei nº 7.713 de 1988<sup>28</sup>, no caso de rendimentos recebidos acumuladamente, indica que o imposto incidirá no mês do recebimento sobre o total dos rendimentos<sup>29</sup>. Ou seja, os rendimentos seriam tributados no mês do efetivo recebimento (*regime de caixa*) e declarados na Declaração Anual de Ajuste do ano do recebimento, independentemente do mês ou ano em que o rendimento foi efetivamente ganho (*regime de competência*). O poder Judiciário vinha assegurando aos contribuintes que o imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente deve ser calculado com base nas tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, o que era invariavelmente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede recursal. Em razão desta jurisprudência pacífica do STJ e por haver

---

procedimento do contribuinte, expressa ou tacitamente. Não se desconhecem as manifestações do STJ no sentido de que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial para a contagem do prazo de cinco anos é a data em que se considera homologado o lançamento (tese dos "cinco mais cinco" que predomina no STJ). Essa tese, todavia, peca pela falha de dar à condição resolutória efeitos de condição suspensiva, elevando o prazo para até 10 anos". Acórdão 1º Conselho de Contribuintes nº 101-96.609.

<sup>26</sup> "Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei".

<sup>27</sup> Esta questão continuou oferecendo exemplos em matéria de efeitos sistêmicos. Mesmo com a edição da lei mencionada acima, criou-se, por exemplo, uma divergência acerca da possibilidade de retroatividade da lei. O Judiciário vem declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei Complementar nº 18 de 2005, e a Corte Especial do STJ posicionou-se no sentido de que a norma não tem, na sua essência, índole interpretativa e, assim, só poderia ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência. A questão chegou ao STF, que, em agosto de 2011, decidiu que a Lei Complementar nº 118 não deve ser aplicada de forma retroativa, mas fixou que o critério para avaliar qual prazo deve ser empregado é o momento de ingresso da ação. Para aquelas ajuizadas até 9 de junho de 2005, o prazo é de dez anos. Recurso Extraordinário nº 566.261, Relatora Ministra Ellen Gracie.

<sup>28</sup> Lei nº 7.713/88, art. 12: "No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização."

<sup>29</sup> Sobre o assunto, observe-se o art. 56 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000 de 1999: "Art. 56. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá no mês do recebimento, sobre o total dos rendimentos, inclusive juros e atualização monetária (Lei nº 7.713, de 1988, art. 12). Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, poderá ser deduzido o valor das despesas com ação judicial necessárias ao recebimento dos rendimentos, inclusive com advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização (Lei nº 7.713, de 1988, art. 12)".

reiteradas decisões do STF que não admitiam os Recursos Extraordinários por ausência de violação direta à Constituição, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), com base em expressa permissão legal<sup>30</sup>, editou o Ato Declaratório nº 1 de 27 de março de 2009, determinando a não contestação, não interposição de recurso ou desistência do que tenha sido interposto, na inexistência de outro fundamento relevante, em processos que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global. Em sessão realizada em 20/10/2010, o Plenário do STF reformou decisões monocráticas que haviam negado seguimento a dois Recursos Extraordinários da União, nos quais se discutia a questão da constitucionalidade do art. 12 da referida lei. Diante da aceitação do Recurso Extraordinário, a PGFN, por meio do Parecer PGFN/CRJ nº 2331 de 2010, suspendeu os efeitos do Ato Declaratório nº 1 de 2009, até que haja decisão final pelo STF sobre o assunto<sup>31</sup>. Não obstante, mesmo com a possibilidade de ter a situação revertida, uma postura de diálogo institucional ativo com o Judiciário levou o poder Executivo a compreender que a forma de tributação do art. 12 da Lei nº 7.713 era inadequada.

A grande repercussão prática que ocorre por trás desta questão diz respeito à faixa de incidência da alíquota aplicável ao caso em particular, pois ela determinará qual o valor do recolhimento. Assim, considerando a tabela atualmente em vigor, recebendo-se o valor mensal de R\$ 1.637,11, não há incidência de imposto, e a partir desse valor, a alíquota de incidência é progressiva, por faixas de rendimento, chegando a 27,5% para valor mensal que exceda R\$4.087,65. Considere-se a seguinte hipótese: uma pessoa recebe, acumuladamente, em março de 2012, R\$22.500,00, correspondente a 15 meses de salário mensal de R\$1.500,00. Se a tributação fosse pelo *regime de competência*, não haveria imposto a pagar, mas pelo *regime de caixa*, ela pagaria R\$ 5.430,97.

Com a edição do art. 20 da Medida Provisória nº 497 de 2010<sup>32</sup>, que, após aprovação no Congresso Nacional foi convertida na Lei nº 12.350 de 2010, foi acrescentado o art. 12-A à

---

<sup>30</sup> Sobre a permissão legal, observe-se o art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 2002: “Art.19- Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (...) II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda”.

<sup>31</sup> O STF ainda não proferiu decisão definitiva sobre a matéria.

<sup>32</sup> Veja-se Exposição de Motivos da MP 497: “**48.** O disposto no art. 20 decorre do fato do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisões reiteradas, manter entendimento de que na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física incidente sobre rendimentos recebidos acumuladamente devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global. **49.** A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, diante do posicionamento do STJ, em

Lei nº 7.713 de 1988, dando novo tratamento à tributação dos rendimentos recebidos acumuladamente. Pelo novo regime, os valores recebidos acumuladamente são tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento, em separado dos demais rendimentos recebidos. A tributação incide sobre o total recebido, porém o imposto é calculado pela multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento do crédito. Em linhas gerais, a alíquota que se aplica é a mesma que se aplicaria por meio do *regime de competência*. O que se pode observar desta questão é que, mesmo havendo a possibilidade de a Fazenda Nacional retomar sua disputa, preferiu adotar um comportamento de caráter cooperativo, da mesma maneira que as demais instituições vinham se comportando. Igualmente ao exemplo que se apresentou acima, trata-se de um caso com efeitos sistêmicos inquestionáveis e, ao mesmo tempo, ilustra a ideia de diálogo institucional, uma vez que se estabilizou o impasse por uma postura cooperativa quando a orientação defendida pelo STJ – Judiciário – foi acolhida pela PGFN – Executivo – e convertida em lei pelo Congresso Nacional (CN) – Legislativo.

Nos exemplos acima, é possível observar que certos casos de ativismo judicial podem auferir resultados práticos que recebem adesão das demais instituições envolvidas na matéria. Se observarmos estes exemplos da realidade brasileira pela leitura que tradicionalmente se defende no debate sobre diálogos institucionais, a conclusão a que se chegaria é a de que o Judiciário brasileiro apresentou, nestes casos, um perfil de supremacia judicial, sendo necessário, para tanto, que houvesse proferido uma última palavra sobre a questão. Talvez, como foco de estudo, os diálogos institucionais e supremacia judicial não sejam tão opostos como se costuma defender. Da mesma maneira, o ativismo judicial pode representar uma

---

cumprimento ao disposto no inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a modificação promovida pelo art. 21 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, e no art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, declarou a autorização da dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, a respeito daquela Corte. **50.** Diante das mencionadas decisões do STJ, a União está sendo vencida nas ações judiciais a respeito desta matéria, o que evidencia que a presente proposta acaba por não gerar impacto sobre a arrecadação tributária. **51.** *A proposta visa estabelecer forma de tributação mais justa para os rendimentos do trabalho e aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social, quando recebidos acumuladamente.* **52.** Trata-se da tributação de pessoa física que não recebeu o rendimento à época própria, recebendo em atraso o pagamento relativo a vários períodos. Nos termos do art. 12 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, esses rendimentos seriam tributados no mês do recebimento mediante a aplicação da tabela mensal, o que muitas vezes resulta em um imposto de renda muito superior àquele que seria devido caso o rendimento fosse pago no tempo devido. **53.** O imposto será calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos recebidos acumuladamente pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito. **54.** À opção do contribuinte, o rendimento pode ser levado para o ajuste anual na sua declaração de rendimentos, mantendo a forma de tributação estabelecida pelo art. 12 da Lei nº 7.713, de 1988” (grifou-se).

forma distinta de atividade sem que, necessariamente, seja considerado um indicativo de supremacia judicial.

## V. PROPOSTAS INSTITUCIONAIS PARA O ATIVISMO JUDICIAL

Conforme o que se apresentou acima, o ativismo judicial brasileiro requer certa diferenciação do conceito de supremacia judicial. Existe certa relação entre ambos, mas são objetos diferentes e não expressam, necessariamente, uma relação de decorrência. Além da tradicional oposição entre diálogos institucionais e supremacia judicial, outra possível causa da confusão entre supremacia e ativismo judiciais é a comum inobservância de critérios de maior rigidez na definição destas duas ideias. É comum que, de uma maneira ampla e vaga, afirme-se que o ativismo, ao final, leva à concretização de valores constitucionais. Na tentativa de superar esta dificuldade na conceituação, sugere-se uma compreensão de ativismo judicial como um padrão de comportamento que pode ser adotado pela Corte para resolver particulares impasses decisórios. Para justificar a adoção deste padrão de comportamento pelo Judiciário ou pelo STF de forma objetiva, sem prejuízo de outros possíveis critérios adequados a esta finalidade, apresenta-se o seguinte: a interferência exercida pela Corte, em um caso particular, sobre as competências normativas de outras instituições. A supremacia judicial, de modo diverso, deve ser compreendida como um desenho institucional em que, de alguma maneira, há preponderância na atividade judiciária, como um todo, perante as demais instituições. Trata-se da maneira mais sintética possível de se definir a supremacia judicial, uma vez que este desenho pode se apresentar por meio de diversas formas distintas<sup>33</sup>.

Quando compreendido o ativismo judicial a partir de um padrão de comportamento concreto de uma Corte para solucionar um impasse decisório, questões de caráter teleológico, como fins e objetivos pretendidos, não são consideradas. A doutrina que se afirmou sobre a temática costuma prever as razões e as pretensões que motivam o surgimento do ativismo. Indo além desta perspectiva, uma análise científica do ativismo pode ser obtida se, em um primeiro momento, observado somente através de um aspecto formal. Em outras palavras, significa deixar de lado elementos teleológicos, por exemplo, para considerar o referido critério objetivo – a interferência no sistema de competências. Ao que parece, não importa, do ponto de vista científico, a intenção de concretizar valores constitucionais, mas somente se, para aquele caso específico, as normas formais de definição de competências

---

<sup>33</sup> Para uma análise mais desenvolvida sobre quatro possíveis modelos de supremacia judicial, no terceiro capítulo em particular, Cf. GRIFFIN, Stephen. **American Constitutionalism: From the Theory to the Politics**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

foram respeitadas. A concretização destes valores, em momento posterior, poderia ser analisada a título de consequência ou resultado do ativismo. Assim, o comportamento que avança sobre as próprias competências e atinge conjunto de atribuições expressas de outra instituição, poderia ser classificado, mais rigorosamente, como ativista. A partir de então, em um segundo momento, o ativismo judicial poderia ser relacionado à supremacia judicial. Seguindo-se esta lógica, o comportamento ativista do Judiciário seria um fenômeno com potencial de realizar valores e fins constitucionais ou não. É possível acreditar que o desempenho das atividades democráticas neste sentido, rompendo ou não suas próprias competências, tenha influência no destaque desta instituição. Dizer, entretanto, que o ativismo leva à supremacia judicial pela realização de tais valores e fins exigiria critérios idôneos para verificar esta relação de causalidade<sup>34</sup>. Na verdade, o que se analisa, neste momento, são os aspectos institucionais do ativismo judicial e sua aptidão para influenciar no destaque do Judiciário perante os demais poderes e, com isto, fortalecer a ideia de supremacia judicial. Com isto, afirma-se que os efeitos sistêmicos, advindos de uma decisão alcançada por um comportamento ativista, influenciarão diretamente, para a aproximação ou para o afastamento, de uma supremacia judicial. Sendo assim, o ativismo não levará, necessariamente, à supremacia judicial. O ativismo, porém, pode representar um relevante aspecto formal do fortalecimento desta ideia. Portanto, é possível diferenciar ambos adotando-se o escrutínio da intervenção nas competências normativas de outras instituições para, em seguida, submetê-lo a uma análise de cunho institucional, visando concluir se seus efeitos sistêmicos e suas capacidades institucionais promovem, de maneira substancial, a instauração de um modelo de desenho institucional de supremacia judicial.

Retomando-se o exemplo da prestação de remédios à população, o Judiciário, em certas ocasiões, avança sobre as competências do Executivo em matéria de políticas públicas sem o devido conhecimento específico e de forma muito incisiva. Isto pode gerar certo desgaste entre estas duas instituições, bem como pode gerar efeitos sistêmicos negativos como o detrimento de outras políticas públicas. Esta atuação do Judiciário, porém, involuntariamente, forçou a criação da comissão conjunta entre a PGF e a DPU para rediscutir

---

<sup>34</sup> Tal intento não constitui objeto do presente artigo. Não se trata, porém, de defender que somente os critérios institucionais devam ser considerados nesta etapa de análise do ativismo judicial. Outros podem ser considerados, como, por exemplo, a razão pública. Observe-se que, quando o comportamento ativista do Judiciário promover princípios de justiça estabelecidos em uma cultura pública e política de uma sociedade bem-ordenada, é possível se cogitar que este mesmo ente receba uma legitimação, ou seja, receba um *backlash* de seus respectivos indivíduos, podendo resultar em um cenário de supremacia judicial. Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993; POST, Robert. SIEGEL, Reva. "The Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash". **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 42, 373, 2007.

e firmar parâmetros mais efetivos sobre o assunto. Isto pode ser compreendido como um efeito sistêmico do comportamento ativista: a busca de um meio que resolva o mesmo impasse decisional através de uma instituição com capacidades mais aprimoradas. Pode-se dizer que o Judiciário forçou por via indireta uma mudança na atividade do Executivo em matéria de prestação de remédios por meio de sua postura ativista. De alguma maneira, os efeitos sistêmicos desta atividade do Judiciário parecem promovê-lo neste exemplo. Esta promoção poderia ter sido maior se o critério da capacidade institucional fosse plenamente atendido. Em muitos casos de matéria de prestação de remédios, o Judiciário atuou sem o respectivo respaldo de conhecimento técnico e específico sobre a chamada reserva do possível existente e estes casos deram ensejo a severas críticas desta atividade, além de certo desgaste entre sua relação com as demais instituições<sup>35</sup>. Talvez, se possuísse maiores capacidades institucionais para solucionar este caso, o Judiciário poderia estabelecer seus próprios parâmetros de maneira ainda mais imponente e, sendo eles adotados pelas demais instituições, haveria, certamente, uma promoção maior da supremacia judicial. Por estes motivos, afirma-se que o ativismo judicial nos casos de prestação de remédios levou, não obstante as possibilidades mais significativas acima, a um quadro de supremacia judicial.

A mesma análise pode ser feita com os exemplos de ordem tributária previamente apresentados. No primeiro destes, o Judiciário insistia em interpretar que o contribuinte deteria, a partir do pagamento antecipado à homologação do crédito, cinco anos para repetir o indébito em face do fisco. Os resultados deste comportamento podem ser facilmente extraídos quando considerarmos a possibilidade de contribuintes, após dez anos de seu pagamento, pleitearem uma restituição com acréscimos aplicados por todo este interregno. O Governo busca manter um planejamento que preveja um valor de risco fiscal estimado. Trata-se da quantia que poderia ser destinada a políticas públicas, mas que são reservadas para eventuais dispêndios como as repetições de indébitos. Um aumento significativo do prazo de repetição de indébito pela via judicial representa uma insegurança jurídica, uma vez que o valor de risco fiscal estimado ficaria defasado, o que refletiria, necessariamente, na verba destinada às políticas públicas relativas à promoção de direitos básicos. Neste caso, deixou de se observar efeitos sistêmicos de central importância nesta postura ativista. Além destes efeitos sistêmicos, pode-se considerar que a própria edição da Lei Complementar nº 118 de 2005,

---

<sup>35</sup> Para o conceito de reserva do possível, Cf. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Para uma crítica sobre a aplicação deste conceito por parte da administração pública em matéria de justiciabilidade de direitos sociais, Cf. SOUZA NETO, Claudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais. Críticas e Parâmetros”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

contrária a esta orientação, representa uma resistência das demais instituições em adotar os parâmetros do Judiciário. Neste caso, em particular, o ativismo prejudicou o estabelecimento de uma supremacia judicial, uma vez que nem considerou suas capacidades – na verdade, sua falta de capacidades – para solucionar a matéria, nem obteve efeitos sistêmicos que promovessem sua atividade.

No segundo dos exemplos de ordem tributária, é necessário considerar que o ativismo judicial promoveu a supremacia judicial. Tal caso permite justificar que o Judiciário pode preponderar na atividade democrática ainda que se estabeleça um exemplo de diálogo institucional. Ao final de toda a controvérsia, o que se obteve foi uma solução de maneira cooperativa, observando-se a convergência entre o STJ, a PGFN e o CN, cada qual como um dos poderes de Estado. Havia ativismo por parte do Judiciário e esta orientação foi acatada como adequada pelas demais instituições. Assim, pode-se afirmar que o Judiciário teve capacidade institucional suficiente para dar uma saída adequada à questão e, ao mesmo tempo, foi possível observar efeitos sistêmicos – muito além da forma de tributação sobre os contribuintes – como a edição da Medida Provisória mencionada e sua respectiva conversão em lei. Significa dizer, desta maneira, que o Judiciário, a partir de seu ativismo, conseguiu a adesão das demais instituições envolvidas na solução de uma significativa controvérsia. Sem dúvidas, trata-se de um exemplo de diálogo institucional, mas, se considerados os critérios institucionais sugeridos aqui, não é possível negar que a preponderância do Judiciário na solução desta questão tenha promovido um desenho de supremacia judicial.

A visão predominante na doutrina brasileira reproduz a afirmativa de que diálogos institucionais e supremacia judicial se opõem. É o que se entende quando observamos defesas de que as “novas alternativas de compreensão de um modelo de *judicial review* não centradas na afirmação da supremacia judiciária” exigem “o exercício reflexivo e crítico em relação às possibilidades teóricas de incorporação de uma dimensão dialógica [ao] nosso modelo”<sup>36</sup>. Da mesma maneira, subentende-se da hipótese que configura “um processo dialógico orientado à concretização de direitos” em que seja possível “mitigar a atuação ativista por parte principalmente do STF”<sup>37</sup>. Ao contrário destas premissas, defende-se a possibilidade de conciliar um modelo cooperativo e que preze pela concretização de direitos ainda quando houver preponderância do judiciário nesta atividade, seja através de um comportamento ativista ou não. Quando uma controvérsia significativa envolve direitos básicos, por exemplo, e o Judiciário lidera a resolução deste impasse atendendo às questões institucionais apontadas,

---

<sup>36</sup> SILVA, Cecília de Almeida et. ali, *op.cit.*, p. 16.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 17.

é possível que haja, ainda assim, o estabelecimento de uma dinâmica dialógica entre as instituições envolvidas.

Aquela visão tradicional ampara-se, ainda, no argumento de que há uma dimensão formal e outra dimensão material de diálogos institucionais. Esta última seria representada pela discussão concreta, em um plano dialógico, do conteúdo dos direitos. Aquela se resumiria à previsão de mecanismos dialógicos em determinado Estado, ainda que estes não sejam, de fato, aplicados. Somente a existência e consequente possibilidade de utilização destes mecanismos, pela perspectiva formal, já afastariam a supremacia judicial<sup>38</sup>. É possível formular algumas críticas sobre este posicionamento. A chamada dimensão material dos diálogos, por um lado, não impede que a preponderância do Judiciário favoreça a supremacia judicial. A chamada dimensão formal, por outro lado, quando não efetivada a possibilidade de atuação ao longo do tempo, pode resultar na atrofia do respectivo poder, gerando, em último caso a absoluta ilegitimidade de seu exercício<sup>39</sup>. Ao que parece, tal situação fomentaria a supremacia judicial em graus ainda mais intensos.

## VI. CONCLUSÃO

A partir desta perspectiva institucional de análise, é possível apontar algumas conclusões acerca do ativismo e da supremacia judiciais. Porém, em primeiro lugar, o problema da eficácia do sistema de direitos precisa ser observado no plano das instituições. Não basta que esta dificuldade seja resumida ao plano normativista e de interpretação como tradicionalmente tem sido realizado. A atividade democrática, desta maneira, pode ser observada a partir de uma associação da interpretação das normas, sobretudo constitucionais, às questões relativas às instituições. Seriam exemplos de aspectos constitucionais as respectivas capacidades que cada uma detém para superar determinadas questões práticas e os efeitos sistêmicos que decorrem direta ou indiretamente de sua decisão. Assim, mais do que modelos e técnicas de interpretação normativa passam a ser exigidos, pois haveria a necessidade de atingir capacidades institucionais nesta atividade, bem como prever os efeitos negativos que podem dela decorrer quando a interpretação não respeitar os limites concretos que interferem em sua atuação.

---

<sup>38</sup> “Em que pesa a importância da distinção – entre práticas que traduzem de fato, um intercâmbio de compreensões, pela ação e reação – nem por isso se deve descartar a importância do diálogo formal. (...) no modelo dialógico, ao não reagir à decisão judicial constitui-se uma resposta: o Legislativo preferiu abdicar de sua possibilidade de reação. (...) Assim, mesmo nas hipóteses em que o que se verifica o diálogo formal, há ganho do ponto de vista democrático (...)”. *Idem*, p. 109.

<sup>39</sup> Cf. VERMEULE, Adrian. “The Atrophy of Constitutional Powers”. **Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, No. 11-07, 2011.

Em segundo lugar, é possível superar a comum associação entre ativismo e supremacia judiciais. Muito se tem observado sobre esta temática no Brasil, mas é necessário avançar nestes estudos – sobretudo em uma perspectiva metodológica – a partir de critérios mais rígidos de análise. O ativismo judicial, conforme se apresentou acima, pode ser compreendido como um comportamento decisional para controvérsias específicas. A supremacia judicial, por sua vez, em termos sintéticos, como um desenho institucional em que a atividade judiciária prepondera perante as demais instituições. A partir desta distinção inicial, o ativismo judicial, de acordo com o atendimento aos critérios de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos, representa um aspecto meramente formal que pode ou não favorecer o estabelecimento de uma supremacia judicial. Neste sentido, caso o Judiciário avance sobre as competências normativas de determinada instituição, ou seja, adote comportamento ativista, somente estará concorrendo para um quadro de supremacia judicial quando preencher estes requisitos institucionais. Portanto, o comportamento ativista que considerar as reais capacidades do Judiciário em decidir e alcançar efeitos sistêmicos que resultem em seu destaque perante as demais instituições estará promovendo a estruturação de uma supremacia judicial como um possível desenho institucional.

Por fim, busca-se avançar também no debate sobre diálogos institucionais. Tradicionalmente, há um dogma nesta área afirmando uma oposição entre a existência de diálogos institucionais e supremacia judicial. A adoção dos critérios institucionais justificados acima, no entanto, permitem concluir que a existência de uma dinâmica cooperativa entre as instituições não afasta a possibilidade de um deles preponderar. Quando houver certo destaque do Judiciário em solucionar determinada controvérsia com a devida capacidade institucional e houver efeitos sistêmicos sustentando ou dando respaldo a sua atividade, haveria significativo potencial de seu predomínio perante os demais poderes. A existência de um modelo cooperativo de atividade democrática não impede a preponderância de determinada instituição, como o Judiciário, em casos concretos. Como este resultado, para o caso do Judiciário, influencia diretamente a ideia de supremacia judicial, talvez esta tradicional oposição deva ser relativizada.

## VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 283-284.

BATEUP, Christine. “Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective”. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series**, No. 06-37, 2006.

\_\_\_\_\_. **Reassessing the dialogic possibilities of weak-form bills of rights**. 2008.

Disponível em:

<[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=christine\\_bateup](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=christine_bateup)>.

Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

BICKEL, Alexander. “The role of the Supreme Court of the United States”. **Texas Law Review**, Vol. 44, 954, 1966.

BOLONHA, Carlos. EISENBERG, José. RANGEL, Henrique. “Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo”. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, vol. 17, 288-309, 2011.

BOLONHA, Carlos. RANGEL, Henrique. “Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*”. **Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 11132-11155, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DIXON, Rosalind. “The Supreme Court of Canada: Charter dialogue and deference”. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 284, 2009.

\_\_\_\_\_. “Weak-form Judicial Review and the American exceptionalism”. **Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 348, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

GOODIN, Robert. **The theory of institutional design**. New York: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1996.

GRIFFIN, Stephen. **American Constitutionalism: From the Theory to the Politics**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by W. Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

HOGG, Peter. BUSHELL, Allison. “The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures”. **Osgood Hall Law Journal**, Vol. 35, 1, 1997.

LECLAIR, Jean. “Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien”. **Revue du Barreau du Québec**, avril 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

LEVINSON, Daryl. “Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment”. **Harvard Law Review**, Vol. 124, No. 3, 2011.

LEVINSON, Daryl. PILDES, Richard. “Separation of Parties, Not Powers”. **Harvard Law Review**, Vol. 119, 1, 2006.

POSNER, Eric. VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York: Oxford University Press, 2011.

POSNER, Richard. “Against the Law reviews”. **Legal Affairs**, Vol. 57, 2004.

\_\_\_\_\_. “Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation”. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 952, 2003.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. “The Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 42, 373, 2007.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

SHINAR, Adam. HAREL, Alon. **Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review**. Unpublished working paper, 2011. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1760963](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963)>. Acesso em: 1º de agosto de 2011.

SILVA, Cecília de Almeida et. ali. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais. Críticas e Parâmetros”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SUNSTEIN, Cass. “Designing democracy: what Constitutions do”. **Adelaide Law Review**, Vol. 23, 397, 2002.

\_\_\_\_\_. “Incompletely theorized agreements in Constitutional Law”. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 147, 2007.

\_\_\_\_\_. **One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. “Testing minimalism: a reply”. **Michigan Law Review**, Vol. 104, 129, 2005.

SUNSTEIN, Cass. MILES, Thomas. “The real world of arbitrariness review”. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 188, 2007.

SUNSTEIN, Cass. THAYLER, Richard. BALZ, John. “Choice Architecture”. **Working Papers Series**, 2010. Disponível em:

<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1583509](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1583509)>. Acesso em: 06 de agosto de 2011.

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 28, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TREMBLAY, Luc. “The legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures”. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 3, 4, 2005.

TUSHNET, Mark. “Against Judicial Review”. **Harvard public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 09-20, 2009.

\_\_\_\_\_. “Incentives and the Supreme Court”. **George Washington Law Review**, Vol. 78, 1300, 2010.

VERMEULE, Adrian. “Foreword: system effects and the Constitution”. **Harvard Law Review**, Vol. 123, 4, 2009.

\_\_\_\_\_. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. “Judicial Review and institutional choice”. **William & Mary Law Review**, Vol. 43, 1557, 2001.

\_\_\_\_\_. **Mechanisms of democracy: institutional design writ small.** New York: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. “Second-best democracy”. **Harvard Law & Policy Review (Online)**, Dec. 4, 2006.

\_\_\_\_\_. “The Atrophy of Constitutional Powers”. **Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, No. 11-07, 2011.

\_\_\_\_\_. “The interaction of democratic mechanisms”. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, No. 09-22, 2009.

VERMEULE, GARRETT, Elizabeth. "Institutional design of a thayerian Congress". In: DEVINS, Neal. WHITTINGTON (eds.), Keith. **Congress and the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WHITTINGTON, Keith. "Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses". **North Carolina Law Review**, Vol. 80, 2002.

ZURN, Chistopher. "Deliberative democracy and constitutional review". **Law and Philosophy**, 21, 2002.