

A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E AS CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

THE POLITICIZATION OF THE JUDICIARY AND THE CAUSES OF THE JUDICIAL ACTIVISM

Luis Fernando de França Romão¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Considerações sobre a politização do Poder Judiciário; 2. Sobre a origem do termo "ativismo judicial"; 3. Conceito do fenômeno; 4. As causas do ativismo judicial; 4.1. O modelo de Estado e de Constituição; 4.2. Base doutrinária: o neoconstitucionalismo; 4.3. Crise político-institucional e os rebatimentos no Judiciário; 4.4. Atividade normativa do Supremo Tribunal Federal; 5. O risco de institucionalização do ativismo judicial; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O Poder Judiciário tem sido um dos protagonistas da democracia o que lhe ocasiona o exercício de um papel político, daí falar-se em politização do Judiciário e judicialização da política. Neste contexto, desenvolve-se o fenômeno do ativismo judicial. O artigo tem o propósito de identificar as possíveis causas desse ativismo, podendo-se observar, segundo doutrina brasileira: o modelo de Estado e de Constituição; a base doutrinária do neoconstitucionalismo; a crise político-institucional e seus rebatimentos no Poder Judiciário; bem como o desempenho pelo Supremo Tribunal de atividade normativa. O método empregado no presente artigo limita-se à análise doutrinária e, pontualmente, ao final, de legislativa. Ademais, utiliza-se como abordagem metodológica dogmática, notadamente analítica, isto é, analisando-se os conceitos envolvendo a temática do ativismo judicial e, ao final, análise normativa, em linhas gerais sobre o projeto de lei de controle judicial e trazendo apontamentos a título de contribuição ao tema. O objetivo é contribuir para a sistematização dos apontamentos envolvendo o ativismo judicial, ainda em desenvolvimento no constitucionalismo brasileiro, o que se comprova ao verificar as discussões em torno de projeto de lei sobre o controle judicial das políticas públicas, efeito das causas potencializadoras desse ativismo.

Palavras-chave: Poder judiciário; ativismo judicial; controle judicial de políticas públicas.

¹ Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, SP, Brasil. Bacharel em Direito, com ênfase em Estado e Sociedade, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. E-mail: luisromao@usp.br

ABSTRACT

The Judiciary has been one of the protagonists of democracy causing the exercise a political role, because of that, there is talk of politicization of the Judiciary and judicialization of politics. In this sense, it develops the phenomenon of judicial activism. This study aims to identify the possible causes of this activism, according Brazilian doctrine: the model of state and constitution; the doctrinal basis of neoconstitutionalism; the political and institutional crisis and its repercussions on the Judiciary; as well as performance by the Supreme Court in a normative activity. The method employed in this essay is limited to doctrinal analysis and, in the end, legislative. In addition, it is used as a dogmatic methodological approach, especially, analytical, that is analyzing the concepts involving the subject of judicial activism and, in the end, normative analysis, in general lines on the bill of judicial control and bringing notes for contribution to the theme. The goal is to contribute to the systematization of notes involving the judicial activism, still in development in the Brazilian constitutionalism, which is proved by checking the discussions around the bill on the judicial control of the public policies, effect of potential causes of this activism.

Keywords: Judiciary; judicial activism; judicial control of the public policies.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo analisar, com base no estado da arte doutrinário sobre o tema, as causas do fenômeno denominado de ativismo judicial. Vários livros e artigos de colunistas de opinião têm sido publicados e discutidos na mídia ou no meio acadêmico. Isso já justificaria a necessidade de seu estudo, em razão do assunto estar na ordem do dia.

A fim de cumprir com o objetivo a que se propõe, o presente estudo inicia-se com breves considerações sobre a politização do Poder Judiciário, tendo como propósito contextualizar a ocorrência do fenômeno, seguido por apontamentos da doutrina americana que assinalam a origem e o desenvolvimento da expressão "ativismo judicial". Após, com base na produção doutrinária brasileira, busca-se traçar a conceituação de ativismo para fixação de premissas e colocação temática com o objetivo de serem abordadas na sequência as possíveis causas para o ativismo judicial, identificando-se, nesta perspectiva, de acordo com a doutrina pátria, quatro causas: modelo de Estado e de Constituição, a base doutrinária do neoconstitucionalismo, a crise político-

institucional e o desempenho, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma atividade normativa.

Ao final serão tecidas considerações sobre o risco de ocorrer a institucionalização do ativismo judicial com a aprovação, nos termos em que foi apresentado, do Projeto de Lei nº 8.058/2014 que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Não se tem a pretensão de esgotar a temática do ativismo judicial que é tão complexa e ainda em desenvolvimento, mas contribuir para sistematizar, com base na doutrina brasileira e estrangeira pertinentes, apontamentos envolvendo as causas do ativismo no contexto da politização do Judiciário, ou judicialização da política, como uma das faces do papel político desempenhado atualmente pelo Poder Judiciário.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar do tema, destaca que o Poder Judiciário faz política quando se proclama como um “poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas”, assumindo-se como um “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade²”.

Ocorre que o exercício de um papel político pelo Judiciário, sem amparo no texto constitucional, afronta a separação dos Poderes, princípio clássico que objetivava, de início, garantir uma progressiva separação entre política e Direito e uma conseqüente neutralização do Poder Judiciário, acompanhada da necessária imparcialidade e apartidarismo do juiz, desvinculação progressiva do Direito de suas bases sociais, apoiando-se na centralização organizada da legislação e na lei como fonte privilegiada do Direito, exaltando-se a legalidade e

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (orgs.). **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**. 2 ed. São Paulo: IOB, 2008, p. 254.

a subsunção do fato à norma, conforme destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao buscar responder se o princípio da divisão dos Poderes estaria em decadência.³

Com o método de subsunção do fato à norma, o juiz foi neutralizado do jogo político de interesses, uma vez que se esses interesses seriam atendidos ou decepcionados não seria problema do juiz, que apenas aplicaria a lei⁴.

Todavia, com o crescimento do Estado Social houve aproximação das estruturas jurídicas com as questões sociais, alterando-se, com isso, a função do Poder Judiciário perante os direitos sociais ou sua violação, o que reconfigurou a responsabilidade do juiz que passou a examinar se o exercício do poder de legislar conduzia à concretização dos resultados políticos e sociais objetivados. Disso resulta, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma “responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza”.⁵

Neste diapasão, ainda segundo Tércio Sampaio, o Judiciário, antes neutralizado, passa a sustentar-se por meios políticos, como a busca pela opinião pública, consenso popular, manutenção da imagem (o juiz progressista), na busca de prestígio (decisões de repercussão nacional, entrevistas em televisão), correndo-se o risco “de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo⁶”.

Esse diagnóstico se aproxima de outro elaborado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando sinaliza que a judicialização da política tende a trazer a politização

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 13-21. Observa o jurista, quanto à origem do princípio, que Montesquieu via na divisão dos Poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico, sendo, pois, o propósito da sua estruturação a inibição de um Poder pelo outro de forma recíproca e o Judiciário seria o que menos tinha a ver com força política.

⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**, p. 15.

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**, p. 18-19. O autor cita ainda como exemplo dessa desneutralização e repolitização do Judiciário os litígios que passaram a exigir novas formas de ação, como ação civil pública, alterando-se, com isso, a posição do juiz para correção de desvios, tornando-o corresponsável para o sucesso das finalidades programadas pela política legislativa.

⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**, p. 21.

da Justiça, significando isto, na prática, que decisões administrativas e questões políticas passam a sujeitar-se ao crivo do juiz, incluindo-se os conflitos políticos dos trabalhos parlamentares que podem se transformar em questões judiciais. Nesta perspectiva, também observa o mesmo autor essa rendição à tecnologia do sucesso, a que se referiu Tércio Sampaio, na intrínseca relação entre meios de comunicação e a politização do Judiciário:

Demonstração desta politização está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário, que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação. Isto, sem dúvida, veio a abalar a confiança no juiz, daí a nítida perda em seu prestígio que hoje se registra no País. E este interesse dos meios de comunicação pelos trabalhos do Judiciário é outro sintoma dessa politização⁷.

Um dos efeitos negativos dessa politização da Justiça é a atividade jurisdicional passar a ser regida por relações de meio e fim, uma vez que, conforme nota Tércio Sampaio, “politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria”⁸, e isso, vale acrescentar, abre espaço para a (in)consequente criação judicial do Direito, pois no momento em que o Judiciário torna-se desneutralizado e politizado dilui-se a líqüida diferenciação entre o aparato político criador do direito e o aparato de sua aplicação⁹.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231-232.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**, p. 21.

⁹ Destaca Ignacio de Otto sobre a separação entre criação e aplicação do direito e seus pontos de fissura: “[...] as razões da separação são muito mais profundas e suas raízes levam ao problema da própria legitimação do poder público que exigem uma líqüida diferenciação entre o aparato político do Estado, criador do direito e o aparato de aplicação da Administração e da Justiça” [tradução livre]. OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional: sistema de fuentes**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 285.

Dessa maneira, segundo o espanhol Ignacio de Otto, a qualificação dos órgãos jurisdicionais resulta alterada e será considerada política no momento em que se aceite a existência de uma margem de liberdade na aplicação da norma, ressaltando-se, por oportuno, que na jurisdição constitucional esta margem resulta ainda mais ampla em razão da natureza aberta dos preceitos constitucionais, cabendo ponderar, contudo, que o fato do juiz dispor de certa margem de liberdade não significa necessariamente que seja dotado de poder político e sua função equiparada a do legislador¹⁰.

Em razão dessa liberdade do juiz, o autor espanhol sinalizou a necessidade das regras de aplicação no Estado democrático de Direito para se garantir segurança jurídica, igualdade perante a lei e a unidade do Direito, tendo em vista que a liberdade judicial atenta diretamente contra esses princípios básicos do sistema, ferindo a segurança jurídica com um imprevisível conteúdo da resolução judicial, ferindo a igualdade na medida em que torna possível casos iguais serem resolvidos de maneiras distintas por um mesmo juiz ou por vários, de modo que a lei pode não ser igual para todos se o desfecho for diversificado, ferindo, ainda, essa liberdade do juiz, a unidade do Direito, ao ser este aplicado desigualmente por diferentes juízes. Após essas considerações, Ignacio de Otto conclui:

Admite-se que o texto legal não predetermina por completo a resolução do juiz, todavia, deixar a este o espaço de liberdade resultante sem submetê-lo a regras de aplicação significa permitir-lhe que por si mesmo opere para o caso concreto um trabalho complementar do legislador, contribuindo para formar a premissa maior do julgamento¹¹.

É neste aspecto da liberdade do juiz para criação do Direito, inserido no contexto da politização do Poder Judiciário, a que se refere Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a abordagem do ativismo judicial se faz necessária e pertinente. Feitas breves considerações sobre esse contexto, importa verificar a origem do termo e o início do desenvolvimento do fenômeno.

¹⁰ OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes, p. 288-289.

¹¹ OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes, p. 302. [tradução livre]

2. SOBRE A ORIGEM DO TERMO "ATIVISMO JUDICIAL"

Em estudo analisando a origem e os significados atuais do ativismo judicial, Keenan Kmiec¹² sinaliza que dificilmente se pode fazer hoje observação sobre o tema sem anexar definições, ressalvas e qualificações, porém, antes de se buscar o significado atual em que o ativismo judicial é empregado, deve-se ter claro o seu surgimento.

O primeiro uso da expressão "ativismo judicial", segundo Kmiec, ocorreu em uma revista popular, chamada *Revista Fortune*, em janeiro de 1947, por Arthur Schlesinger Jr., em artigo destinado ao público em geral, perfilando os nove juízes da Suprema Corte e como se dava no Tribunal as divisões e alianças entre eles.

Neste início, o termo tinha conotação positiva, isto é, o juiz ativista era aquele juiz voltado para a promoção dos direitos civis e não um juiz abusador de sua função e autoridade. Contudo, não houve uma aceitação de definição única, sendo incorporados vários sentidos, destacando Keenan Kmiec cinco significados fundamentais de ativismo judicial: 1) invalidação judicial de promulgações legislativas¹³; 2) falta de adesão aos precedentes¹⁴; 3) criação de legislação judicial¹⁵; 4) desvio do método aceito de interpretação judicial¹⁶; 5) julgamento orientado para resultados¹⁷.

¹² KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism" In: **California Law Review**, Berkeley, volume 92, issue 5, October 2004, p. 1441-1477.

¹³ Para o autor esta visão tem uma falha prática, pois a linha que separa a adequada avaliação judicial (*judicial review*) do ativismo judicial (*judicial activism*) depende do entendimento do intérprete da Constituição. Por conseguinte, a qualidade subjetiva desta definição significa que as discussões sobre esse tipo de ativismo judicial evoluem rapidamente para um debate sobre o significado constitucional. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism" In: **California Law Review**, p. 1466.

¹⁴ Esta definição relacionada à ignorância do precedente deve fazer duas distinções quanto à fonte: a primeira distinção, segundo Kmiec, é se o precedente seria vertical ou horizontal e, a segunda, se o precedente é uma questão de direito constitucional, legal ou *common law*. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism" In: **California Law Review**, p. 1466.

¹⁵ Nesta significação, o juiz passa a ser rotulado de ativista judicial quando "*legislate from the bench*", isto é, quando o juiz não só interpreta a lei, mas a faz e a escreve a partir do Judiciário. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism" In: **California Law Review**, p. 1471.

Dessa análise, Kennan D. Kmiec conclui que o termo incorporou variações de conceitos, sendo imperativo que o seu uso deva ser acompanhado da explicação do significado que se procura empregar, pois quando o termo está claramente definido pode funcionar como instrumento para uma discussão construtiva, tendo em vista não ser o ativismo judicial um conceito monolítico.

Nesta mesma perspectiva, os professores americanos Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist, a partir de uma avaliação segundo a qual o ativismo judicial seria a maior fonte da maior parte das críticas à Suprema Corte dos Estados Unidos, desenvolveram um estudo científico sobre o tema, na tentativa de fornecer algum fundamento empírico para as avaliações do ativismo judicial na esperança de retirar a discussão “do puro partidarismo”, a fim de definir bases para uma discussão prática¹⁸.

Partindo do pressuposto de que o ativismo judicial atualmente carece de conteúdo definido, não sendo mais do que uma “arenga ideológica”, visto como um inapropriado exercício do poder judicial em que os juízes impõem suas preferências políticas à sociedade, a identificação do ativismo não é tarefa fácil, porque os seus elementos críticos ou são subjetivos ou desafiam definição clara e concreta, segundo os autores americanos.

Assim, desenvolvem os autores seis categorias de análises de decisões ativistas: 1) o grau das políticas adotadas através de processos democráticos; 2) o grau em que as decisões judiciais anteriores, doutrinas ou interpretações são alteradas; 3) o grau em que as disposições constitucionais são interpretadas contrariamente à sua literalidade ou intenção original; 4) o grau em que decisões judiciais fazem política substantiva ao invés de preservarem os processos

¹⁶ Para essa definição, ativismo judicial é o desvio quanto aos métodos interpretativos aceitos, porém, ainda segundo Keenan Kmiec, divergências de opiniões sobre as ferramentas interpretativas adequadas torna difícil distinguir metodologias de princípio não ortodoxas de interpretação “propriamente” ativista. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism” In: **California Law Review**, p. 1473-1474.

¹⁷ Essa definição de ativismo judicial difere da anterior por possuir o elemento da intencionalidade. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism” In: **California Law Review**, p. 1475-1476.

¹⁸ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis, volume 91, issue 6, 2007, p. 1752-1784.

democráticos; 5) o grau em que o Judiciário elimina os critérios dos outros atores governamentais e faz política; 6) o grau em que decisões judiciais impedem uma reflexão séria sobre problemas governamentais por outros atores políticos.

Essa busca dos autores americanos por desenvolver uma metodologia empírica de categorias de análises da operacionalização do ativismo judicial tem como objetivo evitar orientações ideológicas críticas (como liberais e conservadores, por exemplo), que em nada contribuem cientificamente para a análise do fenômeno, concluindo os professores que pesquisadores futuros podem projetar novas métricas para capturar um conceito de validade jurídica fundamental sobre ativismo judicial.

Os breves apontamentos dos estudos dos americanos Keenan D. Kmiec, Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist, sobre origem, significados atuais e a busca por critérios científicos de análise do fenômeno do ativismo judicial contribuem para a percepção do problema e torna mais fácil a compreensão quando se analisa o ativismo no direito constitucional brasileiro em vigor.

A partir da contextualização da politização do Poder Judiciário e o ambiente em que se analisa criticamente a criação judicial do direito, seguido de apontamentos científicos sobre o fenômeno nos Estados Unidos, importa verificar a conceituação de ativismo judicial e suas causas sob a ótica do direito brasileiro.

3. CONCEITO DO FENÔMENO

Apresentando estudo crítico sobre o tema do ativismo judicial em matéria constitucional, Elival da Silva Ramos propõe o seguinte conceito:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da

legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes¹⁹.

Com esse conceito proposto pelo autor, percebe-se o ativismo judicial como uma disfunção, consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico que, por sua vez, propiciam um ativismo subjetivista do intérprete-aplicador. Para conter tal disfunção, Elival Ramos sugere o desenvolvimento de um positivismo moderado ou renovado, em que prevaleceria a vontade da lei, constituindo um limite para o trabalho de construção da decisão que contaria, com menor peso, também com a vontade do intérprete.

Isso objetiva trazer para o juiz o limite da textualidade, com a “exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma²⁰”.

Deste modo, a título de colocação temática, toma-se por base neste trabalho o conceito de ativismo judicial como disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa, a partir do referencial teórico proposto por Elival da Silva Ramos.

4. AS CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

A partir da colocação temática, com contextualização do fenômeno, identifica-se, com base na doutrina proposta por Elival da Silva Ramos, quatro possíveis causas para o desenvolvimento ou potencialização do ativismo judicial no Brasil:

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308. Para uma visão oposta: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283-285: “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. [...] O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. [...] Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário”.

²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 310.

1) o modelo de Estado e de Constituição; 2) base doutrinária: o neoconstitucionalismo; 3) crise político-institucional e os rebatimentos no Judiciário; 4) atividade normativa do Supremo Tribunal Federal.²¹

4.1. O MODELO DE ESTADO E DE CONSTITUIÇÃO

O modelo de Estado e de Constituição é uma das causas primeiras do ativismo judicial, pois a adoção de um Estado Social, intervencionista, repercute no Poder Judiciário e, dependendo do texto constitucional, pode impulsionar o ativismo dos juízes. Observa-se que um Estado Democrático de Direito, estruturado nos moldes do *welfare state*, têm o exercício muito mais ativo das funções administrativa, de governo e legislativa.

Em estudo clássico analisando o Estado Social, o jurista Paulo Bonavides destaca que a própria natureza deste Estado é a de ser intervencionista e, por conseguinte, passa a requerer sempre “a presença militante do poder político nas esferas sociais”, tendo em vista o crescimento da dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas²².

Dessa maneira, nesse modelo de Estado intervencionista, ao Poder Judiciário caberia o controle jurídico das atividades (intervencionistas) dos demais Poderes, porém, como nota Elival da Silva Ramos, ao Judiciário acabou recaindo as expectativas e pressões da sociedade para uma imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de seus benefícios aos demais cidadãos e, com isso, “o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial”, levando juízes e tribunais a relevarem os limites do ordenamento

²¹ O autor referencia como “fatores de impulsão do ativismo judiciário no Brasil”: o modelo de Estado intervencionista; a expansão do controle abstrato de normas; o neoconstitucionalismo e sua fragilidade teórica; dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro; atividade normativa atípica do STF, notadamente súmula vinculante e mandado de injunção. Embora o autor se refira a esses elementos como “fatores de impulsão”, em razão da abordagem metodológica do presente artigo, e tomando-o como referencial teórico, são tais fatores identificados como causas do ativismo judicial. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268-304.

²² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 200.

jurídico (notadamente a textualidade da norma e a divisão dos Poderes), com o objetivo de concretizar, de imediato, o programa prospectivo da Constituição.²³

Ainda segundo Elival Ramos, o descompasso entre condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas vivenciadas na prática e na realidade pela maioria absoluta da população tornou-se um “combustível do voluntarismo judiciário”, sendo, pois, um fator de propulsão ao ativismo judicial. Ocorre, todavia, que as condições reais do Estado e da Administração não comportam um Judiciário ativista:

A realidade, como não poderia deixar de ser, acabará se impondo, resultando das bem intencionadas decisões ativistas, invariavelmente, a desorganização financeira do Estado, a redução de serviços que vinham sendo prestados (e que também efetivam direitos), para cobrir o custo dos novos direitos assegurados, o agravo ainda maior ao princípio da isonomia (se considerada as diferentes possibilidades de acesso à justiça) etc.²⁴

Dalmo de Abreu Dallari afirma haver se definido um novo intervencionismo do Estado na vida social, em que “desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado”, tendo, por conseguinte, cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista²⁵.

Esse modelo de Estado foi desenhado pela Constituição de 1988 e acentuou o caráter político do Poder Judiciário ao lhe permitir, por diversos instrumentos, atuar como legislador negativo e também legislador positivo²⁶, “justicializando o

²³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 271.

²⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 271.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 277.

²⁶ “No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele [Judiciário] um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um legislador ativo. Por isso, a Constituição justicializa o fenômeno político. Mas isto não se faz sem a politização da justiça”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**, p. 223.

fenômeno político e abrindo as portas para o ativismo judicial”, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁷.

4.2. BASE DOCTRINÁRIA: O NEOCONSTITUCIONALISMO

A base doutrinária que constitui o principal referencial teórico causador do ativismo judicial é o neoconstitucionalismo²⁸. São atribuídos três marcos para essa estruturação dogmática, a saber: i) *marco histórico*, como sendo o constitucionalismo do pós-guerra e, no Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização²⁹; ii) *marco filosófico* do pós-positivismo que se caracterizaria na confluência do jusnaturalismo e do positivismo, duas correntes de pensamentos com paradigmas opostos para o Direito³⁰; iii) *marco teórico*, que opera com três paradigmas: o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.³¹

²⁷ “A assunção de um papel político pelo Judiciário tem sua mais grave contrapartida no fato de provocar o *ativismo* judicial, ou seja, a sua politização. Abre as portas para este”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**, p. 296.

²⁸ Sobre a origem doutrinária do *neoconstitucionalismo* destaca Jorge Octávio Lavocat Galvão: “O termo ‘Neoconstitucionalismo’ foi utilizado pela primeira vez em 1998 por Susanna Pozzolo no artigo ‘Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional’ para designar uma corrente de pensamento no âmbito da filosofia do direito que adota um modelo axiológico de Constituição, compreendida por princípios que precisam ser moralmente interpretados para ganhar vida. A jurista italiana cita Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino como os precursores desse modo de pensar o direito. No Brasil, o primeiro uso da expressão deu-se em 2004 no volume n. 2 da *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, cujo tema era ‘(Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições’”. Para um aprofundado estudo crítico sobre o tema: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60 e ss.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 245.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 247: “Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”. Também, em outra passagem, Luís Roberto Barroso reafirma esse marco filosófico: “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 250.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 262 e ss.

Analisando criticamente os fundamentos do neoconstitucionalismo, Humberto Ávila destaca, dentre outras problemáticas, a questão da não aplicação pelos juízes de regras infraconstitucionais, partindo-se logo para o plano constitucional:

[...] não se pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normalmente prescrita³².

Além disso, lembra o autor que sem observância de requisitos e fases a ponderação passa a representar uma "caixa preta legitimadora de um 'decisionismo' e formalizadora de um 'intuicionismo moral'", de modo que não se poderia defender a ponderação sem ao mesmo tempo apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação³³.

Igualmente com atenção crítica para as consequências da aplicação dos postulados do neoconstitucionalismo, Carlos Bastide Horbach tece considerações sobre o que seria um modismo constitucional que transforma o conceito de inconstitucionalidade em um conceito pessoal, subjetivo e emocional, evidenciando uma atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição, ao fazer com que a opinião do intérprete transforme ou mesmo

³² ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 6.

³³ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, p. 12.

despreze o texto da lei, ocasionando que o direito constitucional “passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete³⁴”.

Desse modo, o neoconstitucionalismo, com os seus paradigmas, traz, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma “livre interpretação”, servindo para que os intérpretes façam prevalecer seus valores, compromissos e posições ideológicas sobre os do legislador, servindo, pois, essa base doutrinária e teórica para “coonestar um ativismo de operadores do direito³⁵”.

Por esse conjunto de razões, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo é uma das causas do ativismo judicial, pois oferece um ambiente dogmático para uma fundamentação teórica de atuação livre e criação judicial do Direito nos casos concretos de aplicação das normas e, especialmente, dos princípios, com o objetivo de concretização imediata dos direitos e das promessas constitucionais.

4.3. CRISE POLÍTICO-INSTITUCIONAL E OS REBATIMENTOS NO JUDICIÁRIO

Outra causa do ativismo judicial é a crise político-institucional, notadamente a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na adoção de providências administrativas e legislativas para o cumprimento das promessas constitucionais. Tal incapacidade do aparato governamental leva o Poder Judiciário a participar da governança em detrimento das funções representativas.

Nesta perspectiva, o Judiciário passa a ter um protagonismo no processo político e social, reforçando o papel proativo dos juízes, conforme doutrina o neoconstitucionalismo:

[...] somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável. Ao revés, quando o processo político majoritário está funcionando com

³⁴ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 859, 2007, p. 80-91.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**, p. 374 e 377.

representatividade e legitimidade, com debate público amplo, juízes e tribunais deverão ser menos pró-ativos.³⁶

Deve-se considerar que o avanço do Judiciário no âmbito das questões políticas se dá a partir dessa crise político-institucional e em um ambiente de criminalização da responsabilidade política, segundo destaca José Joaquim Gomes Canotilho:

A judicialização da política, e, por conseguinte, o alargamento da intervenção do judiciário no âmbito político entrou, em tempos recentes, num terreno explosivo: o da "criminalização da responsabilidade política". O que está em causa não é apenas a prossecução da ação penal relativamente aos tradicionais casos de responsabilidade financeira ou aos esquemas de corrupção, mas sim o judiciário fiscalizar a bondade política das decisões tomadas no exercício das funções políticas³⁷.

Convém salientar que a doutrina das questões políticas não representa um parâmetro sólido para limitar a expansão da atuação judiciária, pois, segundo Elival da Silva Ramos, "não consubstancia um parâmetro dogmático sólido de avaliação da função jurisdicional, na tentativa de proscrever práticas ativistas³⁸". Ainda nesta análise, Louis Michael Seidman observa que a doutrina da questão política é o conceito mais perigoso de todo o Direito Constitucional e o tribunal não pode desenvolver normas constitucionais que controlem os julgamentos políticos³⁹.

No que tangencia a crise político-institucional e seus rebatimentos no Poder Judiciário, como uma possível causa do ativismo judicial, cabe mencionar a posição de Jeremy Waldron⁴⁰ que critica a revisão judicial das leis sob duas

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 286.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (orgs.). **Estudos de direito constitucional**: homenagem à professora Maria Garcia, p. 259.

³⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 309.

³⁹ SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political questions doctrine. In: **The John Marshall Law Review**, Chicago, vol. 37, iss. 2, 2004, p. 441-480.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**, Connecticut, USA, v. 115, 2006, p. 1346-1360.

razões: primeiro que não haveria nenhuma razão para supor que os direitos estão melhor protegidos por esta prática do que seriam por legislaturas democráticas e, segundo, que independentemente dos resultados que a revisão judicial gera, a sua fiscalização/controle é democraticamente ilegítima.

Ademais, ainda segundo Waldron, a revisão judicial das leis não se justificaria em uma sociedade que apresentasse as seguintes quatro características: a) existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita em bases do sufrágio universal; b) existência de instituições judiciais em razoável funcionamento configuradas em bases não representativas para conhecer de processos individuais, definir/resolver disputas e preservar o Estado de Direito; c) existência de compromisso com os direitos, de parte dos muitos membros da sociedade e dos agentes públicos, sobretudo com os direitos individuais e de minorias; d) existência de desacordos sobre direitos entre os membros da sociedade, comprometidos com a ideia de direitos, mas que em dados momentos entram em desacordo acerca dos sentidos dos seus direitos.

Assim, segundo o autor, a revisão judicial baseada em direitos seria inadequada para sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é que suas instituições legislativas sejam disfuncionais, mas que os seus membros discordam sobre os seus direitos, de modo que nos desacordos sobre direitos deveriam ser adotados procedimentos em que se respeitassem as vozes e opiniões das pessoas, tratando-as como iguais, garantindo que esses procedimentos pudessem abordar as questões difíceis e complexas de forma responsável e deliberativa e, ainda, os processos legislativos ordinários poderiam fazer isso, sendo a revisão judicial uma forma bastante insultosa de cassação e obscurecimento legalista das questões morais em jogo nas divergências sobre direitos.

Observa-se, pois, que as crises político-institucionais têm rebatimentos no Poder Judiciário, contribuindo como causa, com outros fatores, para o desenvolvimento do ativismo judicial.

4.4. ATIVIDADE NORMATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma outra causa do ativismo judicial, restrita, porém, ao fenômeno no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode ser a súmula vinculante como expressão de uma atividade normativa, conforme sustenta Elival da Silva Ramos que compreende nesse instrumento muito mais um ato de criação do que de aplicação do direito, pois "se faz ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e, o que é ainda mais significativo, do princípio da inafastabilidade"⁴¹, reconhecendo-se uma ampla margem de liberdade de escolha ao Supremo Tribunal para edição, modificação ou cancelamento. Nesses termos, associa a súmula vinculante ao ativismo judicial no âmbito da Corte:

[...] menciono precisamente o fato de vir a se converter a atribuição do STF *sub examine* em elemento impulsionador do ativismo judicial, porquanto se observa aqui uma aproximação excessiva (e, a meu juízo, desnecessária) da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, uma vez contemplada em nível constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando-lhe as bases⁴².

Cabe salientar que esse entendimento sobre a súmula vinculante não é pacífico, havendo, por exemplo, a consideração de Roger Stiefelmann Leal, em estudo específico sobre o efeito vinculante na jurisdição constitucional, de que a Emenda Constitucional nº 45/2004 não instituiu propriamente uma súmula vinculante, mas reconheceu efeito vinculante às súmulas que observarem os requisitos estipulados pelo art. 103-A da Constituição de 1988⁴³.

5. O RISCO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Tendo em vista a realidade de judicialização da política e o fenômeno do ativismo judicial, sobretudo no que se refere às políticas públicas sociais, com decisões indesejadas, particularistas, inexecutáveis ou descoladas da realidade, procurando, ainda, limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que

⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 296.

⁴² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 300.

⁴³ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 175.

determinam a implementação de uma certa política pública, foi estruturado o Projeto de Lei nº 8.058/2014, em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, que “institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”.

Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, os principais processualistas envolvidos na contribuição do anteprojeto de lei, advogam em defesa da proposição legislativa justificando a sua necessidade, em apertada síntese, nos seguintes tempos:

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, para que a intervenção judicial em políticas públicas não crie problemas insolúveis para a administração e para a população e para que o juiz possa decidir com equilíbrio e justiça, após conhecer todos os dados da questão que está em jogo. E acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível, para a efetividade do comando judicial.⁴⁴

Em artigo contra o referido Projeto de Lei, Lenio Luiz Streck e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima afirmaram que “a lei das políticas públicas” em vez de combater o ativismo, resolveu regulamentá-lo, institucionalizá-lo⁴⁵. Em artigo de réplica, Ada Pellegrini Grinover, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Kazuo Watanabe, reafirmaram que o Projeto de Lei, na realidade, procura limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública pela regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional⁴⁶.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle judicial de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 507.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Lei das políticas públicas é “Estado social a golpe de caneta?”** Consultor Jurídico (CONJUR). 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. **PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Consultor Jurídico (CONJUR). 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Possivelmente o que traz o receio de impulsionar o ativismo judicial são as bases e os critérios a fundamentar e legitimar a intervenção do Judiciário em políticas públicas, conforme dispõe artigo 2º do referido Projeto de Lei:

Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

I – proporcionalidade;

II – razoabilidade;

III – garantia do mínimo existencial;

IV – justiça social;

V – atendimento ao bem comum;

VI – universalidade das políticas públicas;

VII – equilíbrio orçamentário.

Ademais, também com receio dos efeitos da referida proposta legislativa, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro criticou a falta de critérios objetivos a partir do contexto de ativismo judicial:

O Judiciário vem interferindo nas políticas públicas, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes. [...] É difícil dizer se é a doutrina que vem inspirando decisões judiciais ou se estas é que vêm inspirando a doutrina. O fenômeno tem sido chamado de *judicialização das políticas públicas* ou de *politização do Judiciário*, provocando o chamado ativismo judicial [...] O Judiciário não se limita a decretar a invalidade de um ato da Administração Pública ou a inconstitucionalidade de uma lei, mas a impor prestações positivas, diante da omissão do Legislativo ou do Executivo. [...] Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de *conceitos jurídicos indeterminados*, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos [...]⁴⁷.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Consultor Jurídico (CONJUR). 28 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Percebe-se, pois, que o campo de maior discussão e incidência dos efeitos do ativismo judicial é em matéria de políticas públicas sociais. Nisto ainda precisa avançar a doutrina e participar no acompanhamento das discussões legislativas sobre o assunto.

A positivação de regras envolvendo um processo judicial de controle das políticas públicas seria caminhar para a institucionalização do ativismo judicial, ao invés de limitar o subjetivismo, reforçando-o com princípios e conceitos abertos, típicos do neoconstitucionalismo, permitindo ao Judiciário a concretização das promessas constitucionais e tornando-o um coadministrador de políticas e de direitos sociais prestacionais?

Decerto que uma política pública social efetiva, com atendimento em escala suficiente para alteração da realidade em que busca intervir, não pode ser empreendida através de processos judiciais, mas pelo atuar governamental da Administração Pública, por meio de arranjos institucionais (como o Bolsa Família, para ficar só em um exemplo, tal política pública não comportaria ser desenvolvida ou controlada – em escala – por processo judicial).

Assim, melhor conviria se pensar em soluções legislativas que apontassem para o aperfeiçoamento da atuação da Administração Pública em matéria de políticas públicas, talvez com a criação de uma lei nacional sobre processo administrativo que conduzisse à elaboração de arranjos institucionais funcionais para a estruturação e provisão de políticas públicas.

Tal problematização contribui para sobrelevar as causas do ativismo judicial, identificadas em doutrina, pois esse problema-discussão é efeito do modelo de Estado social intervencionista, de uma Constituição extensa, programática, de uma fundamentação teórica e doutrinária principiológica característica do neoconstitucionalismo e, sobretudo, dos rebatimentos no Poder Judiciário da(s) crise(s) político-institucional(is).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou identificar e analisar as causas do ativismo judicial, apontadas pela doutrina, a partir do contexto do exercício de um papel político desempenhado pelo Poder Judiciário, compreendendo o fenômeno como uma disfunção no exercício da jurisdição em detrimento da função legislativa.

Assim, têm-se quatro possíveis causas para o desenvolvimento ou potencialização do ativismo judicial no Brasil, tendo como referencial a doutrina de Elival da Silva Ramos:

- a) modelo de Estado social intervencionista desenhado pela Constituição de 1988 que acentuou o caráter político do Poder Judiciário e abriu caminho para o ativismo judicial com decisões visando concretizar de imediato, àqueles que têm acesso à Justiça, a fruição ou extensão de direitos e benefícios a despeito dos limites da textualidade da norma e da divisão dos Poderes;
- b) neoconstitucionalismo com seus paradigmas, fornecendo um ambiente para que os intérpretes projetem seus valores, compromissos e posições ideológicas sobre os do legislador e cooneste o ativismo judicial;
- c) crise político-institucional, tendo em vista especialmente a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na adoção de providências administrativas e legislativas para o cumprimento das promessas constitucionais e, com isso, frente a incapacidade governamental, levou-se o Poder Judiciário a participar da governança em detrimento das funções representativas;
- d) atividade normativa do Supremo Tribunal Federal com a súmula vinculante, sendo esta um instrumento de criação do direito, pois é feito sem atender ao princípio da inércia jurisdicional, ficando ao arbítrio do Supremo Tribunal a sua edição, modificação ou cancelamento, isto é, reconhece-se ampla margem de liberdade do órgão de cúpula do Judiciário no exercício dessa função normativa, possibilitando-lhe uma atitude ativista.

Ademais, a discussão envolvendo a problemática em torno da criação de um processo de controle judicial das políticas públicas, reforça essas causas do ativismo judicial, pois tal proposição legislativa é fruto dos efeitos de um Estado social intervencionista, de uma Constituição extensa, programática, de uma

ROMÃO, Luis Fernando de França. A politização do poder judiciário e as causas do ativismo judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fundamentação teórica e doutrinária principiológica característica do neoconstitucionalismo e, sobretudo, dos rebatimentos no Poder Judiciário das crises político-institucionais brasileiras.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (orgs.). **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**. 2 ed. São Paulo: IOB, 2008.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis, volume 91, issue 6, 2007, p. 1752-1784.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Consultor Jurídico (CONJUR). 28 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 13-21.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. **PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Consultor Jurídico (CONJUR). 23 fev. 2015. Disponível em:

ROMÃO, Luis Fernando de França. A politização do poder judiciário e as causas do ativismo judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle judicial de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 859, 2007, p. 80-91.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism" In: **California Law Review**, Berkeley, volume 92, issue 5, October 2004, p. 1441-1477.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1998.

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

SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political questions doctrine. In: **The John Marshall Law Review**, Chicago, vol. 37, iss. 2, 2004, p. 441-480.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Lei das políticas públicas é "Estado social a golpe de caneta?"** Consultor Jurídico (CONJUR). 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 115, 2006, p. 1346-1360.

Submetido em: 20/12/2016

Aprovado em: 03/04/2017