

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

CONSIDERATIONS ABOUT JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Aline Trindade do Nascimento¹

Karine Schultz Weiers²

SUMÁRIO: Introdução; 1. O conceito de ativismo judicial; 2. O ativismo judicial no Brasil; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar o ativismo judicial no Brasil. Assim, em um primeiro momento, pretende-se estudar o conceito e a origem do ativismo judicial. Na sequência, busca-se analisar o ativismo judicial no Brasil, trazendo os argumentos e críticas de alguns dos principais juristas sobre o assunto, bem como se pretende compreender a diferença entre judicialização e ativismo. Neste estudo, verificou-se que foi a própria evolução constitucional que resultou em uma maior atividade por parte dos tribunais. Para a realização deste estudo buscou-se utilizar o método de abordagem dialético; como técnicas específicas, foram empregadas pesquisas bibliográficas.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional; Ativismo Judicial; Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article aims to address the judicial activism in Brazil. So at first, we intend to study the concept and origin of judicial activism. Further, it seeks to analyze the judicial activism in Brazil, bringing the argument and criticism from some major jurists on the subject and is intended to understand the difference between judicialization and activism. This study it was found that was very constitutional evolution that resulted in an increased activity by the courts. For this study we sought to use the dialectical method of approach; as specific techniques were employed literature searches.

Keywords: *Constitutional jurisdiction; Judicial activism; Judicial power.*

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera Educacional. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões/RS. Advogada. Endereço eletrônico: alineh.nascimento@hotmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Bacharela em Direito pela Universidade da Região da Campanha. Advogada. Endereço eletrônico: adv.weiers@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição cidadã de 1988 democratizou o acesso à justiça, estabelecendo ao Estado o dever de garantir a todos os cidadãos direitos e garantias fundamentais. Acontece que, após a sua promulgação houve um aumento na judicialização. As consequências disso foram diversas, além do agravamento da morosidade judicial, houve um significativo aumento de decisões de cunho político e moral, o ativismo judicial passou a ser praticado com maior frequência perante os magistrados.

Dessa forma, por meio da utilização do método de abordagem dialético, o presente texto pretende trazer algumas reflexões sobre o ativismo judicial no Brasil. Para tanto, na primeira parte do trabalho, busca-se analisar o conceito e a origem do ativismo judicial. Na segunda parte busca abordar o ativismo judicial no Brasil, trazendo os argumentos e críticas de alguns dos principais juristas sobre esse importante tema, bem como, compreender a diferença entre judicialização e ativismo.

1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A origem e definição sobre o ativismo judicial são conceituadas por alguns autores como um fenômeno que surgiu com um estilo conservador, citando como exemplo a Suprema Corte Americana que utilizou ativismo para manter a segregação racial: "Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial"³.

Já Vanice Regina Lírio do Valle, salienta que o termo ativismo judicial nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes no ano de 1947⁴.

³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista OAB**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 31/12/2015.

⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

Os perfis dos juízes foram divididos em o grupo de Black-Douglas e o grupo de Frankfurter-Jackson. O primeiro caracterizava-se como aqueles que se preocupavam em solucionar os casos de acordo com a sua concepção social, buscando resultados socialmente desejáveis. Já o segundo grupo, defendia o uso da Corte como para permitir que os outros poderes realizassem a vontade popular, apresentando, desta forma, uma atitude de autocontenção judicial⁵.

Em sentido diverso, Carlos Eduardo de Carvalho observa que o vocábulo ativismo judicial, quanto a sua origem, foi apontado, pela primeira vez em 1916, na imprensa belga. Todavia, destaca que foi consagrado nos Estados Unidos da América, diante da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes⁶. Além do que, conforme citado pelo autor, apoiado nas lições de Dierle José Coelho Nunes, tal vocábulo já era utilizado e defendido desde o final do século XIX, assim salienta que: “Esta percepção sociológico-econômica e protagonista do Juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra em 1901”⁷.

É interessante destacar que o vocábulo ativismo no âmbito da ciência do direito é empregado para designar que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica⁸. Também pode ser entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)⁹.

⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF, p. 21.

⁶ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 13, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acesso em: 30/12/2015.

⁷ Ibid.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.ed.Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.194.

⁹RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

Saul Tourinho Leal destaca que há dificuldade em se fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial, observa ele que essa expressão está associada à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão por que – adverte –, chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional¹⁰.

O ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo, assim explica Luis Roberto Barroso:

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público¹¹.

Thamy Pogrebinschi considera ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade¹². Contudo, esclarece que:

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo

¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, p. 129-138;

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31/12/2015.

¹² POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro de 2000, p. 02.

exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não deverá ser considerado um ativista.

Já Luis Flávio Gomes, analisando as ideias de Arthur Schlesinger, esclarece que se a Constituição prevê um determinado direito, e ela for interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, não há ativismo, mas sim, judicialização do direito considerado¹³.

Ainda, segundo o autor, o ativismo ocorre sempre que o juiz inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico. Além disso, cita duas espécies de ativismo judicial: o inovador, no caso de o juiz criar uma norma e o ativismo revelador. Nesse, o juiz também irá criar uma regra, um direito, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa, assim esclarece:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa¹⁴.

Lenio Streck salienta que o ativismo é maléfico para a democracia, já que o fenômeno só acontece pelo comportamento e visões pessoais de juízes e

¹³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, Teresina, 4/06/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 31/12/2015.

¹⁴Ibid.

tribunais. Observa ele que: como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública¹⁵. Nesse sentido:

Um exemplo explícito de ativismo: foi ativista de concessão da pílula contra o câncer, que provocou uma corrida ao judiciário. No mais, decisões contra a lei são práticas ativistas, porque, nesse caso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte e/ou do legislador ordinário. Também é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma (leia aqui), remetendo o direito aos cânones formalistas¹⁶.

Percebe-se que as doutrinas divergem sobre o que seria efetivamente o ativismo judicial. Vanice Valle afirma que o termo ativismo possui um caráter ambíguo, pois apresenta um caráter finalístico e comportamental, em outras palavras, voltado ao compromisso com a expansão dos direitos individuais e este como uma direção pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional, assim explica:

O parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis¹⁷.

Mas o que entender por casos difíceis? Segundo Ronald Dworkin, os casos difíceis sempre encontrarão uma resposta nos princípios¹⁸. Note-se:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e

¹⁵STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>>. Acesso em: 07/01/2016.

¹⁶Ibid.

¹⁷VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF, p. 21.

¹⁸DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.147.

o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeitada ambição que a integridade assume a ambição de ser uma comunidade de princípios¹⁹.

Em oposição, sobre casos difíceis, tem-se o pensamento de Hart:

O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito²⁰.

Importante destacar que Ronald Dworkin é um dos autores que considera o ativismo judicial um problema, salienta ele que:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima²¹.

¹⁹ Ibid.

²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3.ed.Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

²¹DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**.Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 451

Verifica-se que Dworkin relaciona sua resposta sempre coligando o Direito, seja nas leis ou nos princípios, mesmo que estes não estejam escritos, tudo para não deixar margem para discricionariedade. Contudo, Hart entende que não há como se prever todas as respostas a todos os conflitos que surgem, sugere então, que o juiz poderá usar o seu sentir em vez de leis e princípios para julgar conflitos inéditos.

Com efeito, percebe-se que o ativismo judicial é um fenômeno complexo, pois não existe um consenso em seu significado, haja vista que o existem dificuldades em identificá-lo.

2. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Embora com a proclamação da República as Constituições brasileiras tenham formalmente passado a se fundar na soberania popular, e o Judiciário tornou a ser considerado um poder autônomo e competente para o exercício do controle da constitucionalidade de leis, por isso que acredita-se que não há o que se falar em supremacia judicial no Brasil antes de 1988²².

Foi por meio da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais que surgiu uma nova forma de realização da democracia, e, ao mesmo tempo, passou a limitá-la pelo constitucionalismo²³. Assim, a promulgação da Constituição federal de 1988 veio apresentar um modo distinto de interpretar e aplicar o Direito, acarretando em um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste Poder em suas decisões.

É a partir dela que surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores, que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional; dessa forma, as

²² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.117.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.115.

²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p.77.

demandas sociais se tornaram jurídicas e a consagração de novos direitos provoca uma explosão de litigiosidade significativa, realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, uma vez que passou a ser requisitada de forma ampla²⁴. Isto porque quanto mais ampla for a Carta de Direitos e as garantias de sua eficácia, maior será a tendência de judicialização desses direitos²⁵.

O Judiciário assume, deste modo, papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno este a que se dá o nome de Revolução de Direitos Humanos²⁶.

Vários direitos fundamentais fazem apelos a conceitos morais, como dignidade da pessoa humana, igualdade, vida, liberdade, honra, função social, devido processo legal e outros. É aí que o Judiciário entra para definir o conteúdo desses direitos e princípios fundamentais e para dar a última palavra sobre as questões mais controvertidas da sociedade que envolvem moralidade política, sobre as quais até aquele momento as instituições majoritárias não conseguiram chegar a um consenso²⁷.

Apesar de existir um consenso acerca dos princípios abstratos contidos nos direitos fundamentais, como liberdade, igualdade, dignidade, justiça e outros, não há a um consenso acerca das implicações destes direitos nas situações concretas. Ou seja, ainda que todos concordarem que se deve buscar a igualdade, não se consegue, por exemplo, chegar a um posicionamento unânime a respeito de seu significado e alcance como, por exemplo, se esta igualdade justifica a adoção de ações afirmativas²⁸.

²⁴ MORAIS, Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à jurisdição.3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.78.

²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?,p.77.

²⁶Ibid, p. 77.

²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira, p.149.

²⁸Ibid, p.140.

Mais dos que as palavras expressas no texto, há uma reflexão acerca do significado delas por meio de um apoio de cultura política, moral e jurídica. Ou seja, ao se falar em princípios constitucionais não escritos se está a falar em normas não escritas que são essenciais para a história de uma nação, para sua identidade, seus valores e seu sistema jurídico²⁹.

A implementação dos conteúdos de Direitos Humanos (em particular os de igualdade e de solidariedade) implica na necessária compreensão da ação jurídica fundamentada em uma prática comprometida e assente em uma teoria engajada. Uma Constituição que seja vista exclusivamente como uma folha de papel, a qual não se apresente como um instrumento político-jurídico de construção de uma sociedade justa e solidária e comprometida com a promoção da dignidade humana, não poderá realizar os direitos e garantias nela inscritos³⁰.

Sabe-se que o direito contemporâneo repudia o juiz indiferente. Assim, o momento de decisão em cada processo deve consistir em uma etapa valorativa utilizada por este de forma a possibilitar o adequado cumprimento da função social da Jurisdição³¹, porém, isso não significa admitir o ativismo judicial (e todas as suas consequências).

Entretanto, tem-se verificado uma disposição do Judiciário avançar largamente sobre o espaço indeterminado da Constituição. Decisões jurídicas envolvendo questões políticas passaram a ser proferidas frequentemente.

Nesse sentido, Rogério Bastos Arantes explica que a constitucionalização de políticas públicas é uma das principais forças a favor do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Essa situação pode ser explicada pelo fato de que o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, ser cada vez mais provocado, em decorrência da extensão da Constituição e da a proposição de

²⁹Ibid, p.158.

³⁰MORAIS, Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à jurisdição, p.27.

³¹MORAIS, Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à jurisdição, p.33.

novas emendas, bem como da inércia dos demais poderes³². Sabe-se que foi por meio da judicialização que o ativismo nasceu, pois, o ativismo acontece quando há um déficit de outros poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis³³.

Verifica-se que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário concretiza um direito social. O direito (poder judiciário) deve ser visto como um instrumento de direção e promoção social, pois a tutela jurisdicional também é um direito fundamental. Assim, pode-se entender que o ativismo judicial não fere à separação de poderes, como muitos salientam. Atualmente o Estado brasileiro se encontra em declínio da política, logo é totalmente lógico e necessário o crescimento do judiciário.

Assim a eleição de um modo proativo de interpretar a Constituição, propagando seu sentido e extensão se faz presente em situações de encolhimento do Poder Legislativo, onde ocorre um desajuste entre a esfera política e a sociedade, inabilitando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva³⁴.

A doutrina aponta que diversas são as condutas ativistas, como por exemplo: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, mormente no que tange às políticas públicas³⁵.

³²ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2006, p. 233.

³³STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>>. Acesso em: 07/01/2016.

³⁴CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 4. Disponível em: <http://redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf#page=546>. Acesso em: 05/01/2016.

³⁵CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Disponível em: <http://redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf#page=546>. Acesso em: 05/01/2016.

Um benefício decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade. Pois nem o Poder Executivo, nem o Legislativo tem tomado frente das algumas situações, sendo assim, o Poder Judiciário passou ser o principal meio para solucionar e abranger o atendimento ao cidadão brasileiro³⁶.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza³⁷, afirma que a expansão do ativismo judicial amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, sendo o Poder Judiciário o protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Ainda, esclarece que o oposto do ativismo é a autor restrição ou auto-contenção judicial (self restraint), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

Muitos falam sobre a judicialização como sinônimo do ativismo judicial, contudo se faz necessário esclarecer que a judicialização acontece quando questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Logo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização ocorre quando uma circunstância vem do modelo constitucional que se adotou, e não de um exercício deliberado de vontade política. O judiciário decide porque era o que lhe cabe fazer – sem alternativa.

Já o ativismo judicial diverge, pois é uma atitude, é uma escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ocorre, normalmente quando o poder legislativo não cumpre o seu papel, vindo o judiciário retratar e agir de modo a cumprir a efetivação do Direito aos cidadãos.

³⁶ Ibid.

³⁷BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 113.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. 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.

A relevância do ativismo judicial não é entendida por toda a doutrina, muitos estudiosos criticam a posição ativa dos juízes, justificando que os Juízes estão ultrapassando o campo do direito, e adentrando na seara da política, enumera Carlos Eduardo Dieder Reverbel que tal fato só ocorre pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos³⁸.

Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia tecem críticas ao ativismo quando justificado em razão da relevância que a decisão terá na sociedade; segundo eles, não é possível se antever os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões proferidas pelos magistrados³⁹.

Tratando do tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que o ativismo se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Sugere que este ativismo faculta a ideologização da justiça. Leciona também que as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, conclui que a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível, sendo um retrocesso já que durante muito tempo houve uma luta pelo aprimoramento do Judiciário em se libertar dos condicionamentos partidários⁴⁰.

Para muitos autores, o ativismo judicial significa uma espécie de mau comportamento acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito.

Lênio Streck faz observações no sentido de que o ativismo judicial se conecta à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. Assevera

³⁸REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM.** Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf?sequenc e=1>. Acesso em: 05/01/2016.

³⁹BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. Ativismo e protagonismo judicial em xeque. **Argumentos pragmáticos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>>. Acesso em: 05/01/2016.

⁴⁰FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas.** Ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 05/01/2016.

que o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político, seja para avançar socialmente, seja para manter o *status quo*. Explica que:

Um exemplo explícito de ativismo: foi ativista de concessão da pílula contra o câncer, que provocou uma corrida ao judiciário. No mais, decisões contra a lei são práticas ativistas, porque, nesse caso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte e/ou do legislador ordinário. Também é ativista a decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma (leia aqui), remetendo o direito aos cânones formalistas⁴¹.

As principais críticas contra o fenômeno do Ativismo Judicial estão concentradas no argumento subjetivo ou da vontade de quem interpreta. Para eles, não há como negar o componente do método aplicativo da ponderação.

Daniel Souza Sarmiento enfatiza que devido à euforia na fundamentação principiológica surge o decisionismo judicial, onde os juízes passaram a negligenciar nos seus deveres de fundamentar seus julgamentos⁴². Assevera que:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos

⁴¹STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>>. Acesso em: 07/01/2016.

⁴²SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Lumen Júris, 2007, p. 14- 27.

imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin⁴³ considera o ativismo judicial algo nocivo por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador, assim salienta:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Já as posições favoráveis defendem que o Poder Judiciário possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Judiciário. Geórgia Lage Pereira Carmona, citando os ensinamentos de Luiz Roberto Barros, assevera que:

A legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva, do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais⁴⁴.

Hélder Fábio Cabral Barbosa assevera que:

⁴³DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, p. 451-452.

⁴⁴CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário? **Jurisway**. 05/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em: 05/01/2016.

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de auto executoriedade⁴⁵.

Por tudo isso, pode-se dizer que o ativismo judicial passou a ser exercido pelo judiciário brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ela apresenta um avanço quando comparada às Constituições anteriores. Por meio da positivação dos direitos humanos, busca consagrar os vários séculos de luta em favor da dignidade humana.

Acontece que, em razão disso, ela acaba apresentando parte de suas normas de forma abstrata, sobretudo em razão da presença de um conteúdo moral. Com isso, abre-se margem para diversos debates, os quais geralmente terminam sendo definidos pelo Poder Judiciário, acarretando não só na sobrecarga do judiciário, como também no ativismo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste trabalho, foi possível perceber no que consiste o ativismo judicial, as causas de sua utilização pelo judiciário brasileiro, bem como o posicionamento de alguns juristas a respeito desse modo de interpretar o direito.

Além disso, constatou-se que o florescimento de direito e garantias fundamentais na Constituição de 1988 acarretou numa expansão da judicialização no Brasil. A partir de então, os direitos não efetivados pelo executivo passaram a ser requeridos perante o Judiciário, surgiram sentenças com caráter político, o que, muitas vezes, constituem em ativismo judicial por parte dos magistrados.

Acredita-se que a inclusão dos direitos fundamentais (principalmente os direitos sociais) em nossa Carta Constitucional acarretou no aumento do ativismo judicial. Entretanto, isso não deve ser motivo para privar a efetivação desses direitos, os quais consistem em um grande avanço para o direito constitucional

⁴⁵BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da Reserva do possível. **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011, p.151.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. 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.

brasileiro. Ao contrário, é dever dos juristas continuar propiciando discussões nesse sentido, a fim de buscar alternativas para esta complexa questão. Esse é um dos principais desafios do direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism: the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. Ativismo e protagonismo judicial em xeque. **Argumentos pragmáticos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>>. Acesso em: 05/01/2016.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da Reserva do possível. **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31/12/2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário? **Jurisway**. 05/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em: 05/01/2016.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 13, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acesso em: 30/12/2015.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. *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.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 4. Disponível em: http://redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf#page=546. Acesso em: 05/01/2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Ano 1, n. 2. Disponível em: <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>. Acesso em: 05/01.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, Teresina, 4/06/2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 31/12/2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3.ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MORAIS, Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro de 2000.

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

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf?sequence=1. Acesso em: 05/01/2016.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Lúmen Júris, 2007.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. 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.

STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>>. Acesso em: 07/01/2016.

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