

ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: ANÁLISE ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Rafaela Monteiro Leal¹
Bruno Tavares Padilha²

RESUMO

O presente artigo visa discutir o conceito de ativismo judicial no Brasil, assim como o fenômeno da judicialização. Isto é, o maior acesso de matérias – econômicas, sociais ou morais –, inclusive políticas, ao poder judiciário. Em decorrência dessa judicialização, e de avanços tecnológicos e sociais, existem matérias que não foram disciplinadas por nenhuma outra norma; ou direitos que por não serem concretizados, possuem instância final perante o judiciário. Em suma, será discutido a postura ativista do poder judiciário, além de suas consequências, não apenas para o meio jurídico ou institucional, como também para o meio social. Nessa perspectiva, ativismo judicial entende-se como uma forma de interpretação da lei de maneira mais expansiva, levando em consideração não apenas a letra da lei, mas também costumes e princípios constitucionais – podendo ter consequências positivas ou negativas. Para concretizar o objetivo, serão analisadas jurisprudências, doutrinas, além de dados bibliográficos e documentais, à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização. Constituição Federal.

¹ Graduanda em Direito, turma C, turno matutino. Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: Rafaelamonteiro_@hotmail.com

² Professor Orientador. Professor do Curso de Direito. Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: bruno@padilhaevasconcelos.com.br

JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL: ANALYSIS OF JUDICIALIZATION OF COURTS 'POLICY AND JURISPRUDENCE.

ABSTRACT

This article aims to discuss the concept of judicial activism in Brazil, as well as the phenomenon of judicialization. That is, the greater access of economic, social, or moral materials - including politics - to the judiciary. Due to the judicialization, and of technological and social advances, there are matters that have not been disciplined by any other norm; or rights that by not being fulfilled, have final instance before the judiciary. In short, the activist position of the judiciary will be discussed, in addition to its consequences, not only for the legal or institutional environment, but also for the social environment. In this perspective, judicial activism is understood as a way of interpreting the letter of the law in a more expansive way, taking into account not only the letter of the law but also customs and constitutional principles - which may have positive or negative consequences. In order to achieve this objective, we will analyze jurisprudence, doctrines, as well as bibliographic and documentary data, in light of the Federal Constitution.

Keywords: Judicial activism. Judiciary. Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é constante nos debates jurídicos a relação – e limites – entre o exercício do poder judiciário e legislativo. Primeiramente, é importante discorrer sobre essa relação entre direito e política. Tendo em vista que, na política vigoram a soberania popular e governo da maioria, enquanto no direito vigoram a supremacia das leis e direitos fundamentais, é importante que exista uma separação e autonomia entre esses poderes.

Nesse contexto, faz-se mister ponderar acerca do momento de criação e de aplicação do direito. No momento de criação do direito, é indubitável a impossibilidade de separá-lo da política, visto que o direito é produto do processo legislativo, ou seja, é produto da vontade da maioria. Nas democracias, inclusive, o direito visa limitar e legitimar o exercício do poder político.

No tocante ao momento de aplicação do direito, é imprescindível a necessidade da separação entre direito e política, tendo em vista que é necessária para que subsistam as bases de legitimidade democrática em determinado Estado. Essa separação ocorre, principalmente, por dois grandes institutos, sendo um deles a independência do poder judiciário.

Com o objetivo de que a política não possa ter influência decisiva sobre a interpretação e aplicação do direito, assegura-se ao poder judiciário um conjunto de garantias institucionais. São essas garantias, por exemplo, a autonomia administrativa; autonomia financeira e a capacidade de auto-organização. Como exemplo, pode-se citar os concursos públicos pelos quais os juízes são recrutados, que são organizados pelo próprio poder judiciário.

Além de garantias institucionais, os juízes possuem garantias funcionais, previstas no artigo 95, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). São elas, a vitaliciedade; inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos. O objetivo dessas garantias é assegurar o livre desempenho do juiz, para que julgue com base na lei e não sob influência de algum poder político, além de garantir a autonomia institucional. Importante destacar que, é vedado aos juízes receber custas ou participação em processo; dedicar-se a atividade político-partidária e receber contribuições (art. 95, CF) (BRASIL, 1988).

O segundo instituto, que visa separar o direito da política, é a vinculação dos juízes ao direito posto e aos valores e categorias da dogmática jurídica. Isto é, os juízes não possuem legitimidade para criar o direito, as decisões devem ser fundamentadas por normas – ato político, deliberação constitucional ou legislativa. Dessa forma, o direito impõe um limite que não pode ser ultrapassado, por exemplo, caso um crime esteja prescrito, o juiz não pode decidir de ofício que irá condenar o réu – ele deve respeitar a lei e dogmáticas jurídicas.

Sob essa perspectiva, devido essa interação entre direito e política nas democracias, e a constante evolução dos costumes na sociedade, a população passou a ter maior acesso – e com maior facilidade – ao poder judiciário. Fazendo assim, com que o judiciário seja provocado, e conseqüentemente, possua a obrigação de se manifestar sobre as demais lides.

Devido essas manifestações – decisões provenientes do judiciário –, iniciou-se os debates acerca do ativismo judicial, que seria uma forma de interpretação da lei de maneira mais expansiva, levando em consideração não apenas a letra da lei, mas também costumes e princípios.

A partir desta compreensão introdutória, o presente artigo visa discutir acerca do fenômeno do ativismo judicial, além da judicialização da política, analisando seus pontos negativos e positivos; decisões dos magistrados e a compreensão – e críticas – dos principais juristas que debatem sobre o tema na atualidade.

Na primeira parte do artigo, nos capítulos “judicialização da política”; “ativismo judicial como interpretação expansiva da constituição” e “o constitucionalismo democrático e a função do poder judiciário”, serão analisados os entendimentos e as situações em que ocorre o ativismo judicial e a judicialização, também analisando suas causas. Já na segunda etapa, nos capítulos “perspectiva crítica acerca do ativismo judicial” e “ponderação acerca da existência de decisões ativistas”, serão analisadas as conseqüências, não só no âmbito jurídico, mas também social.

Para a elaboração do trabalho de curso – organizado por tópicos e apresentado sob a forma de artigo científico –, foi realizada uma pesquisa de caráter investigativo e descritivo com enfoque teórico, alicerçada por coleta de dados bibliográficos e documentais, à luz da Constituição Federal. Aos dados, deu-se um tratamento qualitativo numa abordagem dialética – análise crítica, visando a construção de um arcabouço teórico para discutir e compreender o ativismo judicial.

A escolha deste objeto, deu-se a partir dos estudos realizados ao longo do curso de direito e debates jurídicos atuais, possuindo como base leis, doutrinas e jurisprudências sobre o tema. Também possui caráter transdisciplinar, pois visa discutir o ativismo e suas consequências – positivas e negativas – para a sociedade.

Desse modo, espera-se contribuir para as análises e discussões no meio jurídico, e principalmente, no âmbito do Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A priori, para entender o fenômeno do ativismo judicial, é preciso compreender a judicialização. Após a segunda guerra mundial – e consequente decadência dos regimes totalitários – os líderes mundiais e seus povos, perceberam que a existência de um poder judiciário independente e forte é essencial para preservação da democracia, pois o direito nas democracias busca legitimar e limitar o exercício do poder político; além de preservar e promover as garantias fundamentais.

O poder judiciário, como órgão de um estado democrático de direito, tem como função interpretar e aplicar as leis, visando fazer com que a constituição e a soberania do povo prevaleçam. A primeira grande causa da judicialização no Brasil, foi a redemocratização do país, que teve como marco a promulgação da constituição de 1988.

É importante destacar que, o judiciário decide constantemente sobre matérias referentes ao interesse privado da população – como por exemplo, a ação de alimentos e ação de divórcio – porém, essas decisões não costumam gerar incontroversas. Já quando o judiciário declara uma lei constitucional, ou suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais, ele termina por gerar um conjunto de indagações, visto que há uma sobreposição da vontade do judiciário sobre a vontade política dos demais poderes. Desse modo, há uma interação entre o judiciário e a política, no momento em que o judiciário produz decisões que interferem com a atuação do legislativo e com a atuação do executivo. Isto é, quando decisões que deveriam ser tomadas pelo poder legislativo são judicializadas, ocorre o fenômeno conhecido por judicialização da política.

Tendo em vista que, a sociedade contemporânea vive em constante desenvolvimento, já existem inúmeras situações para as quais não existem soluções pré-prontas no ordenamento jurídico. O juiz com frequência precisa interpretar expressões de sentido ambíguo, que necessitam de certa integração subjetiva – como por exemplo, o interesse social.

Ademais, os juízes precisam deliberar sobre questões que apesar de não terem sido previstas na constituição ou na lei, ocorrem diariamente – visto que devem solucionar litígios independente de lacuna. Por exemplo, não existia norma que regulasse a relação homoafetiva – ou a interrupção da gestação de feto anencéfalo – coube ao judiciário encontrar uma solução para tais questões, conduzindo sua decisão com base em norma jurídica ou valor social relevante, que termina por inserir legitimidade em sua decisão.

A judicialização é um fato – significa dizer que uma parcela de poder político está sendo transferida das instâncias de poder político (congresso nacional e poder executivo) para o poder judiciário. Ou seja, a última palavra sobre questões econômicas, sociais, ou morais de largo alcance, estão tendo sua instância final de decisão perante o poder judiciário. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, denomina esse fenômeno de “judicialização da vida”. Para Barroso (2016, p.39), existem duas principais circunstâncias que potencializam a judicialização no Brasil.

A primeira circunstância, se deve ao fato de que temos uma constituição analítica, ou seja, abrangente – atualmente, a constituição brasileira tutela a ordem social, a ordem tributária, a separação dos poderes, a federação, as garantias fundamentais; em tese, inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Destaca-se que, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito – uma matéria política será convertida em norma constitucional, e normais constitucionais frequentemente são fundamentos de pretensões judiciais.³

A segunda circunstância, se deve ao modelo de controle de constitucionalidade – híbrido – adotado pelo Brasil, que é considerado um dos mais abrangentes do mundo, e combina aspectos do modelo americano e do modelo europeu. Assim, adota-se a fórmula americana de controle incidental e difuso, permitindo que todos os

³ BARROSO, Luiz Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 39.

juízes de direito sejam também juízes constitucionais, ou seja, todo juiz de direito pode interpretar a constituição, inclusive declarar incidentalmente uma norma constitucional ou inconstitucional.

Por outro lado, o Brasil também adotou o modelo europeu de ação proposta diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Logo, toda e qualquer matéria pode ir diretamente ao Supremo, por uma ação de constitucionalidade ou por uma ADPF.

Ainda sobre o modelo de ação propostas diretamente ao supremo, é importante destacar o artigo 103 da Constituição Federal, que versa sobre a legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

O Artigo legitima o Presidente da República, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos deputados, e da Assembléia Legislativa; além do Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil; confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional e dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (CF, 1988). Em tese, essa vasta quantidade de legitimados torna mais fácil o acesso – mesmo que por um cidadão comum – ao STF.

Ao se fazer uma retrospectiva, percebe-se que a judicialização não é novidade, porém é uma tendência crescente. Nos últimos anos, observa-se pronunciamentos do STF que se referem a: políticas governamentais, como por exemplo, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da reforma da previdência (contribuição de inativos⁴); direitos fundamentais – incluindo limites á liberdade de expressão no crime de racismo⁵, e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos.⁶

O STF também teve pronunciamentos envolvendo a relação entre poderes, como quando determinou limites legítimos de atuação para as comissões

⁴ Ação Direta de inconstitucionalidade nº 3.105: a Suprema Corte entendeu que não viola as garantias e direitos fundamentais a exigência de contribuição previdenciária dos pensionistas e aposentados porque a medida apóia-se no princípio da solidariedade e no princípio de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

⁵ Habeas Corpus nº 82.424/: assentou-se que, como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos.

⁶ Sumula Vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

parlamentares de inquérito (como quebras de sigilo⁷ e decretação da prisão⁸), e se pronunciou sobre o papel do Ministério Público na investigação criminal – decidindo que o MP pode atuar no inquérito policial desde que não o presida e não atue sozinho.⁹

Destaca-se que, o Supremo foi provocado a se manifestar e o fez com base nos pedidos formulados. Logo, a judicialização é um fato, uma consequência do desenvolvimento das relações sociais, e não uma opção do judiciário. Os juízes e os tribunais, quando provocados, não possuem a possibilidade de se pronunciarem ou não sobre a questão. Porém, a existência ou não de ativismo judicial, será analisada dependendo da forma com que o juiz – ou o tribunal – irá exercer essa competência.

Ademais, é fato que a crescente quantidade de matérias judicializadas terminam por causar certo “congestionamento” no poder judiciário, de modo que o Conselho Nacional de Justiça já tenta encontrar meios para agilizar a tramitação processual, e consequentemente, aumentar a celeridade.

Diante desse congestionamento, Tribunais de diferentes ramos de Justiça se comprometeram a cumprir metas nacionais para dar celeridade à tramitação processual, evitar a formação de estoques e incentivar a desjudicialização de conflitos. Entre as metas, os tribunais de Justiça dos Estados terão de atuar no fortalecimento da rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres.

É fato que a prevenção, assim como a audiência de conciliação, são alternativas bastante visadas para diminuir a judicialização dos conflitos. Mais do que dar cumprimento ao novo Código de Processo Civil (CPC), que prevê a obrigatoriedade da audiência de conciliação na fase inicial do processo, a meta procura impulsionar a desjudicialização de conflitos.

No mais, é importante para cada um dos três poderes, principalmente para o poder legislativo, cumprir com seu papel – de modo que o poder judiciário, não tenha

⁷ A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal advertiu que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD).

⁸ As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo (bancário, fiscal ou telefônico) devem demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional – ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação (RTJ 140/514).

⁹ O inquérito policial sempre será comandado por um delegado de polícia. O MP poderá, na investigação policial, requerer investigações, oitiva de testemunhas e outras providências em busca da apuração da verdade e da identificação do autor de determinado crime. Com esse entendimento, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) indeferiu, por votação unânime, o Habeas Corpus (HC) 89837, em que o agente da Polícia Civil do Distrito Federal Emanuel Loureiro Ferreira, condenado pelo crime de tortura de um preso para obter confissão, pleiteava a anulação do processo desde seu início, alegando que ele fora baseado exclusivamente em investigação criminal conduzida pelo MP.

a obrigação de decidir acerca de matéria que, pelo menos inicialmente, não deveria ser confito em processo. Como por exemplo, políticas públicas, ou até mesmo o acesso à saúde.

Para finalizar, é importante ressaltar que a judicialização e o ativismo judicial são “primos”, porém, o ativismo não é um fato, mas uma atitude – modo proativo e expansivo de interpretar a constituição, inclusive para solucionar situações que não foram expressamente contempladas pelo constituinte ou legislador. Esse modo proativo de interpretar a constituição, é consequência de um poder legislativo indiferente as necessidades da sociedade, fazendo com que a sociedade tente encontrar solução para seus litígios no poder judiciário.¹⁰

Para Barroso (2014, p.40), o ativismo judicial está associado a uma participação mais intensa do judiciário, que busca interpretar a constituição para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas ausentes ou ineficientes.¹¹

3 ATIVISMO JUDICIAL COMO INTERPRETAÇÃO EXPANSIVA DA CONSTITUIÇÃO

Destarte, o ativismo judicial é considerado um modo expansivo de interpretar a constituição, principalmente quando existirem situações que não foram expressamente contempladas pelo constituinte e legislador ordinário. Faz-se mister destacar, algumas formas de manifestação desse ativismo judicial. Em primeiro lugar, quando o judiciário utiliza uma norma constitucional para disciplinar uma situação que não foi disciplinada por nenhuma outra norma.

Por exemplo, quando o STF impôs fidelidade partidária aos parlamentares – decidindo que o político que trocar de partido após ser eleito irá perder seu mandato.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 6 Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017_4218181901.pdf>. Acesso em: 17 jan 2016.

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 40.

Apesar de não existir essa norma de maneira escrita, o STF interpretou o princípio democrático e a idéia de representatividade política, para tal decisão.¹²

Outra forma de manifestação de atuação expansiva do poder judiciário, ocorre quando o Supremo declara lei inconstitucional fora daquelas situações consideradas de inequívoca inconstitucionalidade. Como quando, foi declarada inconstitucional a cláusula que limitava a proliferação sem nenhum substrato de partidos políticos, pois a maior parte dos ministros entenderam que violava o direito de representação das minorias.

Convém ponderar, as situações em que o judiciário interfere nas políticas públicas, por exemplo, determinando a realização de obras de saneamento; o fornecimento de medicamento e a proteção ambiental em determinadas áreas. Essas situações são consideradas como atuações proativas, tendo como ponto positivo, o atendimento às demandas sociais que não foram contempladas pelo legislativo e executivo. Em contrapartida, já que o judiciário está atuando em políticas públicas, significa dizer que o legislativo não está conseguindo atender a necessidade da população – enquanto o executivo sustenta a crítica de que o judiciário não possui legitimidade para atuar nas políticas públicas, o judiciário rebate que foi provocado por meio de ação individual ou coletiva.

Em suma, o ideal seria que o judiciário não precisasse interferir em situações de que o poder legislativo é o encarregado. É importante ressaltar que, o ativismo depende da judicialização, mas nem sempre que uma matéria é judicializada, deve ocorrer o ativismo. Em nome da legitimidade democrática, é necessário que existam limites para a atuação de cada um dos três poderes. Outrossim, em nome da capacidade institucional do poder judiciário, o juiz pode não ser o sujeito mais adequado para tomar determinadas decisões.

3.1 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

¹² A decisão, unânime, se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5081, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

Hodiernamente, o constitucionalismo democrático foi a ideologia que permaneceu no Brasil – no século 20 – a partir da redemocratização e promulgação da constituição de 1988. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. Desse modo, cada um dos três poderes devem ter seus limites impostos.

No tocante ao poder judiciário, para o ministro Luís Roberto Barroso (2015, p.23), o Supremo possui dois grandes papéis, um deles é o contramajoritário, onde deve invalidar leis e atos em nome da democracia e em respeito ao direitos fundamentais – desde que essas leis e atos ameçam tais institutos. O segundo papel, seria o representativo. Embora todo poder político seja representativo – em nome e interesse do povo –, quando o processo político majoritário não consegue atender no tempo necessário às demandas sociais relevantes, é o judiciário que precisa intervir para solucioná-las.

Nesse raciocínio, a função representativa é importante e delicada, visto que enfrenta problemas de legitimidade, já que os membros do judiciário não são eleitos através do voto. Entretanto, não é possível abdicar do seu papel contramajoritário de atender os interesses da maioria da população – visando sempre a garantia dos direitos fundamentais.¹³

Desse modo, faz-se mister destacar que o executivo e o legislativo possuem primazia para a tomada de decisões políticas. Ou seja, quando o poder legislativo tenha atuado fazendo escolhas políticas; tomando decisões e editando leis, o judiciário deve possuir uma postura de alto contensão, isto é, respeitar as decisões tomadas pelo congresso – visto que em uma democracia, as decisões políticas devem ser tomadas por aqueles que foram eleitos por voto da população.

Como exemplos de decisões de alto contensão, destaca-se a decisão permitindo pesquisas com células tronco embrionárias e a decisão sobre cotas raciais – o supremo concordou com aquilo que foi decidido pelo congresso nacional, mantendo a lei que foi editada.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

Porém, existem as situações em que ocorre omissão do legislativo. Diante da inércia do legislador e omissão também do poder executivo, o judiciário deve atuar e fazer valer a constituição. São nessas situações que o judiciário possui decisões mais proativas – ativistas –, analisando os casos concretos; utilizando a capacidade para justificar e entendimento das leis para decidir sobre a matéria. Principalmente, pois o judiciário deve acompanhar o avanço da sociedade e costumes.

Neste passo, como exemplo de decisões mais ativistas, temos a situação em que o STF decidiu que as relações homoafetivas deveriam ser tratadas como as relações heterossexuais (resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013). Outro exemplo, seria quando entendeu-se legítima a interrupção da gestação de feto anencéfalo na ADPF 54.¹⁴

Para alguns juristas, como Lenio Streck (2016), ao determinar a função dos três poderes, a constituição não deu ao judiciário a opção de mudar o próprio texto constitucional. Assim, por exemplo, não caberia ao Supremo Tribunal Federal decidir a favor do casamento homoafetivo, uma vez que a constituição reconhece a união estável apenas entre homem e uma mulher. A grande questão não seria a quantidade de judicialização, mas como essas questões judicializadas são decididas pelos magistrados. Para ele, a judicialização não é um mal em si, o problema seria o ativismo – que é comportamental, uma espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo, e pode possuir excessos.

Em suma, a judicialização é uma consequência do desenvolvimento da sociedade e dos costumes, porém, quando o magistrado interpreta a lei de maneira ativista, além de colocar em risco a legitimidade de cada um dos três poderes, poderá terminar se excedendo, formulando uma decisão possuindo como base seu ponto de vista pessoal, e não a letra da lei – podendo em alguns casos prejudicar a parte processual devido esse posicionamento pessoal. Importante destacar o princípio da imparcialidade do juiz, assegurado pela constituição de 1988.

3.2 PERSPECTIVA CRÍTICA ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

¹⁴ No dia 13 de abril de 2012, 8 dos ministros votaram que sim, e o STF julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP.

É notório o acentuado protagonismo do judiciário no contexto político atual, seja pela quantidade de matérias judicializadas e pela maior facilidade de acesso ao poder judiciário pela população. Para Lenio Streck (2016) – um dos principais críticos acerca do ativismo no país –, o ativismo sempre será ruim para a democracia; visto que depende de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais – uma espécie de linguagem privada construída à margem da linguagem pública. Para ele, o ativismo é indubitavelmente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa.

Nesse interím, a judicialização pode ter seu aspecto positivo ou negativo – dependendo dos níveis e intensidade em que for identificada. De certa forma, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa. Sendo importante destacar, que há casos de judicialização em que as respostas oferecidas pelo judiciário serão – democráticas – adequadas à constituição e concretizadora de direitos fundamentais, não sendo assim, epitetadas de ativista.¹⁵

Neste contexto, o ativismo representaria um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substituiria o debate político, em decorrência da judicialização da política. Logo, uma questão judicializada, pode ter ou não uma resposta ativista. Insta salientar, que na perspectiva de Streck (2016), uma resposta ativista se entende como:

Entendam-me bem: nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, pelo só fato de ser ativista, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial.

Em síntese, enquanto alguns autores destacam que o STF se valer de sentenças interpretativas – decisão em que há uma transformação do significado da lei – faz com que o papel da lei e do legislativo seja reforçado, Streck acredita que o supremo – via interpretação conforme – pode terminar por fazer exatamente o contrário.

¹⁵ Streck, L. **O Rubicão e os quatro ovos do condor**: de novo, o que é ativismo? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 7 jan. 2016.

Por exemplo, o congresso não regulamentou a união homoafetiva, porém, o judiciário na ADPF 132 realizou a interpretação conforme, e excluiu o artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) que impedia o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.¹⁶

Logo, a decisão foi ativista e contra legem – como decisão contra legem entende-se o costume que está em desacordo com a lei ou se opõe a esta. Decisões contra legem são práticas ativistas, pois o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte ou do legislador ordinário.

Por outro lado, a decisão – Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013 – foi ativista porém positiva, visto que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.¹⁷

Porém, existem situações em que o ativismo pode ser prejudicial ao sujeito, por exemplo, eis ementa do HC 103.525:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.

[...]

3. Ordem denegada. (HC 103.525, Min. Cármen Lúcia, DJ 27.8.2010).

Logo, observa-se que tal ementa está em desacordo com o artigo 212 do código de processo penal (BRASIL,1941) “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a

¹⁶ Na (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

¹⁷ RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013 Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” Desse modo, o HC 103.525 – STF está em desacordo com o devido processo legal, presente no artigo 5º, inciso LIV, da constituição federal (BRASIL, 1988) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso, diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais.

Desse modo, é importante perceber que o ativismo pode ter um lado positivo ou negativo, dependendo da forma como será interpretado o direito pelo magistrado.

3.3 PONDERAÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE DECISÕES ATIVISTAS

O ativismo é matéria bastante discutida no meio jurídico, principalmente pois existe uma grande divergência de posicionamento no tocante à quantidade de ativismo nas decisões judiciais. Por exemplo, para o ministro Barroso (2013) não existe um surto de ativismo no país, já que as leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo são infimas, e conclui:

Por exemplo, no julgamento sobre a possibilidade de se fazer pesquisas com células-tronco embrionárias, o Supremo manteve a lei que foi editada pelo Congresso. Não há um padrão rotineiro de ingerência indevida.

Isto é, já que o STF corrobora com as decisões provenientes do poder legislativo, não existe risco de crise institucional e de legitimidade entre os três poderes. Ademais, uma pesquisa realizada pela professora e jurista, Thamy Pogrebinski, constatou que o STF reforça a vontade majoritária representada no Congresso Nacional, tendo em vista que ele vem confirmando a constitucionalidade das leis e atos normativos em 86,68% das ADIs e ADPF.¹⁸

Por outro lado, não seria correto analisar a quantidade de ativismo apenas pela quantidade de ADIs ou ADPF, principalmente pois o ativismo quando ocorre, não

¹⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

ocorrerá necessariamente somente em decisões do Supremo Tribunal. No mais, poderá ocorrer ativismo nas decisões de juízes de primeira instância, desembargadores de tribunais de justiça, e demais magistrados. Em outras palavras, medir a quantidade de ativismo não é fácil, visto que sempre ocorrerá quando as decisões jurídicas disciplinarem matéria que não foi disciplinada por nenhuma outra norma; ou quando as decisões tratarem de matéria que a priori não deveria ser de competência do judiciário (como as envolvendo políticas públicas que são judicializadas mediante ação popular); e em alguns casos, quando a decisão do magistrado possuir excessos – ou parcialidade, interesse próprio.

Vejamos, o jurista Lenio Streck (2015), entende que:

A judicialização do direito à saúde, por exemplo, passa por poucas ações no Supremo Tribunal Federal (controle concentrado), mas por dezenas de milhares de ações nos fóruns e tribunais da República. Portanto, as ADIs são só a ponta pequeníssima do enorme *iceberg*, podendo induzir ao erro. Um simples mandado de segurança deferido pelo STF em relação ao direito de saúde, por exemplo, determinando que remédios fora da lista do SUS podem ser objeto de determinação judicial já representa — aqui, sim — um contingente de efeitos colaterais no campo da relação ativismo-judicialização (basta acessar ao site do STF para constatar isso). Ou ações como a STA 175-CE.

Isto é, o direito à saúde é matéria de ações propostas diariamente em fóruns e tribunais, e essas decisões podem acarretar ativismo, por exemplo, conceder um tratamento que consuma grande parte do orçamento do município, é um caso de judicialização que acaba em ativismo.

Porém, mais importante do que discutir a quantidade de ativismo, é discutir quando esse ativismo será positivo ou negativo. Como foi analisado, o reconhecimento da união homoafetiva ocorreu via decisão judicial considerada ativista, porém terminou por garantir preceito fundamental como a igualdade. Já quando a decisão ativista possui parcialidade e excessos por parte do magistrado, além de ferir a garantia constitucional da imparcialidade do juiz (CONSTITUIÇÃO, 1988), poderá ser prejudicial para a parte. Como excessos, pode-se citar a venda de sentença para benefício próprio, que fere inclusive, o Código de Ética da Magistratura.¹⁹ Ademais, o ideal é que as decisões judiciais também não causem a

¹⁹ Exemplo de caso concreto: o juiz José Admilson Gomes Pereira, acusado de venda de sentença do Tribunal de Justiça do Pará, foi condenado a aposentadoria compulsória pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O magistrado vai receber salário proporcional ao tempo de contribuição.

interferência de um poder em outro, visto que a tripartição dos três poderes é essencial para o Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que a judicialização é uma tendência crescente; uma consequência do avanço da sociedade e costumes, fazendo com que a população leve novos litígios à justiça, que inclusive podem não terem sido disciplinados em norma alguma. Importante destacar novamente, o maior e mais fácil acesso ao poder judiciário – devido, principalmente, a maior velocidade de informações; e o fato de que o direito à justiça é garantia constitucional, tendo por exemplo, a defensoria pública para garantir o direito daqueles que não possuem condições de pagar as custas processuais.

Desse modo, matérias inclusive políticas, terminam por serem judicializadas – o que de certa forma não deveria ocorrer, já que atualmente existe um certo congestionamento no poder judiciário, devido a grande quantidade de matérias que são propostas diariamente em fóruns e tribunais.

Além do mais, como consequência da judicialização, pode ocorrer o ativismo – a interpretação expansiva da constituição por parte dos magistrados. Importa ressaltar que, a atuação proativa do judiciário pode e deve concretizar direitos – cumprindo com os princípios constitucionais e éticos –, mas ao mesmo tempo, deve ser cautelosa para não exceder sua competência, e também não afetar a competência dos demais poderes.

Em síntese, quando o judiciário é provocado a se manifestar – como na situação da ação popular que versa sobre políticas públicas –, deve com primazia garantir o direito e a necessidade da população, porém, possuindo razoabilidade e o discernimento para respeitar os limites de atuação de cada um dos três poderes; em nome da legitimidade democrática e da capacidade institucional do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional E Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BRASIL. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 6 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2016.

BRASIL. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. 2017.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000
BRASIL. Código de processo civil. 40. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. [s.l.]: Livrario do Advogado, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 25 de Agosto de 2017.

STRECK, Lenio. **O Rubicão e os quatro ovos do condor**: de novo, o que é ativismo? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 28 de Setembro de 2017.

STRECK, L.L. **Compreender Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, passim.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análise jurisprudencial do STF. [S.l.]: Juruá, 2009.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-8. Relator: Ministro Carlos Velloso. 18 de Agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoVellosoInativos.pdf>> Acesso em: 10 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Súmula Vinculante 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 11 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 27 de Maio de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Habeas Corpus 89.837. Relator: Ministro Celso de Mello. 20 de Outubro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC89837ementaCM.pdf>> Acesso em: 13 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. RDA 196/195. Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD. 13 de Outubro de 1999. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. RTJ 140/514. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 de Outubro de 1999. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000050614&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 17 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 de Maio de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 17 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. 31 de Julho de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 113.382. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 25 de Setembro de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2895561>>. Acesso em: 22 de Outubro de 2017.

BRASIL. STF. Jurisprudências. Habeas Corpus nº 82.424. Ministro: Moreira Alves. 17 de Setembro de 2003. Disponível em:

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em: 10 de Outubro de 2017.

Montenegro, M.C. (24 de março de 2014). **Conselho vai julgar magistrado do TJPA acusado de favorecer advogados**. Disponível em: Conselho Nacional de Justiça: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61463-conselho-vai-julgar-magistrado-do-tjpa-acusado-de-favorecimento-a-advogados>>. Acesso em: 01 de Novembro de 2017.

Freire, Tatiane; Ciegliniski, Thaís. (06 de dezembro de 2016). **Tribunais aprovam metas para agilizar tramitação processual**. Disponível em: Conselho Nacional de Justiça: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84145-tribunais-aprovam-metas-para-agilizar-tramitacao-processual>>. Acesso em: 01 de Novembro de 2017.