



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE, FURG**  
**Faculdade de Direito, FaDir**  
**Curso de Direito**

Trabalho de Conclusão de Curso

O ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA:  
UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

Marcelle Avila de Lima

Rio Grande, agosto de 2016.

**MARCELLE AVILA DE LIMA**

**O ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA:  
UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira

RIO GRANDE/RS  
2016

MARCELLE AVILA DE LIMA

O ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA:  
UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - Furg.

Data: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Nota: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Professor Dr. Rafael Fonseca Ferreira (Orientador)

---

Professor(a)

---

Professor(a)

LIMA, Marcelle Avila de.

O ativismo judicial *versus* a judicialização da política: uma questão de democracia constitucional.

53f.

Trabalhos de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande

Bibliografia.

**Dedico este trabalho à minha família, pelo apoio e amor incondicional.**

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço imensamente aos meus pais, por terem sempre prezado pela minha educação e por serem o meu porto seguro. Além disso, por estarem sempre me motivando, sendo o principal motivo da minha batalha diária. Amo muito vocês!

Agradeço também a toda a minha família, a qual sempre acreditou em mim e que torce verdadeiramente pelo meu sucesso. Vocês também fazem parte dessa vitória.

Agradeço de forma muito especial aos amigos que tive o privilégio de conhecer e conviver ao longo da faculdade: Alexia, Bruna, Dioni, Everton, Felipe, Henrique, Livia, Reysla e Ricardo. Apesar de todas as conquistas até aqui alcançadas, vocês são, sem dúvidas, o que de mais importante construí ao longo dessa jornada, tornando-a muito mais prazerosa de ser trilhada. Jamais imaginei que teria colegas tão únicos e especiais, que viriam a se tornar os meus melhores amigos. Torço e espero que nossa amizade ultrapasse os limites dos anos de academia, pois sei que independente dos caminhos que venhamos a trilhar, vocês estarão sempre em meu coração. Obrigada por tudo.

Ainda, aos meus amigos de fora do Direito, pela compreensão nos momentos em que não pude me fazer presente e por também sempre torcerem por mim.

Aos colegas e amigos que conheci nos estágios realizados no Ministério Público do Rio Grande do Sul e no Escritório de Advocacia Pinho, Salum e Possebom, por terem ajudado em minha formação profissional e pessoal.

Por fim, agradeço ao meu orientador, que fez questão de estar presente durante todo o processo de construção deste trabalho, sempre disponível a auxiliar nos momentos de incertezas, me ajudando a construir um trabalho do qual me orgulho.

A vocês, minha eterna gratidão!

*“Como quer que seja, a verdade é que o pobre bacharel limitado aos seus chamados conhecimentos jurídicos sabe menos das necessidades e tendências do mundo moderno, sabe menos a infinitude dos progressos humanos, do que pode ver de céu azul um preso através das grades do calabouço”.*

*Tobias Barreto*

## RESUMO

LIMA, Marcelle Avila de. **O ativismo judicial *versus* a judicialização da política: uma questão de democracia constitucional**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

**Resumo:** O presente trabalho busca realizar a análise de dois fenômenos distintos, porém altamente relacionados, quais sejam, o ativismo judicial e a judicialização da política, bem como as suas respectivas conseqüências à jurisdição democrática. Para tanto, utilizar-se-á, como metodologia de pesquisa, revisão bibliográfica e análise jurisprudencial referentes ao tema. Mostra-se a evolução histórica da judicialização, elucidando que esse é inevitável no atual contexto político, enquanto o ativismo trata-se de um agir e julgar arbitrários dos magistrados. Na sequência, evidencia-se a dissonância doutrinária acerca dos conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. Por fim, demonstra-se de que maneira o ativismo ocorre, realiza-se a análise, também, dos seus principais efeitos na sociedade, denunciando as violações democrático-constitucionais acarretadas pelo ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Judicialização da política; Democracia; Constituição.



## ABSTRACT

LIMA, Marcelle Avila de. **O ativismo judicial *versus* a judicialização da política: uma questão de democracia constitucional.** 2016. Conclusion Work Law Course. Faculty of Law, University of Rio Grande, Rio Grande.

**Abstract:** This study aims to carry out the analysis of two distinct phenomena, but highly related, namely judicial activism and the legalization of politics, as well as their respective consequences for democratic jurisdiction. For this purpose, will be used as research methodology, literature review and jurisprudential analysis on the topic. It shows the historical evolution of legalization, elucidating that this is inevitable in the current political context, while the activism it is an act and judge arbitrary magistrates. Further, it is evident dissonance doctrinaire about the concepts of judicial activism and legalization of politics. Finally, it is demonstrated how activism occurs, performs the analysis also its main effects on society, denouncing the democratic constitutional violations brought about by judicial activism.

**Keywords:** Judicial activism; Legalization of Politics; Democracy; Constitution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. A GÊNESE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>14</b>
1.1 O Constitucionalismo Pós Segunda Guerra Mundial.....	15
1.2 Os Tribunais Constitucionais, as constituições dirigentes e a Constituição Brasileira de 1988.....	18
1.3. Da necessária diferenciação entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial.....	21
<b>2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: FENÔMENOS DISTINTOS. ....</b>	<b>23</b>
2.1 Uma breve análise sobre as divergências doutrinárias.....	23
2.2 Afinal, quais as consequências de uma indefinição entre judicialização e ativismo?.	30
<b>3. O ATIVISMO JUDICIAL, A DISCRICIONARIEDADE E O ENFRAQUECIMENTO DEMOCRÁTICO.....</b>	<b>34</b>
3.1 Da ocorrência do ativismo e do protagonismo judicial.....	34
3.2 Da delegação de cidadania ao Poder Judiciário e os riscos ao Estado Constitucional e Democrático de Direito em razão da carência de ocupação do espaço público.....	42
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um tema de extrema relevância para a jurisdição constitucional contemporânea, contemplando dois fenômenos: a judicialização da política e o ativismo judicial. Muitas vezes desconhecidos, ou mesmo confundidos, o trabalho busca conceituar e diferenciar tais fenômenos, criticando, por fim, o ativismo judicial e suas conseqüências para a democracia brasileira.

A judicialização da política trouxe à baila o aumento contingencial das demandas judiciais, bem como a inserção de lides com temas essencialmente políticos a serem decididos pelo Judiciário. Fruto do constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, tal fenômeno atualmente é inevitável perante a realidade social apresentada. No Brasil, surge em um contexto de transformação não apenas no Poder Judiciário, mas em toda a estrutura política do país, após a queda da ditadura e, em especial, com a promulgação da Constituição Federal em 1988.

À diferença da judicialização, o ativismo judicial não implica somente no aumento da demanda judicial e nas causas de cunhos polêmicos. Consiste em um agir arbitrário dos magistrados no ato de julgar, proferindo decisões de acordo com critérios subjetivos e conflitantes com o ordenamento jurídico e a Constituição Federal.

Abordar-se-á a problemática existente na diferenciação entre esses dois fenômenos que permeiam o judiciário brasileiro, bem como buscar-se-á descobrir se a confusão conceitual na doutrina acerca dos fenômenos dos mesmos afetam a democraticidade da prestação jurisdicional no Brasil pós 1988.

Nesse ínterim, perceber-se-á que é preciso compreender a judicialização da política como fenômeno das constituições democráticas compromissadas com os direitos fundamentais. Contudo, ela também abre espaço para a atuação do ativismo judicial, que traz a tona problemas sérios como a insegurança jurídica e o ato de julgar pelos magistrados conforme suas consciências, com uma série de arbitrariedades. Logo, a delegação ao protagonismo judicial pode afetar drasticamente a construção da democracia e a manutenção do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O objetivo da pesquisa é demonstrar que a ausência de distinção existente entre os fenômenos do ativismo e judicial e da judicialização da política confundem a perspectiva democrática da jurisdição brasileira, analisando o contexto histórico do surgimento desses no

âmbito nacional e internacional, explicando o que cada um desses fenômenos consistem, sob um viés hermenêutico-filosófico, e tecendo a devida crítica sobre o tema.

É preciso entender a importância de realizar a distinção entre a judicialização da política, fenômeno inevitável diante da realidade do sistema brasileiro, e o ativismo judicial, por uma ótica hermenêutica desses fenômenos, para que se possa realizar a denúncia do enfraquecimento do sistema democrático-constitucional acarretado pelo ativismo. Além disso, o tema é relevante e atual, uma vez que, para que se solucionem os problemas originados pelo ativismo judicial, é necessário denunciá-lo e entendê-lo como um agir decisionista dos magistrados, que vêm ocorrendo corriqueiramente no judiciário brasileiro.

Dessa forma, utilizar-se-á a hermenêutica-filosófica encontrada principalmente na obra de Lenio Streck, cujo principal foco é o questionamento. Primeiramente, por meio da técnica de pesquisa indireta, tomando por base obras bibliográficas, será demonstrada a contextualização histórica, as divergências doutrinárias e as críticas aos fenômenos estudados. Ainda, por meio da técnica de pesquisa direta, especificamente a jurisprudencial, explica-se de que maneira o ativismo judicial opera nos Tribunais brasileiros, tecendo, por fim, uma crítica a esse.

O primeiro capítulo apresenta o fenômeno da judicialização da política, revelando as circunstâncias históricas que levaram ao surgimento desse fenômeno, bem como a sua evolução ao longo dos anos até o contexto atual. Ainda, introduz as diferenças existentes entre esse e o ativismo judicial.

No segundo capítulo, há a análise doutrinária do conceito dos fenômenos tratados, demonstrando que a conceituação dos mesmos não é uníssona, posto que frequentemente a judicialização é confundida com o ativismo. Ademais, demonstra as conseqüências acarretadas pela indefinição existente, especialmente no que concerne aos perigos à democracia no âmbito brasileiro.

Por fim, será demonstrado os vários meios em que o ativismo judicial atua e de que maneira ele age, contaminando o Judiciário com discricionariedades e critérios de julgamento essencialmente subjetivos, que acabam por relativizar a própria Constituição. Dessa forma, também será ilustrado que o Judiciário brasileiro passou a ser parâmetro ético e moral da sociedade, quando deveria estar neutro e vinculado ao ordenamento jurídico. Assim, a própria população passa a depositar fé no Poder Judiciário e deixa de exercer um importante ato de

cidadania: a ocupação do espaço público com o controle das decisões judicial. Possibilita, assim, o livre exercício do ativismo judicial.

## 1. A GÊNESE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A expressão judicialização da política surgiu em 1996, especificamente no projeto de C. N. Tate e T. Vallinder<sup>1</sup>, por meio do qual formularam linhas comuns de análise para a pesquisa comparativa do Poder Judiciário em diversos países. Na referida pesquisa, chegou-se à conclusão de que “‘Judicialização da política’ e ‘politização da justiça’ seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.”<sup>2</sup>

A judicialização da política é um fenômeno inexorável e contingencial<sup>3</sup>, uma vez que inevitável perante a realidade social contemporânea, que demanda uma postura presente do Judiciário face às mais variadas lides insurgentes na atualidade e diante da inércia dos demais poderes. Isso resulta na inserção de demandas de caráter altamente político nas esferas judiciais. Segundo Clarissa Tassinari, para chegar-se à definição desse fenômeno é essencial perceber a relação que ele possui com o direito, a política e o judiciário – sem que, necessariamente, a inserção da política no Judiciário acarrete em decisionismos, que, como se verá, é uma característica do ativismo judicial.

Além de definir a judicialização da política como uma questão social, Tassinari afirma que a sua dimensão não depende do desejo ou da vontade do julgador. Ao contrário, a autora afirma que ele é derivado de uma série de fatores alheios à jurisdição – ao menos inicialmente – e que tem início com o aumento do reconhecimento de direitos fundamentais e estende-se à incapacidade do Estado em aplicá-los na prática, resultando na alta demanda de processos judiciais.<sup>4</sup>

Por outro viés, o Ministro Luís Roberto Barroso aduz que

Judicialização significa que algumas 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

---

<sup>1</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. “The Global Expansion of Judicial Power.” New York University Press, 1995.

<sup>2</sup> KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. “Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.” *Lua Nova*. São Paulo: Scielo. n. 57, p. 113-133, 2002.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014. p. 289.

<sup>4</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

e a administração pública em geral. Como intuitivo, 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. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.<sup>5</sup>

A gênese da judicialização da política deve-se a uma série de fatores sociais que resultaram em uma participação mais ativa do Judiciário nos diversos temas que envolvem a sociedade. Dentre aqueles, quatro serão destacados e abordados separadamente para, assim, entender-se sobre esse fenômeno. São eles: o constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, a criação dos Tribunais Constitucionais e a promulgação das Constituições dirigentes, dentre elas, a Constituição Federal Brasileira de 1988.

### **1.1. O Constitucionalismo Pós Segunda Guerra Mundial**

Durante a Segunda Guerra Mundial, que durou entre os anos de 1939 a 1945, inúmeras barbáries foram cometidas sob a égide da legalidade (destacando-se, especialmente, o genocídio dos judeus pelo governo nazista). Os regimes totalitários contavam com a proteção das leis para legitimar seus atos, alegando obediência à legislação.

Por conseqüência, o fim da guerra ocasionou uma verdadeira revolução no âmbito do Direito, uma vez que não era mais aceito que se legitimassem verdadeiras atrocidades como ocorreu durante os anos de conflito. Assim, foi crucial essa mudança de pensamento para densificar a positivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ingressaram no cenário jurídico princípios e ideais basilares como o da democracia, da cidadania e da dignidade, para citar alguns. Dito de outro modo, houve o surgimento de maiores direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Eis que nasce o Estado Constitucional de Direito.

Deste modo, o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados,

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista Consultor Jurídico*. 2008.

configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito.<sup>6</sup>

Na América Latina, esse processo ocorreu mais tardiamente, uma vez que após a Segunda Guerra instalaram-se ditaduras militares, como o golpe de estado na Argentina (1966 – 1983), a ditadura militar de Pinochet no Chile (1973 - 1990), a ditadura cívico-militar<sup>7</sup> uruguaia (1973 – 1985) e a ditadura da Colômbia (1953 – 1957). No território brasileiro, foi estabelecida a ditadura após o golpe militar, em 1964, quando o marechal Castelo Branco tomou o poder do até então Presidente da República, João Goulart.

O regime militar brasileiro durou até 1985, tendo fim com a eleição de Tancredo Neves como Presidente. Porém, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil. Percebe-se, portanto, a importância do Judiciário no processo de redemocratização do país, uma vez que a Constituição foi fundamental nessa passagem.

Ocorre que o Brasil pecou ao importar de outros países uma postura diferenciada, especialmente dos Estados Unidos, sem a devida discussão, avaliação e adaptação ao sistema jurídico brasileiro, ultrapassando, assim, os limites da judicialização da política. Utilizou-se, dessa forma, do sistema norte-americano para legitimar uma postura ativista no Judiciário brasileiro, sem considerar a enorme diferença existente entre esse e o Judiciário dos Estados Unidos.<sup>8</sup>

Com a vigência da nova democracia brasileira, caracterizada, principalmente, pela busca do bem-estar social e pela obediência e concretização dos princípios e garantias fundamentais do ser humano – constantes na Constituição –, houve, como dito, uma revolução social cujos efeitos refletiram de maneira expressiva no Poder Judiciário, especialmente no que se refere ao método de interpretação empregado pelos aplicadores do direito. Essa nova fase do Poder Judiciário brasileiro passou a ser denominada por diversos

---

<sup>6</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23.

<sup>7</sup> Diferentemente das ditaduras instauradas nos demais países da América Latina, a ditadura uruguaia não se iniciou com a tomada do poder por um oficial militar, mas pelo estabelecimento do regime militar por um presidente civil, Juan María Bordaberry, contando com o apoio das forças armadas.

<sup>8</sup> Como é sabido, o judiciário norte-americano adota o sistema da common-law, enquanto no judiciário brasileiro predomina a sistemática da civil-law. Sobre a indevida importação do ativismo judicial norte-americano pelo Brasil, ver: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



autores como a fase do neoconstitucionalismo, cuja principal característica, teoricamente, seria a superação do positivismo-exegético<sup>9</sup>.

Não obstante, Lenio Streck faz uma crítica ao termo neoconstitucionalismo sob o embasamento de que, para o autor, essa expressão é produto, no Brasil, da mencionada recepção acrítica do ativismo judicial norte-americano, da jurisprudência dos valores originário da Alemanha<sup>10</sup> e da teoria da argumentação de Robert Alexy<sup>11</sup>, e acaba por gerar discricionariedade judicial.

Streck, então, a fim de denunciar o ativismo judicial acarretado pelo neoconstitucionalismo, denomina essa revolução político-jurídica de Constitucionalismo Contemporâneo<sup>12</sup>.

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuidade do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca

---

<sup>9</sup> O positivismo-exegético, também chamado de positivismo-legalista, é, segundo Lenio Streck, a primeira forma de positivismo conhecida, a qual consiste na pura subsunção do texto legal. Sobre esse positivismo, Lenio aduz: “A principal característica desse ‘primeiro momento’ do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.” STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a ‘letra da lei é uma atitude positivista? *Revista NEJ*. Santa Catarina. 2010, Vol. 15, n. 1, p.158-173.

<sup>10</sup> A jurisprudência dos valores nasceu em um período pós-guerra na Alemanha, quando vigia uma lei fundamental que não havia sido democraticamente construída. Assim, os tribunais alemães passaram a “recorrer a critérios decisórios que se encontram fora da estrutura rígida da legalidade”. STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba. v. 10, nº 10, p. 2-37, 2011.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed., São Paulo: Landy, 2005. p. 209-211.

<sup>12</sup> Sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, ver: FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)crítica recepção das teses Alexyanas: o lócus da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Rio Grande do Sul. Ano 7, n. 25, 2013. p. 87-114, 2013.

limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.<sup>13</sup>

Assim, o Constitucionalismo Contemporâneo, produto da redemocratização ocorrida em vários países do mundo, inclusive no Brasil, trouxe uma nova maneira de pensar e interpretar o Direito, buscando a sua produção democrática e à luz da Constituição. Portanto, percebe-se que o fim da Segunda Guerra Mundial ocasionou uma mudança crucial na esfera jurídico-política com forte repercussão no Brasil.

## **1.2. Os Tribunais Constitucionais, as constituições dirigentes e a Constituição Brasileira de 1988**

Foram abordados os efeitos jurídico-democráticos do fim da Segunda Guerra Mundial, trazendo a baila o surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo. Outra consequência relevante da redemocratização pós-guerra foi o surgimento dos Tribunais Constitucionais, que foram instaurados primeiramente na Europa, uma vez que, como visto, a constitucionalização chegou mais cedo a este continente.

O Primeiro Tribunal Constitucional Federal teve origem na Alemanha, cuja instalação ocorreu em 1951. Com ele, inaugurou-se “uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.”<sup>14</sup>. O objetivo principal dos Tribunais Constitucionais foi – e ainda deve(ria) ser – o resguardo e a supremacia da Constituição de um país, preservando os direitos e valores positivados por essa.

Assim,

[...] se no contexto da Segunda Guerra Mundial tanto Legislativo como Executivo estavam sob desconfiança, foi pela criação dos Tribunais Constitucionais europeus, em especial o alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que se deu a primeira forma de incorporação desta noção de constitucionalismo democrático. Neste sentido, a situação peculiar

---

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

vivenciada pela Alemanha, de aprovação de uma Lei Fundamental por uma espécie de “assembleia constituinte de emergência”, composta pelos aliados, impulsionou o papel do Tribunal Constitucional, cuja atuação estava direcionada a constitucionalizar a ordem jurídica a partir de um órgão que, à diferença do Conselho Parlamentar que aprovou a Lei Fundamental (hoje Constituição), efetivamente representava o povo alemão.<sup>15</sup>

No Brasil, a instituição de um Tribunal Constitucional ocorreu a partir da promulgação da Carta Magna de 1988. Apesar de não ter surgido com a referida Constituição<sup>16</sup>, foi com o seu advento que o Supremo Tribunal Federal passou a participar amplamente na vida pública brasileira, “ganhando mais visibilidade e importância política e social e se transformando em ator central do nosso sistema de governo”<sup>17</sup>, passando a ter, verdadeiramente, status de Tribunal Constitucional com a competência de guarda da Constituição.

Ademais, importa destacar, mais uma vez, que a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 foi um marco histórico, político e jurídico muito significativo em nosso país. Por apresentar um grande número de objetivos – especialmente os princípios fundamentais – a serem perseguidos pela sociedade, caracteriza-se como uma Constituição Dirigente<sup>18</sup>.

Até meados do Século XIX a Constituição de um Estado consistia em documento essencialmente político, onde era traçada a organização do governo. Contudo, com o advento do constitucionalismo pós-guerra, essa forma de ser das Constituições foi se alterando, inicialmente na Alemanha e, após, na Itália Portugal e Espanha.<sup>19</sup> Dessa forma, passou a ser reconhecida uma força normativa da Constituição<sup>20</sup> e a configuração de sua supremacia não mais meramente formal, mas também material.

Segundo o criador da expressão, Konrad Hesse,

---

<sup>15</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

<sup>16</sup> O Supremo Tribunal Federal teve sua primeira previsão legal no ano de 1890, através do Decreto nº 510. Outrossim, a primeira Constituição a dedicar alguns artigos ao STF foi a promulgada no ano de 1891. Informações extraídas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal federal: <<http://stf.jus.br/portal>>. Acesso em 12 de junho de 2016.

<sup>17</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>18</sup> Sobre Constituição dirigente ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>20</sup> O conceito é de Konrad Hesse, que trata do assunto em sua obra “A força normativa da constituição”: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Menezes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).<sup>21</sup>

Isto posto, é inegável a revolução jurídico-política acarretada pela Constituição de 1988. Ela positivou direitos humanos fundamentais, ampliou significativamente o acesso à justiça e trouxe um efetivo e relevante controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Enfim, a Carta Política não apenas transformou a realidade social, como o próprio direito constitucional, que passou a ter maior ênfase.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto.<sup>22</sup>

Em suma, o Judiciário, através da vigente Constituição, passou a exercer um papel mais significativo na sociedade brasileira, especialmente se comparado ao papel delegado pelas Constituições e regimes governamentais anteriores. Isso possibilitou que o Poder Judiciário passasse a atuar não apenas em matérias exclusivamente jurídicas, mas também em questões políticas de alta relevância social.

---

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Menezes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 7.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

### 1.3. Da necessária diferenciação entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial

Os fatos históricos apontados até então levaram ao surgimento da judicialização da política. Nota-se, pelo exposto, que a eclosão desse fenômeno no contexto social brasileiro foi inevitável frente à nova realidade jurídico-política, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que essa trouxe uma gama de direitos fundamentais e diretrizes muito abrangente, obrigando que o Judiciário intervenha na busca da concretização dos ideais constitucionais.

Nessa senda, a judicialização da política apresenta-se essencialmente como

*uma questão social.* A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas.<sup>23</sup>

Ocorre que, infelizmente, há uma grande gama doutrinária que costuma confundir o conceito de judicialização da política com o de ativismo judicial. Mas por qual motivo, afinal, a diferenciação desses dois fenômenos é tão crucial? Simples: porque a confusão feita entre eles pode afetar drasticamente a jurisdição constitucional e, conseqüentemente, a democracia brasileira, uma vez o ativismo judicial legitima o protagonismo judicial, como se verá.

Em contrapartida, é possível encontrar na doutrina brasileira autores como Lenio Streck que, além de apontar as diferenças entre estes dois conceitos, tece a devida crítica ao decisionismo acarretado pelo ativismo judicial:

Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, *defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição.*<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

Percebe-se, dessa forma, que a judicialização da política é uma consequência do Constitucionalismo Contemporâneo, sendo um fenômeno inevitável em tempos atuais, onde demandas com alto teor político invadem o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal quando se trata do Brasil. Já o ativismo judicial pode ser compreendido como um excesso de poder utilizado pelos julgadores que, ao prolatarem suas decisões, vão além dos limites impostos pelas normas constitucionais, agindo de maneira discricionária e arbitrária.

Apesar da grande demanda judicial de matérias de cunho político, o papel do Poder Judiciário não é a escolha discricionária de valores a serem perseguidos pela sociedade, decidindo de forma política, mas sim o efetivo cumprimento das diretrizes e valores resguardados pela Constituição. Assim, a partir do momento em que ocorre a arbitrariedade dos juízes, fazendo com que esses julguem de acordo com critérios subjetivos e que ultrapassam os limites constitucionais, ocorre o fenômeno chamado de ativismo judicial.

Por conseguinte, evidentemente, o ativismo judicial é extremamente prejudicial para a democracia do Estado Constitucional, uma vez que fragiliza a autonomia do direito.

Desse modo, é fundamental entender que a judicialização da política e o ativismo judicial consistem em fenômenos distintos, pois aquele é inerente à atual sociedade e liga-se não apenas ao campo do direito, mas também ao social e político, já esse – o ativismo – concentra-se na esfera do Poder Judiciário, enquanto produto dos chamados operadores do direito. Necessário, então, que além de diferenciá-los, se realize a devida crítica ao fenômeno do ativismo judicial, buscando resguardar a autonomia do direito, combater a discricionariedade existente no Judiciário e, conseqüentemente, preservar o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

## 2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: FENÔMENOS DISTINTOS

### 2.1. Uma breve análise sobre as divergências doutrinárias

Não raramente, encontra-se na doutrina brasileira diversos autores que ignoram a distinção que há entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Seja porque desconsideram a existência de algum desses fenômenos ou porque fazem confusão quanto à conceituação dos mesmos, o fato é que, infelizmente, muitos autores despidos de conhecimento crítico acabam por usurpar a complexidade do que é, na verdade, um problema que assola o âmbito do direito brasileiro: o ativismo judicial.

Há, especialmente, uma tendência na doutrina a conceituar o ativismo judicial como se fosse judicialização da política. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, por exemplo, apesar de seu inegável conhecimento na área de direito constitucional, afirma que “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>25</sup>. Percebe-se que o autor mistura os conceitos de ativismo e judicialização, uma vez que o simples fato de haver maior participação do judiciário em demandas sociais com a finalidade de efetivar princípios constitucionais está englobado no fenômeno da judicialização da política.

Na verdade, ao realizar uma conceituação rasa do que é ativismo judicial o autor acaba por defendê-lo. Segundo ele, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>26</sup>. Não obstante, legítima uma atitude solipsista<sup>27</sup> dos juristas, alegando ser possível escolher, dentre um leque de opções subjetivas, a melhor forma de se interpretar uma Constituição e, ainda, defendendo a possibilidade de ampliação de sentido e alcance do que está na Carta Magna, indo diretamente de encontro com os princípios de um regime democrático.

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. 2008.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Solipsismo judicial é o termo utilizado para caracterizar o ato subjetivo de julgar dos magistrados. Dentre os autores que fazem uso da expressão, destaca-se Lenio Streck.

Nesse ínterim, sobre a interpretação da Constituição, em contraponto, Lenio Streck aduz que

é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou de que “o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade de este – o intérprete – “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”.<sup>28</sup>

Streck, na defesa do Estado Democrático de Direito critica essa postura proativa defendida por Barroso, afirmando haver apenas uma resposta constitucionalmente correta para cada caso legal, possibilitando, assim, a contenção do ativismo judicial em nossos juízos e tribunais, que cada vez mais apresentam decisões divergentes para casos idênticos.

Ainda, Barroso admite que uma das formas de manifestação de uma postura ativista consiste na “aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”<sup>29</sup>. Nota-se, então, que o autor admite que, indiretamente, o jurista assumo o papel do legislador, dando-lhe, assim, poderes que não lhe são inerente. Dessa forma, possibilita-se a atuação arbitrária dos magistrados de nosso país.

Similar é o que se encontra na obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao enfatizar que

Comum a todos os exemplos de cortes ativistas [...] e às suas diversas formas de manifestação de ativismo judicial, está sempre o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles. O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. 2008.

<sup>30</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 131-132.



Campos, ainda, demonstra claramente sua defesa ao ativismo judicial ao expor que a “ascensão do ativismo judicial do Supremo tornou-se, sem dúvida, parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo”<sup>31</sup>. O autor afirma que o STF “elevou o padrão de interação” com os demais Poderes – Legislativo e Executivo – uma vez que de “mero coadjuvante” passou a ser “participante ativo na formulação de políticas públicas”<sup>32</sup>.

É notório que, com o advento de uma Constituição Dirigente, como se viu, o Judiciário passa a atuar de maneira mais representativa em questões essencialmente políticas, sendo essa uma característica da judicialização da política. Entretanto, ao permitir que os julgadores tenham a liberdade de proferir decisões que adentrem a competência exclusiva de outros poderes que não o Judiciário, eivadas de subjetivismos<sup>33</sup>, passa-se a tratar de uma questão de ativismo judicial, que ultrapassa os limites constitucionais. A judicialização da política não deve ser uma oportunidade para que os juízes ampliem seu poder e pratiquem o ativismo judicial.

Defender o ativismo significa admitir que o Judiciário invada o espaço de competência dos poderes Legislativo e Executivo. É reconhecer, portanto, a postura decisionista e arbitrária dos magistrados, legitimando que esses extrapolem os limites constitucionalmente positivados ao justificar que os juízes passem a legislar e participar da criação de políticas públicas – competências do Legislativo e do Executivo. Tal fato acarreta uma insegurança jurídica desmedida, visto que passa por cima da tripartição de poderes constituída e assegurada como cláusula pétrea no artigo 60 da Constituição Brasileira.<sup>34</sup>

O ativismo judicial, por esse prisma, deveria ser coibido, na medida em que permite aos magistrados adotar iniciativas que são de competência exclusiva do Poder Legislativo e até mesmo do Poder Executivo. O ideal montesquiano de separação dos poderes prevê a necessidade de independência, exatamente para permitir um maior equilíbrio na manutenção

---

<sup>31</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 25.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Subjetivismo, no conceito de Streck, é a “tomada de decisão fundamentada na consciência do sujeito/intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. Compreender direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

<sup>34</sup> Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes; . BRASIL. Constituição (1988). BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 46.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

do Estado, viabilizando a adoção de estratégias diferenciadas e especiais para cada órgão que compõe a máquina estatal.<sup>35</sup>

Atenta-se, nesse sentido, que a transferência da responsabilidade dos ocupantes de cargos legislativos e executivos aos do Judiciário também é, muitas vezes, uma estratégia daqueles. Isto porque, como sabido, os membros dos Poderes Legislativo e Executivo são os chamados integrantes de cargos essencialmente políticos e, por conseqüência, são eleitos democraticamente pelo povo, devendo exercer seu papel de representantes da população. Ocorre que, ao passo que transferem decisões de sua competência ao Poder Judiciário, os políticos isentam-se de tomar posição frente a questões altamente polêmicas – como, por exemplo, o aborto, a legalização de drogas, o casamento entre homossexuais, dentre outros casos que dividem a opinião da população brasileira – assegurando, dessa forma, seu eleitorado, uma vez que não contrariam nenhuma parcela do povo, tanto os que seriam contra como os que seriam a favor de determinada questão, garantindo que não corram o risco de perder o voto de ambos.

Apesar de defender o ativismo, Campos observa que esta delegação de poderes ao Judiciário acarreta em ativismo judicial, e como este pode desenvolver-se a partir da judicialização da política:

A perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – *o espaço nobre do ativismo judicial* – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo.<sup>36</sup>

Nessa senda, já denuncia Streck que “a discricionariedade deferida para o juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma *política judiciária*, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine a ‘lei do caso’, a pretexto do dever de julgamento que a própria

---

<sup>35</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista X juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 295.

<sup>36</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 133.

ordem requer”<sup>37</sup>. Outrossim, Montesquieu, no clássico “Do Espírito das Leis” publicado em 1748 já afirmava que “se (o judiciário) estiver ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”<sup>38</sup>.

O que deve fazer o juiz, então, quando se depara diante de um caso em que não consegue encontrar uma resposta dentro do ordenamento jurídico? Certamente não deve usar de sua criatividade e subjetividade para solucionar a lide, decidindo conforme sua consciência<sup>39</sup>. Explicita-se, então, como deve agir o magistrado nessas hipóteses:

Quando não for possível encontrar uma resposta no “quadro” da ordem jurídica vigente, ou seja, quando o juiz não puder tecer considerações jurídicas para solucionar um caso concreto ou quando tiver de lidar com questões de oportunidade e conveniência ou se a questão demandar uma regulamentação pormenorizada que só o legislador pode encontrar, não terá legitimidade para decidir, devendo deixar a questão a ser equacionada pelo legislador;<sup>40</sup>

E ainda:

O limite do desenvolvimento judicial do direito radica aí onde a resolução exigida já não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a pontos de vista de oportunidade. Encontrá-la é, no Estado democrático, em princípio, matéria do legislador. Os tribunais carecem de competência para promover a conformação.<sup>41</sup>

Outrossim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo também já manifestou sua opinião sobre o ativismo judicial ao alegar que “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional [...]”<sup>42</sup>. O Ministro defende o ativismo judicial em prol da

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 514.

<sup>38</sup> MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 156-157.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência? 4ª Edição. Livraria do Advogado. 2013.

<sup>40</sup> MELLO, Alessandra Lopes Santada de. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 55

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar. Discurso de posse no Supremo Tribunal Federal. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=noticiaArtigoDiscurso>> Acesso em: 17 mai. 2016.

“necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”<sup>43</sup>

Ademais, Celso de Melo aduz que o protagonismo judicial presente em nossos tribunais “deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional”<sup>44</sup>. Porém, fica o seguinte questionamento ao pensamento do respeitado jurista: como seria possível conservar a Constituição por meio de decisões eivadas de subjetivismos e decisionismos dos julgadores, as quais contrariam o próprio texto da Carta Magna? Parece ser, no mínimo, contraditório acreditar nessa hipótese.

Em contraponto, há na doutrina brasileira e estrangeira autores como Ronald Dworkin, Elival da Silva Ramos, Lenio Streck e Clarissa Tassinari, que tecem uma crítica ao ativismo judicial, denunciando seu caráter arbitrário e decisionista. Nesses autores – e não apenas os aqui citados, como vários que denunciam o ativismo judicial – encontramos a censura a este fenômeno que enfraquece a democracia e faz com que o Judiciário torne-se discricionário.

Segundo o entendimento crítico de tais autores, o ativismo deve ser combatido, pois afeta diretamente o Estado Democrático de Direito do nosso país. Isso porque

[...] a transposição dos marcos que asseguram a tipicidade da função jurisdicional se faz com evidente prejuízo à construção conceitual do Estado de Direito, requisito para a existência de um sistema político democrático, sem o qual, por seu turno, se faz impossível o pleno atendimento às exigências da dignidade humana.<sup>45</sup>

Ronald Dworkin, famoso filósofo do direito norte-americano, apesar de ter trabalhado com uma realidade jurídica que em muito difere da brasileira, também criticava o ativismo judicial, especialmente pela violação à Constituição de um país.

[...] Um juiz ativista ignora 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 o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integralidade

---

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar. Discurso de posse no Supremo Tribunal Federal. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=noticiaArtigoDiscurso>> Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.<sup>46</sup>

Tal crítica pode ser facilmente aplicada ao direito brasileiro. Conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, a Constituição Federal de 1988, democraticamente promulgada, dá início a um novo marco na história política do Brasil, fazendo surgir o que denominamos por Constitucionalismo Contemporâneo, assegurando diversos direitos individuais e coletivos fundamentais aos cidadãos. Dessa forma, seria uma incoerência absurda permitir-se que a Carta Magna seja violada e desrespeitada.

Streck entende o ativismo judicial como a vulgata da judicialização, em outras palavras, sua versão “vulgarmente” simplificada – e deturpada, por assim dizer. O autor ainda indica ser a doutrina a responsável pelo fenômeno da judicialização da política, posto que essa se acomodou em um senso comum teórico, deixando, assim, de efetivamente doutrinar. Para visualizar tal fato basta realizar-se uma pesquisa sobre os atuais livros jurídicos mais vendidos, os quais buscam “simplificar” e “esquematizar” o direito, tratando-o de maneira rasa ao invés de trazerem análises críticas e aprofundadas do mundo jurídico em que vivemos, as quais possibilitariam diagnosticar e, quiçá, solucionar os problemas enfrentados no judiciário.

Efetivamente, o Tribunal Constitucional sempre faz política. E isso é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões. Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial. Democracia, neste caso, quer dizer controle das decisões. Democracia quer dizer accountability. E isso implica a presença de uma doutrina que doutrine. E que produza “constrangimentos epistemológicos”, para “censurar” as decisões do Judiciário que sejam feitas por políticas e não por princípios.<sup>47</sup>

Para Tassinari, a problemática envolvendo o ativismo judicial no Brasil deve-se ao fato de que “aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma

---

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014. p. 122.

(indispensável) problematização (isto é, por um *rigoroso debate acadêmico*)<sup>48</sup> Ademais, mister considerar-se que o sistema jurídico norte-americano (*common law*) tem características muito distintas do sistema jurídico brasileiro (*civil law*), o que justifica que a simples e pura importação do ativismo dos Estados Unidos não seria adequada para o contexto nacional. Ao fim e a cabo, “acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade”<sup>49</sup>.

## 2.2. Afinal, quais as conseqüências de uma indefinição entre judicialização e ativismo?

Como apontado, há grande divergência doutrinária quanto aos fenômenos jurisdicionais da judicialização da política e do ativismo judicial. A conceituação desses não é uníssona entre os diversos autores que tratam do assunto, uma vez que, enquanto alguns criticam o ativismo judicial, diferenciando-o da judicialização, muitos ainda defendem o ativismo como necessário em nosso sistema jurídico e institucional.

É essencial realizar a devida distinção dos fenômenos apresentados, pois a indefinição e confusão comumente feita entre eles é um eminente perigo à jurisdição brasileira. Isso porque não existe a distinção entre o bom ou mau ativismo judicial.

De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico* e não como mero positivismo estrito ou subsunção ao fato ao texto normativo.<sup>50</sup>

Assim, aqueles que por ventura realizam tal divisão do ativismo judicial e defendem aquilo que erroneamente conceituam como “o bom ativismo”, acabam entrando em um

<sup>48</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> JUNIOR, Nelson Nery, ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 528

verdadeiro paradoxo. Ou se está defendendo o ativismo judicial como fenômeno decisionista que é, ou se está confundindo o ativismo com coisa distinta – na maioria dos casos, com a judicialização da política.

Por haver múltiplas conceituações sobre o que é o ativismo judicial e judicialização da política, estes acabam, como já exposto, sendo muitas vezes confundidos. O uso do termo ativismo judicial vem sendo empregado com “verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado”.<sup>51</sup>

É possível citar, a título de exemplo, o texto de Alessandra Lopes Santana de Mello. Em seu artigo, a autora busca diferenciar o ativismo judicial e o decisionismo judicial, criticando este e defendendo aquele. Ocorre que Alessandra confunde ativismo com judicialização, o que é possível perceber através da conceituação que lhe atribui:

Por ativismo judicial, devemos entender tão somente o esforço do Poder Judiciário em materializar, no plano concreto, os princípios e regras constitucionais, sobretudo os direitos e garantias individuais, transformando-os em realidade. [...] Também não incorrerá em abusos quando for chamado a decidir questões de larga repercussão política e social. Cumpre lembrar que, desde a promulgação da Constituição de 1988, responsável pela democratização do país e constitucionalização abrangente, inúmeras matérias, até então deixadas ao critério do processo político majoritário e sua legislação, tornaram-se passíveis de apreciação judicial.<sup>52</sup>

É cristalino que ao falar de ativismo judicial a autora está, na verdade, referindo-se à judicialização da política, o que é possível perceber através da conceituação que faz do fenômeno. Além disso, jamais seria possível diferenciar o ativismo do decisionismo judicial, visto que ambos tratam-se de um agir arbitrário dos magistrados. Apesar disso, a autora faz uma belíssima crítica ao decisionismo judicial – que poderia ser direcionada, da mesma forma, ao ativismo judicial.

A confusão entre os fenômenos ocorre, por muitas vezes, pelo desconhecimento do que é a judicialização da política e, como a autora acima, acaba-se por utilizar o termo

---

<sup>51</sup> JUNIOR, Nelson Nery, ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 527.

<sup>52</sup> MELLO, Alessandra Lopes Santana de. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 50

ativismo judicial equivocadamente. Ran Hirschl já denunciava que a judicialização da política é pouco estudada e frequentemente confundida com o ativismo judicial<sup>53</sup>.

Nessa senda é que reside a importância da devida diferenciação dos dois fenômenos. É preciso estar clara a conceituação de cada um deles para que se evite a defesa equivocada do ativismo judicial, já que este é um perigo iminente à segurança jurídica e, por conseguinte, à jurisdição constitucional brasileira.

Ainda, é preciso atentar-se ao fato de que a judicialização da política pode ser usada como porta de entrada do ativismo judicial, dado que esse encontra, na judicialização, oportunidade adequada para desenvolvimento. É necessário estar alerta para a tênue diferença entre estes fenômenos, a fim de que se não se permita que decisões arbitrárias e temerosas, com menos fundamentos jurídicos e mais fundamentos subjetivos, passem despercebidas, disfarçadas de judicialização da política.

Lenio aponta a necessidade de um efetivo controle das decisões judiciais, justamente porque foi a falta desse controle que permitiu que se impregnasse e se perpetuasse o ativismo judicial no direito brasileiro.

A Constituição brasileira contém um leque de direitos fundamentais-sociais inexistentes em outras Constituições (registre-se que a Lei Fundamental alemã, tão decantada, não possui catálogo de direitos sociais). Consequentemente, a judicialização se tornou inexorável (o problema, na verdade, foi a confusão feita em terrae brasilis entre judicialização, que é contingente, e ativismo, que é uma forma antidemocrática de substituição de juízos morais, políticos e econômicos – que devem ser feitos pelos Poderes Executivo e Legislativo – pelos do Judiciário). Mas, insisto: se a judicialização é inevitável – e a história recente do Brasil aponta para esta realidade -, foi pela falta de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais que esta, a judicialização, foi transformada na vulgata do ativismo.<sup>54</sup>

Assim, a relevância da devida diferenciação entre os fenômenos reflete diretamente na necessidade de que se exerça um efetivo controle das decisões judiciais. Não se pode permitir, repisa-se, que a judicialização da política acabe evoluindo para o ativismo judicial, e apenas é possível identificar que tal fato ocorreu se houver o devido conhecimento sobre o que consiste cada fenômeno. Se a judicialização é inevitável perante o contexto jurídico atual, por sua vez,

---

<sup>53</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 251, 2009. p. 139-178.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014. p. 121.



o ativismo judicial é um fenômeno que deve ser constantemente evitado e combatido, em defesa ao Estado Constitucional de Direito.

E qual o parâmetro para identificação do momento em que a judicialização transforma-se em ativismo? O respeito à Constituição, pois “o que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião”<sup>55</sup>.

Nessa linha de pensamento, Streck afirma que

[...] essa nova postura da justiça constitucional (concebida como judicialização da política) não pode representar uma perda ou ruptura na legitimidade no âmbito das relações entre os poderes do Estado. Entre “substâncias” e “procedimentos”, em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na defesa do ativismo judicial. E qual é o limite desse espaço? A Constituição e a força normativa de seu texto.<sup>56</sup>

Portanto, percebe-se a diferença – e a sua importância – existente entre a judicialização da política e do ativismo judicial. Para isso, é extremamente relevante que a doutrina busque corretamente analisar e distinguir tais fenômenos, utilizando, para tal fim, da hermenêutica jurídica proposta por Lenio Streck, aprofundando seus estudos e tecendo as críticas devidas, ao invés de produzir compilados simplificados e esquematizados de um mundo tão rico e complexo como é o mundo do Direito.

Crucial, outrossim, que se tenha bem definido o limite da judicialização, a fim de se identificar e denunciar quando tal fenômeno é utilizado como abertura para o solipsismo, decisionismo e arbitrariedades inerentes ao ativismo judicial. Somente assim, será possível proteger e aprimorar a democracia brasileira – outrora tão distante e almejada.

---

<sup>55</sup> JUNIOR, Nelson Nery, ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 530.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014. p. 178.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL, A DISCRICIONARIEDADE E O ENFRAQUECIMENTO DEMOCRÁTICO

#### 3.1. Da ocorrência do ativismo e do protagonismo judicial

Percebeu-se, até aqui, a necessidade de um efetivo combate ao ativismo judicial, isto porque tal fenômeno enfraquece a democracia, sendo um verdadeiro risco à manutenção do Estado Constitucional Brasileiro. Infelizmente, são várias as ocasiões em que o ativismo atua no Poder Judiciário do nosso País e neste capítulo buscar-se-á denunciar de que maneira ele vem ocorrendo, demonstrando como esse fenômeno afeta a democracia do nosso País.

Quanto à sua ocorrência, Nelson Nery Júnior e Georges Abboud citam alguns casos específicos de uma atuação ativista:

No Brasil, o ativismo – entendido como o desapego à legalidade vigente a pretexto de fazer prevalecer a justiça da decisão – pode ser visualizado em diversas manifestações doutrinário-forenses, tais como: relativização [*rectius*: “desconsideração] da coisa julgada; atribuição de efeito vinculante para decisões e súmulas inconstitucionais; *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade que, ontologicamente, é subjetivo; a ideia de que o destinatário da prova é o juiz e não o processo; a possibilidade de realizar motivação concisa limitando-se o órgão julgador a enumerar uma série de ementas de supostos casos paradigmas ou simples referência a enunciado de súmula vinculante; a alegação de mutação constitucional contra texto expresso da Constituição; a substituição, pelo Judiciário, da função constitucional legislativa, dentre outros.

O controle de constitucionalidade também é citado por alguns autores, como Elival da Silva Ramos<sup>57</sup> como a principal causa do ativismo judicial, visto que, por meio desse, juízes singulares e desembargadores – no caso do controle difuso – e ministros do Supremo – no caso do controle concentrado – realizam a fiscalização dos atos dos demais Poderes, podendo, caso sejam contrários à Carta Magna, declarar a sua inconstitucionalidade. Entretanto,

---

<sup>57</sup> “Observa-se da literatura dedicada à temática do ativismo judicial em sentido amplo, vale dizer, à tensão entre os Poderes provocada pelo desempenho da função jurisdicional, que com grande frequência se associa o fenômeno ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como da omissão legislativa. Não é difícil entender porque isso ocorre. A censura imposta por Cortes Constitucionais aos atos legislativos é algo extremamente delicado no contexto das relações entre os Poderes, em face do caráter redentor assumido pela lei na esteira das revoluções que puseram fim ao absolutismo monárquico.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

explicita Vanice Valle, que o controle de constitucionalidade não é necessariamente, uma forma de ativismo judicial:

[...] 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 [...]<sup>58</sup>

Clarissa Tassinari expõe que a única discussão a ser feita quanto ao controle de constitucionalidade deve ser quanto à maneira em que ele ocorre, haja vista ter sido criado e positivado pela Constituição Federal vigente. Nesse viés, aduz que o controle de constitucionalidade é legítimo se utilizado com o fim de concretizar o texto constitucional, porém, não é legítimo que, a partir desse controle, o juiz faça aquilo que lhe diz sua consciência, causando desvirtuamento da Constituição<sup>59</sup>.

Garapon afirma que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”<sup>60</sup>. Nesse ínterim, destaca-se que, muitas vezes, o juiz não percebe o próprio ativismo. Explica-se: o magistrado, acreditando ter o poder de fazer justiça com as próprias mãos – o que não é raro – exara uma decisão judicial que vai de encontro com determinado texto legal, por acreditar ser mais justo ao caso concreto que se deixe de aplicar a lei. O que passa despercebido nesses casos é a insegurança jurídica que isso acarreta.

O juiz não pode aplicar a lei apenas quando lhe convém, deixando de lhe empregar quando for do seu interesse ou de acordo com critérios pessoais. De acordo com Streck<sup>61</sup>, a lei só pode deixar de ser aplicada em seis casos, sendo configurado ativismo social se o juiz deixar de usar a legislação em ocasiões diversas.

O primeiro caso em que uma lei pode deixar de ser utilizada, segundo o autor, é quando ela for inconstitucional. Assim, ao deixar de aplicar a lei, o juiz está fazendo controle

<sup>58</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21-22.

<sup>59</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

<sup>60</sup> GARAPON, Antonie. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista. *Revista NEJ – Eletônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173. 2010.

difuso de constitucionalidade ou, se for o caso, haverá controle concentrado de constitucionalidade se a lei for declarada inconstitucional. Já a segunda hipótese ocorre “quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes”<sup>62</sup>.

Ainda, a terceira circunstância dá-se quando há interpretação de acordo com o texto constitucional, quando o juiz não alterará a lei, mas somará à legislação certo sentido, a fim de que o artigo em questão entre em conformidade com a Constituição. Quando houver a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto, também será uma hipótese, pois apesar de permanecer o texto legal em sua literalidade, ele deixará de ser aplicado em determinadas situações, por inconstitucionalidade. Nesse, ao contrário do caso anterior, será abduzido sentido da lei.

A quinta possibilidade ocorre quando houver declaração de inconstitucionalidade com redução do texto. Por último, a lei poderá deixar de ser aplicada quando houver a necessidade de aplicar-se um princípio em detrimento ao texto legal. Contudo, cabe ressaltar, que princípios aqui não significam “standards retóricos ou enunciados performativos”<sup>63</sup> como aqueles mencionados anteriormente como coadjuvantes do ativismo judicial, à exemplo do princípio da confiança no juiz natural. Aqui, trata-se dos princípios basilares do direito, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da separação dos poderes.

A obrigação ao texto legal é corriqueiramente criticada por remeter ao positivismo exegético primitivo. Entretanto, aplicar a lei é um ato de democracia e respeito ao grau de autonomia que o Direito deve ter, inviolável por arbitrariedades de seus aplicadores. Ademais, é também um ato de democracia, uma vez que é o povo que elege os representantes que irão redigi-la – ao contrário dos magistrados, que ingressam por meio de concursos públicos – sendo assim, ela é democraticamente constituída e deve ser respeitada.

[...] o magistrado, a julgar com a força das próprias convicções, desprestigia e ignora o nosso sistema jurídico (*civil law*) e, por tal razão, traz instabilidade e insegurança aos jurisdicionados. Como é cediço, os julgamentos são feitos caso a caso. Dessa forma, o juiz não somente cria jurisprudência atípica, mas se imiscui em atribuição que muitas vezes

---

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista. *Revista NEJ – Eletônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173. 2010. p. 171.

<sup>63</sup> *Ibid*, p. 172.

deveria ser conferida ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo. Ocorre ativismo judicial, também, quando o magistrado desconsidera a existência de jurisprudência consolidada sobre determinado assunto e, de forma totalmente injustificável, deixa de aplicar os precedentes judiciais, em desprestígio aos tribunais superiores. Da mesma forma que desrespeita os precedentes judiciais, ignora a existência de determinada norma, deixando de aplicá-la por considerá-la injusta. Ao deixar de aplicar determinada norma, o juiz ativista fomenta a insegurança jurídica entre os jurisdicionados.<sup>64</sup>

De mais a mais, além do prejuízo à democracia, insta destacar de forma específica que o ativismo judicial afeta também a autonomia necessária no Direito. Os juízes e desembargadores ao prolatarem suas decisões passam a considerar mais os critérios econômicos e sociais, em detrimento do ordenamento jurídico.

Qual, então, a relação entre a defesa da *autonomia do Direito* e o ativismo judicial? Ocorre que o ativismo se manifesta pela existência destes “predadores”. Ou seja, sempre que a fundamentação da decisão exprimir um critério de Economia, de Moral ou de Política, isto é, não jurídico, estar-se-á diante de um ativismo judicial. E é por isso que, em face destas posturas teóricas que, ao apostar no poder dos juízes, sobrepõem o Direito a interferências de outras esferas, que resgatar a autonomia do Direito se apresenta como um desafio.<sup>65</sup>

Um método comumente utilizado, atualmente, para interpretação e aplicação extensiva e ativista da Constituição é o uso desmedido de princípios – que muitas vezes não existem, a não ser no imaginário daqueles que os utilizam. Dessa maneira, acabou-se criando uma espécie de “usina de produção de princípios”<sup>66</sup>, de onde os juristas escolhem os que lhe convêm para o caso em específico e fazem uso para justificar decisões arbitrárias e solipsistas,

[...] princípios inicialmente imaginados como um meio para a expansão lógica e coerente de um ordenamento jurídico, pelas suas próprias características normativas, promovem a expansão axiológica do Direito. Propiciam, assim, a interpretação extensiva e criam, por isso mesmo, incertezas normativas.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista X juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013. p. 298.

<sup>65</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 80.

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014. p. 19.

<sup>67</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

Os julgadores utilizam-se de crescente emprego de princípios para julgar segundo critérios subjetivos individuais, escolhendo a alternativa que mais lhe pareçam conveniente. Assim, enquanto o direito se transforma em uma ferramenta cada vez mais discricionária, a democracia do país retroage.

Cita-se, como mero exemplo dentre um grandioso número de casos, duas decisões judiciais julgando o remédio constitucional Habeas Corpus, cuja fundamentação deu-se em nome do alegado “princípio da confiança no juiz natural”.

HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO - PRISÃO PREVENTIVA - ELEMENTOS PESSOAIS NÃO FAVORÁVEIS - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA - ORDEM DENEGADA. 1. Presentes os pressupostos da prisão preventiva em garantia da ordem pública, quando converge em desfavor do Paciente condições pessoais desfavoráveis, exsurge a necessidade da segregação cautelar, em homenagem, inclusive, no princípio da confiança no juiz da causa. 2. **Com base no Princípio da Confiança no Juiz Natural, o magistrado singular possui meios de convicção mais seguros para avaliar a necessidade da constrição, em virtude da proximidade das partes, dos fatos e das provas.** (TJ-AM - Homicídio Qualificado: 40051126920158040000 AM 4005112-69.2015.8.04.0000, Relator: Djalma Martins da Costa, Data de Julgamento: 25/01/2016, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/01/2016)<sup>68</sup>

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO DO PACIENTE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME DE GRAVE REPERCUSSÃO SOCIAL. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ NATURAL. 1. Admite-se o habeas corpus sob o fundamento de inocência somente nas hipóteses em que a não participação na prática delitiva ou a ausência de culpabilidade reste demonstrado de modo incontestável, incontroverso ou evidente diante da prova colhida. 2. Se nos grandes aglomerados urbanos o assassinato de uma pessoa traz, invariavelmente, uma inquietação social, numa cidade de porte pequeno do interior do Estado a perturbação social se exacerba, notadamente quando o paciente é acusado de ter assassinado a vítima, uma menor, para livrar-se da pressão de ter que assumir um caso amoroso. 3. É ônus do réu trazer as provas pré-constituídas que afastem a presunção de legalidade do ato restritivo da sua liberdade. **A minguada de prova que desautorizem a prisão preventiva, há que prevalecer o princípio da confiança no juiz natural que, por se encontrar próximo dos fatos autorizadores da prisão cautelar, tem maiores possibilidades de avaliar a sua necessidade.** (TJ-PE - HC: 3772745 PE, Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de

<sup>68</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 40051126920158040000, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Amazonas. Relator: Djalma Martins da Costa. Brasília, DF. 25 jan. 2016. Disponível em <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/300528979/homicidio-qualificado-40051126920158040000-am-4005112-6920158040000>>. Acesso em 31 jul. 2016. Sem grifos no original.

Julgamento: 15/04/2015, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma, Data de Publicação: 02/06/2015)<sup>69</sup>

Nos dois casos acima colacionados, os princípios constitucionais da liberdade e da presunção de inocência foram relativizados em função do novíssimo, por assim dizer, princípio da confiança no juiz natural, ou seja, as Turmas denegaram o Habeas Corpus utilizando como fundamento a confiança na própria autoridade que restringiu a liberdade do paciente, afirmando ter o supramencionado argumento – qual seja, um princípio despido de qualquer normatividade – mais força que o próprio conjunto probatório, ou, como nos casos citados, a falta deles. Porém, como é de conhecimento geral e elementar para os julgados, na falta de requisitos para a manutenção da prisão do investigado, esse deve manter-se solto, em nome do princípio constitucional do *in dubio pro réu*.

Verifica-se, portanto, a utilização do pamprincipiologismo, uma das formas de ativismo judicial que Streck conceitua como

[...] um fenômeno marcado pela proliferação de princípios, que consolidam uma leitura equivocada do conjunto principiológico abarcado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em que os órgãos julgadores elaboram princípios *ad hoc* sem qualquer normatividade de forma discricionária.<sup>70</sup>

É nesse sentido que também é possível afirmar que “o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito”<sup>71</sup>. Busca-se, por vezes, a vontade ou a essência da lei, por outras, a vontade do legislador, até que, não se encontrando nenhuma destas, busca-se a vontade do intérprete, que nada mais é do que aplicar a discricionariedade como meio de interpretação do direito – e isso é ativismo judicial.

As relativizações das decisões judiciais são tão constantes que muitas vezes passam despercebidas. Contudo, é inconcebível a ponderação da Constituição Federal do nosso país com base em princípios inventados a fim de sustentar discricionariedades, pois isso implica,

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 3772745, da Primeira Câmara Regional de Caruaru. 1ª Turma. Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima. Brasília, DF. 02 jun. 2015. Disponível em <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194972230/habeas-corpus-hc-3772745-pe>> Acesso em 31 jul. 2016. Sem grifos no original.

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

<sup>71</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

dentre variadas consequências, na possibilidade de ponderar direitos fundamentais do ser humano. Não é compatível com uma democracia constitucional a existência de qualquer grau de relativização da Constituição Federal e da legislação perante princípios que surgem em massa no atual “mercado” jurídico. Aceitar que isso aconteça é curvar-se perante as subjetividades das autoridades no campo do Direito.

Infelizmente, isso ocorre e não raramente na realidade jurídica brasileira. As decisões judiciais estão, atualmente, arraigadas de “valores”. O fenômeno da aplicação exagerada de princípios – muitas vezes inexistentes na realidade jurídica – implica em uma arbitrariedade justificada por meio destes valores.

O próprio Supremo Tribunal Federal costuma proferir decisões desse tipo. De acordo com a concepção de Campos, a Corte Constitucional brasileira – qual seja, o STF – foi reinventada em diversos aspectos, entre eles, na abrangência dos temas julgados, uma vez que passaram a ser analisados “temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim”, e nas motivações das decisões, ocorrendo “redução progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores”<sup>72</sup>.

Prova disso é que, temerosamente, Eros Grau, ex-ministro da corte, afirma que as convicções pessoais do juiz podem determinar uma decisão – o que configura claro protagonismo judicial, uma vez que as decisões judiciais, sob um enfoque democrático, não admitem a atuação de critérios subjetivos do magistrado. Assim, afirma Grau que

A decisão judicial é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva de que imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode ser influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou instâncias de ordem política.<sup>73</sup>

Seguindo este entendimento, o ativismo judicial possibilita que a resolução de uma lide seja guiada por valores morais do juiz da causa, dessa forma, ao invés de haver o

---

<sup>72</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 24.

<sup>73</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Pag 113.



juízo de acordo com o direito posto, haverá uma decisão impregnada pelos valores morais subjetivos do julgador. Tal fato é deveras temeroso, vez que

[...] Sem negar que a pura e simples presença decisória maciça das cortes, independente da relevância e da complexidade das matérias julgadas, possa ser considerada indício de ativismo judicial, seu debate é mais desenvolvido e tem muito mais relevância nos casos em que há elevada temperatura moral ou política das questões em jogo, ou alta indeterminação semântica e elevada carga axiológica das normas constitucionais envolvidas. [...] Este espaço especial do ativismo judicial é o das importantes questões constitucionais, aquelas que interferem marcadamente nos processos político-democráticos, que se ocupam de tormentosos conflitos de valores morais e políticos, alguns mesmo divisores de águas que, de tão relevantes, “determinam a natureza de uma sociedade e a qualidade de uma civilização”.<sup>74</sup>

Apesar de defender o elo do Direito com a moral, especificamente no que concerne à interpretação do direito, Dworkin atenta para o perigo que representa para a democracia a delegação do *locus* decisório para os critérios personalíssimos do magistrado:

É possível observar, assim, como a relação Direito e Moral é atravessada pela Política através da atribuição de autoridade aos juízes, que podem acabar tomando suas decisões a partir de uma intencionalidade político-partidária. Com isso, a interpretação e a própria leitura moral da Constituição acabam possibilitando uma postura do Judiciário considerada elitista, antipopulista, antirrepublicana e antidemocrática. Ou seja, sob a senda de uma compreensão ativista da jurisdição, a dimensão interpretativa do Direito, bem como a leitura moral da Constituição, acabam revelando-se como um problema, o que evidencia a necessidade de se superar a discricionariedade de juízes e tribunais. Em outras palavras, de nada adiantam os avanços trazidos pela *descoberta interpretativa* do Direito e o resgate da Moral se tudo isso ainda ficar centrado na figura de um sujeito, cujas vontades são investidas de oficialidade pela política constitucional (isto é, por sua função jurisdicional).<sup>75</sup>

Ingerborb Maus teceu referida crítica ao Tribunal Constitucional Alemão, denunciando que a Constituição deixou de ser o patamar principal e superior de interpretação, afirmando que atualmente “tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo”, rompendo, assim, com os ditames da própria Constituição. Nessa senda,

<sup>74</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 132.

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. Freedom's law: the moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 7. *apud* TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 52-53.

o Tribunal Constitucional “submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais”<sup>76</sup>.

Assim, o ativismo judicial, nas suas mais variadas formas, representa uma ameaça à Constituição e à democracia de um país. No caso do Brasil, é preocupante que, além dos juízes singulares, a própria corte constitucional, da mesma forma que a alemã, utilize de ferramentas para a relativização da Carta Magna, a qual, em tese, deveria ser o guia supremo de suas decisões. Isso fragiliza a democracia, dado que

o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos.<sup>77</sup>

Lamentavelmente, o que se vê hoje em dia são decisões em massa que não apenas deixam de aplicar a Constituição e/ou a legislação vigente, mas também – e isso é muito grave – são guiadas por argumentos discricionários, advindos da consciência do julgador e seus respectivos valores morais personalíssimos. O perigo à segurança jurídica fica evidente, pois ao serem julgadas de acordo com critérios subjetivos e não com o conjunto de leis democraticamente constituídas, depara-se com decisões cada vez mais contraditórias no mundo jurídico, até mesmo dentro de um mesmo Tribunal, criando uma verdadeira loteria jurídica, onde a decisão deixa de depender da lei vigente, mas sim do juízo ou câmara a qual a ação for distribuída.

### **3.2. Da delegação de cidadania ao Poder Judiciário e os riscos ao Estado Constitucional e Democrático de Direito em razão da carência de ocupação do espaço público**

Conforme visto, ao Judiciário não cabe assumir o papel de mediador moral de uma sociedade, pois os valores éticos e morais – características subjetivas e personalíssimas do

---

<sup>76</sup> MAUS, Ingeborb. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, 2000, p. 191.

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

sujeito – não devem importar ao Direito, visto que tais atributos, quando presentes ativamente no Judiciário, acarretam em protagonismo judicial.

Ademais disso, a utilização de critérios éticos e morais no processo decisório possui caráter legitimador perante a sociedade, a qual, em sua maioria, por desconhecer as regras jurídicas que deveriam ser aplicadas ao caso e depositar confiança no Poder Judiciário, acreditam que a decisão, por estar conforme os valores do julgador será, por conseguinte, a correta.

A inclusão da moral no direito [...] imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.<sup>78</sup>

Disso, resulta uma contrariedade ao direito do indivíduo de participar ativamente no funcionamento de seu país – aqui falando especificamente quanto ao Poder Judiciário – na posição de fiscalizador. Justamente por haver tal falta de fiscalização por parte do povo é que se abre maior espaço para o surgimento de decisões impregnadas pelo ativismo judicial e seu caráter arbitrário. Nessa senda, a supremacia popular é atenuada, pois

A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.<sup>79</sup>

Aqui, “não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder de interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador”, o que, como já visto, à exceção

<sup>78</sup> MAUS, Ingeborb. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, 2000. p. 186-187.

<sup>79</sup> *Ibid*, p. 189.

da primeira, são características da judicialização da política. O que ocorre, para além disso, é “uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”<sup>80</sup>.

O que se quer dizer com isso é que a população, a despeito de seu poder-dever de cidadão como fiscalizador, passou a depositar confiança no Judiciário e seus atores para a resolução das lides. Por conseguinte, abriu espaço para a atuação decisionista dos magistrados e para o crescimento do ativismo judicial.

Cidadania, elencada no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira como um dos fundamentos do Estado, implica em participação ativa nos espaços públicos, não apenas nos setores essencialmente políticos, mas também em todos os espaços em que o cidadão demanda, incluindo, assim, o Poder Judiciário.

Associa-se a compreensão da cidadania ao fortalecimento do espaço público por meio do comprometimento individual em um projeto que é comum e cuja direção (ou projeção) o texto constitucional assume. Ser cidadão implica, em termos abrangentes, a qualidade de estar comprometido, de ser participante.<sup>81</sup>

Ainda, impende destacar que o exercício de cidadania em uma democracia não ocorre apenas com o voto na época de eleições para cargos executivos ou legislativos ou com a ocupação desses cargos. Cidadania também abrange a participação social, pois “a conscientização e a participação da sociedade civil é uma meta do Estado moderno e sua concretização é apontada como essencial para a realização de mudanças necessárias e imperativas na realidade pátria”<sup>82</sup>.

No âmbito do Poder Judiciário, cabe também à população ocupar espaços públicos e controlar as decisões judiciais como missão de assegurar o interesse da coletividade e na proteção da democracia popular, assegurando que os intérpretes julguem de acordo com o ordenamento jurídico e, principalmente, em consonância com o texto constitucional. Caso

---

<sup>80</sup> MAUS, Ingeborb. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, 2000. p. 185.

<sup>81</sup> CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Cidadania como participação: por uma compreensão jurídica do conceito. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, São Paulo, Anais. p. 639.

<sup>82</sup> COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do poder judiciário. *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, p. 299. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-20.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2016.

contrário, estar-se-á deixando – como vêm ocorrendo – o Judiciário ao bel prazer dos julgadores, acarretando em arbitrariedades no meio jurídico.

O ser humano - e juízes são seres humanos - nem sempre segue decisões dentro de um claro padrão de justiça. A ideia de que juízes vão sempre seguir decisões justas e efetivar direitos é falha exatamente por não prever que em dado momento podemos adotar decisões que contrariem o senso de justiça da coletividade, ao buscar um senso de justiça individual.<sup>83</sup>

O maior problema do Judiciário não consiste no aumento significativo das demandas judiciais como causa e conseqüência da judicialização da política, mas sim na falta de legitimidade das decisões, na contrariedade dessas aos postulados da Constituição Federal e no solipsismo característico do ativismo judicial. É por isso que o povo deve assumir papel ativo de controlador desse órgão, protegendo aquilo que se acredita ser em muito de seu interesse: a democracia.

Poderá, ainda, ser feito o seguinte questionamento: de que modo a população pode fiscalizar o Poder Judiciário? Além dos mecanismos existentes para denúncia aos magistrados, como a denúncia às corregedorias – que, em verdade, não se demonstra um método efetivo, posto que o ativismo já está institucionalizado – acredita-se que deva haver um estudo aprofundado e debate sobre o tema, a fim de encontrar soluções para um controle social das decisões judiciais efetivo, legitimando as ações do Poder Judiciário e, por conseqüência, assegurando a manutenção e aprimoramento do Estado Constitucional de Direito.

O ideal, então, é buscar meios de controle popular das decisões judiciais e mecanismos de fiscalização social das decisões que contrariem o real senso de justiça da coletividade. Neste sentido, meios precisam ser estudados com o objetivo de evitar uma República de Juízes, ou pior, de uma Ditadura de Juízes, solapando, assim os avanços democráticos e populares de uma sociedade democrática em amadurecimento e transformação.<sup>84</sup>

O Direito não pode deixar-se dominar por agentes solipsistas, que decidem conforme suas consciências quando, na verdade, deveriam aplicar os comandos legais e, principalmente, seguir os ditames da Constituição Federal. Outrossim, o controle popular possui importância

---

<sup>83</sup> FRANCCO, Rodrigo. Participação popular das decisões judiciais. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 158, 2013. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/175>>. Acesso em 11 ago. 2016.

<sup>84</sup> *Ibid*, p. 25.

na medida que “uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos”<sup>85</sup>.

É certo que com o Constitucionalismo Contemporâneo foi natural que a demanda judicial crescesse em larga escala, aumentando o número de causas a serem decididas bem como a temática das mesmas, que passaram a apresentar questões cada vez mais polêmicas e de relevância nacional, trazendo, assim, o fenômeno da judicialização da política. Entretanto, a judicialização também trouxe como consequência a oportunidade para a atuação do ativismo judicial, tornando o Judiciário cada vez mais arbitrário, e é isso que deve ser observado e criticado.

O ativismo judicial presente no Poder Judiciário brasileiro afeta significativamente a sua democracia, a autonomia necessária do Direito, a segurança jurídica e a manutenção do Estado Constitucional de Direito. Além disso, fere a vontade popular que, como visto, por acreditar nos valores éticos e morais dos juízes, passa a depositar confiança no Judiciário, deixando assim o ativismo atuar livremente, uma vez que a população deixa de ocupar o espaço público e exercer sua cidadania.

Assim, observa-se, aos poucos, um Judiciário brasileiro cada vez mais tomado pelo decisionismo e mais distante dos ditames constitucionais, com a atuação de magistrados arbitrários e solipsistas, que ameaçam não apenas o Poder Judiciário em si, mas também toda a democracia do país.

---

<sup>85</sup> MAUS, Ingeborb. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, 2000. p. 197.

## CONCLUSÃO

A judicialização da política e o ativismo judicial são, portanto, fenômenos distintos. O primeiro, inexorável e contingencial, foi inevitável face à nova realidade advinda do Constitucionalismo Contemporâneo, trazendo uma atuação ativa do Judiciário em demandas de caráter político que anteriormente eram tratadas apenas nos Poderes Executivo e Legislativo. Derivado de fenômenos alheios à jurisdição, surgiu como consequência do constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, da criação dos Tribunais Constitucionais e da promulgação das Constituições dirigentes.

O ativismo judicial, por sua vez, é um fenômeno que se manifesta somente no âmbito do Poder Judiciário, visto que consiste em um agir arbitrário dos magistrados, dependendo exclusivamente de seus desejos e vontades. Fruto também da importação de características da jurisdição norte-americana – que apresenta sistemática distinta da brasileira – traz consigo o decisionismo judicial, manifestando-se através da atuação arbitrária e solipsista dos magistrados no momento de decidir uma lide.

Tais fenômenos possuem alta complexidade, especialmente no que concerne na sua conceituação e diferenciação. Prova disso é a pluralidade de conceitos equivocados e confusos existentes na doutrina, conforme foi possível demonstrar através de alguns exemplos. Em especial, percebe-se a tendência a conceituar o ativismo judicial como se fosse judicialização da política, o que leva muito autores a defender uma atuação ativista do Judiciário.

O ativismo, como um fenômeno que possibilita a relativização ou, até mesmo, a própria contrariedade da Carta Magna, apresenta-se como um risco à atual democracia do Estado Constitucional de Direito. Sua manifestação pode ocorrer das mais diversas formas, como a aplicação de princípios cuja origem está no imaginário dos próprios julgadores, os quais possibilitam a decisão em confronto com o sistema jurídico democraticamente positivado; o julgamento conforme a consciência dos magistrados; a inserção de critérios éticos e morais – essencialmente subjetivos – nas decisões judiciais; assim como em qualquer oportunidade em que se deixe de aplicar a lei, ou a aplique de forma equivocada, pela pura e simples vontade do julgador.

Além disso, com o advento do ativismo judicial o Judiciário passou a extrapolar seu campo de atuação, invadindo a esfera Executiva e Legislativa. Fere, portanto, o princípio constitucional da separação dos poderes que, instituído justamente com o propósito de

assegurar uma gestão justa e democrática de governo, possui status de cláusula pétrea na Constituição Federal Brasileira.

Não fosse o bastante, o ativismo judicial presente em nosso sistema também acarreta na perda da autonomia do Direito e na insegurança jurídica que atualmente enfrenta-se. Considerando que as decisões judiciais possuem cada vez mais critérios subjetivos de julgamento, baseadas na consciência dos magistrados, os processos que possuem características semelhantes começaram a ser julgados de formas diferentes. Isso acontece porque cada juiz possui características pessoais distintas – como inerente à natureza humana – os quais, a partir do protagonismo judicial, refletem nas suas sentenças e acórdãos.

É preciso ter em mente que a judicialização e o ativismo não se tratam de fenômenos análogos. Isso porque, com o aumento de demanda do Judiciário, especialmente de matérias de cunho político ocasionados pela judicialização, o ativismo judicial encontrou oportunidade de atuação, e somente com a definição crítica desse fenômeno será possível identificá-lo e denunciá-lo, em nome da proteção da democracia.

Para isso, a doutrina brasileira precisa ser revolucionada. É necessário que se entenda o Direito e o trate com a complexidade que o mesmo apresenta ao invés de tentar simplificá-lo ou esquematizá-lo visando maior faturamento com a venda dos livros aos estudantes que buscam a aprovação em provas de concurso público.

Ainda, mostra-se crucial para a defesa do Estado Constitucional de Direito, tendo em vista a emergência do ativismo judicial, um efetivo controle das decisões judiciais. É nesse ponto que reside a importância da devida conceituação e diferenciação dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, pois somente ao saber identificar de que modo o ativismo atua é que será possível reconhecê-lo e denunciá-lo.

O povo não pode perder seu poder-dever como cidadão na ocupação dos espaços públicos, como vem ocorrendo no Poder Judiciário em consequência da confiança que lhe é depositada. Ao fim das contas, o ativismo encontra livre espaço de atuação. É preciso que a sociedade assuma seu dever de cidadania a fim de proteger a democracia do país.

O ativismo judicial, dessa forma, afeta significativamente e negativamente a jurisdição constitucional democrática ao possibilitar que o julgador, que em tese deveria ser imparcial, tenha a livre escolha no momento de proferir uma decisão judicial. Com isso, a democracia é posta em risco, visto que um de seus três pilares passa a ser tomado por arbitrariedades e



subjetividades, indo de encontro à Constituição Federal e aos princípios de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed., São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista Consultor Jurídico*. 2008.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 46.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 3772745, da Primeira Câmara Regional de Caruaru. 1ª Turma. Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima. Brasília, DF. 02 jun. 2015. Disponível em < <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194972230/habeas-corpus-hc-3772745-pe>> Acesso em 31 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 40051126920158040000, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Amazonas. Relator: Djalma Martins da Costa. Brasília, DF. 25 jan. 2016. Disponível em <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/300528979/homicidio-qualificado-40051126920158040000-am-4005112-6920158040000>>. Acesso em 31 jul. 2016. Sem grifos no original.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Cidadania como participação: por uma compreensão jurídica do conceito. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, São Paulo, Anais.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do poder judiciário. *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de

Pesquisa Social, 2009, p. 299. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-20.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2016.

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

\_\_\_\_\_. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 7. *apud* TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do judiciário, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)crítica recepção das teses Alexyanas: o lócus da discricionariedade juducial em terrae brasilis. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Rio Grande do Sul. Ano 7, n. 25, 2013.

FRANCCO, Rodrigo. Participação popular das decisões judiciais. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*. n. 158, 2013. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/175>>. Acesso em 11 ago. 2016.

GARAPON, Antonie. O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

MENDES, Gilmar. Discurso de posse no Supremo Tribunal Federal. 2002. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=oticiaArtigoDiscurso>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista X juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Menezes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 251, 2009.

JUNIOR, Nelson Nery, ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser

medida pela vontade de alguém. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. “Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.” *Lua Nova*. São Paulo: Scielo. n. 57, p. 113-133, 2002.

MAUS, Ingeborb. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, 2000.

MELLO, Alessandra Lopes Santada de. *Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los*. In: JR. Fredie Didier; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora jusPodivm, 2013.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

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

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista. *Revista NEJ – Eletônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173. 2010.

\_\_\_\_\_. *As recepções teóricas inadequadas em Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba. v. 10, nº 10, p. 2-37, 2011.

\_\_\_\_\_. *Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência? 4ª Edição*. Livraria do Advogado. 2013.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. “The Global Expansion of Judicial Power.” New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.