

## DELIMITANDO O ATIVISMO JUDICIAL: ACEPÇÕES, CRÍTICAS E CONCEITOS

Mariana Dionísio de Andrade<sup>1</sup>

Clarissa Brasil<sup>2</sup>

### Resumo

O artigo possui como objetivo realizar uma distinção sistemática entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização, presentes no cotidiano jurídico, mas que ainda geram controvérsias pela polissemia típica dos termos. A abordagem metodológica ocorre a partir da análise qualitativa, com base na interpretação de textos e revisão bibliográfica. A perspectiva crítica ocorre pela descrição de conceitos diversos, apresentando distinções e utilidade da definição. Como resultado, apesar da relativa atualização teórica sobre o tema, ainda há questões relevantes sobre a correta aplicação terminológica entre a judicialização e o ativismo. Torna-se fundamental realizar a distinção teórica para que seja possível observar as vantagens, desvantagens e limites dos institutos. Conclui-se que há uma singela distinção entre os institutos. No ativismo judicial, há uma ampliação dos poderes do Judiciário que passa a emitir decisões proativas, que incidirão diretamente nas funções dos demais Poderes, muito comum em matéria de efetivação dos direitos fundamentais. Já na judicialização da política há a substituição de funções, isto é, o poder Judiciário passa a tomar decisões em questões de grande repercussão política que seriam de competência exclusiva dos demais poderes, independente de haver ou não inércia por parte dos demais entes públicos.

**Palavras-chave:** Judicialização; Ativismo Judicial; Multidimensionalidade conceitual.

<sup>1</sup> Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco – PPGCP/UFPE (Conceito 7, bolsista CAPES). Professora dos cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Pesquisadora do *Multidoor Courthouse System*. E-mail: mariana.dionisio@gmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. E-mail: clarissagbrasil@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O artigo possui como objetivo a realização de uma distinção sistemática entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, termos estes muito presentes no cotidiano jurídico, mas que ainda geram controvérsias pela polissemia ínsita nas expressões.

A pesquisa se divide em quatro tópicos; o primeiro, aborda a distinção terminológica entre ativismo judicial e judicialização da política, a partir do uso de revisão de literatura e suporte teórico em doutrina especializada, com a coleta do posicionamento de diferentes autores para o confronto de definições. O segundo tópico se insere na problemática da multidimensionalidade conceitual, analisando questões transversais como a profundidade do tema, as dimensões de interpretação e a aplicação jurídica.

O terceiro tópico avança no conteúdo, expondo prós e contras do ativismo judicial e evidenciando vantagens e desvantagens da inserção do instituto no direito brasileiro, no que diz respeito à postura dos tribunais e à dimensão jurídica sobre a adoção prática.

O quarto tópico se concentra na análise do ativismo judicial na perspectiva brasileira, ilustrando o assunto com os posicionamentos dos Tribunais Superiores e destacando a postura ativista como mecanismo decisório.

O artigo possui abordagem qualitativa, realizada a partir da interpretação de textos legais e literatura especializada sobre o tema. A ideia central da análise qualitativa foi proposta porque não se possui a intenção de conferir caracteres de mensuração numérica, mas sim, interpretar a polissemia típica presente nas expressões ativismo judicial e judicialização da política, observando suas principais características e oferecendo explicações de médio alcance sobre a distinção conceitual necessária.

A abordagem qualitativa consiste na análise interpretativa dos conceitos expostos, correlacionando-os ao fenômeno estudado e possibilitando a avaliação com foco no caráter subjetivo do objeto, averiguando a dimensão de suas particularidades. A ideia de utilizar a abordagem qualitativa como método de investigação científica para a construção da tese parte da reunião entre as necessidades próprias do estudo e da disponibilidade das fontes de pesquisa, eminentemente teóricas.

O conteúdo analisado consiste no agrupamento de conceitos e ideias presentes na legislação pátria, doutrina jurídica específica, periódicos especializados sobre o tema e demais textos atinentes ao objeto de pesquisa, fornecendo amplo material para a edificação da substância do trabalho, revelando aprofundamento teórico e consistência normativa quanto aos assuntos levantados.

O tema é relevante na medida em que o ativismo e a judicialização são fenômenos jurídico-sociais que

podem ser estendidos para diversas áreas judicialização da política, da saúde, de políticas públicas setoriais; assim como o ativismo é a expressão mais urgente dos Tribunais Superiores, que deve ser analisada com cautela por servir como parâmetro de identificação do próprio perfil decisório da maior instância do Poder Judiciário brasileiro.

O presente estudo se justifica na medida que o contínuo avanço das decisões jurisprudenciais tem impactado fortemente, por diversas vezes de forma negativa e desequilibrada, na estrutura financeira, política e jurídica da sociedade; considerando, ainda, ser inegável a importância do bom desempenho da função jurisdicional na manutenção do Estado Democrático de Direito, garantindo a efetivação das normas constitucionais.

A exposição das ideias propõe uma análise sistematizada sobre a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política; termos estes que refletem a rotina jurídica de profissionais que se veem frente a discussões conceituais importantes e que precisam de maior esclarecimento.

## ATIVISMO OU JUDICIALIZAÇÃO?

Antes de tratar dos conceitos e acepções do ativismo judicial, é interessante que se diferencie ativismo judicial de judicialização da política. Judicialização da política, conforme ensina Barroso (2009, p. 3) é um processo em que as “demandas de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

A judicialização envolve o debate acerca do papel do Poder Judiciário, especialmente no que concerne à aproximação do processo decisório presente nos demais Poderes quando há necessidade de suprir lacunas das ações políticas sobre questões fundamentais como saúde, segurança, liberdade e direitos humanos. (Mastrodi; Fulfulé, 2017).

De acordo com Matthew M. Taylor (2008) e Andrei Koerner (2013), há uma tendência global de constitucionalização, e uma das consequências dessas transformações consiste na judicialização de políticas – a dependência cada vez mais acelerada de meios judiciais, para abordar os principais dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas.

Já o ativismo judicial, é caracterizado, a grosso modo, pela participação intensa do Poder Judiciário, inclusive com ingerência sobre os demais poderes, através de decisões que interferem diretamente na regulamentação da vida em sociedade e nas políticas públicas estatais, e sempre sob o manto da interpretação das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O termo Ativismo Judicial ganhou projeção com a ascensão do neoconstitucionalismo, que trouxe à baila o fortalecimento do Poder Judiciário, termo este que está em evidência e que vem sendo objeto de estudo pelos juristas de todo o mundo, como por exemplo Alexy (1999), Dworkin (2000), Canotilho (2003).

A definição é polissêmica e há grande divergência doutrinária quanto o seu conceito, bem como possui poucos parâmetros objetivos claros, mas há uma unanimidade de entendimento entre os estudiosos que abordam a matéria: o ativismo judicial é uma realidade no mundo moderno e eclodiu com a necessidade de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006), no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, é preciso destacar a potencial relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário não apenas porque se encontram sob a guarda da Constituição brasileira de 1988, mas também pelo controle da constitucionalidade dos atos oriundos dos demais órgãos estatais. “Os tribunais dispõem simultaneamente do poder e do dever de não aplicar atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes inconstitucionalidade”. (Sarlet, 2006, p. 390).

O momento correto do surgimento do Ativismo Judicial também divide os doutrinadores. Para Valle (2000), este só surgiu em 1947, no artigo *The Supreme Court*, da revista *Fortune*, de autoria do historiador americano Arthur Schlesinger, momento em que tratou expressamente do termo Ativismo Judicial.

Já para Campos (2014) o Ativismo surgiu antes mesmo da criação do termo, no caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana, foi nesse julgamento que o juiz *Marshall* afirmou ser possível o *judicial review*, mesmo não previsto expressamente na Constituição norte americana.

Mas não são só esses os marcos apontados pela doutrina. De acordo com Aline Trindade do Nascimento e Karine Schultz Weiers (2017), Carlos Eduardo de Carvalho informa que já em 1916 a imprensa belga já utilizava a expressão ativismo judicial.

Indo além, as mesmas autoras afirmam que Dierle José Coelho Nunes aponta que em 1901 Franz Klein, em uma palestra, já utilizara a expressão ativismo judicial (Nascimento; Weiers, 2017).

Um ponto importante a ser aqui levantado é que o Ativismo Judicial teve no seu início decisões conservadoras, como no caso da decisão da Suprema Corte Americana que manteve e justificou a Segregação Racial no país. Aqui já se deixa registrado que expandir a interpretação de normas e, por conseguinte, a atividade do juiz, não faz com que as decisões ativistas sejam progressistas.

Ademais, na época, boa parte das decisões eram moldadas pelo pensamento do partido político que estava no poder e que, por conseguinte, faziam as escolhas dos juízes da Suprema Corte, de acordo com as linhas de pensamento adequadas à atuação da Corte.

Apesar de sua ascensão e expansão se dá inicialmente nos Estados Unidos, o Ativismo Judicial se espalhou pelo mundo e começou a ser observado em boa parte dos países que passaram a adotar Tribunais Constitucionais em seu ordenamento jurídico.

A difusão desse instituto dificultou a delimitação do termo, já que há notáveis diferenças entre as leis desses países, e por isso há muita divergência quanto a definição do que seja Ativismo Judicial.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) é um dos autores que explicita e delimita de forma mais específica o Ativismo Judicial, dando inclusive parâmetros para sua definição, bem como abordando a sua multidimensionalidade.

O ativismo rompe com paradigmas constitucionais para tentar concretizar direitos fundamentais; o que não significa que seja uma atuação absolutamente livre de riscos sob o ponto de vista da separação dos Poderes. (Copatti, 2016).

Para se chegar ao conceito de ativismo, é importante observar as lições de Luis Roberto Barroso (2009, p. 7) que aborda as condutas ativistas, definindo a ideia de ativismo como uma relação entre participação ampla do Judiciário e concretização de valores e fins constitucionais, com interferência na área de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Essa postura se manifesta por condutas distintas, que incluem a aplicação da Constituição brasileira de 1988 a situações não previstas em seu texto e independente de manifestação do legislador originário; além da “declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público”. (Barroso, 2009, p. 7)

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 141) esclarece a dificuldade de se definir o ativismo judicial ante a complexidade do tema e levando em conta a sua plurissignificação, bem como enfatiza como se deve conceituar o ativismo levando em conta as seguintes premissas: “postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões; o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial; a pluralidade das variáveis contextuais e o ativismo judicial como estrutura adjudicatória multidimensional”.

Da análise das premissas acima, observa-se que esta é mais completa do que as balizas enumeradas por Luis Roberto Barroso, por isso se utiliza neste artigo a definição dada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 141) que diz ser o Ativismo Judicial um exercício de poderes político-normativos realizado por juízes e cortes frente aos demais atores políticos, e que deve ser avaliado segundo três critérios: “(a) segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-

culturais e (c) múltiplas dimensões de práticas decisórias”.

Empós, passa a tratar da sua multidimensionalidade e explicita que tal característica se dá por existirem diferentes formas de manifestar as decisões judiciais. Explica Campos que é preciso “assumir o caráter multidimensional do ativismo judicial como parte fundamental do seu conceito”. (Campos, 2014, p. 141).

## A MULTIDIMENSIONALIDADE CONCEITUAL

Tomando emprestado o termo utilizado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) em sua obra *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, abaixo serão abordadas as multidensões do Ativismo Judicial e suas especificidades, inclusive esclarecendo como ocorre no Brasil, motivo pelo qual a obra do referido autor é levantada como mecanismo de fundamental importância para o estudo.

Campos (2014, p. 141) esclarece que tal multidimensionalidade “consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação”. O objetivo de esclarecer tais dimensões se dá para estabelecer “fronteiras objetivas [entre essas diferentes manifestações] de forma que decisões particulares possam ser descritas como ativistas ou não ativistas conforme o critério de cada dimensão”.

Diante da necessidade do caso concreto é possível aplicação de normas e dos princípios constitucionais, que por serem vagos e imprecisos podem ter uma interpretação mais ampliada, ante a necessidade de efetivação de direitos constitucionais previstos.

Os juízes são criadores, e não meros aplicadores da norma afinal, a Constituição é dinâmica, como a sociedade. “Os juízes ativistas assumem a condição de *arquitetos sociais*, sendo a interpretação criativa das constituições o instrumento legítimo desta atuação” (Campos, 2014, p. 142).

Há uma inevitável correlação entre ativismo judicial e “criação” legislativa. O juiz, ao invés de julgar, cria leis, preenchendo lacunas legais, imperfeições legislativas, fazendo com que as leis vigentes tenham “novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa” (Campos, 2014, p. 142).

É nessa dimensão que aparece a discussão doutrinária do juiz constitucional como legislador, mas seria mero legislador negativo ou seria um legislador positivo? É nesse ponto que o autor cita como exemplos as técnicas de decisão utilizadas na declaração de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme a Constituição, das sentenças aditivas, tipicamente italianas, dentre outras.

Há também a dimensão do ativismo judicial que se correlaciona com a deferência dos demais Poderes. As Cortes e os juízes acabam por não considerar as decisões/expressões dos demais Poderes e instituições, isto é, as decisões judiciais passam a ser substitutivas e a se sobrepor as decisões dos demais Poderes.

Diferentemente da judicialização, o ativismo acontece de forma mais decisiva e evidente na cúpula da interpretação constitucional do Estado, no Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição. (Tassinari, 2013).

Como exemplo, tem-se o ativismo judicial manifestado na declaração de inconstitucionalidade de emendas à constituição por violação de limites materiais impostos ao poder constituinte derivado de reforma.

Na parte em que explicita o ativismo judicial para a afirmação de direitos, Campos (2014) explicita como as Cortes resolvem os conflitos, que chama de dramáticos, por envolverem direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

A maior problemática que envolve esses casos, quais sejam, a indeterminação semântica e da alta carga valorativa das normas constitucionais envolvidas necessitando de um esforço de *justificação ética* ou *axiológica* das decisões judiciais verdadeiramente cruciais.

É nesse ponto que o ativismo judicial se dá pelo protagonismo das decisões judiciais em matéria que tratam de direitos fundamentais. Sobre essa dimensão também se manifesta Fernandes e Nelson (2015, p.15): “Há, assim, uma mudança do papel do poder Judiciário no arranjo político-institucional, que passa a ter uma posição proativa na efetivação de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas”.

Campos também considera como uma das dimensões do ativismo judicial a ingerência das decisões judiciais nas políticas públicas sociais. A atuação do Poder Judiciário interfere nas políticas públicas, controlando-as e delimitando-as. É nesse ponto que o Poder Judiciário passa a realizar políticas públicas fora de sua órbita de competência, muito comum essa atuação nas demandas de saúde e de educação (Campos, 2014).

É nessa dimensão que se verifica a atuação mais ativista do Poder Judiciário, que, sob o fundamento de dar efetividade aos direitos fundamentais que não são concretizados pelos demais entes estatais, extrapola os limites legais e emana decisões que interferem diretamente nas políticas públicas.

Essa infusão do Poder Judiciário é tão evidente em matéria de direito a saúde que em alguns tribunais pátrios existem núcleos de apoio técnicos só sobre essa matéria, como no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

A autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios é também uma dimensão do ativismo judicial, o autor explica que é nesta dimensão que o Judiciário dilata o seu próprio papel institucional “por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à sua jurisdição e de seu espaço de atuação, afastando por sua conta dificuldades procedimentais, como critérios rígidos de legitimidade processual e de cabimento de ações e

recursos”.

Ademais, informa que a relevância do tema a ser solucionado é o que importa, e não “quem bate às portas das cortes”. É uma clara ampliação do acesso à jurisdição e uma abertura para a judicialização (Campos, 2014, p.146).

É por meio desta dimensão que o Poder Judiciário expande a delimitação das suas decisões, isto é, tais passam a ter efeitos ampliados e transbordam os limites da lide em julgamento, como se dá nos casos de julgamentos com Repercussão Geral e das Súmulas Vinculantes.

A superação dos precedentes também é uma dimensão do ativismo judicial a ser observada, informando o autor que os juízes ativistas não se prendem aos precedentes já firmados ante a necessidade que pode surgir de superar aquele entendimento para que haja uma adequada interpretação da Constituição ao seu tempo. Mostra-se bem claro aqui a dinâmica das Constituições que se adéqua a própria dinâmica social.

Um exemplo claro dessa dimensão pode ser observado no julgamento do ADC 13 e 44 MC/DF realizado pelo STF no ano de 2016 que, superando o entendimento já consolidado da Corte passou a aceitar a execução provisória da pena, alegando que tal medida não feriria o princípio da presunção de inocência.

Quando correlaciona ativismo judicial e as decisões maximalistas Campos delimita que tais decisões superam “questões teóricas e principiológicas do caso julgado para estabelecer amplas regras e princípios que dirigirão no futuro os resultados de outros casos também”, informa que esses julgadores “justificam suas decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para fundamentar o resultado das decisões concretas” (Campos, 2014, p. 147).

Também trata da soberania judicial e, de pronto, diz que é ilegítima essa decisão ativista. Explicita que tal dimensão se dá quando as “cortes tomam decisões judiciais tão expansivas e ambiciosas que excluem os poderes políticos do processo de construção dos significados constitucionais” (Campos, 2014, p. 147).

Há também as dimensões do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Apesar de estar presente em todas as instâncias, é no STF que se vê, com mais clareza, as decisões ativistas, por isso é de fundamental importância explorar tais conceitos.

A dimensão metodológica, como explica Campos (2014), leva em conta o modo de “interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos”.

Há uma criação judicial do direito por parte do juiz quando da decisão judicial, afirma o autor, é nesse momento que há uma superação do dogma juiz como legislador positivo, que vem cada vez mais crescendo *versus* Juiz legislador negativo de Kelsen.



É nessa dimensão que vemos, de forma clara, a Supremacia Constitucional, que transparece nas decisões através da aplicação da interpretação e aplicação das normas constitucionais, da interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial, do controle da omissão legislativa inconstitucional e das decisões maximalistas (Campos, 2014, p. 239-241).

Já a dimensão processual, segundo esse mesmo autor, “revela-se pelo alargamento que o Supremo, por conta própria, faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais à sua disposição, ampliando as hipóteses de cabimento das ações e dos recursos bem como os efeitos das decisões”. Dá como exemplo a doutrina brasileira do *habeas corpus*, entendimento hoje superado pela súmula 691 do STF, a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral que, apesar de prevista na Constituição, não possui critérios definidos para seu reconhecimento.

Em decisão recente, de dezembro de 2017, o STF também passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, isto é, as decisões em processos de controle difuso de constitucionalidade passaram a ter eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, típicos do controle concentrado, sem a necessidade de suspensão da norma pelo Senado Federal, em clara afronta ao art. 52, X da Constituição Federal de 1988. O STF fundamentou tal decisão afirmando que se trata de uma mutação constitucional deste artigo da Constituição.

Essa dimensão processual gera um “comportamento ativista que acaba produzindo efeitos negativos sobre o espaço de liberdade de atuação das instâncias judiciais ordinárias”. (Campos, 2014, p. 261/263).

Já a dimensão estrutural do ativismo judicial vê “como o Supremo se comporta diante das decisões prévias dos outros poderes, ou melhor, do quanto ele interfere nessas decisões e atua livremente em áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos” (Campos, 2014, p. 268).

Quando se trata da dimensão de direitos do ativismo judicial o autor demonstra a expansão da jurisprudência desse tribunal em matéria de direitos fundamentais, impondo aos poderes públicos direitos de dimensão negativa (que gera uma abstenção por parte do Estado) ou de dimensão positiva (imposição de uma prestação ao Estado).

Assim, importa destacar que o STF tem afirmado a precedência da autonomia, do mínimo existencial e igualdade social, e se mostra sob duas vertentes: “a dimensão negativa (ou de defesa) e a dimensão positiva (ou prestacional)”. (Campos, 2014, p. 275).

A dimensão negativa, se apoia na liberdade e na dignidade, o que impõe a interferência do Supremo nas ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais. A dimensão positiva, por sua vez, se baseia na igualdade social e garantia do mínimo existencial, o que implica em uma intervenção nas políticas públicas e nas decisões que envolvem a alocação de recursos do Estado. (Campos, 2014).

A última dimensão de que trata o autor é a dimensão antidialógica. Logo de início o autor explica que a dimensão dialógica se dá quando o Supremo Tribunal Federal, juntamente com os demais Poderes, constrói a interpretação constitucional, isto é, há um processo dialógico de “construção coordenada” entre os poderes.

A *contrario sensu*, a antidialógica é a dimensão que ocorre quando não há um diálogo entre os poderes na interpretação constitucional, sendo esta feita exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de uma postura assumida pelo STF em “se autoproclamar não apenas titular da palavra final sobre o que diz a Constituição, mas seu único intérprete (...) a dimensão antidialógica é a única manifestação aprioristicamente ilegítima de ativismo judicial”. (Campos, 2014, p. 286). Assim, é possível compreender o Supremo ativista quando exerce a tarefa de expandir os significados da Constituição e ampliar a dimensão da liberdade.

## EM DEFESA DA RAZÃO: PRÓS E CONTRAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Delimitar um só conceito para o termo Ativismo Judicial, como já fora observado acima, é tarefa difícil, ante os diversos conceitos e significados que o termo possui, bem como por ser um conceito que vive em constante mutação.

Ademais, a doutrina mais abalizada do assunto explicita que o Ativismo Judicial, pela sua própria essência, é um termo tão complexo que sequer comporta parâmetros objetivos que demarquem a sua definição.

Ante a sua complexidade e levando em conta a amplitude do que fora expresso, o conceito aqui adotado fora o de Carlos Alexandre, conforme acima descrito. Não obstante também fora citado o conceito do Ministro Luis Roberto Barroso, um dos maiores defensores e doutrinadores sobre o assunto no país.

Ocorre que, apesar dessa escolha, não é esse o mais importante e nem o único conceito respeitado pelos estudiosos da matéria, por isso abaixo serão descritos alguns conceitos de doutrinadores de renome, que demonstram o seu posicionamento, favorável ou não, ao ativismo judicial.

De início, saliente-se a definição delimitada por Elival da Silva Ramos (2015) ao estabelecer que o conceito de ativismo judicial é amplo, porque, embora se aproxime de sistemas constitucionais, não se conecta a um sistema jurídico específico. Trata-se de um exercício da função jurisdicional que transcende os limites impostos pelo ordenamento no que diz respeito à resolução de conflitos de interesse e conflitos normativos.

Quanto ao pensamento de Cappelletti em sua obra *Juizes Legisladores?*, interessante observar que Cappelletti, considera a realidade jurídico-italiana da época, fazendo estudos comparativos, aborda a diferença entre o ativismo judicial em países que adotam o sistema do *Common Law* e do *Civil Law* e esclarece que o

ativismo se torna mais latente e criticado nesse último sistema, onde a necessidade de observância a lei é mais clara.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 16) identifica o ativismo judicial como a “assunção de um papel político pelo Judiciário tem sua mais grave contrapartida no fato de provocar o “ativismo” judicial, ou seja, a sua politização”.

Identifica, ainda, que o ativismo judicial pode ser nocivo para os dias de hoje, por se tratar de um fenômeno que gera um retrocesso à parcialidade e independência do Judiciário, conquistada através de uma luta que gerou o aprimoramento desta esfera de poder e que pode se esvaír se for levado em conta interesses pessoais, aqui tratado como partidários.

“O ativismo se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a *ideologização da justiça*. (...) Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível”. (Ferreira Filho, 2009, p. 16).

Na mesma linha de raciocínio explicam Nascimento e Weiers (2017 *apud* Thamy Pogrebinski, 2000, p. 98), que consideram ativista o juiz que “a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

Diferente já é o entendimento de Lênio Streck (2016), assíduo em criticar o ativismo judicial em seus escritos semanais publicados na mídia, afirma em seu trabalho publicado no *site* do Conjur de título “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”, a sua repulsa ao ativismo judicial de forma veemente, que já lhe é característico, e esclarece à confusão que os autores fazem desse instituto com o da judicialização.

Ressalta ainda que há uma diferença clara entre ativismo judicial e judicialização, sendo àquele sempre maléfico, e este só será ruinoso se também for fruto de uma decisão ativista. Isto é, a judicialização não pressupõe algo prejudicial, muitas vezes sendo até fundamental para a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, não é só Lênio Streck que vê uma clara diferenciação entre ativismo judicial e judicialização, Luis Roberto Barroso também defende a não similitude dos institutos, diferenciando-os: “a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, (...) o ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição”. (Barroso, 2009, p. 17).

Fernandes e Nelson (2015, p. 15-16) também delimitam diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política: “o ativismo judicial implica em um progressivo deslocamento, para o Poder Judiciário, de decisões que, *a priori*, não seriam de sua alçada. Há, assim, uma mudança do papel do Poder Judiciário no

arranjo político-institucional”.

O jurista Ronald Dworkin, que tratou sobre a solução dos casos difíceis, bem comum no caso de aplicação de normas com conceitos jurídicos indeterminados, onde há uma clara atividade criativa do juiz, o que leva ao pensamento de que há uma necessidade de ativismo por parte do juiz, também rechaça o ativismo judicial, explicando que o direito como integridade não aceita tal postura de um juiz.

Para Dworkin (2000), o ativismo é um meio espúrio de pragmatismo jurídico, que leva o julgador a confrontar a Constituição, as decisões anteriores da Suprema Corte e as tradições jurídicas e políticas. O ativista tenderia a impor seu ponto de vista a outros Poderes.

Dworkin (2000) deixa claro, um juiz ativista é um juiz que não segue as regras constitucionais e não observa os poderes estatais, ferindo de pronto o próprio Estado de Direito ali constituído.

Ocorre que, ao se analisar o escrito de Dworkin (2000) resta claro que ele não delimitou seu pensamento a um dos sentidos de ativismo, no caso o autor dissecou as características de um juiz decisionista, e não meramente ativista.

A doutrina, apesar de divergir bastante quanto ao conceito de ativismo, em sua grande maioria converge no pensamento de que o juiz ativista aplica a Constituição, dando-lhe uma interpretação, muitas vezes mais elástica, mas nunca ignorando o seu texto.

Observa-se assim que há uma divergência tanto conceitual como de aceitação do instituto por parte da doutrina, sendo esta uma grande dificuldade para quem quer estudar a matéria em comento.

O fato é que, apesar da existência do termo, da sua difusão mundialmente e das duras críticas a ele direcionadas, não há uma convergência conceitual do instituto, nem mesmo das críticas.

O interessante é que a falta de consenso na matéria, apesar de levar a uma maior dificuldade para se delimitar o termo ativismo judicial, é terreno fértil para os estudiosos, e acredita-se que essa delimitação nunca terá contornos definidos, pois assim como a sociedade o ativismo judicial se transmuta quando necessário.

Apesar de ultrapassar as funções típicas do Judiciário vê-se muitas vantagens nas condutas ativistas, principalmente quando a decisão tem efeitos vinculantes e eficácia erga omnes como as exaradas em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Tanto é que tais decisões são aplaudidas pela sociedade quando emanam comandos que efetivam direitos fundamentais, como fora a decisão da ADI 4277 e da ADPF 132 que reconheceu a União Estável entre os homoafetivos.

Ocorre que, muitas decisões do Supremo Tribunal Federal acabam por suprimir direitos e, quando emanam do STF, mesmo quando não são ações de controle de constitucionalidade repercutem em todo o

território nacional e, mesmo não tendo efeitos *erga omnes* acabam por vincular os demais tribunais pátrios, que passam a adotar tais condutas por simplesmente terem sido emanadas pelo Tribunal de mais alto poder.

## ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil o ativismo judicial só passou a ser observado após a abertura democrática e a promulgação da constituição de 1988. Somente com o fim dos anos de exceção o Judiciário passou a ascender, e tal se deu de forma gradativa.

Escreve Gustavo Amaral em sua obra *Direito, Escassez & Escolha* que na época do Governo Collor, por conta dos expurgos das aplicações financeiras, o Poder Judiciário, “não por sua cúpula, mas por suas bases” passou a intervir nas decisões da administração e do legislativo. O autor também faz referência ao ativismo do Ministério Público que surgiu naquela época e diz que esse ativismo, “na percepção comum é visto como ligado à Justiça” (Amaral, 2001, p. 24).

Enfatiza esse mesmo autor que “os fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo”. Depois de anos de exceção o povo ainda sentia que a coisa pública ainda não era pública e que o Judiciário seria a porta para resolver esse impasse.

Não só o povo tinha essa sensação, o autor cita um estudo sociológico chamado de “*O Corpo e a Alma da Magistratura Brasileira*” que demonstrava que o Judiciário, depois de 20 anos de regime autoritário, também não acreditava no Estado. A pesquisa dizia que 83% dos juízes assinalaram que ‘o Poder Judiciário não é neutro e que em suas decisões, o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social’. (Amaral, 2001).

Ademais, é importante salientar que foi partir da Constituição de 1988 que houve uma ampliação do acesso à justiça, bem como das ações coletivas, dos seus legitimados e dos remédios Constitucionais que, por conseguinte, abriram uma porta para as decisões ativistas, tão comuns nas demandas coletivas.

Gisele Cittadino (2004, p. 106) já tratava no início dos anos 2000 dessa ampliação dos poderes do Judiciário, que desaguiaria no ativismo judicial, por ser, em suas próprias palavras “uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular”.

Nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 181), soma-se a isso a “crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos”.

As decisões ativistas são bastante comuns no STF, principalmente nas decisões de Controle de

Constitucionalidade. Tal não seria diferente pois, é no Tribunal Superior que se faz a interpretação da Constituição, levando-se em conta o tempo e os costumes que imperam no momento.

Esse protagonismo do STF levou, inclusive, a criação do termo “Supremocracia”, termo este criado pelo professor Oscar Vilhena Vieira, para tratar da expansão do Tribunal Constitucional, se comparado as demais instâncias do Poder Judiciário, bem como em relação aos demais Poderes do Estado. (Vieira, 1994).

Um claro exemplo desse protagonismo do STF foi o julgamento conjunto da ADC 13 e 44 MC/DF. Tal decisão, por ter efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, tem de ser aplicado em todos os tribunais pátrios e ordena a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, mesmo que o acórdão se sujeite aos recursos extraordinários, já é possível a execução da pena, de forma provisória.

Nesse julgado o STF disse que a execução provisória do processo penal não ofende o princípio da presunção de inocência, mesmo em dissonância com o normatizado na Constituição Federal e no *Pacto de San José da Costa Rica*, quando iniciada após julgamento em segundo grau.

Para grande parte da doutrina essa decisão é ativista. Vê-se que o Tribunal nesse julgado acabou por interpretar normas constitucionais de forma mais elastecida, inclusive em clara afronta a entendimento anterior do próprio Tribunal.

Outra decisão que para muitos juristas é claramente ativista foi a exarada pela primeira turma do STF, no HC nº 124306, de relatoria do Ministro Barroso, que sob o manto da interpretação conforme estipulou que a interrupção da gravidez, no primeiro trimestre da gestação, não seria crime.

O relator, o Ministro Luis Roberto Barroso, fez interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal, afastando a tipicidade do aborto, pois tal proibição violaria diversos direitos fundamentais da mulher.

Essa interpretação dada pelo STF diverge diretamente da Lei Penal, e cria uma condicionante qual seja, que o aborto seja realizado até o terceiro mês, condicionante não prevista em qualquer lei vigente. O relator invocou a violação a princípios constitucionais, por isso deve ser considerada atípica a conduta que incidiu no aborto. Há também decisões ativistas do STJ.

Uma decisão claramente ativista do STJ que é possível dar de exemplo é a do ED no MS 21-315 – DF que, mesmo já em vigor o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 que aduz expressamente em seu art. 489, §1º, IV que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo.

Nesses embargos, em tese diametralmente oposta a letra da lei, levando em conta apenas princípios processuais, o tribunal decidiu que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas

partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”.

O ativismo judicial acontece em todas as instâncias do Poder Judiciário, não é exclusividade do Supremo Tribunal Federal, apesar de ser nessa instância superior que se vê de forma mais clara a propagação das decisões ativistas, principalmente quando essas decisões possuem efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, que irradia por todos os demais poderes, influenciando diretamente na vida das pessoas.

## CONCLUSÃO

Conceituar ativismo não é tarefa fácil, por ser um termo polissêmico é difícil delimitar seus contornos, e muito ainda precisa ser estudado para se chegar perto de um consenso sobre o assunto.

Várias são as acepções e o termo é facilmente confundido com outros institutos como a judicialização e o decisionismo. Ainda há muita divergência na doutrina sobre seu conceito, bem como ainda há muita discordância a respeito de seus benefícios a ordem jurídica.

É um termo mutante que esta sempre se reinventando para se adaptar a novas realidades sociais, sendo essa a sua característica mais cara. Uma coisa é certa, o descrédito nos demais poderes e o fortalecimento do Poder Judiciário foram a mola propulsora da expansão desse ativismo que, mesmo com diversas decisões fora da curva, tem se mostrado bastante eficaz na efetivação de direitos sociais.

Ademais, restou claro que há algumas diferenças pontuais entre os institutos. Enquanto na judicialização há uma substituição de funções, adentrando o Judiciário na resolução de questões de grande repercussão política, tendo uma atuação que por vezes transcende a sua competência originária.

No ativismo judicial, o que se vê é uma ampliação dos poderes do Judiciário, quando da inércia dos demais poderes, restando claro um entendimento criativo e proativo deste poder, mais claramente observado nas decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, sendo tais não necessariamente pautada pelos limites normativos anteriormente previstos.

Evidencia-se a relevância do presente trabalho, que tenta estimular o diálogo entre teoria e jurisprudência coletada, além de fornecer contribuições para a discussão sobre o ativismo e a judicialização como institutos jurídicos cada vez mais presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa é socialmente relevante quando se destina a abordar problemas sociais, jurídicos ou políticos, quando é capaz de chamar a atenção para problemas que precisam de reflexões e respostas. Aqui, o estudo se afirma como relevante na medida em que trata de questões fundamentais ao Direito, especialmente, porque impacta o jurisdicionado.

Conclui-se que logo mais vai ser possível observar que o ativismo judicial surgiu da necessidade de que se faça um rearranjo da teoria da separação dos poderes, onde o Poder Judiciário, observando a involução dos demais poderes, ampliou os seus a fim de não deixar de garantir direitos tão duramente conquistados pela humanidade.

## DELIMITING JUDICIAL ACTIVISM: ACCEPTIONS, CRITICISMS AND CONCEPTS

### Abstract

This paper aims to make a systematic distinction between concepts of judicial activism and judicialization, included in the legal daily, but which still generate controversy by the typical polysemy of the terms. The methodological approach is a qualitative analysis, based on the interpretation of texts and bibliographic review. The critical perspective occurs by the description of diverse concepts, presenting distinctions and utility of the definition. In despite of the relative theoretical update on the subject, there are still relevant questions about the correct terminological application between judicialization and activism. Then, it's essential to make the theoretical distinction so that it is possible to observe the advantages, disadvantages and limits of the institutes. There is a simple distinction between institutes. In judicial activism there is an expansion of the Judiciary that proceeds to make proactive decisions, which will directly affect the functions of the Legislative, which is very common under the fundamental rights. Already in the judicialization of politics there is a substitution of functions, the Judiciary take decisions in matters of great political repercussion that would be the exclusive competence of the other powers, regardless of whether or not there is inertia on the part of the other public entities.

**Keywords:** Judicialization. Judicial Activism. Conceptual multidimensionality.

### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no esyado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do



homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217, 1999, pp. 55-66.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. Disponível em: <[http://direito.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo\\_Seletivo/Processo\\_Seletivo\\_2016/Prova\\_de\\_Conteudo/politicas\\_publicas\\_e\\_direito\\_administrativo.pdf](http://direito.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo Judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, pp. 105-113.

COPATTI, Livia Copelli. A crítica hermenêutica do direito como garantia à democracia e respeito à constituição frente ao ativismo judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 4, Rio de Janeiro, 2016, pp. 2421-2449.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações, disponível em: <<http://www.revistasistemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21>> Acesso em: 16 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos Estudos, 2013, n. 96, pp. 69-85.

MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine Cristina de Souza Ferreira. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. Revista Quaestio Iuris, v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, pp. 593-614.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 16 abr. 2017;

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; FERNANDES Rafael Laffitte. Da capacidade de inovação normativa do Poder Judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, v. 20, n. 39, 2015, pp. 11-28.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#\\_ftn1](http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#_ftn1)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2013.

TAYLOR, Matthew M. Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VALLE, Rubén Hernández. Costa Rica. In: VALLE, Rubén Hernández; PÉREZ TREMPs, Pablo (Coords.). La Justicia Constitucional como Elemento de Consolidación de la Democracia em Centroamérica. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política. São Paulo: RT, 1994.

*Trabalho enviado em 22 de março de 2018*

*Aceito em 14 de junho de 2018*