

**JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

**SÃO LOURENÇO**

**2023**



**JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Projeto de Pesquisa apresentado pelos alunos(as) Davi Diniz da Costa, Maria Bianca Nogueira Palma, Miriã Eluiza Leite Mendes de Carvalho, Larissa de Jesus Silva Salgado, Aruanã Rossari Clemente dos Santos, Andrey Martins de Souza, Sabrina Ribeiro da Silva, Mirella Carolina Fernandes Carvalho e Kelvin Wilian da Silva Ramos, do Curso de Direito, da Faculdade de São Lourenço.

Orientador: Prof. Me. Geraldo Luiz Vianna.

**SÃO LOURENÇO**

**2023**

 **Conceito, características e exemplos**

 É cada vez mais evidente, no cenário sociopolítico atual, tanto nacional quanto internacionalmente, a expansiva atuação do Poder Judiciário em demandas originalmente atribuídas à competência de outros poderes. Com notável frequência, é conferido ao judiciário inegável protagonismo no que tange à resolução de questões de relevante apelo popular, cedendo-lhe a faculdade ou incumbindo-lhe o dever de, sob o amparo da produção de uma máxima eficácia da Constituição, ultrapassar as fronteiras de suas funções típicas.

 Cumpre esclarecer, inicialmente, a fim de delinear os conceitos do que seria essa incomum atuação judicial, até onde se estabelecem os limites do exercício de cada um dos Poderes. Para tanto, recorre-se a ideia desenvolvida pelo filósofo francês Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” (1748), onde discorre que, para impedir abusos de governos absolutistas e normas arbitrárias, é necessário consagrar a autonomia e estabelecer os limites de cada poder. Assim, a fim de formar um sistema de freios e contrapesos, no qual cada poder exerce determinada função e sujeita-se ao controle dos demais, este é dividido em três: a) Executivo, responsável pela administração do Estado, execução da legislação e de políticas públicas; b) Legislativo, incumbido da elaboração e aprovação das leis e c) Judiciário, encarregado da interpretação e aplicação das normas aos conflitos de interesses.

 A tripartição dos poderes conceituada por Montesquieu foi legitimada no ordenamento jurídico nacional pelo artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e consagrada como cláusula pétrea, ou seja, não passível de deliberação, por força de seu art. 60, §4º, III. Ainda em âmbito constitucional, ressalta-se que a Magna Carta reservou um título unicamente para especificações quanto à organização dos poderes, estabelecendo entre os artigos 44 à 135, múltiplos detalhes da matéria, expondo as regras de formação de cada um dos Poderes e esmiuçando suas atribuições.

 Nesse sentido, tratando especificamente sobre a atuação do Poder Judiciário, pode-se dizer que ele

[…] se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contra-poder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. (FERRAJOLI, 2010, p. 534).

 Contudo, apesar de o ordenamento pátrio garantir, com ressalvas e restrições, respaldo para a atuação judicial em outras esferas[[1]](#footnote-1)1 que não as inicialmente lhe incumbidas, a constante exposição do Estado-Juiz a resolução de questões sociopolíticas e morais, acaba por conferir-lhe papel político e, consequentemente, de atuação mais proativa que, por vezes, supera as delimitações do que lhe cabe.

 Assim, conceituada a ideia de um protagonismo judicial que ultrapassa suas limitações funcionais, tanto involuntária quanto voluntariamente, passa-se a análise das espécies que compõe este fenômeno, quais sejam, a judicialização e o ativismo judicial.

 Muito embora sejam com frequência retratados como fatos equivalentes ou indivisíveis, a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos distintos, com origens e contornos próprios, ainda que, por muitas vezes, disponham de traços correspondentes. À vista disso, abordá-los separadamente torna-se conveniente e essencial para sua integral compreensão e diferenciação.

 Deste modo, primeiramente, volta-se o olhar ao evento da judicialização, a qual concebe-se como o direcionamento de demandas de expressiva repercussão social à apreciação do judiciário, pondo de lado os domínios tradicionais de resolução desses pleitos. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso esclarece:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2012, p. 366-369).

 Ainda no entendimento de Barroso, a judicialização seria uma decorrência direta do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, normatizado no artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior, uma vez que,

[…] constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez que provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. (BARROSO, 2012, p. 366-369).

 A judicialização pode ser considerada, portanto, no contexto social hodierno, fato certo e inescapável.

 A ideia de ativismo judicial, por outro lado, “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”. (BARROSO, 2012, p. 371). Deste modo, entende-se o ativismo como uma escolha interpretativa exercida pelo judiciário que, instado a manifestar-se, decide por, superando os contornos de sua competência, estender os sentidos e alcance de sua resposta jurisdicional.

 O ativismo judicial pode ser classificado em duas categorias. A primeira, nominada como ativismo material, corresponde a conduta do Poder Judiciário que, procurado para a solução de um conflito, delibera sobre o mérito de questões que não lhe cabem. O segundo, ativismo processual, compreende a hipótese de, ao apreciar uma lide, o judiciário abranger seu campo de juízo, independente do objeto da demanda, condensando em si poder maior do que lhe foi conferido constitucionalmente. Nessa acepção:

[…] o ativismo judicial processual ou formal é o desrespeito, em desequilíbrio ao postulado da separação de poderes, pelo Poder Judiciário das regras de ordem técnica ou procedimental para o exercício da jurisdição, ao passo que o ativismo judicial material ou clássico configura-se na manifestação indevida por esse Poder acerca do mérito, ou seja, do conteúdo de questões de competência dos outros poderes. (SCHETTINO, 2008, p. 111)

 Por fim, verificado os contornos e características dos fenômenos que compõem o protagonismo judicial em foco neste trabalho, passa-se, a título de exemplificação, a análise superficial de alguns casos onde evidencia-se essa conduta.

**As Principais Causas e Consequências do Ativismo Judicial e da Judicialização**

 É um fato que o tema Ativismo Judicial e Judicialização, tem sido muito discutido não só nas academias, mas também em jornais, revistas e até mesmo nas famosas ''conversas de bar'', mesmo que neste último a discussão não seja técnica. É peremptório dizer que nos últimos anos, esse tema tem se intensificado aos arrepios de decisões recentes do Judiciário Brasileiro. Mas afinal, quais são as causas desse tema tão discutido?

 Começaremos falando um pouco sobre as principais causas da Judicialização, podendo citar como primeira causa a constitucionalização abrangente, que era anteriormente delegada ao processo político majoritário e para a legislação ordinária. Totalmente fomentada pela Constituição de 1988, tendo em vista que esta, é suspicaz quanto ao legislador. Com a intenção sugestiva de transformar Política em Direito, considerando que um direito individual, prestação estatal ou até mesmo um fim público, é inicialmente disciplinada por uma norma constitucional, transformando-se em uma pretensão jurídica, abrindo vias para ser formulada sob forma de ação judicial. Ou seja, caso a Constituição assegure determinado direito, é possível “judicializar” a exigência do cumprimento desse direito.

 Outra grande causa, seria também a redemocratização do Brasil, que com o tempo transformou o Judiciário em um poder político, capaz de fazer cumprir a Constituição, as leis, mesmo que haja confronto com outros Poderes. Em síntese, a redemocratização trouxe fortalecimento, poder, envergadura ao Poder Judiciário, porém gerou também um grande aumento na demanda de justiça por parte da sociedade brasileira.

 A última, mas não menos importante que iremos tratar aqui, se trata do famoso sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes e sistemáticos de todo o mundo, senão o maior. Algo que vale a pena citar desse modelo é, que, pelo controle de ação direta, permite que determinadas matérias sejam levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Sendo que, segundo o art. 130, inúmeros órgãos, entidades públicas, privadas e entre outras, podem ajuizar ações diretas. Basicamente, pode-se dizer que quase qualquer questão política que seja considerada relevante, pode ser alçada no STF.

 Agora, referindo-se ao Ativismo Judicial, uma de suas principais causas a serem citadas aqui, é a total inércia do Legislativo em tratar de assuntos em que possam gerar certos ''atritos'' não apenas entre o plenário, mas principalmente com o eleitorado. Esses assuntos considerados pela mídia, ''polêmicos'', geralmente são alvos da chamada mora legislativa, que é quando o Poder Legislativo (que é o Poder com legitimidade e competência para legislar) se omite em se manifestar sobre algum tema apresentado. Algo a se destacar também é que muitos consideram que o ato de não se manifestar sobre algum determinado assunto, já se formula uma decisão, a decisão de não decidir. Pode parecer contraditório, mas para muitos juristas, doutrinadores e especialistas, o simples ato de não decidir já configura uma decisão do Legislativo, que não se vê na necessidade de se manifestar.

 Após uma análise consistente acerca das causas do Ativismo Judicial e da Judicialização, faz-se necessário compreender as principais consequências de tais fenômenos.

 Em princípio, acerca da Judicialização, vale ressaltar que, com a positivação mais abrangente dos direitos na Constituição Federal de 1988, marcando o processo de redemocratização do país, os brasileiros tornaram-se mais conscientes sobre seus direitos e atentos a como exercê-los e requerê-los.

 Além disso, a facilidade de acesso à justiça mediante possibilidade de declaração de hipossuficiência, a falta de requisitos mínimos pré-fixados para o ajuizamento de demanda, somando-se à irresponsabilidade tanto de pessoas físicas quanto jurídicas ao ingressar com uma ação, cooperou de forma significativa para que o número de pedidos, frente ao Poder Judiciário, crescesse exponencialmente nas últimas décadas.

 Por conseguinte, o “juridiquês” *QUI JURE SUO UTITUR, NEMINEM LAE DIT* - quem exerce seu direito, a ninguém prejudica - tem perdido sua real essência, visto que grande parte das causas carecem de lastro ou razoabilidade, o que sobrecarrega desnecessariamente o sistema judiciário, comprometendo a resolução das lides.

 Nesse ínterim, há o reflexo do desequilíbrio entre a quantidade de processos ajuizados diariamente e a de agentes julgadores, o que traz morosidade ao curso processual e compromete negativamente sua duração, apesar de o inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição Federal assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

 Em suma, ao estar cada vez mais atarefado, o Poder Judiciário encontra-se inábil de exercer a jurisdição de forma célere e satisfatória, o que além de prejudicar o andamento das demandas, consequentemente posterga a garantia dos direitos fundamentais infligidos e seu exercício de forma apropriada e útil.

 Como já exposto sobre a Judicialização, traz-se agora algumas das consequências do Ativismo Judicial.

 A começar com a insegurança jurídica, pois, citando Saldanha Palheiro, “em alguns casos, há causas sobre o mesmo tema, no mesmo estado da federação, sendo julgados de maneiras distintas, a depender da vara que as analisa”. Isso também influencia na questão da harmonia entre os poderes, o que não ocorre quando um poder se sobrepõe ao outro. Nos casos de Ativismo Judicial, o judiciário está como protagonista.

 Outra consequência é a do “juiz independente”, que tem liberdade para interpretar de forma extensiva, da maneira que julgar ser melhor. Isso pode trazer uma outra consequência, que é influenciada pela política, que são os riscos para a legitimidade democrática. Os membros do Poder Judiciário, embora capazes, não são agentes eleitos pela população. Usando do ativismo, podem haver fortes influências políticas nas decisões tomadas, o que pode vir a invalidar atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

**Conclusão**

 Dado os aspectos referentes ao Ativismo Judicial e à Judicialização, torna-se evidente a complexidade e o quão delicado este tema tem se apresentado na atualidade brasileira, interligando o Poder Judiciário a uma constante e perigosa interferência em questões sociais e políticas do país.

 Com base nisso, é possível concluir que o Ativismo Judicial se consiste em uma postura mais ativa de magistrados na interpretação e aplicação da legislação, possibilitando a ultrapassagem de limites tradicionais do exercício de sua função de aplicação da legislação a casos concretos. Tal fenômeno é considerado por muitos como vantajoso, seja para uma maior celeridade de reivindicação de direitos, seja para auxiliar os demais Poderes na correção e preenchimento de falhas e lacunas, que possam surgir em detrimento aos direitos fundamentais positivados no bojo constitucional.

 Outrossim, há correntes de pensamentos contrárias a essa visão, nas quais entende-se o Ativismo Judicial como prejudicial ao Estado Democrático de Direito, em razão do considerável efeito negativo da interferência do Judiciário deixando o equilíbrio dos Poderes muitas vezes à mercê da interpretação da lei de determinado magistrado, questão essa abordada da seguinte forma pelo jurista Lenio Streck:

 “O problema de saltar de Séca à Meca. E intercalar posições tomadas ad hoc. Em uma democracia é desejável que se cumpram os limites semânticos hermenêuticos de um texto legal. Não posso invocar a literalidade quando me interessa; tampouco devo ignorar os limites esses quando desgosto subjetivamente daquilo que também podemos chamar de significado convencional. O ponto: há que se ter coerência no tipo de abordagem interpretativa que define a concepção de direito que tem o intérprete.”

 Dirimir essa problemática representa um grande desafio para o ordenamento jurídico brasileiro. Uma das possíveis soluções debatidas pelo pesquisador Carlos Roberto Firme Filho, em artigo de sua autoria, seria no impedimento de casos não efetivamente declarados inconstitucionais, de chegarem até as instâncias superiores em razão da presunção de constitucionalidade que possuem as leis. Assim, esta linha de raciocínio entende que somente viria a ser justificável a subida de instância, em casos de reconhecimento da inconstitucionalidade pelo órgão inferior.

 Por outro lado, a Judicialização, caminhando juntamente ao Ativismo Judicial, se mostra como um fenômeno no qual questões que deveriam ser decididas pelos representantes eleitos democraticamente são levadas ao Judiciário para resolução. Isso ocorrendo muitas vezes devido à ineficiência do Poder Legislativo ou a possíveis inércias de parlamentares, frente a demandas controversas que viriam a prejudicar uma futura reeleição. Paralelamente, temos como resultado desta “fuga de competência”, a grande recorrência de decisões do Judiciário em questões delicadas, que afetam diretamente a sociedade.

 A combinação de Ativismo Judicial e Judicialização levanta fatores imperativos de atenção. De certa forma, pode garantir que certos grupos marginalizados tenham seus direitos protegidos e suas demandas atendidas. Ademais, pode vir a resultar na sobrecarga e na politização do Judiciário, enfraquecendo o sistema de freios e contrapesos essencial ao devido funcionamento da democracia.

 O que resta ao Brasil, é não poupar esforços para superar mais este capítulo de adversidade, entre tantos em sua história.

**Referências Bibliográficas**

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 mai. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

FIRME FILHO, Carlos Alberto. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil e na Itália: um estudo comparativo prático e crítico entre os modelos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, Revista de Direito Constitucional e Internacional.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. trad. Ana Paula Zomer Sica et alli. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. 3ª Edição Aumentada. São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. **Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual**. Rio de Janeiro. 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2008.

STRECK, L.L.. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Critica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Casa do Saber, 2020, verbete *Literalidade.*

1. 1 Exemplos de anuência da CRFB de 1988 à atuação do judiciário em esferas diversas, são os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade: art. 102, I, a (ADI); art. 103, §2º (ADO) e art. 102,§ 1º (ADPF). [↑](#footnote-ref-1)