

ATIVISMO JUDICIAL, HEROI OU VILÃO?

JUDICIAL ACTIVISM, HERO OR VILLAIN?

*Ana Clara Barros Espozel
FEMPERJ*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o ativismo judicial, a partir de suas origens, bem como o protagonismo judicial no contexto do estado democrático de direito, se o ativismo judicial tem se portado como herói ou vilão no contexto da democracia contemporânea.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Protagonismo Judicial; Estado Democrático de Direito; Democracia Contemporânea.

Abstract: The present essay aims to analyze the judicial activism, from its origins, as well the judicial protagonism in the context of democratic state of law, if the judicial activism has behaved like a hero or a villain in the context of contemporary democracy. and its two species, judicialization and judicial activism, the possibility of characterization from its origins and boundaries, as well as reciprocal interaction between each phenomena in the context of contemporary democracy.

Keywords: judicial activism; judicial protagonist; democratic state of law; contemporary democracy.

1. Introdução

O ativismo judicial é tema que tem aparecido com frequência nas discussões jurisprudenciais e acadêmicas, sendo apontado pela mídia e até nas conversas informais, como o vilão das decisões judiciais contrárias ao senso comum e aos interesses particulares. O assunto desperta paixões e aversões entre os interlocutores. O debate acesceu com a ascensão do Poder Judiciário como protagonista de decisões de grande relevância social, tendo o Direito que se readaptar à complexa realidade mundial contemporânea, multifacetada e dinâmica, e que demandou dos magistrados, uma atuação menos engessada e que trascente o antigo espírito do juiz *bouche de la loi* ou “boca de lei”.

No entanto, o protagonismo judicial, tem como espécies o ativismo judicial e a judicialização que são comumente tratados em conjunto, mas que não se confundem, pois têm origens e fronteiras que os distinguem. Contudo, tanto o ativismo, quanto a judicialização são

fenômenos que contribuem para o redimensionamento da interação do direito, da política, da sociedade e do Poder Judiciário, temas fundamentais no cenário contemporâneo.

Desta forma, o presente trabalho tem por objeto analisar o ativismo judicial no contexto do estado da democracia contemporânea, perpassando por seu gênero, o protagonismo judicial, bem como sua outra espécie, a judicialização. A partir deste estudo visa-se, sobretudo, dissimular o significado do ativismo judicial e compreender melhor o seu papel no estado democrático de direito.

2. Conceitos

Inicialmente, para entender o ativismo judicial, é essencial distingui-lo da judicialização, para se afastar o uso inadequado das expressões e as usuais confusões acerca do tema. Embora tenham conceitos ligados e, em regra, estejam unidos, além de possuírem implicações recíprocas, distingui-los é essencial para a compreensão e a análise do ativismo, assim como, para conseguirmos atingir o objetivo deste trabalho, qual seja, estabelecer o seu real papel na democracia contemporânea.

2.1. Judicialização

No plano internacional, a discussão sobre a judicialização tem um dos grandes marcos a conferência “The Judicialization of Politics”, realizada em junho de 1992, pelo Centro Studi e Ricerche sull’Ordinamento Giudizario, na Universidade de Bologna¹. Além de outros estudiosos sobre o tema, merecem destaques os trabalhos de Mauro Cappelletti, Antoine Garapon, Alec Stone-Sweet, Ran Hirschl, que são referências na matéria.

A nível nacional, destacam-se os trabalhos de Marcus Faro de Castro, Maria Teresa Sadek e Rodrigo Arantes, Luiz Werneck Vianna, Ernani Rodrigues de Carvalho, Luís Roberto Barroso e Lênio Luiz Streck.

Segundo Neal Tate e Torbjörn Vallinder, a judicialização da política é a transformação de algo em forma de processo judicial².

¹ Diversos trabalhos apresentados na conferência foram publicados na edição da *International Political Science Review* de abril de 1994. Cf. *International Political Sciences Review*, v. 15, n. 2, April 1994.

² TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997. p. 13. V, citado por Moraes, Guilherme Braga Peña, *Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,nº2, p. 15-33, 2º sem., 2019.

Em termos gerais, a judicialização é um estado complexo, no qual, além do aspecto jurídico, estão envolvidos elementos políticos, institucionais, sociais, econômicos e culturais, que interagem de diversas formas, de acordo com o cenário em que se encontram, estabelecendo tendências de normatização e a ampliação ou a restrição das demandas passíveis de deliberação pelo judiciário, ou seja, em termos genérico há um papel invasivo da ciência jurídica e do Direito nas relações sociais.

Neste cenário, o fenômeno da judicialização pode ser estudado por meio de várias perspectivas, neste estudo, destacamos a judicialização sobre a perspectiva da política e das relações sociais.

A judicialização da política tem como foco principal o Estado, os processos de modificação das relações entre seus Poderes e de reorganização institucional. Por meio da judicialização sobre a perspectiva da política exsurge a intervenção do Direito nas instituições e o estabelecimento de um novo padrão de relacionamento entre os Poderes do Estado, isto porque a justiça atua como “gardiã das promessas democráticas³”, tal como o STF tutela a Constituição Federal, atuando cada vez mais em temas extremamente relevantes e como um “lugar em que se exige a realização de direitos consagrados na Constituição, no ordenamento jurídico e na efetivação da democracia contemporânea, fenômeno referido por certos doutrinadores, como a constitucionalização e a “domesticação da política” pelo direito.⁴

Nesta perspectiva, pode ocorrer também a incorporação de técnicas de argumentação, de adjudicação e de estruturas de organização, próprias do Poder Judiciário na tomada de decisões no âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo e, sobretudo, na maior ingerência do Poder Judiciário em questões afetas à política. Nesta lógica política da judicialização, a produção normativa evolui de um sistema jurídico monocêntrico de supremacia do Poder Legislativo, para um sistema policêntrico, onde é atribuído também a outros Poderes a função de elaborá-las⁵.

A judicialização da política ainda reveste-se de natureza dúblice ou ambivalente, na medida em que a intervenção do Poder Judiciário é demandado pelas minorias parlamentares contra a vontade da maioria e na defesa dos direitos das minorias e, concomitantemente, a intervenção do Poder judiciário também é requerida pelo Poder Executivo e outros agentes e instituições de justiça na defesa da sociedade e contra a representação parlamentar.

³ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002, p. 55, citado por Moraes, Guilherme Braga Peña, *Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,nº2, p. 15-33, 2º sem., 2019.

⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 3, p. 9-11.

⁵ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 6, citado por Moraes, Guilherme Braga Peña, *Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,nº2, p. 15-33, 2º sem., 2019.

Luciano da Ros pensa que o Poder Judiciário pode atuar em relação à judicialização da política como “instrumento de oposição”, por meio da defesa das minorias, ou até mesmo como um “árbitro da partida” em prol do respeito às regras do jogo e na defesa da sociedade⁶.

Por outro lado, a judicialização das relações sociais trata o problema pelo prisma sociocultural, voltando para a sociedade, para a cultura e para os processos de modificação das relações sociais, das relações entre o Estado e a Sociedade, além da expansão do conceito de cidadania⁷. A judicialização sobre a perspectiva das relações sociais trata de temas, como: o aumento da regulação, a expansão da normatividade e a “publicização da esfera privada”⁸; assim como, da incorporação dos métodos e das estruturas típicas do Poder Judiciário às relações privadas e, tal como na judicialização da política, resulta no aumento da interferência do Poder Judiciário nas questões sociais e no incremento de demandas na via judicial.

Logo, a judicialização da política e a judicialização das relações sociais, ainda que enfatizem problemas e processos diferentes, são complementares e não excludentes, já que não há como dissociar a maior interferência do Poder Judiciário na tomada de decisão de questões típicas da política e das relações sociais e o aumento do ajuizamento de demandas pela população, porque tanto os problemas políticos, quanto os problemas sociais são interdependentes e passíveis de discussão via processo judicial.

A judicialização também pode ser estabelecida por meio de três processos: a) a “juridificação”⁹ por expansão do direito no Estado e na sociedade; b) a “judicialização por transferência”¹⁰, que estabelece o incremento da interferência do Poder Judiciário nas questões políticas e relações sociais; c) a “judicialização por incorporação”¹¹, ou seja, pela internalização de argumentos e critérios jurídicos, métodos e procedimentos judiciais, organização e estruturas judiciárias, em outras esferas de atuação fora da própria esfera judicial.

Existem Três categorias de Judicialização quanto aos seus movimentos: a) “a judicialização em nível abstrato”, endereçando à normatização da realidade em dimensões cada vez mais amplas e a adequação das realidades institucionais ou organizacionais a esses padrões; b) a “judicialização vinda de baixo”, originada das pressões e reivindicações da própria

⁶ MORAES, Guilherme Braga Peña, Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,nº2, p. 15-33, 2º sem., 2019.

⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um conceito operacional de judicialização da política. In: Encontro da associação brasileira de ciência política, 7., 2010, Recife.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

⁹ BLICHNER, Lars; MOLANDER, Anders. *What is juridification*. Acesso em: 4 set. 2015

¹⁰ Ou, na terminologia de Marcos Paulo Verissimo, “judicialização vinda de fora”. Cf. VERISSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial pós1988. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

¹¹ Ou, na terminologia de Marcos Paulo Verissimo, “judicialização vinda de dentro”. Cf. Op. cit.

sociedade por novos direitos e novos mecanismos judiciais, c) a “judicialização vinda de cima”, que decorre do comportamento estratégico da classe política e das elites¹².

A “juridificação” e a “judicialização em abstrato” são comumente equiparadas. Todavia, a “jurisdição por transferência” não decorre sempre das pressões sociais, já que é perceptível a atuação estratégica da classe política que, muitas vezes, transfere aos tribunais questões polêmicas para serem decididas e, conseqüentemente, reduz sua responsabilidade por escolhas impopulares, além de mitigar os riscos institucionais.

Logo, o termo “judicialização da política” refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial para além do seu âmbito típico, ou seja, para as relações políticas e para matérias até então consideradas da alçada dos legisladores e gestores, levando a uma maior interferência do Poder Judiciário nas deliberações de questões do âmbito político, assim como, a incorporação de métodos e procedimentos judiciais no mesmo.

Já a “judicialização das relações sociais” refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial no âmbito das relações socioeconômicas, com o aumento da regulação e interferência do Poder Judiciário em questões privadas, ocasionando, portanto, o incremento das demandas por serviços judiciais.

De outra parte, no conceito mais restritivo de judicialização, qual seja, a “judicialização por transferência”, na perspectiva política, destaca-se pela maior interferência do Poder Judiciário na deliberação de questões políticas, que deveriam permanecer a cargo de representantes eleitos ou indicados do Poder Executivo ou Legislativo.

A “juridificação” e a “judicialização por incorporação”, na dimensão política, são formas que podem ser denominadas, por exemplo, como “tribunalização da política”, pois designa a internalização em outras esferas de atuação de fora da própria esfera do judiciário de argumentos e critérios jurídicos (“juridicização”), métodos e procedimentos judiciais (“procedimentalização”), organização e estruturas judiciárias (“burocratização”), especialmente no âmbito político, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, em deliberações internas, nos seus órgãos, agências e instituições e no desempenho das funções para os quais foram criados¹³.

2.2. Ativismo Judicial

¹² HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

¹³ VIARO, Felipe Albertini Nani, *Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional*. Disponível: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945> Acessado em 31 de janeiro de 2023.

A expressão “ativismo judicial” foi consagrada na doutrina norte-americana, pela obra de Arthur Shlesinger Junior.¹⁴, que ao analisar o perfil dos juizes da Suprema Corte norte-americana em 1947, os classificou em: a) juizes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; b) juizes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; c) juizes campeões da autorrestricção, d) juizes representantes do equilíbrio de forças, sendo o ativismo considerado como oposto à autorrestricção judicial, em atenção à visão que os julgadores têm a respeito da função judicicia¹⁵.

Segundo o artigo *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista americana, o ativismo não é conceito jurídico, é um comportamento com origem social, um comportamento ativo, não autocontido, que quase sempre causa a judicialização, mas nem sempre, sendo certo que tanto a judicialização quanto o ativismo, ainda que conceitos distintos, envolvem o protagonismo do judiciário.

No debate norte-americano os conceitos de ativismo judicial variam conforme a calibragem à autocontenção que é dada ao judiciário, ou seja, as vezes tende a uma maior participação do Poder Judiciário na atividade intelectual de concretização dos valores constitucionais e outras, a uma maior interferência do judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado.

Todavia, são multiplas as definições atribuídas ao ativismo judicial, tais como: prática utilizada para atacar os atos emanados de outros Poderes do Estado, com inconstitucionalidade defensável; estratégia de não aplicar os precedentes; afastamento dos cânones de interpretação; conduta de legislar a partir dos tribunais ou julgamento predeterminado a um fim.

Destaco o conceito de Guilherme Peña definiu o ativismo judicial como o método de criação judicial do Direito *extra legem*, porém *intra ius*¹⁶.

Na doutrina americana, o debate sobre o ativismo judicial envolveu duas variantes do interpretativismo: o “textualismo” e o “originalismo”¹⁷. O “textualismo” ou “literalismo” é a teoria que prega que as interpretações da Constituição devem se ater apenas a literalidade do texto da Constituição”. O “originalismo” já entende que, além da mera linguagem textual, deve-se levar em conta o significado que os constituintes pretenderam dar ao texto.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁵ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court: 1947*. Fortune, v. 35, n. 1, p. 73, 1947

¹⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96, 105 e 168.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

Há, ainda, o “não interpretativismo” ou “construction”, que se subdivide em duas correntes: o “conceitualismo”, que parte do princípio de que a sociedade evolui e com ela a lei e o significado da Constituição. O “simbolismo,” que buscou na história e na tradição norte-americanas inspirações para determinar a constitucionalidade das ações nas diferentes ramificações políticas do governo.

Neste passo, é importante ressaltar que, ao logo dos tempos, a expressão “ativismo judicial” tem servido tanto para enaltecer a postura ativa do juiz, quanto para criticá-la.

Em que pese existam posições intermediárias, na perspectiva positiva, a postura proativa dos magistrados foi referida como uma atuação funcional necessária e oportuna, para fazer valer a primazia da Constituição¹⁸. Neste sentido, a defesa do ativismo foi acompanhada da adoção de postulados teóricos que foram incorporados pelo chamado “neoconstitucionalismo”, tais como o reconhecimento da prevalência dos princípios sobre as regras, além da existência de uma “nova hermenêutica”, liberando o juiz do papel de “boca da lei¹⁹”.

No neoconstitucionalismo, cujo marco histórico foi a segunda guerra mundial, surgiu como uma forma de tentar aproximar o direito dos valores morais e da realidade social, considerando mais importante o direito, e não a lei, como visto na visão formalista.

Esta é a nova visão do direito, não só adotada no Brasil, que considera de forma postivada a atuação ativista do judiciário hoje, ao valorizar a sua atuação contra majoritária, porque via de regra a atuação é majoritária no processo legislativo, e nos casos, por exemplo, de uma omissão inconstitucional o judiciário é a última opção para o exercício de um direito pela minoria, ou seja, o judiciário atua de forma contra majoritária para garantir um direito.

Isto é de extremamente positivo, considerando que a lei não pode ser mais que o direito constitucional, a lei não pode ser maior que a constituição, e que tem que se garantir os direitos fundamentais e a força normativa da constituição. Ademais, a lei não tem como prever tudo, desta forma, o processo criativo da lei não tem como se exaurir no processo legislativo, precisa abarcar a sua interpretação, que ocorre quando o judiciário tem que decidir o caso concreto, ou seja, impõe ao intérprete uma leitura da lei a partir dos princípios e valores constitucionais, dos direitos fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional na nova hermenêutica jurídica, com o efeito irradiante da constituição para todo o direito.

Para tanto, considera-se oito teses centrais: 1. constitucionalização do direito, efeito irradiante. 2. Força normativa da Constituição e dos princípios e valores, 3. rejeição do formalismo (legalismo) jurídico, 4. reaproximação entre direito e moral, 5. judicialização da política (por

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. VASCONCELOS, Edson de Aguiar. Possibilidade e limites da Justiça Eleitoral: riscos de um ativismo eleitoral exacerbado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Rel. Min. Ayres Brito. J. 05/05/2011.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276.

exemplo: controle de política públicas), 6. releitura da teoria da norma jurídica, valorização dos princípios, 7. teoria das fontes: o poder judiciário assume o protagonismo com o fortalecimento dos tribunais constitucionais (decisão judicial como fonte do direito: sumulas, mandado de injunção e etc). 8. Teoria da interpretação: nova hermenêutica Constitucional.

Contudo, o ativismo judicial, sob a perspectiva negativa, considera que a atuação proativa dos magistrados pode ocasionar a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, o voluntarismo ou o “decisionismo judicial”²⁰. Nesta perspectiva defende-se a autocontenção ou autorrestrrição judicial, como modo de evitar distorções na atividade funcional dos magistrados²¹.

Sem prejuízo, tanto os que o criticam, como os que o enaltecem, ambos, pressupõem que o ativismo revela um certo afastamento do juiz das suas funções típicas. Os que defendem o ativismo, o apontam como saneador de desvios, enquanto os que o rejeitam, atribuem ao ativismo a quebra do princípio da separação dos poderes e a violação ao Estado Democrático do Direito.

Quanto às formas de ativismo, é possível separá-lo em “ativismo substantivo ou material”, que diz respeito à concretização de direitos, em especial dos direitos fundamentais, por meio de decisões judiciais (sentenças e acórdãos); e em “ativismo adjetivo ou processual”, que reaciona-se à maneira como os processos se desenvolvem nos juízos e nos tribunais, para tornar a jurisdição mais rápida e efetiva²².

Quanto às categoriais de ativismo é possível destacar o “ativismo de expansão ou usurpação”, que se dá pela afirmação da capacidade judicial em detrimento das demais e o “ativismo de retração ou autorrestrrição”, que se dá pela abdicação de capacidade de atuação que, a princípio, foi garantida pelo ordenamento²³.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos propôs o estudo do ativismo judicial a partir de múltiplas dimensões: a dimensão metodológica, a dimensão processual, a dimensão estrutural ou horizontal, a dimensão de direitos e a dimensão antidialógica²⁴.

A dimensão metodológica do ativismo relaciona-se com o “modo de interpretar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos²⁵”.

²⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116. SARMENTO, Daniel Souza (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

²² ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. *Ativismo judicial no ritualismo processual*. *Direito Público*, Brasília, DF, v. 10, n. 57, maio/jun. 2014.

²³ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. 32.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276.

A dimensão processual está ligada ao alargamento do campo de aplicação dos processos constitucionais, sobretudo pela ampliação das hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como de seus efeitos. Assim, esta dimensão quando realizada pelas instâncias superiores, acaba gerando consequências sobre a liberdade de atuação das instâncias ordinárias.

A dimensão estrutural ou horizontal ocorre pela interferência constante ou incisiva dos juízes e dos tribunais sobre as decisões prévias tomadas pelos agentes dos demais poderes ou pela interferência dos juízes e dos tribunais nessas decisões e de como eles vêm atuando livremente em áreas ocupadas originariamente pelos demais atores políticos.

A dimensão de direitos ou ativismo judicial de direitos remete ao avanço de posições de liberdade, igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo as margens de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas.

A dimensão antidialógica se dá pela afirmação dos juízes e pelos tribunais, sobretudo, da corte constitucional, não como últimos intérpretes da Constituição, mas como únicos e exclusivos, pondo fim as hipóteses de discussão ou rediscussão acerca de determinada questão constitucional ou impedindo o debate institucional. Essas dimensões, embora conceitualmente distintas, podem se dar de forma coordenada.

Tradicionalmente, o ativismo judicial não confunde-se com o ativismo extrajudicial ou polarização do judiciário, com o estado de coisas inconstitucionais ou ativismo dialógico e a autonomia processual da justiça constitucional ou ativismo procedimental²⁶.

Embora o Ativismo americano, do sec. XX, anos 50, seja a base do nosso, existem outras vertentes. No que tange a Tipologia, outros tipos de Ativismo que pode-se mencionar são:

O **Ativismo Extrajudicial** relaciona-se à forma como os juizes se apresentam diante dos demais Poderes do Estado, da sociedade e da opinião pública, em suas manifestações externas ao processo, evidenciando a dimensão de politização do judiciário, pela articulação dos juizes com o mundo da política e com representantes de outros Poderes do Estado, atuação que não é típica da jurisdição.

No Ativismo Extrajudicial, nota-se que a politização e as redes sociais atualmente costumam impactar nos processos e nas decisões judiciais, pois há, por exemplo, a possibilidade de seleção prévia do conteúdo que é transmitido dos julgamentos pela televisão, o que é postado nas mídias ou veiculados nos meios de comunicação. Neste ativismo, o poder judiciário se

²⁶ MORAES, Guilherme Braga Peña. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17, n°2, p. 15-33, 2° sem., 2019.

manifesta enquanto instituição fora do processo, por exemplo, nas suas redes sociais, pela imprensa, fora do processo. Hoje, é notório que as mídias e redes sociais criaram e reformularam conceitos, a calúnia é mencionada como fakenews, ocorreu uma releitura da intimidade, do que deve ser sigiloso ou público, conceitos antes desconhecidos como o “cancelamento” se popularizaram.

No **Ativismo Dialógico**, o estado de coisas inconstitucionais evidencia-se pelo fracasso generalizado das políticas públicas, que tem como consequência as violações massivas de direitos humanos. Neste ativismo, a implementação do julgado é gradual, mediante procedimentos de mudança da organização, o que o distingue do ativismo clássico, no qual se pretende com as decisões judiciais resolver todas as demandas perquiridas nos processos judiciais.

O estado de coisas inconstitucionais, o mais famosos, nasce da separação eficácia (jurídica) e efetividade (a qualidade da norma que é cumprida, como dizia Kelsen) e da sentença e acordão, os quais não põem fim ao processo, mas limitam o estado de coisa constitucional, delimitam a matéria e prorrogam a competência do juízo ou tribunal até que a decisão seja acordada e efetivada, ou seja, visa assegurar que os atos sejam efetivos ao caso concreto. O processo deve buscar a eficácia e a efetividade. Neste sentido, a violação massiva de direitos humanos, pode gerar o bloqueio total dos processos, assim como, o fracasso absoluto de políticas públicas pode resultar em uma decisão estruturante, que existe na Colômbia²⁷, mas não no Brasil.

Feitas essas considerações, para os fins propostos, levando o debate popularizada, o mais pertinente é seguir o conceito mais estrito de ativismo judicial, que representa o exercício da função jurisdicional fora da previsão trazida pelo próprio ordenamento, ou seja, além do que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer. Oportuno ressaltar que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide com base em argumentos de cunho político, moral, ou seja, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado ou de um conjunto de magistrados²⁸.”

O **Ativismo Judicial** teve início nos estados americanos, no sec. XX, anos 50, com o objetivo de efetivar direitos humanos, mas tem como ponto sensível a separação dos poderes. Hoje, o principal é limitar o ativismo e não negar ou afirmar a sua inevitável e real existência, não apenas no Brasil, mas no Mundo. Esta teoria foi desenvolvida pela Corte constitucional Colombiana na solução de casos estruturais, com base no art. 27, do Decreto nº 2.591, de 19 de

²⁷ Exp. Saúde pública, sentença T-760/2008; Estabelecimento carcerário, sentença T 153/1998; deslocamento interno, sentença T 025/2004.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 586.

novembro de 1991²⁹. O estado de coisas inconstitucional é adotado por decisões judiciais de execução complexa do tribunal constitucional, devendo, portanto, ser monitorada pelo Estado e contar com audiências públicas.

Nota-se que não faltam exemplos de ativismo, pois hoje ele é uma realidade. Um exemplo foi a questão do forum especial do Parlamentar Federal, para crimes praticados no mandato e em razão dele, que decorreu de uma Mutação Constitucional, na qual o STF entendeu em 218 que não deve julgar os crime cometido pelos deputado e senadores antes ou sem rela o com o cargo. Este caso decorreu de um comportamento ativista do Judiciário, mas sem que tenha havido judicializa o.

No **Ativismo Procedimental** o tribunal constitucional tem maior liberdade e autonomia processual, o que lhe permite adaptar o processo as suas necessidades, suprindo as inconsistências ou inconveniências do Direio processual Constitucional, ampliando a margem de discricionariedade judicial com base no princípio da adaptabilidade, a fim de “preencher lacunas jurídicas” e alterar o sistema processual segundo critérios de conveniência e de oportunidade, que para alguns não são t picos do sistema, tal como corre na filtragem dos Recursos Excepcionais, modula o da eficácia das decisões de controle de constitucionalidade e na pluraliza o do debate constitucional³⁰.

Neste ativismo, a autonomia processual, não envolve a matéria, mas a forma, o rito, ou seja, se o processo foi formado de forma adequado. O STF   tribunal que permite ativismo procedimental, ele tem critérios próprios, por exemplo, para convoca o pública, para convocar sua pauta, foi ele que entendeu que para o Recurso Extraordinário precisa ter repercussão geral, criou critérios para ser habilitado como amicus curie, regras decorrentes do STF, não da lei, do processo legislativo ou de outro poder. STF é um tribunal constitucional, que busca o bem de todos, mas cujo acesso hoje no Brasil é exercido por poucos, pois há uma filtragem recursal, uma restri o de acesso à corte, sendo o controle abstrato muito aberto, mas   difícil chegar ao STF por via concreta.

Assim, o Ativismo Judicial pode decorrer de várias causas:

A Filosófica se destacou durante a ascen o do neoconstitucionalismo no sec. XXI e no pós-positivismo, em razão da aproxima o entre o direito e a moral, que fomentou o nazismo. O neoconstitucionalismo desagua no ativismo, porque d  maior peso aos princípios. O direito

²⁹ MORAES, Guilherme Braga Pe a, Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicializa o, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,n 2, p. 15-33, 2  sem., 2019.

³⁰ VAL, Eduardo. A “Corte” Gilmar Mendes Revisitada (2008-2010): mais ativismo no controle de constitucionalidade brasileiro? In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio Críticos sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 121.

é lícito, hígido, a Constituição Federal, no seu art. 1º, enuncia que a pessoa humana é o fim em si mesmo. Sendo certo, que o gênero normas é composto por princípios e regras, ou seja, os princípios são normas, assim como o são as regras. Nesse contexto, o poder judiciário como intérprete dos princípios se empodera, reduzindo o poder de quem faz as regras, ou seja, os Poderes Legislativos e Executivo.

A Jurídica se destaca pela busca da tutela das minorias. O poder judiciário hoje exerce papel contra majoritário, pode tutelar as minoria. Nota-se, portanto, que o ativismo tem um vizez positivo, já que pelo voto da maioria e por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, a minoria não tem voz e o judiciário quando adota uma postula ativista e contra majoritária, tutela as minorias e a democracia no séc. XXI, que está associada também às minorias. Pela regra da maioria, deve-se respeitar a vontade e o voto da maioria, a regra majoritária, que nem sempre, garante o direito das minorias. Portanto, pela regra da minoria, busca-se o respeito aos direitos das minorias.

A Política encontra guarita na omissão do legislativo. O Ativismo tem como uma de suas causas a omissão do legislativo, pois quanto maior o vazio deixado pelo legislativo, mais espaço se abre para o Poder Judiciário se expandir. Nesse passo, o poder judiciário, como não pode deixar de decidir quando demandado, aos poucos, tem que ocupar o espaço omissivo do poder legislativo. Desta forma, o Ativismo é sempre considerado negativo, já que decorre de uma omissão, extensa e profunda.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, tem mais de 200 (duzentas) normas sem regulamentação há mais de três décadas, o que leva não só a uma certa inefetividade, mas a crescente demanda de atuação do Judiciário. Noss arts. 5º e 7º, da Constituição Federal, que tutelam direitos fundamentais como: saúde, educação, cultura, direitos positivos e obrigacionais do estado, dentre outros espalhados na carta magna, a omissão é ainda maior, o que acarreta a falta de efetividade desta normas e das políticas públicas, além de impor o comportamento mais ativista do Judiciário.

O ativismo pode ser um fim, mas nasce de um meio. No Brasil, o principal instrumento do ativismo judicial hoje é a Mutação Constitucional. Considera-se Mutação Constitucional, a mudança de contexto, de sentido, de interpretação, sem mudança de texto.

Segundo A. Candido Ferraz existe a Mutação Constitucional Formal e a Informal (tácita). A reforma por Emenda Constitucional é um Mutação da Constituição Formal.

São instrumentos ou mecanismos de Mutação Constitucional: a) Transição informal; b) vicissitude constitucional tácita; c) revisão informal do compromisso político.

No HC 82959³¹, discutiu-se a proteção do direito prisional no crime hediondo em relação ao regime de cumprimento da pena, em regra, inicialmente fechado. Contudo, o STF conclui que o regime de pena integralmente fechado, mesmo para crimes hediondos, é inconstitucional. Para o STF o regime de prisão e a pena tem que ser individualizado. Foi uma Mutação Constitucional que levou ao ativismo, sem Mutação Constitucional Formal.

Todavia, o poder judiciário não pode criar texto, o limite semântico do texto constitucional tem que ser respeitado na mutação. Em que pese, existiram casos de mutação inconstitucional, nos quais o limite semântico foi rompido.

Tadavia, o princial ponto   respeitar e estabelecer limites ao ativismo, já que todos os poderes devem ser limitados, para uma democracia salutar, na medida em que quando se ultrapassa a autocontenção, ocorre ativismo com rompimento de poder.

Quanto aos standards ou parâmetros do ativismo, mencionados t mbe m como balizas, limites ou autocontrole, destacam-se cinco principais formas³²:

1.deliberação popular: O ativismo ou a autocontenção judicial segundo a vontade do povo e a deliberação popular sobre o tema. Neste caso, quanto maior a participação popular no processo de tomada de decisão dos agentes políticos, menor será o nível de interferência do Judiciário no ambito de atuação dos demais Poderes do Estado.

2.discriminação ou preconceito: O ativismo tende a ocorrer quando ocorre violações de igualdades, que incorram em vantagens; privilégios odiosos e, não, em prerrogativas. Sabe-se que preconceito motiva a discriminação, portanto, deve ser combatido, considerando que é um sentimento subjetivo, interno, pessoal. Quando há discriminação por razão de sexo, cor, religião, origem, idade, por exemplo, estas minorias objetos de discriminação ou preconceito, devem contar com a proteção judicial, que acaba por ter uma participação maior para a concretização dos valores constitucionais violados, de forma a garantir o direito de ser diferente, próprio e esperado de uma sociedade pluralista.

3. funcionamento da democracia: a ADI é um poder moderador face às forç as armadas, ao abuso de poder e ao ativista. O ativismo e a autocontenção judicial são pressupostos da democracia, já que ela resulta da convivência e o equilíbrio da preservação da vontade da maioria (*majority rule*) e da proteção dos direitos fundamentais (*minority rights*)³³. Em síntese,

³¹ “STF 82959 - Regime de cumprimento- progressão – razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. pena – crimes – hediondos – regime de cumprimento – progressão –  bice – Art. 2 ,   1 , da lei 8.072/90 – inconstitucionalidade – evolução jurisprudencial – conflito com a garantia da individualização da pena – art. 5 , inciso XL e VI, da CRFB – A imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do arr. 2 ,   1 , da lei n  8.072/90.

³² MORAES, Guilherme Peça de. A Redução da Maioridade Penal   Constitucional? Não. Carta Forense, 4.5.2015, p. B23.

³³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democr cia e Igualdade. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 24.

na democracia, governa-se com base na vontade da maioria, exceto, quando há ameaça ou lesão aos direitos fundamentais, ocasião, em que, esta regra inverte-se.

4. capacidade técnica: Quando o judiciário não tem expertise/experiência para resolver um litígio, ele deve se autoconter ou valer-se dos meios a que dispõe para suprir esta incapacidade, tal como, procurar auxílio de um perito, requerer informações adicionais, intimar experts, auxiliares de justiça e as partes para prestar depoimentos e esclarecimentos. Neste sentido, pode-se dizer que quanto maior a capacidade técnica, menor a interferência do Judiciário no âmbito de atuação dos demais Poderes Estatais.

5. proteção dos direitos das gerações futuras. A tendência do judiciário é se autoconter, quando a questão envolve direito das gerações futuras, como os relativos ao meio ambiente. O diálogo entre os poderes é uma importante forma de democratização do ativismo. Quando a proteção dos direitos das gerações futuras for deficiente ou estiver em risco, a participação do Judiciário pode ser maior para garanti-los, assim como, para proteger os valores constitucionais a que relacionam-se. Atualmente, até as Cláusulas Pétreas são interpretadas com moderação, pois ainda que não possam ser objeto de deliberação de proposta de reforma que visem a descaracterizar o seus núcleos essenciais, elas não obstam a decisão majoritária dos órgãos de representação popular que visam ajustar a Constituição à realidade e aos princípios básicos.

De todos o exposto, há alguns dogmas quanto ao ativismo que devem ser quebrados, quais sejam:

a) Omissão X Ação: O ativismo nem sempre é fruto de uma omissão, ele também pode ter como causa uma ação, como, por exemplo, a Lei 9.868/99.

b) Negativo X Positivo: O ativismo não é sempre negativo, ele pode ser positivo, como quando ocorre quando o Poder Judiciário tutela as minorias, toma uma decisão contra majoritária para defender minorias, pois a democracia contemporânea abarca não só o respeito ao voto, a regra da maioria, que é transitória, mas também tem que respeitar a regra da minoria, os valores fundamentais, os direitos dos vulneráveis. O judiciário pode atuar de forma democrática, quando decide em prol das minorias, dos vulneráveis, pois o voto é apenas uma parte da democracia. Neste caso, inegavelmente, o ativismo é positivo.

c) Possibilidade X Necessidade: O ativismo nem sempre é uma possibilidade, ele pode ser um dever, necessário, considerando que não cabe ao judiciário se abster de julgar e as vezes a única opção é ele ser ativista para decidir o caso concreto, como, por exemplo, quando há uma omissão legislativa para decidir o caso concreto, que o regule.

Em síntese, o ativismo nem sempre decorre de uma omissão, é negativo e possível, ele pode ocorrer sem que haja omissão, pode ser positivo e necessário.

Uma das principais formas de ativismo judicial e de parâmetro para o ativismo é o efeito *backlash*, quando é possível a não vinculação do legislativo e do judiciário (CRFB, arts. 102, §2º, 103, caput). Quando se permite o *overruling*, isto é a superação total da orientação fixada no padrão decisório, ou o *overriding*, quando há sua superação parcial.

Nas palavras do professor de Harvard, Dr. Cass Sunstein, o efeito *backlash* é uma “*intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover a sua força legal*”.

A reversão legislativa de um julgamento do STF, em que se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo Poder Legislativo, é conhecida como uma espécie de efeito *backlash* (*backlash effect*).

O Ativismo Congumal é uma forma de *backlash*. O Prof. Conrado Mendes se reporta as rodadas de deliberações, aos diálogos Institucionais, teoria dos diálogos institucionais, também denominada “*teoria dos diálogos constitucionais*” cujo objetivo é relativizar a última palavra dada em matéria constitucional pelo Judiciário, seja fortalecendo o papel do necessário diálogo com as outras instituições, que, para todos os efeitos, tornando a decisão judicial menos monergista e mais sinergista, já que nega a possibilidade da existência de uma “*última palavra*.”

Por outro lado, quando uma decisão vinculante, não vincula a própria corte e nem o legislativo, isto pode gerar certa insegurança jurídica, em que pese, deva-se considerar que é salutar que o direito não seja engessado, fossilizado na medida em que as demandas judiciais e aspirações sociais também sofrem mudanças no decorrer dos tempos.

Na Teoria da abstrativização do controle concreto, gênero da hibridização, há uma aproximação entre controle concreto e abstração, exemplo abstratização do controle concreto foi expresso no Informativo 88634, no qual ocorreu uma mudança da jurisprudência e *overruller*, ao se estabelecer que:

“*Se uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional pelo STF, incidentalmente, ou seja, em sede de controle difuso, essa decisão, assim como acontece no controle abstrato, também produz eficácia erga omnes e efeitos vinculantes*”.

Desta forma, o STF passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso. Assim, se o Plenário do STF decidiu pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante. Portanto, houve mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

³⁴ STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).”

Neste passo, pela nova interpretação, quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido.

Imperioso ressaltar que quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade, ele não retira a norma do meio jurídico, ela apenas deixa de ser válida, porém, continuará a existir, pois a Tese é que foi declarada inconstitucional, e não a norma.

A Teoria da abstratização do controle concreto, foi acolhida pelo STF em duas ocasiões, quais sejam, na RCL nº 4335/AC35 e na ADI nº 3470/RJ36, ela é considerada uma espécie da hibridização.

Segundo Augusto Pecore, atualmente, há uma tendência de aproximação entre controle abstrato e concreto e entre o abstrato e o principal, considerando que quando o plenário reconhece uma decisão ela já tem sido naturalmente dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, até mesmo antes do Senado manifestar sobre esta questão.

Nesse sentido, o STF mudou a sua jurisprudência e adotou o efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade na ADI 3.470/RJ, ajuizada contra a Lei estadual nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro. O objeto desta ação (pedido do autor) era a declaração de inconstitucional da Lei estadual nº 3.579/2001. Todavia, o STF julgou improcedente o pedido, ou seja, entendeu que a Lei Estadual nº 3.579/2001 era constitucional. Desta forma, a decisão do STF, que declarou constitucional a Lei estadual nº 3.579/2001, teve eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, já que a referida lei foi declarada constitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade, atraindo os efeitos previstos no art. 102, § 2º da Constituição Federal³⁷. Assim, o art. 2º da Lei federal nº 9.055/95 foi declarado inconstitucional de forma incidental, em controle difuso de constitucionalidade.

Pela teoria tradicional, a eficácia de uma decisão do STF, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, irá variar de acordo com a espécie de controle, se concentrado, ou seja realizado pelo STF, de forma abstrata, nas hipóteses em que a lei ou o ato normativo viola a constituição, como regra, os efeitos da decisão será *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante, ao passo que, no controle difuso, realizado por juiz, tribunal, inclusive

35 Informativos 454, 463, 706 e 739

36 Informativo 886

37 Art. 102 (...) § 2º *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*

do STF, em um caso concreto, a decisão que declara a incidentalmente uma lei inconstitucional produzirá efeitos *ex tunc, inter partes* e não vinculantes, tal como a referida declaração de inconstitucionalidade incidental da Lei Estadual nº 3.579/2001.

O STF deverá comunicar a decisão, que declarou a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, ao Senado e este poderá suspender a execução, total ou parcial, desta lei (art. 52, X).³⁸ Sendo que a decisão do Senado de suspender a execução da lei é discricionária, porém se a suspender, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF, que eram *inter partes*, passam a ser *erga omnes*. Logo, segundo este tradicional entendimento, a resolução do Senado ampliaria a eficácia do controle difuso realizado pelo Supremo.

Ocorre que o STF decidiu abandonar a concepção tradicional e fez uma nova interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 e decidiu que, mesmo se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, for incidental, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*. Tal entendimento, se fundou na necessidade de evita-se anomias, fragmentações e dar um tratamento mais uniforme, por meio da concessão à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso), a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato, o que é reforçado no § 5º do art. 535 do Código de Processo Civil³⁹.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes era preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CRFB e adotar uma nova interpretação segundo a qual ao STF declarar uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já deve ser dotada de efeito vinculante e *erga omnes* e o STF, portanto, somente comunicaria ao Senado, a fim de que a referida Casa Legislativa desse publicidade a decisão. O Ministro afirmou, ainda, que o STF fez mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional. Isto posto, com o novo entendimento firmado do art. 52, X, da CRFB, o papel do Senado no controle de constitucionalidade é apenas o de publicar e divulgar a decisão do STF, sendo certo, que a eficácia vinculante já seria uma consequência da própria decisão prolatada.

³⁸ Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: X - Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

³⁹ Art. 535. *A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.*

Tal fato, ficou ainda mais evidente nas palavras da Ministra Cármen Lúcia no sentido de que o STF está caminhando para uma inovação da jurisprudência, no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

Em suma, o entendimento tradicional era de que a eficácia da decisão do STF que declarava, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei era *interpartes* e os efeitos não vinculantes, porém, na concepção moderna esta decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Logo, pode-se dizer que o STF passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso, ainda que tal nomenclatura não tenha sido expressamente empregada pelo STF no julgamento da ADI 3.470. A teoria da abstrativização do controle difuso preconiza, em termos simples, que se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, quais sejam, eficácia *erga omnes* e vinculante, na medida em que o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e foi reinterpretado, conferindo ao Senado, atualmente, apenas o papel de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas dá publicidade a ela.

Entretando, não pode-se dizer que o STF adotou a teoria da transcendência dos motivos determinantes, porque segundo esta teoria, além do dispositivo, os motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão também seriam vinculantes, o que não ocorreu no caso em exame acima. Por certo, que o STF se aproximou um pouco mais dela, mas não se pode afirmar que passou a adotá-la, já que não houve qualquer entendimento nesse sentido.

Este é apenas um caso de mutação constitucional, dentre tantos outros, como o do HC 82.952, que discutiu sobre a progressão do regime prisional nos crimes hediondos; o MS 26602, no qual se debateu se o rol do art. 55 da CRFB para perda de mandato era ou não exaustivo; o da ADPF 132, na qual foi proferida relevante decisão sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo, sobre a diversidade de sexo não mais atrelada ao gênero e o cabimento de união estável homo e hetero afetiva; a Ação Penal 937, na qual se discutiu o foro por prerrogativa de função do parlamentar, o crime cometido no mandato, após eleito e em razão do mandato ou não estranhos as atribuições do cargo.

3. Caracterização

Neste ponto, passo a caracterizar e diferenciar os fenômenos, quanto às origens, as causas preponderantes e seus limites no ordenamento.

3.1. Judicialização

A judicialização é desencadeada por situações de conflito externas ao direito e à jurisdição, em ocasiões nas quais as normas não são cumpridas e as instituições não desempenham o papel para a qual foram criadas, quando os limites éticos e morais não são suficientes para ajustar as condutas e as demandas não são resolvidas pelas outras esferas políticas e sociais, lançando mão, portanto, de mais normas e mais jurisdição na tentativa de saná-los e solucionar os conflitos.

A doutrina tem-se esforçado para encontrar causas para o surgimento, o desenvolvimento e o aprofundamento do fenômeno da judicialização. Essas explicações, que não são mutuamente excludentes, para fins exclusivamente didáticos, são divididas em quatro: a explicação funcionalista, a explicação normativista, a explicação institucionalista e a explicação realista.

A **explicação funcionalista** remete ao fenômeno das transformações político-sociais ocorridas nas últimas décadas, apontando como fatores favoráveis à judicialização, por exemplo: o aumento do Estado e de suas atribuições, especialmente no aspecto social; o fortalecimento do Executivo, de suas agências e a regulação administrativa; o desenvolvimento da urbanização, da industrialização, do capitalismo e da globalização; além do aspecto cultural e a perda de valores morais individuais ou coletivos que tem ocorrido na sociedade.

A **explicação normativista** relaciona a judicialização com as transformações sofridas pelo próprio sistema jurídico ou judicial, como, por exemplo, a positivação de direitos fundamentais nas Constituições, o aumento da produção legislativa, sobretudo de princípios, a ideia de acesso à justiça e à preferência do uso da via judicial para a resolução de conflitos.

A **explicação institucionalista** liga a judicialização às transformações de caráter político-institucional, como, por exemplo, a expansão da democracia em cenários pluralistas, nos quais convivem ideias políticas diversas e a fragmentação do poder, funcional ou territorial; além de sobreposição de diversas formas de controle.

A **explicação realista** estabelece a judicialização como uma estratégia de poder das classes políticas, ela encontra cenário fértil na insegurança política, nas transições de regimes e no comportamento receptivo dos juízes e dos tribunais às novas demandas, na decisão de intervir em certas relações políticas e sociais, que até então eram consideradas fora de suas esferas de atuação.

Desta forma, ainda que a judicialização seja afetada pelo comportamento dos juízes e dos tribunais, trata-se de um fenômeno essencialmente contingencial, pois decorre de um conjunto de fatores que, em sua maioria, ocorrem independentemente da vontade deles.

3.2. Ativismo Judicial

Há um entendimento comum entre os estudiosos sobre o assunto, no sentido de que o ativismo tem um caráter comportamental essencial, pois embora sejam múltiplos os fatores que podem favorecer a sua ocorrência, tal como ocorre na judicialização, no ativismo é imprescindível a prévia vontade dos juizes e dos tribunais para a adoção de determinados comportamentos no exercício jurisdicional e que os leva a atuar para além ou aquém dos limites balizados no ordenamento.

Nota-se, portanto, que a judicialização é deflagrada por um contexto social de demanda por direitos ou pela desídia de implementação destes por questões políticas, fora da jurisdição. Por outro lado, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica, é uma conduta dos juízes e dos tribunais no exercício de suas atribuições.

Por isso, o ativismo judicial é tido como um problema de teoria do direito, mais precisamente da teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha o problema da interpretação no Direito⁴⁰.

Infere-se deste fato, a noção de que não é fácil a configuração do ativismo judicial, já que o próprio parâmetro utilizado para caracterizar uma posição ou decisão como ativista, ou não, depende da análise adequada do dispositivo constitucional ou infraconstitucional.⁴¹

Nada obstante, na perspectiva dos que criticam o comportamento ativismo e adotam a ideia de autocontenção ou de autorrestrição, o mencionado problema também não se resolve, porque nestes se discute uma atuação ideal, hábil a afastar o exercício além ou aquém da esfera judicial, em processo qualificados como deslegitimadores do juiz constitucional.⁴²

Nesse passo, os critérios de autocontenção ou de autorrestrição, como a “deferência em favor de outros poderes” e a “prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial⁴³”, também não devem ser utilizados de forma a subtrair a capacidade funcional que foi atribuída pela Constituição, sob pena de afrontar a supremacia constitucional.

⁴⁰ VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional.

⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 176.

⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 182-183.

⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 182-183.

O "ativismo" foi referido por Luís Roberto Barrosos como criatividade judicial⁴⁴, uma opção do magistrado, uma atuação mais ampla e mais intensa na concretização da lei. Assim, ativismo judicial seria a atuação criativa do juiz, mas compatível com o direito e sobretudo com a constituição. Sob essa perspectiva, o aplicador deve encontrar uma espécie de equilíbrio entre a autocontenção e o ativismo judicial, ora portando-se de forma passiva diante dos textos normativos, ora sendo mais proativo. Há diversas críticas a essa concepção. Em síntese, afirma-se que ela não fornece critérios de classificação das decisões judiciais entre ativistas e não ativistas, já que todas elas criam direito em alguma medida. Assim, o termo estaria desvintuando o debate sobre os limites da atuação do juiz, servindo apenas como ofensa às decisões das quais se discorda.

Há também o "ativismo" referido como violação da separação de poderes. Nesta visão o ativismo judicial seria uma invasão indevida da esfera de competência de outro poder, descaracterizando-se a função típica do Judiciário⁴⁵. Consequentemente, o ativismo seria indesejado, independentemente do resultado prático da decisão ativista, eis que violador da lei e da Constituição. Essa concepção também é alvo de crítica, já que o termo tem sido usado como mero eufemismo para a violação do direito ou para a atuação inconstitucional-ilegal do julgador⁴⁶.

A corrente autointitulada positivista contemporânea preconiza a observância aos limites impostos pela própria Constituição e pelo ordenamento ao exercício da função jurisdicional, além de entender que a liberdade criativa do magistrado é relativa, porque circunscrita ao espaço de interpretação delimitado pela própria norma.

A doutrina tem-se esforçado para traçar os limites para caracterizar uma decisão como ativista. A título de exemplo, mencionaremos três teorias.

A primeira é a teoria do "ato político", "ato de governo" ou "questões políticas"⁴⁷. Ela está ligada às regras de *justiciability*⁴⁸, com limites para as cortes de direito exercerem sua autoridade, definindo as questões, que pela própria natureza, são políticas e, portanto, as cortes de direito não deveriam decidir. Critica-se, nesta teoria, a impossibilidade de se definir, a partir de critérios claros e objetivos, quais atos poderiam ou não ser sujeitos à apreciação judicial e

44 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista SynThesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.

45 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

46 DIMOULIS, Soraya Lunardi e Dimitri. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 459-473.

47 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

48 CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional Law – principles and policies. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

na ausência de um parâmetro definido de atuação do Judiciário, ela não seria útil para caracterização do ativismo judicial.

A segunda teoria reportada por Elival da Silva Ramos, em sua obra “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”, trouxe cinco níveis ou graus de intensidade de intervenção judicial nos atos do Poder Público, para controle do judiciário: a inexistência de controle; o controle mínimo; o controle médio-fraco; o controle médio-forte, e o controle máximo⁴⁹; e cinco parâmetros para o exercício da atividade jurisdicional: a “vinculação da interpretação ao texto-base”, o reconhecimento de “exigências sistêmicas”, os casos de necessária “intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais”, o respeito à “limitação eficaz das normas constitucionais” e a atenção aos parâmetros de aplicação das ferramentas, como a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle e a utilização de sentenças interpretativas⁵⁰.

A terceira teoria se baseia na hermenêutica jurídica. Lênio Luiz Streck⁵¹, por exemplo, a partir de sua crítica ao tema propõe por três frentes de combate: uma nova teoria das fontes, com aplicação intransigente da Constituição; a redefinição do papel dos princípios, que se concebidos como normas, podem ser utilizados para a limitação das decisões e na defesa da integridade do direito; e o enfrentamento da discricionariedade judicial, por meio da teoria da decisão judicial, apresentando um novo modo de interpretação jurídica.

4. Conclusão

Por tudo o exposto, podemos concluir que a judicialização e o ativismo judicial se distinguem quanto à causa, a origem e os limites de atuação judicial, embora ambos se requeiram com o Poder Judiciário.

A judicialização é preponderantemente contingencial, já que decorre de vários fatores, e, em regra, se desenvolve dentro dos limites previstos no ordenamento para a atuação judicial, ao passo que o ativismo judicial se desenvolve fora dos limites previstos no ordenamento, mas pode incentivar o surgimento, o desenvolvimento e a expansão daquele. Logo, quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação da ação governamental em relação a constituição, maior será o grau de judicialização.

O ativismo judicial é preponderantemente um comportamental, pois decorre essencialmente da vontade do órgão jurisdicional em substituir o ordenamento tal como

⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160-163.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

expresso, por um ordenamento por ele idealizado, o que pode ocasionar à reconfiguração dos limites da atuação judicial em relação às demais esferas e à ressignificação das normas de direito material e processual do ordenamento no momento de sua aplicação pelo órgão jurisdicional⁵². Neste sentido, o ativismo judicial é uma resposta que o Judiciário oferece à questão que foi objeto de judicialização, caracterizada por “um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão ‘avanço’, seja para manter o *status quo*)⁵³”.

No sistema jurídico contemporâneo, a judicialização da política é considerada como causa do protagonismo judicial, cujo efeito é o ativismo judicial. Todavia, a judicialização da política, nem sempre causa ativismo judicial, e vice versa.

Verificamos, ainda, que ativismo nem sempre decorre de uma omissão, nem sempre é negativo e uma possibilidade, também podendo tal comportamento não decorrer de uma omissão, ser positivo e necessário.

Apuramos que a judicialização e o ativismo judicial têm conceitos distintos, sendo possível ocorrer a judicialização sem que haja ativismo (bastando que os juízes atenham-se aos limites propostos), assim como, o ativismo sem judicialização (tomando-se, por exemplo, a ideia de judicialização como tendência e a decisão ativista como um impulso isolado).⁵⁴

O Tribunal Brasileiro é ativista, o que não deve-se ter, por si só, uma crítica, mas um fato e uma tendência mundial, que tem uma de suas causas o excesso de demandas judiciais e a sobrecarga de trabalho.

Podemos conceber que o aumento da busca pelo Poder Judiciário para a discussão de questões e conflitos estimula posturas ativistas de juízes e tribunais, e que, o oposto, ou seja, a excessiva procura pela via jurisdicional (judicialização) também pode fomentar a adoção de posturas de autocontenção e autorrestrição do ativismo⁵⁵ e à contenção de demandas,⁵⁶ e que o ativismo tem repercussões positivas e negativas, que podem ser abraçadas conforme a compreensão de seus conceitos e o correto emprego, assim como à superação das adversidades, sendo imprescindível mais que negar e rejeitar as suas inevitáveis ocorrências, estabelecer limites à ele. Pois, nas palavras do Dr. Guilherme Peña de Moraes: “o problema não é o remédio, mais a dose”.

⁵² Viaro, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acessado em 06/02/2023.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os ovos do condor: de novo, o que é ativismo?

⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314-315.

⁵⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de et al. A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo Código de Processo Civil.

⁵⁶ VIARO, Felipe Albertini Nani. A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2016. f. 177. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Por fim, esperamos ter desmistificado a ideia de que o ativismo seja sempre negativo e que ele é uma realidade, imprescindível para a democracia contemporânea, já que ela não se baseia apenas na vontade da maioria, mas deve ser sopesada por meio de decisões judiciais contramajoritárias, quando os direitos das minorias encontram-se em risco, ainda que o Poder Judiciário tenha um comportamento ativista, já que pela hermenêutica contemporânea, advinda com o neoconstitucionalismo, o direito e a Constituição devem prevalecer à lei e à legalidade estrita e formalista.

Referências

- ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. *Direito Público*, Brasília, DF, v. 10, n. 57, maio/jun. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, jan.-mar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista SynThesis*, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.
- BLICHNER, Lars; MOLANDER, Anders. What is juridification. *Arena Centre for European Studies Working Paper*, n. 14, 2005.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 127-39, 2004.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um conceito operacional de judicialização da política. In: *ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA*, 7., 2010, Recife. *Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional* 251
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – principles and policies*. 3rd ed. New York: Aspen, 2006. Em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>
- DIMOULIS, Soraya Lunardi e Dimitri. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 459-473.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1998: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, out.-dez. 1994.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 3.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University, 2007.
- MORAES, Guilherme Peña de. A Redução da Maioridade Penal é Constitucional? Não. *Carta Forense*, 4.5.2015, p. B23.
-

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96, 105 e 168.

MORAES, Guilherme Braga Peña. *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17, n°2, p. 15-33, 2° sem., 2019.

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

SARMENTO, Daniel Souza (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v. 35, n. 1, 1947.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002, p. 55, citado por Moraes, Guilherme Braga Peña. *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,n°2, p. 15-33, 2° sem., 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional*, 253.

_____. *O Rubicão e os ovos do condor: de novo, o que é ativismo?*

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997. p. 13. V, citado por Moraes, Guilherme Braga Peña. *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17, n°2, p. 15-33, 2° sem., 2019.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 6, citado por Moraes, Guilherme Braga Peña, *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional*. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v.17,n°2, p. 15-33, 2° sem., 2019.

VAL, Eduardo. *A “Corte” Gilmar Mendes Revisitada (2008-2010): mais ativismo no controle de constitucionalidade brasileiro?* In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio Crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 121.

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

VASCONCELOS, Edson de Aguiar. *Possibilidade e limites da Justiça Eleitoral: riscos de um ativismo eleitoral exacerbado*. Disponível em: Acesso em 8 out. 2016.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de Justiça distributiva no Brasil: o processo judicial pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIARO, Felipe Albertini Nani. A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. Disponível: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acessado em 31 de janeiro de 2023.
