



## JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Gustavo Rocha Martins<sup>1</sup>

Raquel Andrade e Silva<sup>2</sup>

### RESUMO

Este texto pretende abordar as origens do ativismo judicial e a judicialização no Brasil, bem como os reflexos da Constituição de 1988 nesses fenômenos. Os pontos positivos e negativos do ativismo e da judicialização.

**PALAVRAS-CHAVE:** CONSTITUIÇÃO 1988. ATIVISMO. JUDICIALIZAÇÃO.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Professor de Direito Constitucional e Processo Constitucional das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

<sup>2</sup> Graduada no curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

## INTRODUÇÃO

### 1 RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO DE 1988, JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Em primeira análise é importante ressaltar as características da Constituição de 1988 que refletem nos fenômenos da judicialização e ativismo judicial. A CF 88 é conhecida como "Constituição Cidadã", tem origem democrática, uma vez que, representa a vontade do povo devido ao contexto social que foi criada, pós ditadura militar e consolidando o auge da democracia no país.

A redemocratização ampliou o relacionamento entre a população e o Poder Judiciário, como consequência houve o aumento da demanda por justiça. Nesse diapasão assevera Barroso (2008, p.3) "por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais."

Quanto à extensão da CF de 88, ela é Analítica, extensa e minuciosa, podemos observar pela quantidade de artigos, totalizando 344, nesta toada os direitos fundamentais foram abordados de maneira nunca antes visto. Ainda em relação à classificação, a Carta Magna quanto a sua finalidade é Dirigente ou Social, em consequência ao constitucionalismo social do século XX, ou seja, a Constituição não é considerada apenas uma ordem normativa, ela é considerada uma ordem fundamental material.

A Constituição por sua vez possui um texto muitas vezes ambíguo, segundo Perez (2005, p. 129), "como fruto de um ambiente não controlado por uma maioria parlamentar, a aprovação das propostas legislativas dependia de um consenso para qual o caráter fluído e ambíguo do texto revela-se imprescindível."

Nesse sentido a Constituição de 1988 de fato trouxe para o Brasil um novo contexto social que aproximou a população dos seus direitos. Ainda com esse entendimento pronunciou Mello (2008, p. 26) em discurso de posse do Min. Gilmar Mendes na presidência da Corte:

De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional.

Avulta notar que a judicialização é fruto do modelo constitucional, assim ratifica Barroso (2008, p. 6) ao salientar que judicialização advém da própria Constituição, senão vejamos:

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.

Já em relação ao ativismo judicial que significa retirar da Constituição todo o seu potencial sem interferir nos demais campos do direito, a CF 88 colabora de maneira incisiva, posto que o texto constitucional possui muitas lacunas e dá margem para dupla interpretação. Dessa forma, a ambiguidade acaba gerando aos Juízes uma situação propícia para diante do caso concreto agirem como legisladores visando suprir essas lacunas.

É nesse sentido que se pode dizer que a textura do texto constitucional constitui fator propulsor do ativismo judicial, na medida em que não oferece amarras precisas à interpretação. Bem como expõe o juiz à pressão imediata para concretizar programa que a Constituição delineou sem eficácia normativa imediata.

Portanto, enquanto a judicialização decorre dos modelos institucionais o ativismo é uma atitude, uma forma proativa de interpretar a Constituição.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO**

O primeiro aspecto que deve ser analisado é o fato de que a judicialização existe porque a Carta Magna de 1988 traz a baila um Poder Judiciário mais fortalecido e próximo da população, dessa maneira, a judicialização não é culpa do Poder Judiciário, pelo contrário, é fruto do Poder Constituinte. Vejamos o que relata Barroso (2008, p. 3):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes.

Convém destacar que não foi apenas a promulgação da Constituição de 1988 que ensejou a judicialização, outros fatores também colaboraram para isso, como a universalização do acesso a justiça, fatores políticos e até mesmo mudanças econômicas e sociais que ocorreram nas últimas décadas colaboraram para o aumento da demanda pelo Poder Judiciário.

Existem vários exemplos para ilustrar esse fenômeno: a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o direito itinerante, a TV Justiça e até mesmo sites como o Youtube que facilitam o acesso da população às informações jurídicas. Portanto, o fator que mais contribuiu foi a visibilidade pública, pois trouxe transparência e forneceu a população uma forma de controle social e isso representa na realidade a própria democracia.

Importante analisar que a judicialização também pode abarcar problemas, assim assevera Perez (2005, p. 131) “o aumento quantitativo e qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções”. Barroso (2008, p. 3) também aponta problemas para o excesso de judicialização: “como intuito, a judicialização envolve uma transferência de poderes para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Barroso (2008, p. 16) afirma que:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro justiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem, sido o setor de saúde.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL

Ativismo Judicial significa uma participação mais ampla do Poder Judiciário em interpretar a Constituição. Segundo Barroso (2008, p. 17) o ativismo e a judicialização são primos, contudo, possuem origens distintas: “já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição expandindo o seu sentido e alcance.”

Nesse entendimento também assevera Mello (2008, p. 25), em ocasião da posse do Min. Gilmar Mendes:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode reduzir-se a uma posição de pura passividade.

Importante salientar que o ativismo que tem origem norte-americana foi em certo momento da história conservador e em outro momento progressista; segundo Cappelletti (1999, p. 74) se diferenciam os juízes que são obrigados a agir como legisladores e os “law-makers”. Este último não necessariamente é obrigado a legislar, mais do que isso, ele é chamado a interpretar e esclarecer. Assim vejamos:

O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

Ainda com esse entendimento Cappelletti (1999) ratifica que o bom juiz é aquele que possui as virtudes passivas, quais sejam, o juiz deve ser uma super parte, se distanciando das demais e analisando a lide livre das pressões das partes.

Deve ser também inerte e apenas atuar quando for chamado ou evocado, a terceira e última virtude passiva é a imparcialidade, pois no processo as partes devem ter a efetiva oportunidade de se defenderem e o juiz no momento oportuno deve se manifestar de maneira imparcial.

Vejamos o que diz Cappelletti (1999, p. 77):

Essas são portanto as características essenciais -as "virtudes passivas" ou "limites processuais"- que tão profundamente diferenciam o processo jurisdicional das de natureza política, e, ao mesmo tempo, constituem não só os limites fundamentais, como também a grande e única força daquele processo.

Avulta notar que o ativismo judicial recebe algumas críticas, que também se aplicam a judicialização. A primeira delas é o risco da legitimidade democrática, uma vez que o judiciário não pode suprimir a política, nem o papel do Poder Legislativo. Atualmente existe uma crise do Poder Legislativo e o ativismo busca muitas vezes suprimir essa falha, contudo, o principal aspecto negativo é justamente pensarmos somente no presente e nos conflitos atuais, porque assim estamos adiando a reforma política que o Brasil necessita.

Uma segunda crítica é o risco da politização, convém lembrar que o direito é política no sentido que sua criação é a vontade da maioria, manifestada através das leis, essas normas produzem consequências diretamente no meio social. O juiz deve agir em nome da lei, vontade da maioria, e não de acordo com uma ideologia própria, pois caso ele atue em uma lide no caso concreto ele poderá se esquecer da sociedade como um todo.

A terceira e última crítica são os limites do Poder Judiciário, pois ele atua somente na micro justiça e não na macro justiça, além disso, ele não dispõe de espaço e conhecimento suficiente para avaliar o impacto de determinadas decisões.

Vale a pena ressaltar que o Ativismo existe para suprir uma necessidade da sociedade, tal fato deveria ser eventual, entretanto, o Judiciário ultimamente vem exercendo essa função de maneira reiterada. Dessa forma, o Poder Legislativo acaba perdendo o seu espaço em relação aos demais poderes e o Judiciário, por sua vez, continua se expandindo. Barroso (2008, p. 19)

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva. Há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade,

legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Esse também é o entendimento de PEREZ (2005, p. 131)

Não há dúvida que a abertura para o Poder Judiciário do exercício de um papel político favorece o desenvolvimento do ativismo judicial. A transferência de decisões de repercussão política e social antes afetas ao Legislativo e ao Executivo à seara do Judiciário, facultava-lhe exorbitar no exercício de suas funções, infringindo os lindes demarcatórios das tarefas reservadas aos demais Poderes. O aumento quantitativo e qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções.

## CONCLUSÃO

Em última análise, a judicialização é uma consequência da maneira como foi elaborada a Constituição Federal de 1988 e também do aumento de atribuições ao Poder Judiciário, contudo, segundo Barroso (2008, p.6): "O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro."

No Brasil, apesar de o fenômeno surgir anteriormente à Constituição Federal de 1988, foi com o advento da Carta Cidadã que o Judiciário restou fortalecido para inserir-se no contexto político. Ainda, outras causas contribuíram para a atribuição de papel ao Judiciário, após o advento da Constituição Federal de 1988, em nítido movimento de alargamento da autoridade do STF em sobreposição aos demais Poderes.

Lado outro, a judicialização também é criticada, quando ela é um excesso e um pode representar uma afronta a legitimidade democrática: Barroso (2008, p.19)

A expansão do judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita pelos Juízes.

O ativismo, por sua vez, segundo Perez (2005, p. 132) tem outro contexto, "A falta de desempenho ou a execução ineficiente das funções reservada ao Poder Legislativo relacionam-se inexoravelmente ao crescente incremento do ativismo judicial."

Assim, o ativismo ganha espaço no cenário atual para tentar ocupar as lacunas deixadas pelas outras instâncias políticas, que não cumprem suas atribuições. Para Barroso (2008, p. 7) "o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito."

Assim Perez (2005, p. 147) entende:

Neste contexto, o Poder Judiciário brasileiro é terreno fértil para a extração de exemplo de decisões judiciais eivadas da ideologia ativista, motivada pela deficiência legislativa. Quatro casos podem ser lembrados para ilustrar as assertivas lançadas: (a) a eficácia atribuída às decisões proferidas nos autos dos: MI 670-9/ES, MI 708-0/DF e MI 712-8/PA; (b) a Súmula Vinculante 13 do STF; (c) a Súmula Vinculante 11; e (d) o julgamento dos: MS 26.603-1/DF e MS 26.604-0/DF.

Ante ao exposto, os fenômenos da judicialização e ativismo caminham juntos para tentar suprir a demandas da sociedade, assim Barroso (2008, p. 6) assevera:

Em todos os casos referidos acima, o judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Consultor Jurídico**, p. 1- 29, 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 01/2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 73-106.

MELLO, Celso. Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo\\_judicial\\_compensa\\_omissao\\_poder\\_publico](http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico)>. Acesso em: 01/2013.

PEREZ, CARLOS ALBERTO NAVARRO. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 20, n. 78, p. 115-152, jan/mar. 2005.