

ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICO

Valéria Rafael das Mercês Aires Chrystal Gil¹

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo uma reflexão sobre a evolução histórica do ativismo judicial e seus impactos na sociedade brasileira. Para fins de contextualizar ao tópico principal, foram abordados temas inerentes ao objeto do trabalho, como o desenvolvimento dos três poderes, o movimento neoconstitucional e seus impactos no direito moderno, os diferentes modelos de constituição, bem como a amplitude de sua interpretação e os impactos causados com a prática excessiva de ativismo judicial, que culmina na insegurança jurídica vivida no Brasil. Os métodos de procedimento do trabalho foram o dedutivo, histórico, bibliográfico e documental, a abordagem será qualitativa, com intuito de mapear os movimentos sociais e jurídicos que levaram a prática do ativismo no ocidente, com foco especial no Brasil e na amplitude da jurisdição constitucional gerada com o advento da Constituição Federal de 1988. Nota-se que o tema ativismo jurídico tem tomado proporções enormes durante a última década, e cada vez mais vem sendo comentado não só no meio acadêmico e político, mas também nos ambientes sociais. Entretanto, os debates em geral são superficiais e enviesados, sem preocupação com o motivo gerador de tal ativismo pelo judiciário. A conclusão do presente trabalho mostra não só a dimensão do impacto gerado pela multiplicidade de decisões controversas e ativistas, mas também a necessidade de mudança que se enfrenta no momento.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ativismo judicial
2. Neoconstitucionalismo
3. Impacto do ativismo judicial

¹ Mestranda em Direito Processual e Cidadania, pela UNIPAR/PR. Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto de Direito Público do Distrito Federal do Distrito Federal. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. E-mail: vrafael@tre-mt.jus.br.

1 Introdução

O espírito renascentista do ser humano e sua procura ávida por novidades em uma sociedade moderna que vive em constante mudança. E neste processo cognitivo, entre os avanços e retrocessos, pode-se extrair uma verdade, que a curiosidade humana não nos permitirá cair em um comodismo.

Estas atividades inovadoras capazes de criar novas formas de se viver serão fonte geradoras de mudanças estruturais na sociedade, e isto inclui os impactos perceptíveis na relação entre o cidadão e o Poder Público, no caso entre o jurisdicionado e os órgãos judicantes.

O Poder Judiciário que inicialmente, diante da simplicidade social, reservava-se a resolução de conflitos individuais por intermédio da aplicação de uma regra preexistente, universal e clara, depara-se agora com uma complexidade social que resultará em conflitos inimagináveis e sem uma lei pré-fabricada e aplicável ao conflito.

É cediço que a atuação jurisdicional do Estado precisa acompanhar este avanço social e adaptar-se às constantes mudanças, alterando, se necessário, sua forma de abordagem e atuação, sob pena de tornar-se obsoleta e destoada da realidade no qual é desenvolvida.

Diante disso, admite-se a busca pela justiça como um valor mutável de acordo com os contextos sociais e históricos. As mudanças no *modus operandi* dos Tribunais, na busca pela entrega de uma tutela jurisdicional realmente efetiva, ensejarão adjetivações que embora muito discutidas, mal compreendidas, como é o caso do ativismo judicial e da judicialização da política, termos empregados constantemente como sinônimos, mas que possuem diferenças lacônicas.

Pensando nisso, o presente artigo tem como objetivo realizar reflexão sobre a evolução histórica do ativismo judicial e seus impactos na sociedade brasileira, bem como a judicialização política.

2 Teoria Geral do Estado e separação de poderes

Para que um Estado democrático possa ser governado é necessário que existam órgãos responsáveis por determinadas funções e que estes sejam capazes de o governarem de modo pacífico e organizado, sem que existam interferências entre si, utilizando-se de métodos que beneficiem as pessoas que estão sendo governadas por tais órgãos.

As primeiras ideias para a tripartição dos poderes surgiram na Grécia antiga. Aristóteles em sua obra política delineou que o poder soberano possuía três funções distintas cabendo a ele o papel de editar e aplicar estas funções nos casos, além de julgar os conflitos entre as pessoas daquela época. Na opinião de Lenza existia um problema na teoria de Aristóteles:

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei (Lenza, 2012, p. 481).

Também a respeito do nascimento da “teoria da separação dos poderes”, Moraes (2007, p. 385) discorre:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

Conforme se aprofunda no tema, observa-se que entre todos os pensadores e filósofos quem se destacou nesta questão foi Montesquieu, quando escreveu o livro *O Espírito das Leis*. Na obra, Montesquieu criou a teoria da separação dos poderes ou teoria da tripartição dos poderes, em que vislumbrou que o poder do Estado seja dividido e que os poderes necessitam ser autônomos e independentes para que possam usufruir de suas prerrogativas, sem que sejam interrompidos ou censurados por outros órgãos, de forma que possuam uma liberdade maior, deste modo se expressa Montesquieu:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém, seja obrigado a fazer as coisas, a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite (Montesquieu, 2000, p. 166).

Carvalho (2017, p. 173-175) defende que Montesquieu vislumbrou três poderes existentes em um Estado: o Poder legislativo que era o responsável por criar e administrar as leis existentes de modo a poder até mesmo cancelá-las; o Poder Executivo que possui a prerrogativa de aplicar as leis, sendo a ele incumbido também importantes funções como receber outros chefes de Estado, decidir sobre guerras, prevenir invasões e manter a segurança do povo, e por último o Poder Judiciário capaz de julgar de acordo com as normas vigentes, como punir aqueles que cometem crimes e julgar as questões entre os particulares da época.

Com esta teoria, Montesquieu esboçou um sistema denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*), um método de os poderes entre si conseguirem de uma forma legal efetuar um controle sobre as ações um do outro, evitando o domínio do estado por parte de apenas um poder, Lenza (2012, p. 481-482) afirma que:

Por meio desta teoria, cada poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se

percebia no absolutismo. Tais atividades passam a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo assim o que se denominou teoria dos freios e contrapesos.

Sobre a invasão de competência de um órgão sobre outro Hugo Kalil, leciona sobre o ponto em que o Estado deve intervir na função específica de um dos poderes,

Assim, a doutrina da separação das funções do Poder (ou, simplesmente, de separação dos Poderes constituídos) torna impositivo o respeito a certos lindes relacionados às atividades típicas dos órgãos estatais de soberania – limites que não dizem respeito a uma completa impermeabilidade à atuação do outro, mas a uma conduta de mínima intervenção, admissível apenas quando estritamente necessária para a preservação dos valores constitucionais (Kalil, 2013).

O correto então é evitar ultrapassar os limites postos a cada poder, mas quando se trata de preservar o texto presente na Constituição é totalmente cabível a intervenção. No Brasil, vigora o Bicameralismo Federativo na esfera federal, ou seja, o poder legislativo no âmbito federal é composto por duas casas: a câmara dos deputados e o senado federal. O primeiro representando os interesses da população e o segundo o do Estado, José Afonso da Silva de forma clara e objetiva escreve:

A função legislativa de competência da União é exercida pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos deputados e o Senado Federal, integrados respectivamente por Deputados e Senadores. É da tradição constitucional brasileira a organização do Poder legislativo em dois ramos, sistema denominado bicameralismo [...] (Silva, 2009, p. 509).

Eles possuem como regra a função de assegurar uma Constituição que conduza por meio de normas, o Estado brasileiro, de modo que o que está escrito nela não seja violado por uma lei inferior.

Em âmbito estadual, são os deputados estaduais quem criam as normas que pertencem à Constituição de tal estado, sem ir contra a Constituição Federal. Nos municípios, tal função fica a cargo da câmara de vereadores, que assim como os deputados estaduais visam à criação de leis para o benefício da população, não podendo esta ferir a constituição estadual e federal. Tais funções são de suma importância, já que o Brasil possui uma área de proporções continentais, e as necessidades de uma parte da população podem ser diferentes da outra, beneficiando assim a parte que necessita de determinada regra. O poder executivo é o órgão incumbido de conduzir o Estado, na definição de Bulos (2022, p. 1233), “Executivo é o poder responsável pela administração do Estado”.

O poder executivo brasileiro adota o presidencialismo e possui como função atípica legislar por meio de Medidas Provisórias, o qual fica assegurado no art. 62 da Constituição Federal de 1988, além de julgar no contencioso administrativo.

O Chefe do Estado do governo é o Presidente da República, que amparado pelos seus ministros de Estado, exerce a posto de Chefe de Estado e Chefe de governo. A esfera estadual e municipal é exercida pelo governador e prefeito, respectivamente. O Poder Judiciário é o órgão responsável por julgar os problemas inerentes à sociedade, garantindo a cada uma das pessoas, de maneira justa e legal, seus direitos individuais, na concepção de Bulos (2012, p. 1269).

É um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis a certeza e segurança das relações jurídicas.

O Judiciário brasileiro é composto por tribunais e juízes, cada um com sua respectiva competência. O art. 92 da Constituição Federal de 1988 dispõe,

Art.92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - O Supremo Tribunal Federal;

I -A- O Conselho Nacional de Justiça;

II - O Superior Tribunal de Justiça;

III - Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - Os Tribunais e Juízes do Trabalho

V - Os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - Os Tribunais e Juízes Militares;

VII - Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL,1988) .

O Poder Judiciário possui como uma de suas principais características cada órgão ser independente entre si. Dessa forma, um juiz de primeiro grau não fica subordinado a uma instância superior, sendo ele livre para ter a interpretação que achar necessária, dentro dos limites legais.

O Judiciário possui como instância superior o Supremo Tribunal Federal, o qual irá se manifestar sempre que alguma norma ou lei ferir o que está escrito na constituição, com algumas exceções.

Outro tribunal de extrema importância é o Superior Tribunal de Justiça, que fica responsável por garantir/supervisionar a aplicação das leis de caráter federal. Na opinião de Walter Ceneviva:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), criado pela carta de 1988, tem a missão de dizer da aplicação da lei federal e dos tratados internacionais. Resulta da Transformação do Tribunal Federal de Recursos, cujos Ministros passaram a integrá-lo (Ceneviva, 2003, p. 268).

Além deles, têm-se os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, cujas competências estão elencadas nos artigos 108 e 109 da Constituição –Tribunais e Juízes do Trabalho, responsáveis por intermediar as relações entre empregador e empregado; Tribunais e Juízes Eleitorais, zelar pelo cumprimento das causas que envolvam conteúdo eleitoral, cuja competência e organização são definidas em lei complementar; Tribunais e Juízes Militares, designados para intermediar causas que envolvam conteúdo de cunho militar e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, cuja organização e princípios estão no art. 125 da Constituição.

3 Estado Democrático de Direito: suas implicações

O Estado Democrático de Direito busca assegurar a liberdade e os direitos dos cidadãos, ou seja, os direitos humanos e garantias fundamentais dos indivíduos. A Constituição de 1988 elenca no seu art.1º o Estado Democrático de Direito e os fundamentos os quais a embasam.

Art.1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...].

O conceito de liberdade na visão de Bobbio:

“Liberdade” significa ora a faculdade de cumprir ou não certas ações, sem o impedimento dos outros que comigo convivem, ou da sociedade, como complexo orgânico ou, mais simplesmente, do poder estatal; ora o poder de não obedecer a outras normas além daquelas que eu mesmo me impus” (Bobbio (2000, p. 101).

Por terem elementos comuns entre si, existe uma tendência a confundir o que é um Estado liberal e o que é um Estado democrático. Neste aspecto, Bobbio (2000, p. 101) discorre sobre o assunto e tenta com suas palavras estabelecer ou definir o que é um Estado democrático diferenciando-o de um Estado liberal:

De fato, denomina-se “liberal” aquele que persegue o fim de ampliar cada vez mais a esfera

das ações não-impedidas, enquanto se denomina “democrata” aquele que tende a aumentar o número de ações reguladas mediante processos de autorregulamentação. Donde “Estado Liberal” é aquele no qual a ingerência do poder público é o mais restrita possível; “democrático”, aquele no qual são mais numerosos os órgãos de autogoverno.

O termo democracia, pelos anos que se estuda e da forma como é utilizado sendo amplamente discutido pela sociedade, aparenta ser de fácil definição, porém na obra a Ciência Política, nota-se a dificuldade em conceituar tal termo:

Nos dias correntes, a palavra democracia domina com tal força a linguagem política deste século, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamem democráticos. No entanto, se buscarmos debaixo desse termo o seu real significado, arriscamo-nos à mesma decepção angustiante que varou o coração de Bruto, quando o romano percebeu, no desgano das paixões republicanas, quanto valia a virtude. Mas a democracia, que não é mais que um nome também embaixo dos abusos que a infamaram, nem por isso deixou de ser a potente força condutora dos destinos da sociedade contemporânea, não importa a significação que se lhe empreste (Bonavides, 1999, p. 267).

O Estado Democrático de Direito teve início a partir da necessidade de se efetivar garantias mínimas para a sobrevivência das pessoas. A revolução industrial foi o período histórico em que o Estado Democrático mais ganhou força, passando de uma simples teoria para sua efetividade. Na revolução, a grande maioria da população trabalhava para os patrões, recebendo muitas vezes uma miséria e vivendo em condições lastimáveis.

Dallari (1998, p. 54-95) escrevem:

Já se tem conhecimento de que o Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação

dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como Locke e Rousseau [...] É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no Bill of Rights, de 1689. O segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa.

Na continuação, Silva (2005, p. 3-4) apresenta uma breve ideia do surgimento do Estado Democrático moderno:

A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinadas pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ilustrar a ideia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea.

O Estado Democrático de Direito, como se nota, é de grande valor para a população, já que por meio dele são embasadas grandes partes de conteúdos constitucionais e direitos fundamentais.

4 Constituição Federal de 1988: rigidez e controle de constitucionalidade

A Constituição, mesmo dotada de supremacia, necessita de mecanismos que auxiliem a preservar o conteúdo constitucional que ela carrega, pois uma Carta de tamanha importância sempre sofrerá ataques e tentativas de transgredir seu conteúdo. Uadi Bulos (2022, p. 186) enfatiza:

Controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna. Controlar a constitucionalidade, portanto, é examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante a análise dos requisitos formais e materiais. Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme a constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional.

Dessa maneira, este engenho existe manter um ordenamento de forma organizada e respeitando uma hierarquia, assim estabelecendo alguns limites que devem ser respeitados, Barroso (2019, p. 1) a respeito explica:

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação de compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizando o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no

reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

Carvalho(2017, p. 361-365) anota que para mais que a Constituição seja uma garantia, ela necessita de um instrumento que assegure isso, o que denominamos controle de constitucionalidade. Essa ferramenta protege a Constituição verificando se os aspectos das normas criadas ou estabelecidas estão de acordo com o que está previsto sem ferir os preceitos constitucionais. Caso se constate que houve violação aos preceitos fundamentais, é necessário que o Judiciário se manifeste para que delibere quanto à sua validade e eficácia.

Existem diversas espécies de inconstitucionalidade que se pode alegar tendo como principais, por ação: omissão; material; formal; total; parcial; direta; indireta e originária. Silva (2020, p. 47) traz que a inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que vão de encontro a leis ou princípios constitucionais. É importante enfatizar que esse fato está relacionado à compatibilidade vertical das normas, na qual a lei inferior tem que propriamente obedecer à lei hierarquicamente superior, para serem válidas. As leis inferiores que não obedecerem a este critério automaticamente, serão consideradas inconstitucionais, em que uma lei de hierarquia superior prepondera sobre uma de hierarquia inferior.

José Afonso da Silva (2020, p. 47) complementa citando mais algumas espécies,

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos e etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição. Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.

A inconstitucionalidade por omissão é bem diferente da anterior, visto que ela é consequência da demora do poder legislativo em realizar a função que lhe foi conferida. Na concepção de Lenza (2012, p. 250), “inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.”

A respeito da inconstitucionalidade total e parcial, Carvalho (2017, p. 375) escreve que a total advém quando abrange todo o ato normativo em questão, diferentemente da parcial em que uma fração ou múltiplos dispositivos estão corrompidos, de modo que não é possível que ele fique em harmonia com o texto constitucional.

Bulos (2022, p. 151) dispõe que a direta é aquela que afronta norma explícita da Constituição, enquanto a indireta se opõe à norma da constituição de uma forma reflexiva inserida em outro texto do ordenamento brasileiro.

Sobre a originária Carvalho (2017, p. 372) discorre que é aquela que quando ingressou no ordenamento já era conflitante com a Constituição Federal em vigor. As formas de inconstitucionalidades em um primeiro contato aparentam ter muitos detalhes técnicos que dificultam a criação de uma norma, entretanto são indispensáveis para evitar esse choque entre norma inferior e superior.

Existem alguns modelos de controle de constitucionalidades os quais são divididos por características essenciais ao modo como são classificados, como por exemplo, a natureza do órgão que exerce este controle. José Afonso da Silva registra o seguinte:

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado [...] O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade de que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras

ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional (Silva, 2020, p. 49).

Como visto anteriormente, nota-se que o Brasil adotou o sistema judicial combinado com alguns pontos do modelo americano e europeu. Em relação ao momento que ocorre o exercício do controle, Barroso (2019, p. 45-46), existe o modo preventivo e o repressivo. O primeiro é aquele que busca alegar a inconstitucionalidade enquanto a lei ainda é um projeto, visando assim evitar que um ato inconstitucional entre em vigor; enquanto o segundo a lei já está em vigor e almeja-se cancelar a sua eficácia.

A respeito do órgão judicial que exerce o controle têm-se o modo difuso e o controle concentrado. Sobre eles Cristiane Moraes Queiroz explica:

O controle difuso é exercido no âmbito de casos concretos tendo, portanto, natureza subjetiva, por envolver interesses de autor e réu. Assim, permite a todos os órgãos do Poder Judiciário, desde o juiz singular de primeira instância, até o Tribunal de superior instância que é o Superior Tribunal Federal, guardião da Constituição, apenas apreciar matéria constitucional em situações de violação concreta de direitos constitucionais. Estes não julgam a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas apreciam a questão e deixam de aplicá-la por achar inconstitucional àquele caso específico que está julgando [...]. O controle concentrado surgiu no Brasil através da Emenda Constitucional nº16, que atribuiu ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República. Através desse modelo de controle, é feita a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo objetivando alcançar a invalidação da lei para firmar a segurança das relações jurídicas. Não

se discuti nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo. Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, com interesse maior de propor alguma espécie de controle para discutir se uma lei é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional (Queiroz, 2008).

O último tipo refere-se à forma ou modo de controle judicial que, na concepção de Barroso (2019, p. 49-48), ocorre por via incidental que é aquela fiscalização constitucional exercida por juízes e tribunais perante os casos reais remetidos a sua jurisdição. Já a por ação direta ou via principal é aquela advinda de uma ação que tem por finalidade discutir a validade de uma determinada norma, devendo ser ajuizada por órgãos legitimados diante do STF.

Entre os estudiosos existe uma crítica de que como o controle de constitucionalidade é normalmente feito/julgado pelo poder judiciário. Muitos temem que a Constituição vire um “fantoche” de seu próprio guardião, de modo que este modifique o entendimento de normas em seu benefício. A respeito disso Dimoulis e Lunardi (2011, p. 466) escrevem isto:

Se todos os fiscais da Constituição interpretam a mesma Constituição como se explicam as contínuas divergências de opinião? Do ponto de vista da teoria do direito, essas divergências são devidas a três fatores.

Primeiro, aos interesses políticos conflitantes que influenciam as decisões dos aplicadores. Dando um exemplo simples. O estudante que deve dez reais ao seu colega de sala dificilmente negará a dívida. O empresário que deve dez milhões de reais à Previdência Social encontrará dezenas de argumentos jurídicos para questionar sua dívida.

Segundo, à baixa densidade normativa da maioria dos dispositivos constitucionais que favorece a apresentação de variados argumentos a favor ou contra determinada tese.

Terceiro, à falta de consenso sobre os métodos de interpretação jurídica, sendo possível embasar entendimentos divergentes em métodos diferentes.

Essas discrepâncias estruturais mostram que não seria prudente confiarem em um único fiscal a tarefa de decidir definitivamente sobre a constitucionalidade de normas, isto é, confiar-lhe o direito-dever de acertar ou de errar de maneira definitiva. Parece preferível manter a pluralidade dos fiscais da Constituição em situação de equivalência, seguindo um ensinamento básico da teoria de separação de poderes que recomenda a existência de múltiplos e recíprocos controles.

Nota-se que o mais correto seria que houvesse um revezamento entre os Poderes, no que concerne ao controle de constitucionalidade. Mas, enquanto não houver tanto interesse por parte dos outros poderes no Brasil, é melhor que o judiciário o faça, mesmo que isso signifique certa centralização do poder, afinal, um país não pode ser governado sem uma Constituição e um instrumento que garanta sua segurança e aplicação.

5 Neoconstitucionalismo: o novo perfil da jurisdição

Com o advento do Estado Social, as premissas que sustentavam o Estado Liberal e fundamentavam os direitos às liberdades individuais clássicas foram superadas e reinterpretadas pelas novas ideologias, as quais primavam pela inserção do cidadão na comunidade, provocando um impacto profundo sobre o direito.

A primeira constatação significativa foi a de que a liberdade somente poderia ser usufruída pelos indivíduos que dispusessem de um mínimo de condições materiais que proporcionassem uma vida digna, exurgindo a falácia da liberdade formal garantida pela não intervenção do Estado nas relações privadas.

Ficou superada a antiga concepção de igualdade formal, a partir da consciência de que o Estado necessitava assegurar a igualdade material entre os homens, mediante uma necessária distinção e especificação de papéis, posições e peculiaridades de cada indivíduo na sociedade, abandonando-se a imagem do sujeito de direitos genérico, típico da lógica liberalista (Bobbio, 1992, p. 68).

Revelou-se, assim, a necessidade de o direito apreender a heterogeneidade social, mediante diferentes critérios de diferenciação, como o sexo, a idade, as condições físicas, para, mediante uma seletividade inclusiva, determinar-se as estratégias de atuação estatal para a correção dos desvios sociais causados pelo efeito da economia de mercado (Bobbio, 1992, p. 69).

Como consequência, houve a superação da imagem dos Parlamentos como espaço de expressão homogênea da vontade da maioria, o qual, na realidade, correspondia à uniformidade dos anseios da classe burguesa (Marinoni, 2014).

Grupos de pressão, representativos de setores determinados da sociedade, ganharam espaço na política, atuando em prol da criação de leis que favorecessem as suas demandas, fazendo reverberar nas casas legislativas a expressão das divergências e da complexidade social.

Nesse panorama, a idealização das leis como expressão da vontade geral cai diante da constatação de que os lobbies políticos influenciavam a sua formação, atingindo a ideia de impessoalidade e coerência do ordenamento jurídico, cultuada pelos positivistas (Marinoni, 2014).

A presunção absoluta da legitimidade das leis, dependente simplesmente da autoridade da qual emanava, diante disso, ficou desacreditada, demandando a criação de um sistema de controle de validade de seu conteúdo, para aferir a correspondência dos enunciados legais com critérios de justiça (Barroso, 2012, p. 9).

É o início do movimento teórico denominado neoconstitucionalismo, consistente num amplo conjunto de transformações ocorrido no Estado e no direito, a partir do qual novas funções das constituições são reconhecidas, entre elas a de filtro de controle da produção legislativa (Barroso, 2012, p. 11).

Tal processo chega ao seu auge durante o século XX, por força não só do choque entre capital e trabalho, após a revolução industrial, mas também pela experimentação pela humanidade dos horrores causados pela segunda guerra mundial. As constituições passaram a incorporar explicitamente valores, princípios e direitos fundamentais, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como ponto cardeal do Estado de bem-estar social.

Nesse cenário, ocorreu a reaproximação entre o direito e a ética, bem como a centralização dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos, conduzindo a um novo modelo de interpretação do direito. A atividade do jurista passou da descrição da lei para a

compreensão crítica das normas à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais (Barroso, 2012, p. 12).

Com isso, as tarefas do juiz se alteram significativamente, sepultando a imagem de “boca da lei”, consoante denominação cunhada por Montesquieu. A atividade do magistrado se caracteriza, agora, pela concretização dos preceitos normativos, estes apreendidos como componentes que levam à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como significado de sua interpretação (Marinoni, 2014).

Sob essa ótica, as próprias características da magistratura se alteraram, demandando a figura do juiz ativo e engajado no contexto político, econômico e social em que judica papel que exige posturas muitas vezes incompatíveis com o rigor formalista. Distante de representar a adoção do sociologismo no Direito, tratava-se de “retomar os conceitos jurídicos num grau de abstração correspondente ao grau de complexidade alcançado pelas funções e prestações do sistema jurídico” (Campilongo; Di Giorgi; Piovesan, 1994, p. 46).

A jurisdição, assim, adequou-se às novas realidades e necessidades sociais, representando uma das garantias da estabilidade e da dinâmica institucionais do Estado, dando respaldo ao um novo modelo jurídico no qual se procura compensar os déficits e desvantagens sociais (Lenza, 2008, p. 30).

Ademais, dentro do paradigma neoconstitucionalista, todos os direitos fundamentais reconhecidos explícita ou implicitamente nas constituições possuem plena eficácia jurídica. Assim, os direitos sociais, que demandam a atuação do Estado para sua implementação, revelam outro desafio do Judiciário, qual seja, conferir eficácia aos programas de ação, isto é, às políticas públicas (Campilongo; Di Giorgi; Piovesan, 1994, p. 46).

Referidas transformações operadas no direito e em relação à concepção do papel do Estado, ao longo da transição entre o Estado Liberal e o Estado Social, influenciaram progressivamente, outrossim, alterações metodológicas no âmbito do direito processual e a redefinição do papel da jurisdição.

6 Ativismo Judicial

Segundo Andrei Koerner, a expressão ativismo judicial foi importada dos Estados Unidos após ter sido utilizada pelo professor

Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, separando-os entre os juízes “ativistas” e os juízes adeptos à “autocontenção” (Koerner, 2013, p. 70).

Ainda, segundo Andrei Koerner, o artigo escrito por Arthur Schlesinger traz pela primeira vez a expressão “ativismo jurídico”, referindo-se à atuação progressista de alguns magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos, frente à implementação de políticas do Líder do Executivo à época, Franklin Delano Roosevelt (Koerner, 2013, p. 70).

A professora e Juíza de Direito Márcia Helena Boschelucida que muito embora o termo ativismo judicial seja empregado apenas em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., a Suprema Corte Norte Americana pavimentou tal atuação muitos anos antes, veja-se:

Porém, a história aponta que na verdade as bases do ativismo judicial foram construídas muitos anos antes e por um longo período em que a Corte foi presidida por John Marshall (Corte Marshall, de 1801 a 1835), com destaque para o famoso caso “*Marbury contra Madison*” que foi decidido no ano de 1803 pela Suprema Corte, sendo a principal referência do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Este caso abriu a discussão para a possibilidade do Poder Judiciário rever os atos do Congresso praticados em ofensa à constituição.

Se por um lado, no século XIX uma atuação considerada ativista começava a surgir, por outro, segundo o professor Luiz Roberto Barrosa, esta atividade será perceptível com mais veemência no Poder Judiciário Americano, berço da presente terminologia, alguns anos mais tarde:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda

e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Barroso, 2012).

No Brasil, sob perspectiva científica, o tema é bastante recente. Além disso, há uma infinidade de definições, que varia de acordo com o prisma ideológico, interpretativo e metodológico utilizado para enfrentar o tema. Nesse sentido, a professora Vanice Regina Lório do Valle elucida que:

O problema na identificação do ativismo judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis (Valle, 2009, p. 21).

Segundo Koerner, “Este modelo de atuação enérgica foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e mais recentemente nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF)”. (Koerner, 2013, p. 70). Ladeando este pensamento, a professora e pesquisadora Maria Aparecida Alkimin assevera que:

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente a sociedade e, em consequência, com mais repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação (Alkmin, 2016, p. 303).

Nesse sentido, o ativismo judicial possui uma estreita relação com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, pois esta inaugura a passagem de um momento de extremo de autoritarismo e desrespeito às garantias fundamentais para um período em que o Estado, outrora autoritário, é responsável pela promoção da dignidade da pessoa humana e da consagração de garantias e direitos fundamentais.

E isso extrai-se do pensamento do professor e ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, que defende o ativismo judicial como algo relacionado à atuação enérgica do Poder Judiciário na concretização de valores consagrados ou implícitos na Constituição, pois, segundo ele, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (Barroso, 2012, p. 25). E prossegue ressaltando que, de forma empírica, é possível caracterizar uma atuação ativista quando presentes três elementos essenciais, a saber:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (Barroso, 2012, p. 25-26).

Para Barroso (2012, p. 26), o ativismo judicial não é algo inconsciente, mas [...] “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Já Koerner (2013, p. 70) acredita que no Brasil, o ativismo Judicial é caracterizado por uma atuação não convencional por parte do Poder Judiciário – daí o termo ativismo – numa concretização expansiva dos valores Carta Cidadã. Noutras palavras, utiliza-se o termo para referir-se às atuações do Poder Judiciário que extrapolam seus limites de competência originária e que expandiram o alcance e impacto da Constituição.

Ocorre que o autor prossegue e salienta ainda que o termo não se restringe a caracterizar uma atitude proativa do Poder Judiciário, mas também uma atuação na qual este extrapola seus limites de competência originária.

De uma forma simplista, pode-se dizer que a expressão ativismo judicial, nesse contexto, tem servido tanto para enaltecer uma postura ativa do juiz quanto para criticar essa mesma atuação. Para o pesquisador Luiz Werneck Vianna, a duplicidade que acompanha o termo ativismo judicial é uma questão de compreensão do instrumento, e, nesse sentido, aduz que:

O ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada. Mal compreendido leva a concepções de uma justiça que abdica da defesa da integridade do Direito, tal como a conceituam, na esteira de Dworkin, Nonet e Selznick, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento (Vianna, 2008, p. 3).

Assim, faz-se necessário trazer à baila os ensinamentos do eminente professor Elival da Silva Santos, que, diferentemente de Luiz Werneck Vianna, acredita que os desvios encontrados em uma postura ativista por Parte do Poder Judiciário, não são resultantes de uma má compreensão, mas intrínseco ao próprio exercício do fenômeno:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de Constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadida por decisões excessivamente criativa (Vianna, 2008, p. 3).

Em que pese a pluralidade de definições acerca do ativismo judicial, é unânime que o fenômeno possui a predisposição do julgador como fator essencial para sua caracterização, e além disso, é parâmetro essencial para diferenciá-lo de outro fenômeno decorrente da atividade judicante, a judicialização da política.

7 Judicialização da política

Da mesma forma que o ativismo judicial, a judicialização da política é um fenômeno polêmico e que apresenta uma pluralidade conceitual bem peculiar. Logo, a diferenciação destes fenômenos faz-se extremamente necessária, haja vista que nas palavras do eminente ministro Luís Roberto Barroso (Barroso, 2012, p. 25), “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares”, muito embora sejam fenômenos diferentes.

Alguns resquícios de uma possível judicialização foram descritos pelo cientista político francês Alexis de Tocqueville em seu livro intitulado “Democracia na América”, fruto de sua viagem aos Estados Unidos em 1831, com objetivo de observar o

funcionamento das instituições americanas. Após analisar o papel do Poder Judiciário, Tocqueville chega à conclusão de que:

O mais difícil para um estrangeiro compreender nos Estados Unidos é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas, quando examina em seguida a constituição dos tribunais, descobre que, à primeira vista, tem apenas atribuições e hábitos judiciários. O magistrado só lhe parece imiscuir-se nos assuntos públicos por acaso; mas esse acaso acontece todos os dias. [...] O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado, de um imenso poder político. (Tocqueville, 2005, p. 111-113).

Contudo, segundo o professor Amandino Teixeira Nunes Junior, será por meio da obra “A expansão Global do poder Judicial”, produzida coletivamente por C. Neil Tate e Torbjörn Vallinder, fruto de uma análise empírica da atuação do judiciário em vários países, que estes contornos tornam-se menos abstratos, e, por isso, a obra se tornou uma referência para o estudo do aumento das estruturas judicantes e sua legitimidade democrática quando da atuação na política e a esse fenômeno convencionou-se chamar judicialização. Torbjörn Vallinder, ao conceituar judicialização, a define da seguinte maneira:

Assim, a judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial (Nunes Júnior, 2016, p. 13).

O fenômeno encontrado por C. Neil Tate e Torbjörn Vallinder, no trabalho intitulado “a judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, será subdividido em dois, a saber, “na judicialização das relações sociais e a judicialização da política” (Vianna *et al.*, 1999, p. 22).

Segundo Vianna *et al.* (1999, p. 22), a judicialização da política pode ser compreendida como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, entre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático

A doutrina assevera que a judicialização das relações sociais, por sua vez, ressalta o surgimento do Judiciário como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania.

Ainda segundo Vianna *et al.* (1999, p.22), trata-se do mesmo fenômeno, a subdivisão, contudo, demonstra de forma pedagógica os impactos da judicialização em diferentes áreas da sociedade.

De igual forma, ao definir judicialização, Maria Aparecida Alkmin elucida que:

[...] na judicialização há transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário o qual passa, normalmente, dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes. Significa que, algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário (Alkmin, 2016, p. 304).

O fenômeno, ainda, é tratado de forma similar, pelo professor e atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em

geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais [...] (Barroso, 2012, p. 24).

Com a clareza que lhe é peculiar, o ilustre professor Lênio Streck, define judicialização como:

“um fenômeno que exsurge com base na relação entre os poderes do Estado. Pensemos, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional” (Streck, 2004, p. 19).

Como bem pontuda Streck, na judicialização há um deslocamento da arena na qual, em tese, algumas questões deveriam ser decididas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e, agora, passam a ser objeto de análise e decisão do Poder Judiciário. Nesse sentido, corrobora os ensinamentos do professor Marcos Faro de Castro, que leciona:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos (Castro, 1997).

No Brasil, segundo o professor Luís Roberto Barroso, este será um fenômeno característico do período pós - promulgação da Constituição em 1988, deixando claro que o modelo constitucional adotado no país foi um fator determinante para a judicialização de questões sociais e institucionais. Tanto é verdade que, segundo o autor, é da promulgação da Carta Política de 1988 que emanam os motivadores desse fenômeno. Observa-se que:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.

[...]

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.

[...]

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (Barroso, 2012, p. 24).

Ao tratar sobre o tema, a professora Gisele Cittadino, igualmente, ressalta a influência da Constituição de 1988 e sua contribuição para o crescimento da judicialização e assegura que:

No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecido pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (Cittadino, 2002, p. 135).

Isso porque, como bem ressalta o professor Rodrigo Albuquerque De Victor, o atual modelo constitucional brasileiro foi construído sob a base de um Estado de bem-estar social, ou seja, tem-se o Estado como o principal responsável por promover a igualdade de condições e amparar os menos favorecidos, garantindo uma série de direitos básicos à população e aumentando a sua participação na economia (De Victor, 2011, p. 142).

Entretanto, o advento do neoliberalismo e sua constante busca por um Estado mínimo no final do século passado resultou em um poder representativo que priorize políticas privatistas e detrimento de políticas públicas que efetivem garantias sociais constitucionalmente previstas. É neste momento que o Poder Judiciário surge como a via segura de efetivação de direitos, e com isso, políticas públicas são constantemente judicializadas.

E mais, segundo Luís Roberto Barroso, ao incorporar um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público à Constituição, ele se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, logo, a Constituição Federal confere ao Judiciário o poder de dirimir conflitos de competência originária dos demais poderes. Como anota Barroso:

Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar – e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela (Barroso, 2012, p. 24).

Conclui-se, portanto, que apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não se confundem. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões, à primeira vista, de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro condições jurídicas, políticas e institucionais que favorecem a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

8 Conclusão

Observa-se, portanto, que o movimento de judicialização ocorre no mundo político-jurídico brasileiro, principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, possuindo base legal para

ser executado sem retirar espaços e delegações de outros poderes de forma ilegítima.

A importância que o tempo influencia sobre o Direito Constitucional, já que ele está presente na formação de costumes, nas modificações das instituições políticas, nos atos do Poder Legislativo, na forma de garantir os direitos humanos fundamentais e ainda na urgência legislativa. Enfatizando que no constitucionalismo somente se justifica o caráter de urgência, se os prazos que foram estabelecidos forem designados para o interesse público.

Visto isso, a importância na velocidade da apreciação de uma norma é nítida, pois muitas vezes a demora estará prejudicando um grupo de pessoas que talvez, futuramente, a norma não venha a exercer a sua função de forma tão completa. Nesse caso é que entra a função do Poder Judiciário em garantir a lei de maneira mais veloz e eficaz.

Observou-se que o ativismo judicial, independente do caso, geralmente é utilizado para decidir sobre temas que extrapolem a Constituição, que não tenham sido abordados por ela, ou ainda, temas que possam gerar mais de uma interpretação.

Nesse sentido, infere-se que o desenvolvimento constante da sociedade moderna incontestavelmente exige uma modernização e adaptação do Poder Judiciário, sob pena de sua prestação jurisdicional tornar-se dissociada da realidade.

Nesse contexto de constante transformação, surgem os fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política. Tais fenômenos ensejam discussões intermináveis acerca da sua conceituação e de sua constatação.

Em que pese a proximidade existente entre os fenômenos mencionados e a diversidade de opiniões quanto à sua conceituação, após a presente pesquisa, pode-se dizer que o primeiro diz respeito a uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar e decidir sobre temas e questões de competência de outros poderes. O segundo fenômeno diz respeito às macrocondições jurídicas, políticas e institucionais resultantes do nosso modelo constitucional, que favorecem a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

Uma atuação ativista por parte de qualquer um dos poderes da República que resulte na usurpação de competência do outro, em uma evidente transgressão ao princípio constitucional da separação

de poderes causará, certamente, uma instabilidade institucional e um descredito ainda maior no Poder Legislativo, prejudicando assim o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, haja vista que não há democracia sólida sem uma atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem um congresso atuante e investido de credibilidade.

Mais que isso, a falta de produção legislativa em determinado tema, por mais importante que seja, pode muitas vezes significar uma escolha política, ou seja, o Poder Legislativo não elaborou a lei por faltar-lhe condições políticas ou quórum majoritário. Isto é parte de jogo democrático, isto é, política.

Portanto, constatável é a tese que, sob o argumento de garantir direitos, ignora questões basilares e fundantes do Estado Democrático de Direito como os princípios da legalidade, da separação dos poderes e da segurança jurídica. Uma democracia forte e robusta, é aquela que progride respeitando a lei, as garantias constitucionais e as instituições.

REFERÊNCIAS

ALKMIN, Maria Aparecida. Ativismo Judicial como instrumento de transformação do estado democrático de direito. **Revista Direito & Paz**. Lorena ano 18, n. 34, p. 300-318, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/357/257> Acesso em: 25 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 21, jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em : 7 dez. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia (colab.). **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2003.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DE VICTOR. Rogério Albuquerque. **Judicialização de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva. 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de, Marcelo Novelin, (org.) Valle, Andre Rufino. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jurispodium, 2011. p. 459-473.
- KALIL, Hugo Souto. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: o julgamento da ADPF 132. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **Jurisprudência do direito constitucional**. Brasília : IDP, 2013. p. 210-239.
- KOERNER, A. Ativismo judicial Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos Cebrap**, n. 96, p. 69-86, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 16. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Guilherme Piña de. **Justiça constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

QUEIROZ, Cristiane Moraes. Controle difuso e concentrado de constitucionalidade. **Webartigos**, 15 nov. 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/controle-difuso-e-concentrado-de-constitucionalidade/11295/>. Acesso em: 25 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

STREK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Forum. 2009.

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

VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES**. Rio de Janeiro, jul./ago. 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em : 25 nov. 2018.