

AINDA SOBRE A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL: ASPECTOS SOBRE O PROTAGONISMO JUDICIAL E SUAS ORIGENS

STILL ON THE EXPANSION OF JUDICIAL POWER: ASPECTS ABOUT THE JUDICIAL PROTAGONISM AND ITS ORIGINS

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli¹

Eurico da Cunha Neto²

124

Resumo: O presente ensaio tem como principal proposta a abordagem de algumas perspectivas teóricas e práticas acerca do protagonismo do Poder Judicial e suas causas e repercussões no sistema brasileiro, tendo como base a Constituição de 1988. Verificadas as mais relevantes discussões sobre as origens do fenômeno, será analisada a sua perspectiva de concretização das demandas sociais e, sobretudo, a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Separação de poderes; Expansão do Poder Judicial; Direitos Fundamentais.

Abstract: This paper aims to approach some theoretical and practical perspectives about the judicial protagonism and its repercussions and causes in the Brazilian System, based on the 1988 Constitution. After verifying the most relevant discussions about its origins, this phenomenon will be analyzed in attempt to adapt to social demands and, over all, with the intention to accomplish the fundamental rights.

Keywords: Judicial activism; Separation of powers; Expansion of Judicial Power; Fundamental Rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. A expansão do poder judicial: a judicialização da política; 3. O ativismo judicial; Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A despeito de não serem novas, as discussões acerca da crescente interferência dos juízes em matérias originalmente reservadas aos demais Poderes do Estado não deixam de ser relevantes e atuais. Constantemente é possível observar várias situações de conflitos entre as atividades judiciais, legislativas e executivas, com o avanço de algumas esferas sobre outras ou a ocupação de espaço de um poder diante do recuo de outro poder. Esses conflitos estão

¹ Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense - Faculdade de Direito de Campos, na área de concentração Políticas Públicas e Processo. É Professora Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), vinculada ao Departamento de Direito Público Formal e Ética Profissional. Também é Coordenadora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Penais na mesma Instituição. Tem experiência em Direito, com ênfase no Direito Processual Penal, atuando principalmente nos temas: Direito Probatório, Tribunal do Júri e Garantias Fundamentais do Processo.

² Delegado de Polícia Civil em Minas Gerais. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

reconfigurando os papéis dessas instituições até então bem definidos pela teoria da separação dos poderes. A doutrina da separação dos poderes é cada vez mais confrontada, e essa nova arquitetura institucional proporcionou o desenvolvimento de um ambiente político marcado, sobretudo, por fenômenos como a expansão do poder judicial no âmbito político majoritário, através da chamada judicialização da política³.

A realidade cada vez mais revela situações em que os juízes estão a adquirir um protagonismo em sua função de interpretar o direito e de fazê-lo acompanhar o avanço da sociedade. O conceito de magistrado que apenas aplica a letra da lei já se encontra, há muito, ultrapassado. Ademais, diante da ineficiência dos demais poderes em concretizar diversos direitos fundamentais que a Constituição garantiu, o Judiciário passa a ser visto pela sociedade como a principal via de cobrar seu cumprimento.

Basicamente, o que se pode dizer é que o Poder Judiciário brasileiro vem decidindo matérias eminentemente políticas ou sociais que seriam da competência do Congresso Nacional ou do Poder Executivo. Muitas vezes essa interferência é realizada de forma mais agressiva e, portanto, de questionável legitimidade, na medida em que venha a inovar no tratamento de matéria política. Por outro lado, também se vislumbram situações em que o Judiciário limita-se a agir com vistas a garantir a eficácia concreta de direito constitucional ou legal, nos limites da normativa já estabelecida por opção do próprio Poder político. Em todos os casos, todavia, é válido ponderar que a atuação dos juízes é pautada pelos princípios constitucionais da Inércia e da Inafastabilidade da Jurisdição.

Diante disso, é válido equacionar os seguintes questionamentos, que ora se apresentam como problema de pesquisa: Quais são as causas desse crescente protagonismo do Poder Judicial e em que medida apresenta-se como legítima e aceitável a interferência dos magistrados nas esferas reservadas aos Poderes políticos?

Como possível hipótese, trabalha-se com a ideia de que essa atividade judicial não é deliberada, e se deve, em grande parte, à própria vontade constitucional. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, possui a tarefa de fiscalizar seu estrito cumprimento pelos demais Poderes, sendo, inclusive, seu defensor contra as violações que podem advir das omissões inconstitucionais. Como assevera Luís Roberto Barroso, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se

³ AGUIAR, Thais Florêncio. *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*. Disponível na internet: < <http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/14305>>. Acesso em 11/08/2015.

adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.⁴ É válido considerar, entretanto, que o fenômeno em questão não é particular do contexto brasileiro. Ao contrário, já foi observado e estudado no contexto de diversos outros Estados, motivo pelo qual se buscará analisar alguns aspectos dessa manifestação estrangeira e suas possíveis causas, com vistas a melhor compreender o panorama pátrio.

Diante das premissas expostas, interessante se faz analisar o fenômeno em um aspecto mais amplo, para além das fronteiras nacionais de modo a compreender os fatores que lhe deram origem. Paralelamente, a fim de evitar caracterizações equivocadas, serão apresentadas algumas distinções entre as terminologias empregadas para abordar essa tendência ao protagonismo dos juízes na arquitetura dos poderes estatais.

Em um primeiro momento serão apresentados os principais fatores considerados frequentemente como causas do fenômeno global da expansão do Poder Judicial, o qual é usualmente referido como judicialização da política. Buscar-se-á, em seguida, associar os mesmos e identificar sua influência no contexto brasileiro. Paralelamente, será apresentada outra perspectiva do protagonismo judicial, que se concebe como ativismo judicial. Após trabalhar com essa diversidade de conceitos, perspectivas e implicações, a ideia será ponderar sobre os limites da legitimidade da atuação judicial que interfere nas decisões políticas.

2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A expansão do poder judicial, também conhecida como judicialização da política, está longe de ser uma particularidade brasileira e tampouco se mostra como prática recente. Trata-se de fenômeno global relevante, a partir do final do século passado, e que atingiu a maioria dos países que adotaram um Tribunal Constitucional hábil a exercer controle sobre os diversos atos do governo. Através da judicialização, os tribunais passaram a atuar diretamente nas questões que seriam reservadas à deliberação pelas esferas majoritárias, acabando por ocupar um lugar estratégico dentro da lógica do sistema de freios e contrapesos.

Um grande marco teórico para o estudo da judicialização da política foi a obra intitulada *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Neal Tate e Torbjörn

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte: OAB Editora, n.º. 4, Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em 11/08/2015

Vallinder⁵, para quem a judicialização da política pode ser considerada um padrão americano. Isso se daria, segundo eles, devido a alguns fatores básicos, como a queda do comunismo no Leste Europeu e o fim da União Soviética, o que fez com que os Estados Unidos se consagassem como a única superpotência. Paralelamente, os autores apontam como fator que influenciou o movimento de expansão do poder judicial, a democratização na América Latina, Ásia e África que, dadas às circunstâncias sob as quais isso veio a ocorrer, a inclusão de um Judiciário forte pareceu inevitável. Na Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo foi, para Tate e Vallinder, de grande importância no sentido de espalhar a doutrina da judicialização, não somente através da corte em si, mas também através dos debates iniciados com o sistema em andamento. Finalmente, os autores citam como influência do recrudescimento do Judiciário em países democráticos, um maior descrédito da população depositado nos entes políticos do que o que eventualmente ocorre em relação aos juízes. Isso porque, embora possa haver corrupção dentro das três esferas de poder, algumas são essencialmente mais corruptas que outras.

O fim da II Guerra Mundial deu início à criação dos tribunais constitucionais, ocasião em que os direitos humanos tiveram papel fundamental. De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser considerada um marco importante para a origem da expansão global do poder judicial, principalmente diante da presença dos tribunais constitucionais hábeis a exercer controle sobre os demais poderes do Estado, seja atuando diante da ausência de proteção a esses direitos, ou, principalmente, no caso de ofensa direta aos mesmos, em defesa individual ou da coletividade. Pode-se dizer, ainda, que a prática do controle de constitucionalidade pelos tribunais constitucionais evidencia-se como um importante propulsor da judicialização, já que o instituto foi um dos grandes responsáveis por permitir ao Judiciário interferir no âmbito de atuação dos demais poderes, sob a justificativa de defender a correta observância à Constituição e evitar que suas normas sejam violadas.

Perfecto Ibáñez⁶, juiz do Supremo Tribunal espanhol, destaca como fator da expansão a mudança de comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passaram a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Para ele, essa mudança de atitude dos magistrados se deveu pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas, pelas

⁵ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 2-3.

⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Apud* CARVALHO, Ernani Rodrigues. *Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 11/08/2015, p. 117.

omissões dos poderes Executivo e Legislativo, pela crescente pressão da sociedade civil e pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

O autor francês Antoine Garapon⁷, em estudo também focado no avanço do poder judicial, também apontou algumas causas para o fenômeno, dentre elas a apatia popular e a inércia ou incapacidade do poder político diante das demandas sociais. Diante da crise instaurada nas democracias atuais, o Judiciário representa a função de salvaguardar as frustrações dos jurisdicionados, como o próprio título já diz, seria o “guardião de promessas” que foram feitas e não cumpridas pelo Estado através das instituições majoritárias. Nesse sentido, de acordo com o autor:

O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.⁸

Garapon mostra preocupação com o aumento da litigância processual e relaciona esse aumento com o individualismo típico das sociedades capitalistas, que faz com que as pessoas percam a confiança nas instituições. O autor se recusa a ver na extrema juridicização da vida pública e privada uma simples contaminação decorrente do espírito processual. Para ele, é de dentro da sociedade democrática que está a fonte desse fenômeno patológico.

Por outro lado, haveria também um grande processo de contratualização das relações sociais, ou seja, a figura do contrato como peça fundamental em todos os ramos da vida humana. Assim, tudo o que seria regido pela relação interpessoal passou a ser regido por um contrato jurídico. Deve-se, portanto, segundo Garapon, conectar as transformações no papel do juiz com as transformações havidas no cerne da democracia. Nesse sentido, Luiz Werneck Vianna afirma que

A judicialização da política não deriva de um eventual sistema de orientação dos juízes, mas da nova trama institucional trazida pela moderna sociedade capitalista, que pôs o direito, seus procedimentos e instituições no centro da vida pública, e, neste preciso sentido, ela já é parte constitutiva das democracias contemporâneas.⁹

Na verdade, todos os fatores apontados tiveram sua cota de participação no processo de expansão global do poder judicial. No caso específico do Brasil, o período de

⁷ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁸ *Idem*, p. 26-7.

⁹ VIANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial Mal Compreendido. In: *Boletim CEDES*. Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 03. Disponível na Internet: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 18 de novembro de 2009.

redemocratização foi uma importante influência para o fortalecimento da atividade judicial a partir do ponto de vista histórico. O longo período ditatorial a que a sociedade ficou subordinada, marcado por severas restrições aos direitos fundamentais, fez elevá-los ao máximo grau de importância quando da promulgação da Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã, que selou a volta da democracia.

O constituinte de 1988 trouxe à Carta Magna o maior rol de direitos e garantias já vista em uma Constituição brasileira, o que significou uma grande conquista para um povo que estava há pouco mais de vinte anos sob o jogo da ditadura militar. Entretanto, a mera declaração formal de direitos não seria suficiente para garantir que os mesmos fossem concretizados. Nesse sentido, a fim de evitar que se tornem letra morta no ordenamento jurídico, o parágrafo 1º do artigo 5º inovou quando lhes concedendo aplicabilidade imediata, independente da atividade do legislador ordinário. Vale ressaltar que este dispositivo não se limita aos direitos individuais, mas aos direitos fundamentais de forma geral.

Por outro lado, ao positivar os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais por excelência¹⁰, o constituinte almejou destacar o dever de prestações positivas por parte do Estado, seja através de políticas públicas por parte do Poder Executivo, seja através de regulamentação legal por parte do Legislativo ou através de prestação jurisdicional a cargo do Poder Judiciário (aí envolvido não somente em sua função de julgador, mas também na função de principal intérprete das normas constitucionais). Ocorre que, ao dispor de forma abrangente acerca dos direitos fundamentais de prestação, e, paralelamente, ao concedê-los a garantia de aplicabilidade imediata, o constituinte colocou o Estado em situação complicada, tendo em vista a dificuldade de garantir a um povo com enorme taxa de pobreza, desemprego, analfabetismo e criminalidade¹¹, o gozo de direitos básicos, como educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, dentre outros. Isso faria

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 259.

¹¹ Em 1990, época próxima à promulgação da atual Constituição, o Brasil contava com um IDH (índice de desenvolvimento humano) de 0,723 – onde os países são classificados em valores médios entre 0 e 1 –, figurando no grupo de países com médio desenvolvimento humano. O índice leva em consideração quatro indicadores básicos, quais sejam, Produto Interno Bruto (PIB) per capita, expectativa de vida, taxa de alfabetização de pessoas com 15 anos ou mais de idade, e taxa de matrícula bruta nos três níveis de ensino (relação entre a população em idade escolar e o número de pessoas matriculadas no ensino fundamental, médio e superior). Em 1995, o país recebeu o índice de 0,753, em 2000, 0,789. Em 2009 o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento elaborou novo ranking com novo método de avaliação, onde o Brasil atingiu o índice de 0,813, relocando-se entre os países com alto desenvolvimento humano (acima de 0,8) e atingindo a 75ª posição no ranking. Fonte: PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível na internet: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3326&lay=pde. Acesso em: 14 de novembro de 2009.

com que esses direitos deixassem de ser meras intenções políticas, mas, sobretudo, exigissem observância nas situações concretas e prestações positivas por parte do Estado.

É nesse sentido que se vislumbra a situação de o Judiciário atuar de modo a executar sua prerrogativa de prestação de tutela jurisdicional, obviamente mediante provocação (tendo em vista o princípio da inércia), de modo a suprir as frequentes omissões por parte dos demais poderes em seus respectivos deveres prestacionais. Assim, diante de uma ausência de prestação positiva, tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo no sentido de garantir a eficácia de um direito fundamental, cabe ao Judiciário fazê-lo. Para isso o constituinte colocou à disposição dos interessados mecanismos processuais visando a salvaguarda desses direitos, como o mandado de segurança, mandado de injunção, ações coletivas e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Desse modo, ao Poder Judiciário não cabe outra opção senão prover a tutela jurisdicional requerida pela parte, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, acabando por, irremediavelmente, intervir em matérias que seriam eminentemente políticas, como a adoção de políticas públicas para a garantia de direitos fundamentais. Assim, essa atuação interventiva não constitui mera conveniência dos magistrados envolvidos na questão, mas a própria vontade do constituinte em ver garantidos os direitos fundamentais estatuídos na Carta Magna. Werneck Vianna¹² ressalta que a judicialização da política “deve sua origem tanto ao legislador constituinte quanto à cidadania que, progressivamente, foi se apropriando, em suas práticas, dos novos institutos criados pela Carta”. O autor defende ainda que a origem do fenômeno “deve ser buscada, de um lado, na iniciativa do legislador, e, de outro, nas demandas da cidadania no sentido de encontrar proteção dos seus direitos contra o Estado e as empresas”.

Por outro lado, a abrangência que caracteriza a Constituição de 1988 não se restringe à proclamação dos direitos fundamentais. Ao dispor sobre uma infinidade de matérias que poderiam ter sido deixadas para o legislador ordinário, o constituinte acabou por, indiretamente, aumentar em muito a quantidade – e a diversidade – de questões levadas à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em comparação com os de outros países regidos por constituições analíticas. De fato, a prolixidade do Diploma brasileiro é uma das fortes causas do fenômeno da expansão do poder judicial:

A constitucionalização do Direito e a ênfase na efetividade do Texto Fundamental foram fatores determinantes para se ampliar a judicialização no cotidiano. Assim,

¹² VIANNA, Luiz Werneck. *op. cit.*

temas que sequer mereciam tratamento legislativo hoje se encontram consagrados no texto constitucional, abrindo espaço para a judicialização em sentido amplo e para o exercício da jurisdição constitucional.¹³

Seguindo a tendência mundial, o Brasil também teve a jurisdição constitucional como grande influenciadora da judicialização. O Supremo Tribunal Federal adquiriu a função precípua de guardião da Constituição e vem caminhando para se consagrar como verdadeiro Tribunal Constitucional, ao invés de uma mera instância julgadora superior. A Corte é responsável por realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos exarados pelos demais poderes, inclusive por suas omissões, quando deteriam a obrigação constitucional de agir dentro de suas competências. Em relação ao controle de constitucionalidade, cabe evidenciar a sua parcela de favorecimento ao fenômeno da judicialização da política.

A forma de controle de constitucionalidade adotada pelo constituinte de 1988 abrangeu tanto o mecanismo de controle difuso, que permite a qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar uma lei a um caso concreto, quando a considerar violadora da constituição, como o concentrado, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e possuidor da eficácia *erga omnes*. Assim, somando-se o controle de constitucionalidade abrangente com a assunção pela Carta Magna de uma amplitude de matérias que antes não possuía caráter constitucional, o resultado só pode ser uma vasta interferência do Poder Judiciário em diversas áreas, inclusive aquelas que deveriam ser destinadas ao âmbito político, tendo em vista que estas podem ser alvo de controle de constitucionalidade, inclusive por omissão.

Pode-se concluir, destarte, que a expansão do poder judicial no Brasil deriva da própria vontade do constituinte, sendo, pois, legítima. Isso porque se pode dizer que o Judiciário somente vem adquirindo essa postura ativa após algumas prerrogativas que lhe foram garantidas pela Constituição de 1988, dentre as quais, conforme já antes ressaltado, a redemocratização do país, a ampla proteção aos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade abrangente e a assunção pela Carta Política de matérias que antes eram reservadas à legislação ordinária ou ao processo político majoritário:

Não se pode imputar aos ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica

¹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.) *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.

ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.¹⁴

A judicialização da política, portanto, é a sistematização dessa expansão do poder judicial analisada anteriormente, existente em nível mundial e em virtude de diversos fatores jurídicos, políticos, econômicos, sociais e históricos, dentre os quais os acima apontados. Destarte, sobre o conceito de judicialização, Vallinder ressalta que:

Quando falamos em expansão global do poder judicial, nos referimos à infusão da tomada de decisões pelos juízes e dos procedimentos tipicamente jurídicos no âmbito político, onde eles não residiam anteriormente. Para abreviar, nos referimos à judicialização da política. (...) Em resumo, poderíamos dizer que a judicialização essencialmente envolve transformar algo na forma de processo judicial.¹⁵

Tate, no mesmo sentido, aponta duas definições básicas para o termo, que reflete o desdobramento inerente ao fenômeno:

É o processo pelo qual tribunais e juízes passam a influenciar cada vez mais a elaboração de políticas públicas que eram originalmente feitas ou acredita-se que deveriam ser feitas no âmbito político, através do Legislativo ou Executivo. É, também, o processo através do qual âmbitos de tomada de decisão não-judiciais vêm a ser dominados por procedimentos tipicamente judiciais.¹⁶

Nesse sentido, Vallinder considera a existência de duas formas de judicialização, quais sejam, “*from without*” e “*from within*”.¹⁷ A forma “*from without*” seria a traduzida pelo conceito acima citado e verifica-se, basicamente, no controle de constitucionalidade de leis e atos dos demais poderes pelos tribunais – ou, segundo o modelo americano, o *judicial review* –, seria uma judicialização externa, circunscrita aos demais poderes, exercida pelo Judiciário. Já a forma interna, ou “*from within*”, se resumiria na incorporação do aparato judicial dentro do âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, difundindo métodos jurídicos em seus procedimentos e levando ao crescimento de uma justiça administrativa. A forma interna da

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

¹⁵ Conforme o original: “When we speak of the global expansion of the judicial Power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside. To put it briefly, we refer to the ‘judicialization’ of politics. (...) In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.” In: TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ Conforme o original: “(...) the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and (...) the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures”. *Ibidem*, p. 28.

¹⁷ TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. *op. cit.*, p. 16.

judicialização da política, embora não receba a mesma atenção pela doutrina em comparação com a externa, não deve ser desprezada, eis que vem se mostrando expressiva no cenário político brasileiro, sobretudo através do Tribunal de Contas da União e das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Lopes Jr.¹⁸ se dedicou ao estudo da forma interna da judicialização da política através da análise apurada da evolução histórica e institucional do Tribunal de Contas da União. Embora o referido tribunal possua caráter de órgão do poder político e não de órgão jurisdicional, o autor ressalta a prevalência da atividade judicante que o vem permeando desde a promulgação da Carta de 1988:

De fato, desde a abolição da fiscalização prévia, através do registro de despesas, a atividade judicante vem se tornando a função central do TCU. Além disso, a predominância da lógica processualística nas tarefas do tribunal, não só no julgamento das contas dos administradores como também nas demais funções, constitui tanto o reflexo de sua carga de trabalho mais relevante (julgamento) quanto o instrumento legitimador de sua atividade jurisdicional.¹⁹

O autor assevera também a predominância anterior de características de jurisdição voluntária nas atividades do órgão, o que agora vem cedendo espaço para o inverso, características da jurisdição contenciosa, com direito a contraditório e ampla defesa. Como se vê, há traços marcantes no cenário brasileiro a respeito do que teorizaram Tate e Vallinder acerca da judicialização interna. Embora Neal Tate considere global a expansão do poder judicial, ele defende a existência de algumas condições²⁰ hábeis a constatar se a judicialização é uma realidade em determinado Estado, utilizando-se, para tanto, de exemplos de países que foram fruto de um estudo comparado na obra. Essas condições serão analisadas a seguir, com base nas lições do autor e em contraste com as peculiaridades brasileiras.

A primeira delas seria a existência de democracia. Tate observa ser muito improvável encontrar a judicialização fora dos países democráticos e considera ser difícil de imaginar uma situação onde um ditador permite a participação de juízes independentes na elaboração de políticas públicas. Conforme verificado anteriormente, foi justamente a fase de redemocratização no Brasil que propiciou o início da judicialização. De fato, fica difícil

¹⁸ LOPES JR., Eduardo Monteiro. *A Judicialização da Política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

¹⁹ *Idem*, p. 88.

²⁰ Para análise detalhada das condições citadas pelo autor, as quais serão sintetizadas no presente texto, ver: TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn, *op. cit.*, p. 28 e ss.

imaginar um governo autoritário frequentemente confrontado pelos tribunais, eis que foge totalmente da lógica despótica.

Nesse aspecto, nota-se que o próprio exemplo brasileiro nos dois períodos ditatoriais demonstra a tese. Na ditadura Vargas, embora a Constituição não tenha sido aplicada na prática por falta do plebiscito que a aprovaria, a mesma dispunha que o Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade não poderia dar a palavra final no caso de o Presidente entender que a norma atacada fosse necessária ao bem-estar do povo. Nessa hipótese, a controvérsia seria submetida ao Congresso que, caso entendesse pela conveniência da norma, decidiria pela permanência em vigor, ainda que diante de inconstitucionalidade. A prática nesse período demonstrou que o Judiciário permaneceu subjugado pelo Executivo. Na ditadura militar, por outro lado, foi marcante a edição do Ato Institucional nº. 5, que em seu artigo 11 simplesmente determinou a exclusão da apreciação judicial qualquer ato praticado em virtude das disposições do referido Ato Institucional ou de seus Atos Complementares, bem como de seus respectivos efeitos. Frise-se, portanto, a total incompatibilidade do fenômeno da judicialização da política com regimes antidemocráticos, tendo em vista a inerente superioridade do Executivo que vem a caracterizá-los.

Uma segunda condição para a ocorrência da judicialização seria a separação de poderes, embora Tate ressalte que essa condição é apenas um facilitador, não seria absolutamente necessária nem, tampouco, suficiente por si só. No Brasil, a separação de poderes possui *status* de princípio constitucional e se encontra positivada no ordenamento jurídico desde a primeira Constituição Imperial, de 1824. Desde então, a única Carta Política que não logrou contemplar expressamente o referido princípio foi a de 1937 que inaugurou a ditadura de Getúlio Vargas.

Ocorre que a mera posituação da separação de poderes no ordenamento jurídico não subentende, por si só, a independência, harmonia, equilíbrio e fiscalização recíproca entre eles, não podendo garantir que seus efeitos ocorrerão na prática. Prova disso é que, mesmo havendo essa previsão expressa na Constituição de 1967, os Poderes Legislativo e Judiciário permaneceram subjugados ao Executivo, tendo em vista a já aludida ditadura militar. Assim, para analisar a separação de poderes como condição de desenvolvimento da judicialização, é imperioso verificar se a prática é fiel – ou pelo menos tende a ser – ao disposto pelo constituinte quanto a esta questão particular. A Constituição de 1988 delimitou de maneira satisfatória as competências para os poderes, estabelecendo métodos de fiscalização recíproca

entre eles. Embora haja, eventualmente, alguns pontos falhos que tendem a comprometer essa total independência, pode-se dizer que o Brasil preenche esse requisito particular.

Na sequência, o autor cita como terceira condição para a judicialização a existência de uma política de direitos formalmente reconhecida pela Constituição. Para Tate, independentemente da existência de uma carta formal de direitos, deve haver a assimilação da ideia de que as minorias e os indivíduos em geral são sujeitos possuidores de direitos, direitos esses que podem ser usados contra a supremacia da maioria. Essa situação leva a um aumento da importância política dos juízes que, devido às circunstâncias, possuem maior facilidade de fazer prevalecer as normas a favor dessa minoria.

Em relação ao caso brasileiro, após um grande histórico de restrições e desrespeito aos direitos políticos por parte dos governos pretéritos, pode-se dizer que, com o advento da Constituição de 1988, houve um grau aceitável de respeito em relação aos direitos das minorias. O que não se vê em grau satisfatório é a colocação em prática desses direitos pelos poderes políticos, o que vem, de fato, transformando o Judiciário em uma arma a favor dos direitos dessa parcela desfavorecida.

A próxima condição sugerida por Tate é a utilização dos tribunais pelos grupos de interesse. O autor assevera que a judicialização é um processo que se alimenta de interesses econômicos e sociais, que, por sua vez, estruturam o sistema político. Deste modo, o desenvolvimento e a expansão de uma política de direitos poderiam ser vistos, mais propriamente, como uma conquista dos grupos de interesse que não veem vantagem no processo de decisão majoritário. Não se trataria, assim, de uma obra altruísta dos protagonistas do poder tendente a elevar os direitos humanos. Nesse sentido, Tate considera que, na medida em que esses grupos vão gradativamente descobrindo o potencial que pode advir da utilização dos tribunais no sentido de alcançar seus objetivos, eles tendem a expandir seu entendimento acerca do real alcance de seus direitos, que antes representavam uma remota formalidade em uma carta política.

Sabendo-se disso, uma forma de constatar se determinado Estado é hábil a participar do processo de judicialização, deve-se observar se ele oferece boas condições de acesso ao Judiciário pelos grupos de interesse. Mais do que isso, deve-se analisar se essa utilização dos tribunais é significativa por esses grupos na defesa de seus interesses. Essa análise se destina a corroborar a tese de que o Poder Judiciário vem se consolidando como ator político e

importante parceiro no processo decisório,²¹ e confirmar a hipótese levantada por Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares²².

De acordo com o histórico de proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade segundo o autor, no período após a promulgação da Constituição de 1988, pode-se verificar na prática a ocorrência das hipóteses acima descritas, isto é, de que o Judiciário brasileiro vem sendo cada vez mais utilizado por associações em defesa dos interesses sociais. Luiz Werneck Vianna apresenta pesquisa através da qual revela que as associações de trabalhadores, de profissionais e de empresários representam, juntas, o segmento que mais tem postulado essas ações, “em uma tendência que se afirma, sobretudo, nos últimos anos”.²³ Ernani Rodrigues de Carvalho²⁴ mostra ainda que, das 2.813 Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas até junho do ano de 2003, 740 foram propostas por confederações sindicais ou entidades de classe, demonstrando uma participação efetiva desses grupos na utilização das ADI como instrumento de defesa de seus interesses.

Assim como o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, conforme visto acima, Tate também considera como condição para a judicialização o uso dos tribunais pela oposição. Essa ideia adveio da experiência francesa em que a Corte Constitucional veio cada vez mais a ser utilizada pela oposição parlamentar como instrumento para obstaculizar as iniciativas do governo que não puderam ser freadas pelo procedimento majoritário regular. A partir daí, o autor constatou que a experiência de muitas outras nações comprova que as oposições políticas frequentemente fazem esse uso dos tribunais no intuito de obstaculizar o governo, o que demonstra mais uma faceta da judicialização.

Nesses moldes, constatou Werneck Vianna²⁵ um aumento significativo da propositura de ADI pelos partidos políticos a partir de 1994 e, paralelamente, ressaltou sua aplicação em questões relevantes e de interesse geral. Segundo o autor, do total de ADIs propostas por partidos políticos, 74% foram de autoria de partidos de oposição, o que evidencia a procura do Judiciário como um recurso das minorias. Mais do que isso, o quadro acima descrito reflete uma verdadeira expressão do *checks and balances* tendo em vista que os partidos de oposição, eventualmente com pouca representatividade, possuem o acesso aos

²¹ SANTOS, Maria Helena Castro. *apud* VIANNA, Luiz Werneck. *et al.* *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999, p. 51.

²² VIANNA, Luiz Werneck. *op. cit.*, p. 51.

²³ *Idem*, p. 54.

²⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *op. cit.*, p. 118-9.

²⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *op. cit.*, p. 96-7.

tribunais como meio de evitar abusos por parte do governo, consagrando a função do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade por ele exercido como primordiais para defesa da democracia.

Em sexto lugar, Tate cita como condição da judicialização da política a inefetividade das instituições majoritárias. Segundo o autor, isto poderia ocorrer por duas situações: a presença de políticas de direitos e a fraqueza dos partidos políticos e das coligações. A primeira situação se daria, basicamente, em virtude da transferência da disputa legislativa para os tribunais no sentido de reconhecer direitos das minorias, conforme visto anteriormente. A segunda situação ocorreria em virtude da inabilidade do executivo em governar diante de partidos políticos frágeis e da ausência de maiorias parlamentares, tornando difícil o desenvolvimento de políticas eficazes com apoio público, principalmente com a oposição fazendo uso do judiciário.

Essa crise do governo levaria, em via de consequência, às duas últimas condições propostas por Tate, quais sejam, a percepção por parte das instituições políticas de sua falta de credibilidade perante a sociedade e a delegação voluntária de assuntos por essas instituições para a esfera não-majoritária: o Judiciário. Isso ocorreria na medida em que os líderes de grupos de interesse e de instituições sociais e econômicas observassem que os entes políticos estariam em total descrédito, servindo a si próprios mediante corrupção, o que propiciaria um apoio na transferência das questões ao Judiciário, que possui reputação de confiabilidade e integridade e a mesma ou maior legitimidade que o Executivo ou Legislativo.

O autor sustenta que poderia haver, por outro lado, uma transferência voluntária de decisões para o âmbito do Judiciário, como uma estratégia política – embora essa intencionalidade seja negada. Algumas questões polêmicas por vezes são deixadas de lado pelos entes do governo, eis que poderiam ser prejudiciais à sua imagem, qualquer que fosse o sentido da decisão tomada. Para suprir esse vácuo, o Judiciário estrategicamente é chamado a intervir para tomar uma posição, tendo em vista que, por não sofrer os ônus do processo majoritário, não padeceria com a insatisfação popular. Essa prática seria um fator de favorecimento à judicialização da política.

Por fim, interessante destacar o estudo de Ran Hirschl²⁶ sobre o tema. Em estudo voltado para a elucidação do fenômeno, o autor chama de “juristocracia” o movimento presente em mais de dezoito países onde a reforma constitucional transferiu uma quantidade

²⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004, p. 01.

de poder sem precedentes das instituições representativas para o Judiciário. Assevera que os Estados Unidos exercem uma grande influência para o discurso político dessas nações, onde as altas cortes se tornaram entes cruciais de decisões políticas. Além disso, Hirschl elenca três premissas que norteiam sua abordagem, tornando-a mais político-institucional do que normativo-filosófica. A primeira premissa estabelece que a transferência de poderes do legislativo para o judiciário e outras instâncias administrativas de decisão não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que permeiam o sistema jurídico-político de uma sociedade. A segunda premissa revela que as instituições políticas e jurídicas tendem a promover suas ações inclinando-se para alguns grupos e indivíduos em detrimento de outros. A terceira e última premissa explica que os atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir de modo a beneficiar seus próprios interesses particulares ou corporativos²⁷. Nesse sentido, o autor considera ser o poder judicial politicamente construído, já que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultariam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, as quais buscariam isolar suas preferências políticas contra eventuais mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.²⁸

3. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial pode ser considerado uma outra face da expansão do poder judicial e da judicialização da política. Esses fenômenos possuem alguns fatores em comum, embora não sejam gerados pelas mesmas causas imediatas. Definir o ativismo judicial não é tarefa fácil, tampouco encontra consenso na doutrina. Apontar uma ou outra decisão judicial como ativista também leva a uma série de discussões que já remontam à complexidade do tema. Como já observou Kermit Roosevelt III, “na prática esse termo acaba por ser um pouco mais do que meramente um discurso retórico utilizado para qualificar decisões com as quais o interlocutor não concorda”²⁹. Para o autor, ativismo judicial, como o conceito é tipicamente utilizado, significa decidir um caso contrariamente ao sentido pleno da Constituição, de modo

²⁷ HIRSCHL, Ran. *apud* VALLE, Vanice Regina Lírio do. *op cit.*, p. 34.

²⁸ *Idem*, p. 34.

²⁹ No original: “... *in practice* ‘activism’ turns out to be little more than a rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with.” In: ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale University Press, 2006, p. 3.

a promover as preferências políticas do juiz. Em um sentido processual, uma decisão poderia ser considerada ativista se o juiz se presta a decidir questões que não são fundamentais para a resolução do caso particular. Em terceiro lugar, o autor considera ativista a prática judicante que vai de encontro a uma lei estadual ou federal. Nesse caso, a corte estaria se posicionando contra um poder político eleito, decretando, por consequência, que algumas questões não poderiam ser resolvidas através do processo democrático³⁰.

Assim como ocorre com a judicialização, a noção de ativismo está ligada à tomada de decisões que invadem as competências dos poderes políticos e à concretização da vontade constitucional. Entretanto, os institutos possuem singularidades distintas. Pode-se dizer que a judicialização deriva de aspectos objetivos localizados na Constituição, os quais já foram mencionados acima, dentre eles o controle de constitucionalidade, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e a abrangência de matérias imbuídas de caráter de norma constitucional. Destarte, dito fenômeno constitui-se num fato, numa circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou³¹.

No outro sentido, pode-se concluir que o ativismo judicial advém de aspectos subjetivos, inerentes aos próprios magistrados ou a uma corte em particular. É uma atitude deliberada, de natureza comportamental que, muitas vezes, envolve questões políticas em seus bastidores. O oposto do ativismo seria a autocontenção judicial, em que os magistrados procuram evitar a interferência em competências de outros poderes em suas decisões³². Ribas³³ relata que a primeira utilização do termo não se deveu a um denso artigo acadêmico, mas foi, pelo que se tem notícia, na revista americana *Fortune*, que é voltada para o público em geral. Segundo o autor, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. redigiu o artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, no qual traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando alguns como ativistas, outros como autolimitadores e uns poucos como grupo de centro. “Desde então a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante”.³⁴

³⁰ *Idem*, p. 38-9.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

³² *Idem*.

³³ VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do; TAVARES, Rodrigo de Souza. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: *Anais do XVII Conpedi*. Disponível na Internet: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em. 11/08/2015.

³⁴ *Idem*.

Assim, como se pode deduzir, as origens do ativismo remontam à jurisprudência norte-americana, onde, segundo Barroso, o movimento seguiu uma tendência conservadora até a década de 50, quando, a partir de então, a Suprema Corte produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros, acusados em processo criminal e mulheres, assim como no tocante ao direito de privacidade e de interrupção de gestação³⁵. Por outro lado, deve-se ter certa cautela quanto à utilização do termo ativismo judicial, bem como quanto à interpretação de textos ou discursos que o utilizam. Em grande parte das vezes, a expressão é empregada sem nenhuma lógica científica, mas meramente para fundamentar discursos efusivos e inflamados de insatisfação com um tribunal ou com um magistrado em particular, normalmente no contexto de uma decisão específica. Outras vezes pode-se identificar o emprego do termo em circunstâncias de concordância do interlocutor com tendências progressistas de alguns tribunais ou magistrados. Entretanto, tanto na primeira quanto na segunda situação pode não ter havido nenhum indício de ativismo quando analisadas as situações sob o ponto de vista metodológico.

A despeito da dificuldade de conceituação e ausência de clareza, quando se faz uso em um contexto apropriado, o termo pode ser uma valiosa ferramenta para uma discussão significativa sobre o papel judicial. Keenan Kmiec³⁶ foi responsável por sistematizar as definições do ativismo, reconhecendo as cinco principais conceituações hábeis a enquadrá-las na prática cotidiana dos tribunais. São elas: a) quando os magistrados ignoram a lei em busca de um resultado pré-determinado; b) quando um tribunal derruba leis constitucionais; c) quando tribunais ignoram ou não aplicam os precedentes; d) quando os juízes deixam de interpretar a lei e passam a legislar; e) quando há o emprego pelos tribunais de um método ilegítimo de interpretação da lei³⁷.

A primeira questão, que diz respeito à busca de um resultado pré-determinado pelos magistrados constitui uma grave acusação e possui dois desdobramentos, segundo o autor: a decisão deve se mostrar equivocada e se basear em motivações inadequadas. Entretanto, tanto um quanto outro são essencialmente improváveis de serem verificados. Em primeiro lugar, qualquer decisão é passível de ser fundamentada, pois é uma qualidade da ciência jurídica

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

³⁶ KMIEC, Keenan. *Have you ever been a 'judicial activist'?* Disponível em <<http://www.politico.com/news/stories/0509/22380.html>> Acesso em: 11 ago. 2015.

³⁷ No original: a) “*When judges disregard the law in favor of their preferred outcomes*”; b) “*Striking down arguably constitutional laws*”; c) “*Ignoring judicial precedent*”; d) “*Judicial legislation. Judges are often admonished to interpret the law, rather than ‘legislate from the bench’*”; e) “*Employing an illegitimate method of interpretation*”.

abrigar vários posicionamentos viáveis para suas questões. Em segundo lugar, quanto à vontade pré-determinada do julgador a proferir julgamento em certo sentido, em virtude de se tratar de questão imensamente subjetiva, dificilmente será hábil de comprovação concreta.

Em relação à derrubada de leis constitucionais pelo tribunal, o autor se refere ao controle de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional. É indubitável que o exercício dessa função é de enorme importância para o Estado de Direito, entretanto, Kmiec mostra preocupação com certas opções do Tribunal de invalidar algumas normas sem concedê-las o benefício da dúvida, acabando por não prestigiar a opção legislativa e a vontade majoritária, além de violar a separação de poderes. É fato que, se o caso em questão se mostra difícil e polêmico, o Tribunal se encontraria diante de uma incógnita: ir adiante, declarar a inconstitucionalidade e violar a vontade majoritária ou optar por deixá-la no ordenamento, correndo o risco de violar a Constituição em nome da separação de poderes? É justamente a atitude que a Corte tomará nessa circunstância que será responsável por defini-la como ativista ou autolimitativa.

A atitude autolimitativa ou de autocontenção judicial é aquela em que o Judiciário se mantém rigorosamente em sua competência de modo a evitar interferir em assuntos de outros poderes. Através dessa atuação restrita muitas vezes o órgão se exime de garantir a máxima aplicabilidade do texto constitucional e de interferir nas políticas públicas, além de adotar uma postura conservadora no exercício do controle de constitucionalidade, tudo de modo a preservar a soberania popular. Embora essa atitude pareça correta na teoria, a tendência é que a Carta Magna se torne inefetiva e carente de concretude, perdendo o crédito perante a sociedade.

Continuando com a análise da teoria de Kmiec, tem-se a falta de observância aos precedentes judiciais como um indício de ativismo. Importante ressaltar que o sistema de precedentes é característico da estrutura norte-americana de *common law*. Esse sistema tem como base o *stare decisis*, em que as decisões das Cortes superiores vinculam as inferiores através dos precedentes, obviamente quando se está diante de casos idênticos. Paralelamente, os tribunais superiores têm duas opções: seguir os seus próprios precedentes ou proceder ao *overruling*, que seria sua desconstituição expressa, situação em que este perderia a força vinculante. Diante disso, quando não houver essa vinculação ao *stare decisis*, a corte recebe o estigma de ativista.

A quarta questão, que trata da hipótese em que os juízes deixam de meramente interpretar a lei e passam a ‘legislar’ é, talvez, a que guarde maior relevância para a situação

de ativismo que o Brasil vem enfrentando. O Supremo Tribunal Federal vem sendo muito questionado em suas decisões no sentido de terem ultrapassado os limites da interpretação para o âmbito da criação, o que levaria ao denominado ativismo judicial supostamente ameaçador da própria democracia.

Finalmente, Kmiec aponta uma última conduta ativista para sua classificação: o emprego de métodos ilegítimos de interpretação pelos tribunais. Essa questão, que guarda particularidades em comum com a anterior, situa-se no plano da hermenêutica e leva em consideração os métodos interpretativos conhecidos e aceitos pela comunidade jurídica. Na medida em que o magistrado ou a corte utiliza-se de algum método interpretativo diverso que venha a tornar duvidosa a decisão prolatada, poder-se-ia deduzir estar diante de um caso de ativismo judicial. Tanto esta questão como a anteriormente abordada serão objeto de aprofundamento posterior, motivo pelo qual não serão tecidas maiores considerações neste momento.

José Ribas logrou destacar o ativismo judicial sob o ponto de vista jurisdicional ou formal, que seria entendido como a “ampliação da competência do tribunal por meio de suas próprias decisões”. Nesse sentido, o Supremo vem “redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, modificando, assim, o seu papel institucional nas relações com os demais poderes”.³⁸ O fenômeno recebeu, pelo autor, a denominação de “ativismo jurisdicional” e é estudado a partir da evolução do instituto da reclamação constitucional³⁹.

Luiz Flávio Gomes⁴⁰ considera a existência de duas formas de ativismo judicial: o ativismo inovador e o ativismo revelador. Para o penalista, o inovador seria aquele em que o juiz cria uma nova norma e um direito, enquanto o revelador se daria na medida em que o juiz criaria uma nova norma a partir de valores e princípios constitucionais já consagrados no ordenamento jurídico ou a partir de uma lacuna do legislador ordinário.

O ativismo inovador, segundo essa perspectiva, através do qual há uma deliberada atividade criativa pelos magistrados, pode se mostrar um tanto quanto perigoso, eis que avança na competência do Legislativo, viola a soberania popular e põe em risco a separação de poderes. Essa atitude extremista, quando é exercida sem limites, é perigosa,

³⁸ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Maria Margarida Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Revista Versus*, vol. 2, 2009, p. 80.

³⁹ VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; TAVARES, Rodrigo de Souza. *op. cit.*

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 de junho de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

inconstitucional e põe em risco valores caros para o Estado, não devendo ser tolerada. O ativismo revelador, por sua vez, visa concretizar a vontade constitucional, muitas vezes relegada a segundo plano por inércia do legislador ordinário. Ciente de que a omissão também configura violação de seus termos, o Poder Judiciário, uma vez provocado, não tem opção senão efetivar os direitos tutelados, sob pena de ele mesmo corroborar a inconstitucionalidade. Vale lembrar, inclusive, que o próprio texto constitucional põe à disposição dos interessados importantes mecanismos para solicitar ao Judiciário providências em face de uma omissão legislativa inconstitucional, como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Não se deve entender como aceitável que qualquer dos Poderes possa submeter a Constituição a seus próprios desígnios ou a decisões discricionárias fundadas em questões de conveniência e oportunidade políticas. Todos os Poderes devem manter uma postura de deferência incondicional à Carta Magna, eis que são por ela constituídos e devem pautar seus atos com o que dispõe os princípios e normas nela positivados. É justamente essa a perspectiva que merece ser defendida e o papel que se espera que os magistrados continuem a desenvolver, já que, com isso, estarão apenas trabalhando para concretizar as promessas do Poder político.

A Constituição não é, nem deve ser, um diploma utópico feito de recados e almejos, é feita de mandamentos, direitos vivos que devem ser passíveis de aplicação. Diante disso, o ativismo revelador é aquele por meio do qual o Judiciário supre lacunas do legislador quando estas estão impedindo os cidadãos de exercer direitos constitucionalmente assegurados. Não possuem os juízes, nessa atividade, liberdade criativa, visto que estão atuando dentro dos limites estabelecidos na própria Carta. Esse ativismo, por ser notadamente constitucional, deve ser defendido visando combater a chamada síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Desta forma, uma vez que os lesados pela inércia legislativa provocam o Judiciário com vistas a ver garantidos seus direitos obstados pela omissão inconstitucional, não se deve condenar a postura incontente do órgão frente a tais desrespeitos, sob argumentos formalistas de violação à separação de poderes e do princípio democrático. A verdadeira democracia é aquela em que os cidadãos têm a certeza de que poderão exercer todos os direitos e prerrogativas positivados na Constituição, sem serem constrangidos por atos ou omissões indevidas dos Poderes Públicos. Mais do que isso, um verdadeiro Estado Democrático de Direito é aquele em que a Constituição é efetiva juridicamente e respeitada

incondicionalmente pelos três Poderes, com a possibilidade de fiscalização recíproca entre eles. Essa fiscalização, que vem sendo exercida pelo Judiciário através do controle das omissões inconstitucionais, diferentemente do que muitos erroneamente entendem, não constitui interferência indevida na esfera dos demais Poderes da República.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, na medida em que supre as omissões inconstitucionais dos Poderes Públicos e que adota medidas concretas objetivando restaurar a Constituição violada em razão da aludida inércia, nada mais faz do que exercer a sua obrigação constitucional e ratifica, com esse gesto, a reverência irrestrita que possui pela autoridade da Lei Fundamental. É nisso, portanto, que consiste o seu ativismo constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Brasileira de 1988, que completou seus vinte e sete anos recentemente, é o marco do fim de um ciclo autoritário e da renovação da democracia, que se pretende duradoura. Em uma comparação entre a atual Carta Constitucional e as anteriores, pode-se observar seu importante caráter inovador e inspirador para toda a sociedade, que recebe a perspectiva codificada de ver seus mais caros direitos e prerrogativas transformados em programas que visam a orientar a atividade Estatal.

Contudo, a rigorosidade do esquema até então bem definido de configuração dos três Poderes do Estado tem se mostrado insuficiente para enfrentar certos problemas relevantes apresentados na contemporaneidade, como a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, ocasionada pela inércia do Legislativo em regulamentar as normas de eficácia limitada. Ressalte-se que esse rigor da separação dos poderes já fora, de certa forma, mitigado pelo próprio constituinte, na medida em que este estabeleceu um sistema amplo de controle de constitucionalidade que compreende mecanismos de controle da inércia política (Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) e delegou a titularidade para tanto ao Poder Judiciário.

A atividade de proporcionar completude às normas constitucionais, originalmente imposta ao legislador ordinário, muitas vezes não é realizada, ou é feita de modo insatisfatório, fazendo com que os dispositivos da Carta careçam de eficácia e sejam impossibilitados de regular as situações na forma desejada pelo constituinte. Os maiores lesados com a inércia política são, portanto, os cidadãos, na medida em que ficam impedidos de exercer certos direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais.

Desta forma, não se pode considerar como ativismo judicial, pelo menos no sentido pejorativo do termo, a conduta do Judiciário tendente a conceder aplicabilidade às normas constitucionais e possibilitar o exercício de relevantes direitos fundamentais. Quando exercida dentro de certos limites, essa atuação não deve ser interpretada como ilegítima – a legitimidade que lhe respalda é intrínseca à concretização da vontade constitucional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Thais Florêncio. *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*. Disponível na internet: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/14305>>. Acesso em 11 ago. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In: Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte: OAB Editora, nº. 4, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2015.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 de junho de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Apud CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015.

KMIEC, Keenan. *Have you ever been a 'judicial activist'?* Disponível em <<http://www.politico.com/news/stories/0509/22380.html>> Acesso em: 11 ago. 2015.

LOPES JR., Eduardo Monteiro. *A Judicialização da Política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale University Press, 2006.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

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

VIANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial Mal Compreendido. *In: Boletim CEDES*. Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 03. Disponível na Internet: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 18 nov. 2009.

_____. *et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do; TAVARES, Rodrigo de Souza. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. *In: Anais do XVII Conpedi*. Disponível na Internet: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____; CAMARGO, Maria Margarida Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *In: Revista Versus*, vol. 2, 2009.

Recebido em: 08 de novembro de 2015.

Aceito em: 27 de maio de 2016.