

ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM OLHAR DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Pablo Roberto Almeida

UniProjeção, pablolgg@gmail.com

Maurício Ebling

UniProjeção, mauricio.ebling@projecao.br

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa analisa os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil, pesquisando o posicionamento de doutrinadores e fazendo uma aplicação na jurisprudência. Para uma melhor compreensão do assunto abordado, iniciou-se o estudo descrevendo-se os conceitos encontrados na doutrina para os fenômenos estudados. Pode-se encontrar dentre outros conceitos que a Judicialização da política decorre da “mutação constitucional”, sendo fruto, portanto, de mudanças que vem acontecendo gradativamente nas práticas e normas constitucionais. Tais mudanças têm como resultado a expansão do controle judicial sobre temas sociais e políticos. Para o fenômeno do Ativismo judicial, por sua vez, parte da doutrina conceitua como sendo uma interferência indevida dos tribunais nas competências dos poderes legislativo e executivo, muitas vezes substituindo a vontade democrática expressa nas urnas por convicções pessoais dos julgadores. Aspectos doutrinários foram abordados através de autores como Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Lenio Streck. Barroso defende a necessidade do ativismo para garantir direitos fundamentais, enquanto Streck alerta para os riscos de um Judiciário intervencionista. Fez-se um exame dos casos julgados no Supremo Tribunal Federal (STF), de modo a demonstrar a aplicação real dos fenômenos investigados. Na conclusão, destaca-se que, embora a doutrina e a jurisprudência brasileiras se esforcem para delimitar os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, o limite não é claramente bem estabelecido. A separação dos poderes e as atribuições próprias de cada um deles possuem o propósito de manter um equilíbrio social. A análise dos casos demonstra a complexidade e importância desse equilíbrio, evidenciando o papel crucial do STF na evolução do direito brasileiro.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Judicialização da Política; Neoconstitucionalismo.

JUDICIAL ACTIVISM OR JUDICIALIZATION OF POLITICS: A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL LOOK

ABSTRACT

This research paper analyzes the phenomena of judicial activism and the judicialization of politics in Brazil, researching the position of scholars and applying it to case law. For a better understanding of the subject, the study began by describing the concepts found in the doctrine for the phenomena studied. Among other concepts, it can be found that the Judicialization of politics stems from “constitutional mutation”, and is therefore the result of changes that have been gradually taking place in

constitutional practices and norms. These changes result in the expansion of judicial control over social and political issues. As for the phenomenon of judicial activism, part of the doctrine conceptualizes it as undue interference by the courts in the powers of the legislative and executive branches, often replacing the democratic will expressed at the ballot box with the personal convictions of the judges. Doctrinal aspects were addressed by authors such as Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes and Lenio Streck. Barroso defends the need for activism to guarantee fundamental rights, while Streck warns of the risks of an interventionist judiciary. An examination was made of cases judged by the Federal Supreme Court (STF), in order to demonstrate the real application of the phenomena investigated. In conclusion, it is highlighted that although Brazilian doctrine and jurisprudence strive to delimit the concepts of judicial activism and judicialization of politics, the boundary is not clearly established. The purpose of the separation of powers and the duties of each of them is to maintain a social balance. The analysis of the cases demonstrates the complexity and importance of this balance, highlighting the crucial role of the STF in the evolution of Brazilian law.

Keywords: Judicial Activism; Judicialization of Politics; Neoconstitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

Os fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização Da Política são assuntos que estão presentes em rodas de conversas, no meio político, no noticiário e notadamente no meio acadêmico. Nesse contexto tem se tornado um tema importante nos debates nos campos do Direito e das Ciências Políticas. Tais fenômenos estão no centro de uma transformação significativa na estrutura da separação dos poderes e consequentemente nas relações entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, mais precisamente no que tange a função jurisprudencial.

No espaço da universidade, ainda permeiam diversas dúvidas sobre essa temática. Assim, é comum que haja confusão quando a diferenciação entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política é abordada pelos estudantes.

Para responder à pergunta “como os fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política têm sido classificados pela doutrina e pela jurisprudência?”, pretende-se, por meio deste trabalho, explicitar os conceitos e as implicações dos fenômenos investigados.

Ressalte-se aqui as palavras do professor Aury Lopes Júnior em sua palestra na XXIV Jornada Internacional do Direito no dia 15 de julho de 2019. O palestrante afirma em sua apresentação que os alunos do curso de Direito perderam o direito de falar certos absurdos (Jornada de direito, 2020). Assim, embora o professor Aury Lopes não estivesse tratando do tema pesquisado neste trabalho, pode-se tomar como premissa a afirmação realizada pelo também autor, e incorporá-la ao tema dando uma relevância ao assunto aqui tratado. Um fato relevante para essa temática tem sido as constantes acusações de que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem utilizado o Ativismo Judicial, o que extrapola suas funções constitucionais.

Streck (2015) argumenta que a atuação do STF pautada no Ativismo Judicial vai em direção contrária ao estabelecido na separação dos poderes (*check and balances*) e, consequentemente, contra o equilíbrio social devido à democracia, uma vez que abala a autoridade garantida aos demais poderes.

De acordo com Barroso (2020), a prática do Ativismo Judicial foi tida de forma negativa, estereotipada até. Foi colocada, por membros e legisladores de outra corrente doutrinária, como um ato até mesmo inconstitucional.

O autor ainda contempla, em outro trabalho (Barroso, 2009), diversas situações em que a ordem da resolução dos conflitos judiciais foi ultrapassada. Por causa de negligências dos outros poderes, ao invés de serem encaminhados primeiro para o Legislativo ou para o Executivo, os casos julgados foram levados direto ao Poder Judiciário.

Por uma revisão da teoria constitucionalista relevante e de uma investigação analítica das decisões judiciais que podem exemplificar ambos os fenômenos, deu-se a análise deste trabalho, utilizando a metodologia da pesquisa bibliográfica e documental. Ainda, fez-se também um exame dos critérios judiciais utilizados pelos tribunais para intervir em questões de alto cunho político e social, e como isso pode afetar a dinâmica de poder entre o governo e os três poderes.

Portanto, essa pesquisa objetiva constatar na doutrina e a jurisprudência a conceituação de cada um dos fenômenos investigados para se determinar a divisa entre uma atuação legítima de um intervencionismo excessivo que deturpa a autoridade e legitimidade provinda da divisão dos poderes; avaliar o posicionamento da doutrina jurídica a respeito de tais fenômenos e quais são as tendências emergentes na jurisprudência, com o intuito de fornecer uma análise abrangente e crítica sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política; e, por fim, interpretar casos jurídicos em que, de alguma forma, pôde-se encontrar, baseados nos conceitos levantados, características dos fenômenos aqui abordados.

Com esse trabalho, logo, entende-se contribuir para uma delimitação mais aprofundada da divisão entre os fenômenos estudados. Assim, irá perceber-se as potencialidades advindas da atuação do Poder Judiciário na atualidade, o que proporcionará aos estudantes de Direito um esclarecimento maior sobre as temáticas.

2 CONCEITOS ESSENCIAIS

Para iniciar os estudos aqui propostos, é importante que haja uma delimitação conceitual acerca dos termos empregados neste trabalho. Desta forma pode-se compreender melhor os fenômenos analisados no decorrer deste estudo. Antes de falar em Judicialização Da Política e Ativismo Judicial é muito importante que se tenha em mente que, no poder judiciário impera a figura da proibição do *non liquet*.

Na doutrina brasileira, os conceitos dos fenômenos citados anteriormente são frequentemente abordados de maneira conflituosa ou sem uma distinção clara, embora representem fenômenos distintos. Diferenciar esses termos é fundamental para o desenvolvimento das considerações centrais desse trabalho, que se baseiam na compreensão das nuances entre esses movimentos. Portanto, é pertinente esclarecer e delinear as diferenças entre esses conceitos para avançar nas ideias aqui pesquisadas.

2.1 Judicialização da política

Para Luís Roberto Barroso, ministro do STF e doutrinador no campo do Direito Constitucional, o fenômeno da Judicialização da Política deve ser visto com bons

olhos, além de observar o fato do Poder Judiciário está intervindo em questões que comumente seriam tratadas pelo parlamento (Poder legislativo) ou pelo Presidente da República (Poder Executivo). Nestes casos o Judiciário estaria agindo para efetivar as garantias constitucionais suprimindo possíveis ineficiências ou deficiências dos outros poderes citados.

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, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (Barroso, 2009).

Amandino Teixeira Nunes Junior (2016, p.21), afirma que “a expressão judicialização da política foi utilizada pela primeira vez em um seminário da Itália, em 1992, no centro de estudos do poder judiciário de Bolonha”. A publicação dos estudos, apresentados no seminário citado, foi realizada por Torbjörn Vallinder, que em 1995 publicou juntamente com Neal Tate o livro “The Global Expansion of Judicial Power” (A Expansão Global do Poder Judiciário). Um dos fatores analisados no livro é a postura ativa do Poder Judiciário quando se trata de políticas públicas, algumas vezes intervindo na criação das mesmas ou em outras, criando tais políticas. Assim o Judiciário estaria deslocando as decisões dos poderes legislativo e executivo para os tribunais. A essa postura ativista chamaram de “judicialização da política”, termo que desde então tem sido amplamente utilizado na literatura jurídica e política para discutir a crescente influência do judiciário nas esferas políticas.

Atualmente, Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (Mendes, Do Vale, 2009) referenciam o jurista alemão Peter Häberle como sendo um dos maiores constitucionalistas contemporâneos. Para o doutrinador alemão a judicialização da política é um fenômeno que decorre da mutação constitucional, que, na explicação do jurista, significa uma mudança gradual nas práticas e normas constitucionais que resulta na expansão do controle judicial sobre questões políticas e sociais.

por sua vez Lenio Streck (2016), que escreve a bastante tempo sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, ao analisar a questão, pondera que muitas vezes, para garantir a preservação dos direitos fundamentais, é necessário que o Poder Judiciário, normalmente materializado nas cortes constitucionais, como é o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil, seja provocado a manifestar-se a respeito da violação da constituição por um dos poderes da república. O autor afirma ainda que a judicialização é contingencial, ou seja, ela depende de vários fatores, que estão ligados a incompetência dos poderes ou instituições.

2.2 Ativismo judicial

A expressão Ativismo Judicial foi inventada nos Estados Unidos e principalmente utilizada para rotular a atuação da suprema corte norte-americana,

onde tal expressão assumiu uma conotação negativa, depreciativa, equiparada a uma atuação inconstitucional do poder judicial (Barroso, 2020).

Para conceituar o ativismo judicial passa-se obrigatoriamente pelo entendimento do fenômeno explorado no item anterior. De acordo com Lenio Streck (2016) o ativismo está diretamente ligado a resposta que o poder judiciário oferece às demandas judicializadas, sendo considerada ativista aqueles julgamentos onde a vontade do julgador prevalece sobre o debate político. nestes termos o Ativismo Judicial caracteriza-se pela substituição das negociações decorrentes do processo legislativo seja do Poder constituinte, no caso de norma constitucional, ou legislativo ordinário no caso das leis infraconstitucionais.

Neste sentido, o posicionamento também é defendido por Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes (Abboud e Mendes, 2020), que após explicarem os conceitos históricos relacionados, referem-se ao ativismo como sendo maléfico para a democracia. Para os autores, o ativismo sempre será ruim, não existindo, portanto, a possibilidade de vislumbrar um ativismo bom, pois em uma decisão judicial fundamentada nas convicções pessoais e no senso de justiça do julgador, existe a mitigação da lei vigente. Com o mesmo pensamento, Lenio Streck (2016) critica o ativismo judicial como uma prática que ocorre quando os tribunais extrapolam seus limites constitucionais e interferem nas políticas públicas, substituindo o processo democrático por suas próprias preferências ideológicas.

Analisando a obra “*A Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Streck” Clarissa Tassinari (2014) conceitua o Ativismo Judicial como sendo a característica de um Poder Judiciário, que atua inconstitucionalmente, pois revestiu-se de uma supremacia, por vezes ilegal.

Existem aqueles que consideram o ativismo e judicialização como sinônimos. há também, aqueles que divergem dos conceitos acima, considerando o fenômeno como parte legítima do jogo. Barroso (2020) acredita que o conceito de Ativismo Judicial está ligado a um envolvimento mais amplo e ativo do Poder Judiciário na defesa dos valores e objetivos constitucionais, resultando numa maior intervenção no domínio dos outros dois poderes do governo.

2.3 A proibição do *non liquet*

Com a promulgação do Código Francês de Napoleão, em 1804, uma regra importante foi estabelecida: a proibição ao *non liquet*. Dessa forma, os magistrados não poderiam mais se isentar de aplicar o direito alegando lacunas na lei (Pinho, 2020). A regra foi inserida em seu artigo 4º e o mesmo estabelece que o juiz não pode abster-se de decidir, analisando cada caso e resolvendo a controvérsia que foi-lhe submetida (Bobbio, 1995). Essa norma foi adotada por muitos códigos legais modernos e também foi incorporada ao nosso sistema jurídico.

Entre os constitucionalistas e também na jurisprudência, há aqueles que apontam o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988) como a consagração constitucional no princípio da inafastabilidade da jurisdição (Dantas, 2021), vedação do *non liquet* ou *inafastabilidade da tutela jurisdicional*, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Paulo e Alexandrino (2016) argumentam que essa é uma das mais relevantes garantias individuais que as pessoas físicas e jurídicas têm asseguradas, pois sempre que tiverem o entendimento que estão sofrendo lesão ou

ameaça a um direito seu, terão a possibilidade de provocarem o poder judiciário e obter uma decisão de forma independente e imparcial.

Por sua vez, atuando no plano das leis ordinárias, o artigo 140 do Código de Processo Civil Brasileiro (Brasil, 2002) estabelece que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”. Assim fica o magistrado impedido de proferir uma sentença sob a alegação de falta de comando legal para reger a situação concreta apresentada ou por dúvidas sobre quem deve prevalecer na demanda.

No entanto, ao deparar-se com uma lacuna, obscuridade ou uma ausência de norma para aplicação no caso concreto o magistrado deve recorrer a discricionariedade, que nas palavras do filósofo do Direito e escritor Ronald Dworkin (2002), deve ser pautada por padrões previamente estabelecidos.

Neste sentido, para dizer o direito, o juiz deve valer-se do estabelecido no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942), utilizando a analogia, entendida como utilização de regra jurídica prevista para hipótese semelhante, os costumes, identificados, neste trabalho, como fontes da lei e por fim os princípios gerais do Direito (Pinho, 2020).

3 CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Nos últimos anos, o direito constitucional passou por uma rápida série de mudanças que revolucionaram a sua compreensão e aplicação. Ao examinar objetivamente o seu desenvolvimento, pode-se identificar três marcos principais: os aspectos históricos, filosóficos e teóricos (Barroso, 2009). Neste pensamento os estudiosos afirmam que esta mudança no domínio do constitucionalismo, refere-se ao neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno. Tal evolução é marcada por vários elementos-chave, como a adoção do pós-positivismo, a elevação do princípio da dignidade humana, o reconhecimento inegável da autoridade normativa exercida pela constituição e o alargamento do âmbito da jurisdição constitucional (Dantas, 2021).

Neste sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet, afirmam que estamos vivendo um momento, o qual a superioridade constitucional tomou o lugar do parlamento supremo, assim os poderes constituídos estão sujeitos aos mecanismos de controle que efetivam as garantias constitucionais (Mendes, Gonet, 2020). Tal superioridade constitucional juntamente com a presunção de constitucionalidade das normas legais editadas pelo Poder competente, seja ele o Legislativo ou o Executivo, determinam que na interpretação hermenêutica das leis ou atos normativos, seja sempre priorizado o sentido mais amoldado à Constituição Federal (Moraes, 2023). Nesses termos, caso haja uma norma que comporta vários significados, deverá ser dada a mesma, a significação que melhor seja acobertada pela Constituição Federal. Neste quesito é importante destacar que somente é possível escolher a interpretação conforme o texto constitucional quando a norma a ser interpretada suportar vários significados possíveis (Moraes, 2023).

Assim, a Constituição Federal passou a ser a norma fundamental, muito além de apenas ser uma fonte de interpretação, seus princípios e regras devem ser criteriosamente cumpridos (Dantas, 2021). Este reconhecimento da força normativa do texto constitucional está diretamente ligado ao marco teórico do neoconstitucionalismo, e seguindo esta premissa as garantias constitucionais passam

a ter aplicação real, abrindo espaço para postulações no STF, fundamentadas em tais disposições constitucionais (Barroso, 2020). Neste sentido, Pedro Lenza (2023) pondera que a ideia de um Estado Legislativo de Direito é substituída, e a Constituição assume uma posição central no sistema jurídico, caracterizada por uma forte carga de valores. Tanto as leis quanto os Poderes Públicos devem não apenas obedecer à estrutura estabelecida na Constituição, mas principalmente estar em harmonia com seus princípios axiológicos e os valores que ela destaca.

O Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 102 da constituição Federal (Brasil, 1988) é o titular da Jurisdição Constitucional, aliás é importante ressaltar que a criação de tribunais constitucionais também foi uma mudança ligada ao marco teórico do neoconstitucionalismo, e em especial no Brasil, foi consubstanciado pela legitimação de um grande número de órgãos e entidades com capacidade para propor ações constitucionais (barroso,2020). Esta jurisdição constitucional é objetivada pela tutela das liberdades através dos remédios constitucionais, mas também no controle das normas infraconstitucionais, no sentido de efetivar as garantias constitucionais vigentes (Dantas, 2021).

O fortalecimento da jurisdição constitucional no mundo inteiro, fomentou uma explosão de ações nos tribunais constitucionais (Vianna, 2007). Tal fato, que no Brasil, como argumentado anteriormente foi marcado pela redemocratização, mudou as perspectivas do poder judiciário, o que antes era apenas um departamento técnico agora é um verdadeiro poder político (Barroso, 2009). Neste novo contexto de Direito Constitucional, o juiz passou a ser a figura central na efetivação da questão social (Vianna,2007), pois a Constituição de 1988 trouxe consigo uma grande quantidade de direitos fundamentais, o que, por sua vez, aumenta a possibilidade de judicialização.

Para finalizar esta seção, sem contudo esgotar o tema, é de extrema importância, o conhecimento de que a jurisdição constitucional desde a sua manifestação inicial, mas de forma mais extravagante nos últimos tempos, utiliza-se de novas técnicas de interpretação que possibilitam a expansão da atuação jurisdicional (Moraes,2023). Tal ampliação da-se especialmente no controle de constitucionalidade, visando assegurar a integridade da aplicação do texto constitucional, enaltecendo o princípio da supremacia formal da constituição, assim pode-se constatar que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na democracia, suavizando e até alterando o antigo papel do poder legislativo cujas leis eram consideradas inquestionáveis por representarem a vontade da maioria da população (Dantas,2021).

3.1 Judicialização

De acordo com o descrito na subseção 2.1, o fenômeno da judicialização da política ocorre por causa da expansão do poder judicial, ou como chamado acima da Jurisdição constitucional, no controle das questões políticas e sociais. Neste diapasão, Luiz Roberto Barroso (2009) afirma que o fenômeno ocorre, quando questões que deveriam ser tratadas pelos poderes Executivo e Legislativo são julgadas pela instância judicial.

Para Grimm (2004) a classe política está preparada para que o judiciário avalie suas ações. A ausência de participação ativa dos políticos em determinadas questões polêmicas está resultando em uma escassez de leis que resolvam tais demandas, o que leva o judiciário a encontrar soluções para os casos demandados. Assim o

Judiciário representa a instância de resgate dos princípios de justiça, já que o juiz atua como um terceiro imparcial que corrige a falta de eficiência democrática dos outros Poderes (Garapon, 1999).

De certo o neoconstitucionalismo brasileiro tem como uma das principais bases a importância dada ao Poder Judiciário. Cada vez mais, assuntos que costumavam ser tratados no âmbito político agora se tornam disputas legais, consolidando o fenômeno conhecido como judicialização da política (Tassinari, 2012).

Percebe-se que a jurisdição judicial no Brasil foi significativamente fortalecida desde a promulgação da Constituição de 1988. Isso se deve aos avançados mecanismos de controle de constitucionalidade e à influência de suas decisões, particularmente aos efeitos vinculantes e erga omnes. Além disso, a ineficácia do poder político em garantir plenamente a implementação das normas constitucionais levou ao surgimento de novas técnicas interpretativas (Morais, 2023).

4 ATIVISMO JUDICIAL E A DOUTRINA

No Brasil há uma intensa produção doutrinária que se debruça sobre o fenômeno do Ativismo Judicial, autores como Lenio Streck, Clarissa Tassinari, Luís Roberto Barroso e Edilson Pereira Nobre Júnior escreveram sobre os limites e as implicações da Judicialização da Política e também do Ativismo Judicial.

A doutrina brasileira se divide, basicamente, em duas linhas de pensamento com relação ao tema. De um lado, argumenta-se que o Ativismo Judicial pode ser necessário em contextos onde há um *déficit* de atuação dos outros poderes (Barroso, 2020) especialmente em garantir direitos fundamentais. Por outro lado, há autores que alertam para os riscos de um Judiciário que ultrapasse suas funções, podendo comprometer a separação dos poderes e a democracia (Streck, 2016).

Assim, têm-se o neoconstitucionalismo, trazendo ferramentas de controle constitucional e uma nova visão por parte do poder judiciário na garantia de direitos fundamentais. E concordando com a ideia expressa por Streck (2016), surge, então o crescimento do ativismo judicial que, na explicação de Alexandre de Moraes (2023), gera um enorme desconforto em uma gama grande de doutrinadores que vislumbram um enorme perigo à vontade popular e a própria democracia com tais práticas.

Logo, é importante deixar claro que existe na doutrina aqueles que assimilam a expressão “ativismo judicial” como sendo sinônimo de judicialização da política, como Luís Roberto Barroso (Barroso, 2020), para quem o poder judiciário, no Brasil contemporâneo, tem assumido uma postura ativista em várias ocasiões. Esse comportamento tem um lado positivo, pois o judiciário está satisfazendo as necessidades da sociedade, necessidades essas que não foram atendidas pelos outros poderes da República.

Conforme levantado na seção 2 para os estudos desse trabalho, Ativismo Judicial e Judicialização da Política são fenômenos diferentes. Neste contexto Lenio Streck (2016) afirma que, uma lide que foi submetida a judicialização, pode ter como sentença uma resposta fundamentada no ativismo, e isso sempre terá consequências negativas para a democracia, mas pode-se verificar que existem casos onde a judicialização produziu resultados condizentes com a constituição, garantindo os direitos fundamentais e resguardando a norma constitucional.

O problema não reside na extensão da judicialização, mas sim na maneira como as questões submetidas aos tribunais são tratadas. Aqui está a essência da questão. Quando o julgador utiliza suas próprias convicções em detrimento dos preceitos constitucionais, é a isso que se chama Ativismo Judicial. A Constituição representa o alicerce fundamental da ordem jurídica, fornecendo os princípios que devem guiar as decisões (Dworkin, 2007).

Nesse contexto, Ramos (2010) pondera que quando se ultrapassam as linhas que demarcam a função jurisdicional, não levando-se em consideração a função legislativa, administrativa e até de governo, entramos no campo do ativismo judicial. Precisamente, Clarissa Tassinari (2014) afirma que esse fenômeno é um problema de interpretação do direito, em que pese a interpretação ser um ato de vontade do intérprete. E por falar em interpretação faz-se necessário a leitura de um excerto do voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki:

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são. [SIC] (Brasil, 2007)

Com relação ao tema do título analisado, faz-se necessário frisar a afirmação que “a constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é” tal frase, além de compor inúmeras pesquisas no campo do realismo jurídico, deve ser analisada pelo prisma do ativismo judicial, pois se a Suprema Corte julgou a demanda primando pelos pressupostos principiológicos da interpretação configurado que a demanda foi submetida ao STF por conta das garantias constitucionais que compõem a judicialização da política. Por outro lado, se a Corte julgou utilizando o seu próprio ponto de vista, ignorando o texto constitucional, a história que conduz à sua promulgação e até mesmo os precedentes jurídicos, esta decisão pode ser uma decisão ativista (Dworkin, 2007).

Neste diapasão, Maurício Raupp (2016) esclarece que, no contexto da jurisdição constitucional brasileira, o papel do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, não deveria abordar questões que não foram levantadas pelo Legislativo. Em vez disso, sua atuação deve ser guiada pela legislação democraticamente estabelecida, principalmente pela norma constitucional, interpretando os textos e respeitando seus limites, incluindo limites semânticos. Caso contrário, isso o transformaria em um verdadeiro poder reformador da Constituição, com o poder de modificar não apenas a legislação infraconstitucional, mas também o próprio significado da Constituição, criando normas que ultrapassem suas limitações.

5 ANÁLISE DE CASOS

Importante se fazer uma análise de casos em que exista a suspeita de que o julgamento da demanda foi realizado mediante ativismo judicial.

5.1 Mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal

Por ocasião do julgamento da ADI 3406, o Supremo Tribunal Federal adentrou no assunto relacionado a mutação constitucional do artigo 52 inciso X da Constituição Federal (Brasil, 1988) o qual determina que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ao tratar do tema mutações constitucionais, Pedro Lenza (2023) afirma ser um fundamento da hermenêutica, onde não houver dúvida, não cabe a interpretação do exegeta. Assim, a leitura do Artigo acima referido não deixa dúvidas sobre a competência privativa do Senado Federal no que tange a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Neste quesito, Dantas (2021) pondera que a abstrativização dos efeitos da decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal, no contexto do controle difuso de constitucionalidade, tem como resultado uma mudança real na interpretação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de modo que a suspensão da norma não precise mais ser avaliada pelo Senado Federal. No entanto o autor continua sua análise afirmando que a Constituição Federal nos moldes atuais não permite tal abstrativização e que para que isso fosse possível seria necessária uma reforma constitucional.

Com a publicação do informativo número 886 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2017), veio a informação que o julgamento pela improcedência dos pedidos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.406/RJ e n. 3.470/RJ. O mesmo informativo expõe a declaração do ministro Celso de Mello que afirma estar diante de uma mutação constitucional que na prática expande os poderes do Supremo Tribunal.

De qualquer forma, a partir do reconhecimento da repercussão geral do tema submetido à Corte, a legislação atual referente ao julgamento do recurso extraordinário, sem considerar as normas constitucionais mencionadas anteriormente, passou a estabelecer explicitamente que as decisões proferidas pela Suprema Corte, nesses recursos, tenham eficácia para todos podendo até mesmo fazer a modulação temporal dos efeitos (Dantas, 2021).

5.2 ADO número 26/DF (criminalização das condutas de homofóbicas e transfóbicas)

Em decisão histórica em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal do Brasil tomou uma decisão significativa em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) número 26/DF. Essa decisão classificou os atos de homofobia e transfobia como formas de racismo, submetendo esses comportamentos às penas previstas na Lei nº 7.716/89, que se refere aos atos de racismo. Desta forma a lacuna legislativa foi preenchida.

Conforme leciona Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2021) a ADO é uma novidade trazida pelo Constituição de 1988, e tem como objetivo conceder eficácia plena às normas constitucionais que dependam da atuação do estado ou ainda que

necessitem de uma norma complementar. O autor explica ainda que a sentença que reconhece a omissão, tem natureza jurídica de caráter declaratória e assim tem por único objetivo cientificar o poder competente sobre a omissão.

Assim, tanto o poder executivo quanto o poder legislativo não estão obrigados a suprir as lacunas de forma imediata, podendo manter sua independência e decidir o momento oportuno para edição da norma que irá sanar tal omissão.

Na prática, o acórdão ADO 26/DF criou dois novos delitos (homofobia e transfobia) porque a conduta em questão agora equivale a delitos previstos na lei do racismo. Contudo, como observado acima, diante de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal deveria apenas declarar que a legislação não conseguiu preencher uma lacuna (Dantas, 2021), e não criar uma nova categoria de crime.

Conforme abordado na seção 3 deste trabalho, a jurisdição constitucional foi introduzida no cenário brasileiro através da promulgação da Constituição de 1988. Neste contexto o controle constitucional assume um importante papel pois é através dele que se garante o respeito à norma constitucional e, portanto a garantia dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Importante se faz afirmar que o que se objetiva neste subtítulo é a análise do dispositivo utilizado e não o direito das pessoas LGBTQI+. É criticável a utilização do direito penal em excesso, mas nada justifica que vários grupos vulneráveis possuam amparo na legislação penal e o grupo em comento seja excluído.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2023) afirmam que não há dúvidas no tocante ao fato de que a concretização da constituição deve ser efetivada mediante a promulgação de lei. Para os autores os princípios insculpidos na democracia e no estado de direito tem como ferramenta essencial a lei.

Garantia trazida pela Constituição Federal de 1988, o princípio da reserva legal e da anterioridade da lei definidora de crime estão constitucionalmente assegurados no artigo 5º (Brasil, 1988). Assim somente através de lei, poderão se implementar as devidas restrições aos direitos fundamentais (Mendes, Gonet, 2023). O Ministro Celso de Mello (Brasil, 2019), por ocasião do julgamento da referida ADO, alegou ser inadmissível a substituição do Congresso Nacional, pois tal substituição fere o postulado constitucional da separação dos poderes, e ainda clara ofensa ao princípio da reserva legal absoluta de lei formal, previsto no artigo 5º inciso XXXIV da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Antônio José Fabrício Leiria (1981) reforça que por adequação ao princípio da reserva legal, em matéria penal não se permite usar a semelhança para tipificar uma conduta que não está legalmente prevista. No mesmo sentido, Greco (2017) afirma ser proibido terminantemente a utilização da analogia quando esta for utilizada para prejudicar o agente, quer ampliando as agravantes ou ampliando a lista dos tipos penais incriminadores.

Sabedor da proibição, o Ministro Luís Roberto Barroso (Brasil, 2019), justificou seu voto negando a utilização da analogia *in malam partem*, afirmando que não se tratava da criação de um novo tipo penal pela via judicial e sim de uma nova interpretação do conceito de racismo. Tais alegações não merecem prosperar, pois partindo de uma leitura da lei do racismo (Lei nº 7.716/89), não se encontram elementos suficientes para agasalhar a conduta de transfobia e homofobia.

5.3 ADI 5889 (voto impresso)

A minirreforma eleitoral de 2015 foi instituída pela Lei nº 13.165, sancionada em 29 de setembro de 2015 trouxe inúmeras mudanças que tinham como objetivo principalmente ajustar algumas regras e procedimentos relacionados ao processo eleitoral, visando aprimorar a transparência, eficiência e equidade das eleições.

Uma das mudanças previstas introduziu o artigo 59-A na Lei das Eleições (Lei 9.504/1997). O texto do artigo trazia a seguinte determinação: “no processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado” (Brasil, 2015).

O STF, por decisão unânime, julgou inconstitucional o artigo acima referido, justificando o posicionamento através do fundamento de que o voto impresso colocaria em risco o sigilo do voto. No entanto, o ministro Gilmar Mendes, relator da ADI referida, escreveu em seu voto que “a impressão do registro do voto não é um retrocesso; não é fonte de desconfiança no processo eleitoral e decorre de uma escolha dos representantes eleitos” (STF, 2020). O Ministro escreveu ainda que o sacrifício ao sigilo do voto, no caso da impressão travar, parece aceitável, pois o travamento é aleatório e não pode-se determinar quando ocorrerá e que além do mais o mesário tem o compromisso de segredo sobre possível visualização de algum voto.

Neste contexto, segundo o site do Senado Federal (Senado, 2021), a Polícia Federal enviou relatório ao TSE (Tribunal Superior Eleitoral) em outubro de 2018. O texto assinado por três peritos federais faria a recomendação no sentido de fossem realizados todos os esforços, para se implementar o voto impresso para fins de auditoria. Além do mais, o Ministro Gilmar Mendes registrou em seu voto a reiterada vontade do Congresso em implementar o voto impresso como possibilidade de auditar as eleições.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou identificar e determinar os limites estabelecidos na doutrina e na jurisprudência para os termos Judicialização Da Política e Ativismo Judicial, buscou-se estabelecer um diálogo junto à doutrina constitucionalista com a finalidade de compreender e parametrizar os fenômenos citados. Importante ressaltar que não existe unanimidade com relação ao termos trabalhados e que para efeitos deste trabalho foi estabelecido para fins de estudos que os fenômenos são distintos e não são sinônimos.

Diante do exposto, não restam dúvidas que o neoconstitucionalismo trouxe inúmeros benefícios à democracia e também ao processo de democratização. Talvez uma das maiores melhorias que esta nova visão de constitucionalismo trouxe foi justamente a possibilidade de recorrer ao poder judiciário nas questões relativas às garantias constitucionais.

O Poder Judiciário é alvo de muitas críticas, que levam em conta principalmente o fato de o Poder estar atuando de forma proativa, em questões relacionadas à política, coisa que não era vista no Brasil antes da constituição de 1988. Tal possibilidade, na doutrina jurídica, recebe o nome de judicialização da política, e não é um ato de vontade do poder judiciário. É o resultado das mudanças constitucionais

ocorridas principalmente desde o processo de redemocratização ocorrido no Brasil e no mundo.

O fato do Poder Judiciário se movimentar no sentido de sair da neutralidade institucional, tem fundamento nas mudanças e acontecimentos históricos que resultaram na transformação do papel institucional do judiciário. Nos dias atuais incumbe ao Poder a busca das finalidades do bem-estar social e da implementação dos direitos sociais, garantias constitucionais, que de forma alguma podem ser encaradas como meramente formais.

Existe ainda a questão do controle de constitucionalidade, fenômeno este que vem se fortalecendo desde a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, a Judicialização Da Política trouxe consigo um fenômeno que na visão de parte da doutrina, pode ser um tanto quanto prejudicial para a democracia. Para estes doutrinadores o Ativismo Judicial fica caracterizado quando o tribunal extrapola suas atribuições constitucionais, anulando (no sentido de não levar em consideração) o processo democrático, colocando acima deste, suas próprias convicções. Com efeito, a jurisdição constitucional não pode substituir a atuação do Poder Legislativo e nem do Poder Executivo.

Nestes termos, o ativismo judicial é uma postura deliberada do Poder Judiciário que em muito se distancia do discurso dos avanços sociais. Diante de uma postura ativista, o político é de tal forma desvalorizado que leva o jurídico a assumir o papel daquele. Importante que o operador do direito tenha em mente que a legitimidade legislativa é fruto de um processo legislativo no qual o judiciário deve respeitar suas decisões, resguardadas as devidas garantias constitucionais. No caso do Supremo Tribunal Federal, desde que as determinações legislativas não esbarrem em questões que firam de morte o ordenamento constitucional, não é aceitável que o voto de 11 ministros suplante os votos de 513 deputados federais na Câmara legislativa e 81 senadores no Senado Federal.

Assim, chega-se à conclusão de que apesar dos esforços da doutrina e da jurisprudência para delimitar claramente o que é ativismo judicial e judicialização da política, esses conceitos ainda são objeto de intenso debate e interpretação. A delimitação não é sempre clara e há uma zona cinzenta em que a atuação judicial pode ser vista como necessária por uns e excessiva por outros. A busca por um equilíbrio que respeite a separação dos poderes e garanta a efetividade dos direitos fundamentais continua a ser um desafio constante para o Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade.** Revista dos Tribunais, v. 1022, p. 103-124, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, **ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **"Ativismo Judicial e Democracia"**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm acesso em 26/05/2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 26/05/2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm acesso em 26/05/2024.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 879.701 - SP** (2006/0184107-0); Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Julgado em 14/08/2007, DJ 30/08/2007, p. 170. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601841070&dt_publicacao=30/08/2007. Acesso em: 01 Maio. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 886**. Brasília: STF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 04/05/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 05/05/2024.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Editora Foco, 2021.

DE SÁ, Mariana Oliveira; BONFIM, Vinícius Silva. **A atuação do Supremo Tribunal Federal frente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas.2015.

DWORKIN, Ronald; FAEDRICH, Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRIMM, Dieter. **Judicial activism**. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen. Judges in contemporary democracy. New York. 2004.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2002.

JORNADA DE DIREITO, 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7wDa9wVN5cs>. acesso em 23/05/2024.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária**. Edições Câmara, 2016.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria e aplicação da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. São Paulo. SaraivaJur, 2023.

MAZON, Cláudia Milena Mendonça; LEÃO, João Victor Pereira. **Um estudo de caso do reconhecimento da união estável homoafetiva: ativismo e judicialização no neoconstitucionalismo**. Revista Avant, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional, 2009.

MENDES, Gilmar. **"Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional"**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional-Série IDP-2020**. São Paulo. Saraiva Educação , 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Barueri [SP]. Atlas. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo** . São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2016.

RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades Do voluntarismo à concretização de direitos**.1ª.ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

SENADO. 2021. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/27/policia-federal-recomendou-ao-tse-voto-impresso-para-fins-de-auditoria-diz-esperidiao-amin>. acesso em 15/04/2024

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 17, n. 3, p. 721-732, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. 2012.

TASSINARI, Clarissa. **O papel da crítica hermenêutica do direito: sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário.** Revista FIDES, v. 5, n. 2, 2014.

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

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo social, v. 19, p. 39-85, 2007.