

Crescimento Contínuo do Ativismo Judicial e o Apoio Popular

Continued Growth of Judicial Activism and Popular Support

Adams Pascarelli Rebouças Junior

Rodrigo Reis Ribeiro Bastos

Resumo: O presente artigo busca apresentar a conceituação doutrinária do chamado ativismo judicial, diferenciando-o de outros conceitos que com ele podem ser confundidos. Aborda-se a interferência proativa do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e Legislativo, a fim de que sejam cumpridas as exigências constitucionais. Discorre-se acerca da legitimidade ou não do ativismo, bem como sobre a autorrestrição como comportamento oposto. Em seguida, ao longo do estudo, busca-se a análise de elementos que têm provocado a prática do ativismo, tido como uma postura do Poder Judiciário, bem como o seu crescente incentivo por parte da população brasileira. Como conclusão do estudo, é possível verificar um paralelo entre o aumento desse, agora recorrente, ativismo judicial e a insatisfação do cidadão para como os demais poderes da república, além de se observar uma relação entre o objeto do estudo e a polarização político-ideológica atual.

Palavras-chave: ativismo judicial; crescimento; apoio popular; fatores.

Abstract: *The present scientific work seeks the doctrinal conceptualization of the so-called judicial activism, differentiating it from other concepts that can be confused with it. Proactive interference by the judiciary in the executive and legislative branches is addressed in order to comply with constitutional requirements. It is discussed about the legitimacy or not of activism, as well as self-restriction as opposite behavior. Then, throughout the study, we seek the analysis of elements that have caused the practice of activism, taken as a posture of the judiciary, as well as its growing encouragement by*

the Brazilian population. As a conclusion of the study, it is possible to verify a parallel between the increase of this now recurring judicial activism and citizen dissatisfaction with the other powers of the republic, besides observing a relationship between the object of the study and the political-ideological polarization. current.

Keywords: *judicial activism; growth; popular support; factors.*

1. **Introdução**

O ativismo judicial é uma realidade no cenário brasileiro atual. Trata-se de uma prática que tem sido frequente na atuação do Poder Judiciário, e em razão disso, vem sendo objeto de estudos ao longo dos anos.

Muitas discussões e reflexões já ocorreram acerca desse fenômeno constante, aceito e muitas vezes encorajado. Alguns estudos e reflexões apontam violações ao sistema constitucional vigente, alertando para a inobservância do respeito à separação dos poderes.

O movimento esperado era de que a reflexão sobre esse fenômeno provocasse maior prudência no âmbito do Poder Judiciário, e em especial ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, o que se observa hoje, é que ao invés de utilizado apenas em casos excepcionálissimos, cada vez mais seu uso tem se tornado uma postura institucionalizada.

Assim, buscou-se por meio deste estudo, sem a pretensão de exaurir o tema, identificar o ativismo judicial e suas nuances, sem desconsiderar a reflexão acerca de sua legitimidade dentro do cenário constitucional e compreender os motivos que o levou a ganhar mais força nos últimos anos ao invés de retrair-se, inclusive alcançando novas polêmicas, como em decisões que impactaram na composição dos demais poderes da república.

2. **Metodologia**

O método de pesquisa adotado foi o descritivo, por meio do qual se buscou o estudo e conceituação do ativismo judicial, bem como os elementos que têm provocado o aumento de sua prática, e o crescente apoio popular que o tem acompanhado nos últimos anos. A pesquisa não buscou enumerar ou medir eventos. Busca por estudos que identificaram o evento objeto da pesquisa, além de sua adaptação à realidade

constitucional. O resultado deste estudo foi alcançado a partir da leitura e consulta a artigos científicos e livros jurídicos, em especial as obras de Barroso (2008), Streck (2011) e Campos (2014). Visou-se, por fim, uma abordagem qualitativa por meio da análise, essencialmente, de documentos.

3. **Desenvolvimento**

De início, é necessário ressaltar o importante papel constitucional do Poder Judiciário, e principalmente o seu protagonismo nos últimos anos, o que inevitavelmente vem acentuando-se desde a redemocratização do país.

Na verdade, o Poder Judiciário ganha sobrelevante papel nos países ocidentais com o fim da Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o marco democrático foi a Constituição da República de 1988, que se destacou, entre inúmeras outras coisas, pela garantia de autonomia e independência ao Poder Judiciário, acompanhado também de um claro avanço na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, em decorrência da intensificação da atuação judicial na vida pública.

Como consequência lógica dessa expansão, muitas questões antes decididas pelo Legislativo ou pelo Executivo passaram a ser objeto de tutela jurisdicional. Políticas públicas e decisões estritamente políticas, por exemplo, começaram a sofrer interferência e fazer parte do dia a dia do Poder Judiciário, fenômeno esse ao qual se convencionou chamar de judicialização da política.

Fica evidente assim, que não se pode falar sobre o ativismo judicial sem abordar acerca da judicialização, pois são temas que se entrelaçam e algumas vezes se confundem.

Luís Roberto Barros faz a uma distinção atual e didática ao sintetizar que:

“(…) A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a

escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...)”(2008, p.6).

O ativismo, portanto, relaciona-se ao comportamento dos magistrados. Para alguns autores, significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial, em que a interpretação ocorre de maneira expansiva, indo muitas vezes além do que determina a norma. (STRECK, 2011, p.589).

No sentido de o ativismo judicial ser uma postura, BARROSO, entende que:

“A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (2009, p.05).

É possível perceber ainda que sua concepção terminológica pode se dar em oposição à “autorrestrrição judicial”, que consiste em decidir respeitando o limite da separação de poderes, em deferência ao legislador e ao administrador (CAMPOS, 2014, p.31).

Em uma tentativa otimista de formular um conceito neutro para o ativismo judicial, CAMPOS entende que ele é:

“(...) o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais,

políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; **(c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.**” (2014, p.99) (destaque do autor).

Uma decisão ativista deriva da autoridade conferida pelas constituições aos magistrados, pois o ativismo judicial vem de uma capacidade decisória ampliada, autorizada pela Constituição na medida em que se extrai dela uma força normativa, sendo, portanto, aplicável pelo intérprete quando não há uma legislação reguladora daquele preceito constitucional, quando a lei não protege o bem jurídico suficientemente ou proíbe excessivamente (CAMPOS, 2014, p.95-96).

Nesse sentido, é o entendimento de STRECK:

“Também penso que meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria). Mas, quando esses “fins e meios” se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais (sempre sustentadas por princípios), como a proibição de excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídicos, é tarefa da *jurisdição constitucional* efetuar uma atividade corretiva, para preservar a força normativa da Constituição (que, aliás, aponta, em seu texto, os parâmetros para o exercício do contramajoritarismo).” (2011, p.181-182) - *destaque do autor*.

Dito de outro modo, pautado nos autores citados, o ativismo pode ser tratado como postura institucional, isto é, até que ponto pode chegar a atuação do Poder Judiciário para suprir omissões legislativas ou sanar possíveis erros, considerando a posição da Constituição de 1988 no nosso ordenamento jurídico e o dever de sujeição dos três poderes a ela.

Evidentemente, cabe indagar se essa postura do judiciário é positiva ou negativa.

Nesse liame, não sendo o ativismo judicial adstrito ao mérito das decisões, mas apenas à possibilidade de o Poder Judiciário atuar em face do Executivo ou do Legislativo, não é possível estabelecer que uma decisão ativista seja legítima ou ilegítima aprioristicamente, porque a definição acerca da legitimidade dependerá da atuação frente ao caso concreto, ora devendo ser ativista, ora devendo ser autorrestritiva, sendo que ambos podem ser legítimos ou ilegítimos, conforme o dever de atuação.

No entanto, o ponto que se busca analisar aqui é a crescente interferência do Poder Judiciário na política do país, mediante o exercício do ativismo, muitas vezes ilegítimo (aquele não adstrito ao ordenamento constitucional), que mesmo extrapolando o campo de atuação deste Poder, tem ganhando crescente apoio popular, seja pela polarização política que vive o país, seja pela saturação do povo em relação a impunidade de seus eleitos.

Não obstante isso, os magistrados não podem ser populistas. Eles devem dispor de uma posição ativa para conservação e promoção dos direitos fundamentais, mesmo que vá, em sua tese, contra a vontade coletiva. É uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático (BARROSO 2008, p.15).

Ocorre que, na maioria das vezes, o Supremo Tribunal Federal (STF) como o guardião institucional da Constituição, tem feito valer os direitos fundamentais e os valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Ainda assim, não é difícil hoje nos depararmos com decisões judiciais do STF, em que a interpretação dada a determinada regra, constitucional ou legal, provoca certa incerteza acerca de sua legitimidade, tanto no meio jurídico, quanto na sociedade civil em geral.

Podemos citar, como exemplo, a decisão do afastamento do ex-deputado federal Eduardo Cunha da presidência do Congresso Nacional e de seu mandato eletivo. Apesar de muito se discutir se houve ou não ativismo indevido, o fato é que ele existiu, inclusive com certo clamor popular.

Para embasar o afastamento do referido político, o STF fundamentou sua decisão no art.86, §1º, I, da Constituição da República, assim como também no art.319 do Código de Processo Penal. Ocorre que o artigo art.86, §1º, I, da CR é claro e literal ao se trata da suspensão tão apenas do Presidente da República, uma vez inserido no Capítulo II – Do Poder Executivo; Seção III – Da Responsabilidade do Presidente da República. E para muitos, o art.319 CPP não se aplica a detentores de cargos políticos, pois o afastamento caberia ser deliberado na própria Casa Legislativa e não por decisão judicial precária.

Ao observar outros estudos, como o de Joana de Souza Machado (2008), sobre o ativismo nas Cortes Supremas, percebe-se que o pensamento político-ideológico dominante em determinado período, somando eventualmente ao descontentamento geral com um grupo político, influencia tanto a prática do ativismo judicial como a autorrestrição, fazendo com que a atuação política do Judiciário ocorra em maior ou menor grau.

Em seu estudo, a autora analisa as decisões da Suprema Corte Americana, verificando que a composição desta influencia o caráter ativista das decisões judiciais, tendo cada juiz um posicionamento político-ideológico distinto e, em face disso, os presidentes americanos, que são competentes para nomear os juízes, se aproveitam para consolidarem os ideais políticos próprios, também no Poder Judiciário (MACHADO, 2008, p.16-17).

Ao levarmos em consideração a opinião popular, o quesito político-ideológico é inerente, em que se observa um lado conservador e outro liberal, ou de esquerda e de direita, porém ambos denunciam o ativismo como uma medida antidemocrática quando a decisão é contrária aos seus interesses políticos, sendo possível perceber, inclusive, o uso da postura ativista para avançar a própria cartilha, conforme relata CAMPOS:

“Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia, federalismo, aborto, direitos dos gays, ações afirmativas raciais, pena de morte, financiamento de campanhas eleitorais, etc. Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é a sua agenda que está sendo posta em prática. Como disse um destacado juiz norte-americano, “quando liberais são preponderantes na Corte, conservadores exaltam autorrestrição e denunciam ativismo”, mas “quando conservadores são preponderantes na Corte, liberais exaltam autorrestrição...E denunciam ‘ativismo judicial conservador’” (2014, p.38).

No Brasil, cada vez mais o apoio popular tem se acentuado em relação à relativização dos limites constitucionais à atuação do Poder Judiciário. Verificamos que o grande, e sempre crescente, descontentamento popular em relação a seus políticos, por exemplo, faz com que a pressão por mudanças recaia sobre o judiciário, a fim de que seja realizada a popularmente chamada “justiça de qualquer jeito”.

Assim, para a satisfação desse objetivo vivemos um período de pamprincipiologismo. Termo este que foi cunhado por Lenio Streck para fazer referência ao “abuso principiológico que vivenciamos em *terrae brasilis*” ou “um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.” (STRECK, 2009, p. 493 e 516).

4. Conclusão

O ativismo judicial é um fenômeno possibilitado pelo constitucionalismo contemporâneo, que ampliou os poderes do Poder Judiciário. Os motivos para o crescimento do fenômeno residem, notadamente, na inércia dos outros Poderes, que, comodamente, deixam de efetivar direitos fundamentais pautados na independência e discricionariedade. Já o Poder Judiciário, a fim de resguardar e garantir a proteção dos direitos individuais indisponíveis, somado ao fato de que não pode ser omissivo quando provocado, acaba por praticar o ativismo judicial, que como visto não se confunde tecnicamente com a judicialização.

Conforme boa parte da doutrina, esse mesmo ativismo pode ser legítimo ou ilegítimo, a depender dos limites em que a decisão for proferida.

Não sendo o ativismo judicial adstrito ao mérito das decisões, e sim a uma postura de atuação, não é possível estabelecer que uma decisão ativista seja legítima ou ilegítima logo de pronta análise, uma vez deverá ser verificado caso a caso.

Muitas vezes, a fim de saciar anseios de grupos políticos em ascensão, ou mesmo de grandes massas populares, os limites constitucionais são corriqueiramente transpostos, por meio de interpretações dúbias, principalmente com a utilização de princípios que até então nem sequer existiam.

Logo, é possível concluir que não só o descontentamento popular com os Poderes Legislativo e Executivo tem feito o ativismo ganhar força, mas também é possível verificar que questões político-ideológicas também têm influenciado diretamente na sua prática, e que caso não haja uma reflexão acerca dessa postura, a tendência será tornar como regra a relativização da normatividade constitucional passe a ser regra.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Sítio do Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Acesso em 24 de setembro de 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº3689 de 3 de outubro de 1941.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; **Dimensões do Ativismo Judicial no STF**; Rio de Janeiro; Forense; 2014.

STRECK, Lenio Luiz; **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**; 4ª ed.; São Paulo; Saraiva; 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACHADO, Joana de Souza; **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**; 2008; 130 f.; Dissertação (Mestrado); Departamento de Direito; Pontifícia Universidade Católica; Rio de Janeiro; 2008; disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>; acesso em 22 setembro de 2019.

MARTINS, Hugo Ferreira. **Democracia em crise e legitimidade do ativismo judicial** 2016. 68 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – (Faculdade Pitágoras), Betim, 2016.

STF - AC 4070 Ref, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

Autores

Adams Pascarelli Rebouças Junior

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Servidor público efetivo do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM). Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM). Especialista em Processo Civil pela Universidade Anhanguera Unidep (Campo Grande-MS).

Rodrigo Reis Ribeiro Bastos

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). <http://lattes.cnpq.br/3657871525834516>