

DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Rafael Nunes Pires Rudolfo¹

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma série de transformações no cenário jurídico brasileiro, com reflexos no sistema político e na sociedade. Uma dessas mudanças foi justamente no papel do Judiciário. Com a inclusão no texto constitucional de uma série de direitos fundamentais, o Poder Judiciário ganhou protagonismo. Soma-se a isso a crise de representatividade em relação ao Executivo e Legislativo, que não conseguem atender aos anseios da sociedade. Consequentemente, juízes e tribunais, no intuito de garantir tais direitos, utilizam-se de fenômenos conhecidos como ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. Este artigo tem como objetivo principal analisar e demonstrar as diferenças existentes entre esses dois fenômenos.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização de políticas públicas. Neoconstitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem falado, atualmente, no universo jurídico, seja nos tribunais ou no meio acadêmico, sobre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. No atual cenário político-social, parece haver uma crise de confiança da população em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. A incompetência destes para efetivar os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente vem fazendo com que a população deposite suas esperanças no Poder Judiciário.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI – ITAJAÍ-SC. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Gestão de Negócios Financeiros (MBA). Graduado em Direito. Graduado em Sistemas de Informação. Servidor público estadual (SC).

Nesta senda, o Poder Judiciário vem ganhando um protagonismo cada vez maior. Grande parte da população não sabe mais a escalação da Seleção Brasileira de futebol, mas conhece os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal. Diante dessa eminência do Judiciário, fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas também ganham evidência.

Ocorre que há uma certa confusão na definição dos dois conceitos, e algumas vezes os termos são utilizados como sinônimos. Afinal, há diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas?

Este artigo tem como objetivo principal analisar as origens e aplicações dos dois fenômenos jurídicos, buscando verificar e demonstrar se realmente há diferenças entre ambos.

A metodologia utilizada foi o método indutivo, combinado com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento (PASOLD, 2015, p.90).

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de evidenciar as diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas, tema central deste artigo, é mister analisar o contexto histórico no qual se desenvolveram esses fenômenos.

Urge frisar inicialmente que, após a Segunda Guerra Mundial, propagou-se a ideia de “Constituição como norma jurídica superior”. Tal ideia implicou transposição aos “sistemas jurídicos positivos dos Estados, dando-lhes eficácia jurídica os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos” (DALLARI, 2013, p. 306).

Conforme aduz Sérgio Mouro, com o advento da Constituição Federal de 1988, profundas modificações começaram a ser verificadas no âmbito do Direito Constitucional brasileiro. “Há um esforço nítido dos intérpretes, ou pelo menos de parcela deles, para desenvolver as potencialidades do texto, imprimindo eficácia imediata e plena às normas constitucionais”, principalmente no tocante aos direitos fundamentais (MORO, 2005, p. 248).

Nesta senda, Luís Roberto Barroso aponta a Constituição de 1988 como marco inicial do processo de redemocratização do Brasil, a qual teve como uma de suas

consequências a expansão do Judiciário e uma crescente persecução por justiça. Para o ministro do Supremo Tribunal Federal, com a promulgação da Carta Magna de 1988, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO, 2009, p. 3).

É imperioso frisar que a Constituição brasileira de 1988, muito mais do que um marco histórico ou simbólico, foi imprescindível para consolidar o regime democrático. Aliás, sem a promulgação da Constituição vigente, conforme bem aponta Marcos Paulo Veríssimo, não haveria de se falar em judicialização da política no Brasil, uma vez que, “sem um judiciário livre, e sem instituições livres que possam interagir com ele, toda a formulação de políticas públicas passa a originar-se nos centros autoritários de poder” (VERÍSSIMO, 2006, p. 69).

Urge ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, o sistema judiciário brasileiro experimentou uma expansão significativa: tanto em relação ao sistema político como em relação à sociedade. Pela primeira vez, o Judiciário se tornou uma importante instituição política, graças a um extremamente descentralizado sistema de revisão judicial, amplamente acessível a indivíduos e a atores políticos e sociais. O judiciário, desse modo, se tornou um ator significativo no processo de tomada de decisões políticas, acentuando ainda mais o modelo consensual da democracia brasileira. Além disso, como uma gama cada vez maior de direitos sociais se transformaram em normas legais, a disposição de justiça ordinária foi profundamente modificada: o acesso à justiça para causas coletivas foi ampliado e influenciou o sistema judicial a adotar um papel cada vez mais protetor em relação à sociedade civil (ARANTES, 2005, p. 232).

Como consequência disso, conforme preleciona Luís Roberto Barroso, o “ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar proteção de seus interesses perante juízes e tribunais”, o que implicou o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 3).

É mister salientar que essas modificações promovidas pela Constituição brasileira de 1988 são características de uma ideologia conhecida como neoconstitucionalismo.

Nesse diapasão, o neoconstitucionalismo pretende explicar esse conjunto de textos constitucionais que começam a surgir a partir da década de setenta. São constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, mas que contêm altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. Como exemplo, temos a Constituição espanhola de 1978 e a brasileira de 1988. O neoconstitucionalismo pretende converter o Estado de Direito no Estado Constitucional de Direito (VICIANO; MARTÍNEZ, 2010, p. 17).

Dessa forma, houve uma “oposição a um velho constitucionalismo, que não tratava a Constituição como norma [...] eficaz e a todos dirigida, mas como diretivas, conselhos dirigidos exclusivamente ao legislador” (MORO, 2005, p. 248).

Não se pode olvidar que uma das características do neoconstitucionalismo é justamente a inclusão, nos textos constitucionais, de um conjunto de direitos (como, por exemplo, os políticos, civis e sociais), que podem ser observados na Constituição Federal de 1988.

Nessa mesma linha, a Constituição tem se convertido em um direito codificado – mas modificado de forma difusa, e não de forma concreta –, que tem em si mesmo o valor de ser a única garantia dos direitos humanos. Precisamente, a essência do neoconstitucionalismo consiste e consistirá em desempenhar a função de garantir os direitos fundamentais (PALLÍN, 2010, p. 64).

Destarte, a maior parte das demandas relacionadas à judicialização da política se refere à efetivação de direitos elencados na Carta Constitucional e pretende “efetivar o conteúdo genérico dos direitos constantes da Constituição”, principalmente “no que se refere aos chamados direitos positivos, isto é, de cunho econômico e social” (VERÍSSIMO, 2006, p. 269).

Nesse diapasão, Humberto Ávila elenca algumas modificações percebidas com o advento do neoconstitucionalismo, entre as quais vale ressaltar: uma maior utilização de “princípios em vez de regras”; “mais ponderação do que subsunção”; “justiça particular em vez de justiça geral”; “mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo”; “Constituição em substituição à lei” (ÁVILA, 2009, p. 1-2).

Ainda conforme Ávila, o ativismo judicial e “a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação” (ÁVILA, 2009, p. 1-2).

Como corolário, os textos constitucionais adquiriram uma composição nova, caracterizando-se “por normas programáticas, princípios e conceitos indeterminados, mais do que por regras claramente (ou pretensamente) delimitadas e precisas”. Além disso, “albergam ampla margem de interpretação”, em função de seu caráter, que abre margem para diferentes interpretações (BARRETO; GRAEFF, 2016, p. 569-570).

Outrossim, a partir de 1988, verificam-se transformações nos “contornos e limites institucionais de atuação da política democrática e o Judiciário é poder a quem compete garantir a respeitabilidade a esses núcleos constitucionais” (VERBICARO, 2008, p. 391).

Dito de outra forma, a Constituição de 1988 não somente trouxe em seu bojo uma série de direitos fundamentais, mas também “abriu as portas” do Judiciário para que a sociedade pudesse pleitear a efetividade de tais direitos. Nesse contexto, a tendência é de incremento na busca pelo judiciário.

Ocorre que, conforme dito anteriormente, as normas constitucionais definidoras dos aludidos direitos possuem caráter peculiar, ao passo que, no intuito de “dar um determinado sentido àquelas afirmadas de modo genérico”, o que se percebe é o incremento da complexidade dos procedimentos judiciais, “pois implicam a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos de construção de sentidos, ao lado da tradicional subsunção da lógica dedutiva” (BARRETO; GRAEFF, 2016, p. 569-570).

Soma-se a isso a enorme dificuldade encontrada pelos operadores do direito em acompanhar a rápida evolução das questões sociais demandadas na justiça. Como consequência, “o Direito, por si só, não encontra respostas para a solução de muitos conflitos sociais. A cada dia o operador jurídico se vê frente a questões que compreendem objetos transversais, pertencentes a distintos ramos do saber” (SAVARIS, SCHUSTER, 2016, p. 185).

Na mesma linha, Daniel Sarmiento preleciona, de forma didática, que “a constitucionalização dos direitos impõe barreiras à decisão das maiorias, limitando a democracia; por outro, ela busca assegurar e promover os pressupostos para as interações

democráticas na sociedade, possibilitando a própria democracia”. Desse modo, urge encontrar um equilíbrio entre a falta de limites e a limitação em excesso, de forma que não seja mitigada a própria democracia (SARMENTO, 2010, p. 191).

É curial enaltecer que, no atual cenário nacional, é imperioso o desenvolvimento de um “novo paradigma do Direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade” (CRUZ; FERRER, 2015, p. 251).

São justamente “os fatores de indeterminação do direito” que possibilitam “uma ampliação da discricionariedade judicial e uma politização das reivindicações jurídicas” e elevam o protagonismo do Poder Judiciário (VERBICARO, 2008, p. 396).

Para tanto, o Judiciário “passa a atuar com maior liberdade na concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos”, para “promover a igualdade e a inclusão social” e “conferir eficácia” às políticas públicas (VERBICARO, 2008, p. 396).

Nesse contexto, o Poder Judiciário ganha cada vez mais protagonismo e, conseqüentemente, o que se observa nas cortes nacionais é a presença constante da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial, temas que serão analisados nos capítulos subsequentes.

3 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de adentrar a análise da judicialização de políticas públicas propriamente dita, insta salientar o conceito dos termos “judicializar” e “políticas públicas”, separadamente.

Política pública, no escólio de Maria Paula Dallari Bucci, se consubstancia no “programa de ação governamental resultante de um conjunto de processos juridicamente regulados”. Esses processos podem ser de planejamento, eleitoral, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo ou judicial (BUCCI, 2006, p. 39).

Ainda conforme Bucci, esses programas de ação governamental teriam o intuito de “coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a

realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 39).

Dito de outra forma, políticas públicas consistem no conjunto de ações estatais que “visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico” (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO ESTADO DO PARANÁ, 2011).

Além disso, políticas públicas são atreladas a “direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens” (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO ESTADO DO PARANÁ, 2011).

Destarte, podemos elencar no rol de políticas públicas: a saúde, a educação, a segurança pública, a infraestrutura, o combate à pobreza, etc. Aliás, trata-se de tarefa hercúlea “a injunção desses objetivos e a repartição entre os entes federados com subdivisões por diversos diplomas normativos”. Entretanto, a questão ainda é mais complicada, uma vez que ainda é necessário levar em consideração aspectos da democracia representativa (AMORIM; SOUSA, 2015, p. 269).

Conceituada a expressão “política pública”, verifica-se agora o termo “judicialização”. De forma sucinta, pode-se dizer que o verbo “judicializar” estaria atrelado a levar algo à apreciação do Poder Judiciário.

Baseado no escólio de Maria Luiza Quaresma Tonelli, tem-se uma definição mais abrangente do termo judicialização:

O termo *judicializar* significa tratar judicialmente, chegar a um julgamento ou decisão. Judicialmente, nesse sentido, diz respeito ao julgamento legal, aos tribunais. Por outro lado, nas democracias a tomada de decisão baseia-se no princípio da maioria, no debate aberto entre iguais, nas assembleias eleitas pelo voto popular. Se na democracia quem decide é o povo, através de representantes eleitos, é porque o poder é do povo. Decisões judiciais e decisões políticas são duas formas distintas de solução de conflitos. O tema da judicialização da política remete à tensão entre democracia e o Estado de Direito. Sob o argumento de que vivemos em democracias de direitos, a política e as relações sociais vêm sendo cada vez mais orientadas menos pela ótica da política do que pelo direito. (TONELLI, 2013, p. 6).

Após conceituados os termos “judicialização” e “políticas públicas”, cuida-se agora da “judicialização das políticas públicas”.

Vale ressaltar que o termo *judicialização da política* foi cunhado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, expressando “a reação do judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição” (ARAGÃO, 2013, p. 66).

Já a judicialização de políticas públicas se consubstancia na “intensificação da inserção do poder judiciário ou dos procedimentos judiciais no processo decisório das democracias contemporâneas”. Nota-se um avanço do Judiciário “sobre a política, que passa a ser cada vez mais ‘judicializada’” (BARRETO; GRAEFF, 2016, p. 565).

Para Luís Roberto Barroso, judicialização de políticas públicas consiste na “transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. “Questões de larga repercussão política ou social” têm seu eixo decisório migrado para o Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 3).

Nessa mesma esteira está a concepção de Ronei Danielli, que magistralmente aduz que o “fenômeno evidencia a tensão trazida pelo Estado Constitucional de Direito ao Poder Judiciário” e “a necessidade de balizar a atuação jurisdicional” no tocante à “harmonia dos Poderes, de realização e respeito aos direitos fundamentais” (DANIELLI, 2016, p. 65).

Vale ressaltar que o termo judicialização da política foi cunhado “também para indicar ingerências do Poder Judiciário em assuntos de alçada do Executivo e precipuamente do Legislativo” (ARAGÃO, 2013, p. 61).

Nesta senda, urge frisar a concepção de Mônia Clarissa Hennig Leal:

A judicialização consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...], que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional [...]. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, que resulta de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a este Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito

judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados. (LEAL, 2014, p. 128).

Vale ressaltar que a judicialização, que aliás pode ser definida como o trânsito pelos tribunais de questões pertinentes à seara política, deve ser considerada natural, em função da chamada “constitucionalização do direito” (SOARES, 2010, p. 7).

É imperioso destacar que a constitucionalização de políticas públicas é uma das principais forças por trás da judicialização da política no Brasil. Isso pode ser explicado pelo fato de que o Judiciário – e especialmente o Supremo Tribunal Federal – é chamado com mais frequência pela extensão da Constituição e a profusão de novas emendas (ARANTES, 2005, p. 233).

Pode-se falar ainda na *judicialização da vida social*, que, aliás, se consubstancia na “missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania”. Cabe ao Poder Judiciário, enquanto poder político, “um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais” (BODNAR; CRUZ, 2012, p. 495).

Concluída a análise da judicialização de políticas públicas, passa-se agora à apreciação do fenômeno denominado ativismo judicial.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Há diversas versões com relação à origem da expressão “ativismo judicial”. A versão mais difundida e aceita no meio acadêmico é a de que o termo foi mencionado pela primeira vez em 1947. Vale ressaltar que se trata apenas de um marco formal, uma vez que, enquanto fenômeno, o ativismo judicial já havia sido verificado em 1803, no famoso caso *Marbury vs. Madison*.

De qualquer modo, foi no ano de 1947 que o jornalista americano *Arthur Schlesinger* utilizou o termo em uma publicação a respeito da Suprema Corte norte-americana. Na oportunidade, o jornalista conceituou o termo assim: “quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos” (GOMES, 2009).

Entretanto, atualmente a definição de ativismo judicial é muito mais abrangente. É mister salientar que há uma divergência doutrinária em relação ao ativismo judicial, ao passo que alguns autores analisam o fenômeno sob uma perspectiva negativa.

Sob um enfoque positivo apresenta-se a concepção de Luís Roberto Barroso. Na visão do ministro do Supremo Tribunal Federal, o fenômeno pode ser definido como “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” (BARROSO, 2009, p. 17). E assevera mais adiante que o ativismo judicial consiste num “mecanismo para contornar *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso” (BARROSO, 2009, p. 17).

Ainda sob uma perspectiva positiva, o ativismo judicial se caracteriza por decisões judiciais “que formam sua razão de decidir pautada por hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade se demonstra em garantir o direito das partes de forma rápida, atendendo às soluções dos litígios” oriundos da inércia dos demais poderes (DEMARCHI; COSTA; MAFRA, 2016, p. 9).

É mister enaltecer a opinião do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski sobre o tema:

[...] o protagonismo, não só do Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal, vai crescendo. E aí o Supremo passa a decidir quase no vácuo dos demais poderes, passa a decidir questões em que os demais poderes ou demonstrem incapacidade, ou inapetência, dada a complexidade das questões, ou até a controvérsia que certas questões suscitam. Então, o Supremo passou a decidir questões, como as relativas à fidelidade partidária, greve dos servidores públicos, limites das pesquisas científicas, regimento jurídico das terras indígenas, uso de algemas, direito de apelar em liberdade, vigência de incentivos fiscais bilionários, progressão de regime prisional no caso dos crimes hediondos. O que acontece? Isso vem para o Judiciário, e este não pode deixar de prestar a jurisdição. Por isso, a palavra ativismo judicial talvez não seja a mais indicada, porque o Judiciário não busca intervir na realidade política, social e econômica; ele é instado a fazê-lo, e uma vez instado a fazê-lo, deve dar uma solução. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81).

Como dito anteriormente, alguns autores adotaram uma postura crítica ou uma perspectiva negativa em relação ao ativismo judicial.

Nesse diapasão, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto magistralmente aduz que se tem observado, em determinadas julgados, o avanço do Poder Judiciário tanto sobre questões do âmbito de competência exclusiva do Poder Legislativo como sobre questões já regulamentadas; havendo, portanto, “uma desconsideração da norma posta e sua substituição por uma compreensão da norma constitucional adequada ao ‘sentimento’ do julgador” (OLIVEIRA NETO, 2016, p. 206).

No mesmo sentido é o entendimento de Cass Sunstein, para quem o fenômeno corresponde à frequência com que determinado magistrado ou tribunal invalida as ações de outros Poderes; ou então a frequência com que retiram a decisão das mãos dos eleitores (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44).

Insta destacar que, no escólio de Luiz Flávio Gomes, o fenômeno se manifesta “quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico” (GOMES, 2009).

Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial pode ser definido como uma “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”, ou como “descaracterização” de sua função típica, “com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2015, p. 116-117).

Lênio Luiz Streck magistralmente aduz que há incidência de ativismo judicial quando “os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)”. E conclui que “esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de princípios” (STRECK, 2009, p. 15).

Nesta senda, Luigi Ferrajoli assevera que a sujeição somente à lei, que habilita a aplicação e a execução desta, não habilita a sua produção; quer dizer, não habilita a inovação jurídica através da produção de normas (FERRAJOLI, 2008, p. 107).

Vale ressaltar a superficialidade com que é proferida no Brasil a expressão ativismo judicial. “Transforma-se um Tribunal em órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição, construir normas legais ao alvedrio da própria Constituição Federal”. Não se leva em consideração que há situações na qual o Poder Judiciário não pode invadir a esfera de competência do Poder Legislativo (LIMBERGER, 2017, p. 268).

Concluída a apreciação do ativismo judicial, passa-se agora a examinar as distinções entre os dois fenômenos jurídicos.

5 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

É mister salientar a distinção entre ativismo judicial e judicialização, que na concepção de Luiz Flávio Gomes não se confundem, uma vez que esta consiste no simples acesso ao Poder Judiciário, que é assegurado a qualquer indivíduo que tenha um direito ameaçado ou lesionado; o ativismo judicial, por seu turno, se consubstanciaria nas situações em que há a “intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, [...] quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada” no arcabouço jurídico (GOMES, 2009).

Lênio Streck também aponta diferenças significativas entre as duas expressões no cenário brasileiro. Na sua concepção, o ativismo judicial seria prejudicial para a democracia, “porque decorre de comportamentos e visões pessoais” dos julgadores. A judicialização, por sua vez, poderia ser benéfica ou prejudicial, dependendo da situação. A judicialização da política será observada nos regimes democráticos “guarnecidos por uma Constituição normativa”. Nos casos de desrespeito à Constituição por algum dos Poderes ou de inconstitucionalidades, o Judiciário deve ser chamado a se pronunciar (STRECK, 2016). E assevera mais adiante:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço” seja para manter o *status quo*). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. (STRECK, 2016).

Outrossim, Luís Roberto Barroso magistralmente faz distinção entre as duas expressões:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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 certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do 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 demais poderes. (BARROSO, 2009, p. 6).

Vale ressaltar que, inobstante serem de certa forma fenômenos semelhantes, percebe-se na judicialização uma maior amplitude e estrutura, “típico dos tempos de busca universal por direitos humanos, e ocorre de várias formas, inclusive com os próprios membros” dos demais Poderes “trazendo ao Fórum questões de macro relevância a serem dirimidas pelas Cortes” (AMORIM; SOUSA, 2015, p. 284).

Urge frisar que o ativismo judicial, como dito anteriormente, se consubstancia em uma “atitude, decisão ou comportamento dos magistrados” na revisão de “temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições”; diferentemente do que ocorre na judicialização de políticas públicas, de maior amplitude e estrutura, que trata de macrocondições (jurídicas, políticas ou institucionais), havendo a mudança da alçada decisória para o Judiciário (VIEIRA et al., 2009, p. 12).

Na mesma esteira, não se pode olvidar que, no cenário jurídico brasileiro, a maneira “mais utilizada para judicializar questões políticas são as ADIs por minorias políticas que querem ver seus direitos resguardados, já que no plenário do Congresso, em virtude do sistema de votação, não conseguem ser ouvidas” (AMORIM; SOUSA, 2015, p. 284).

Insta salientar o caráter de interdependência entre o ativismo judicial e a judicialização. A judicialização se consubstancia na migração das discussões típicas do

âmbito político para a seara dos tribunais. Trata-se de fenômeno de difícil limitação, uma vez que estaria respaldada pelos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da inércia. O ativismo judicial estaria inter-relacionado com a judicialização, e ocorre quando o Poder Judiciário demonstra uma postura de revisão sobre as decisões dos demais Poderes, podendo inclusive modificá-las. Pode-se dizer que a “judicialização não provoca necessariamente o ativismo judicial, mas dá-lhe o combustível necessário. O ativismo judicial, por sua vez, pode incentivar a judicialização, criando um movimento espiral expansivo” (MAURÍCIO JÚNIOR, 2011, p. 225).

Destarte, “o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas ‘ativistas’”, até porque “o ativismo pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição de atuação dos Tribunais” (LEAL, 2014, p. 136).

Outrossim, percebe-se uma dificuldade de se constatar se determinada decisão poderia ser classificada como ativista, ou se seria o caso de judicialização. Nessa senda, “uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente ‘normal’ em outro, uma vez que estes conceitos são [...] relativos” (LEAL, 2014, p. 136).

Por fim, vale ressaltar a analogia concebida por Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, que utiliza a distinção entre *Poiesis* e *Práxis*, dos grandes filósofos gregos, para melhor ilustrar as diferenças entre ativismo judicial e judicialização:

Acredita-se, entretanto, que a melhor colocação para distinguir um conceito do outro seja utilizar uma distinção que primeiramente foi proposta pelos grandes filósofos gregos, qual seja a distinção entre *Poiesis* e *Práxis*. *Poiesis* é um termo grego que significa *produção (fabricação)*, contraposto ao termo *práxis* usado por Aristóteles, que significa *ação*, mas seu significado vai além disto. [...] A judicialização ocorre porque há a possibilidade de fazê-lo normativamente (*Poiesis*). [...] manifesta-se, portanto: 1) pela aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios de ostensiva violação da Constituição. O Ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas (*Práxis*), pois se manifesta: 1) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; 2) pela aplicação direta da Constituição a situações que não foram expressamente contempladas em seu texto, criando-se uma normatividade concorrente; e 3) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base

em critérios menos rígidos de violação da Constituição. A distinção se torna mais perceptível quando analisamos a perspectiva do objeto do agir pela *poiesis* e pela *práxis*, ou seja, no Ativismo visa a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e alguns fins constitucionais (*práxis*); enquanto na Judicialização decorre da própria legislação que impõe esses deveres aos judiciários, sem alternativa (*poiesis*). (CARVALHO, 2010).

Portanto, apesar das semelhanças e da inter-relação observadas, restou claro que ativismo judicial e judicialização de políticas públicas são fenômenos distintos, cujos conceitos não se confundem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode constatar, há uma série de discrepâncias entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. Apesar de haver grandes semelhanças e até certo grau de parentesco (Barroso caracterizou-os como “primos”), ativismo judicial e judicialização de políticas públicas são fenômenos distintos. Não se pode olvidar que os fenômenos possuem, de certa forma, a mesma origem (no Brasil); ambos são “operacionalizados” pelo Poder Judiciário (o que, até certo ponto, torna compreensível a dificuldade que algumas pessoas têm para diferenciar seus conceitos).

Conquanto haja uma variada gama de disparidades entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas, ambos têm como objetivo (pelo menos para a corrente positiva do ativismo judicial) a efetivação dos direitos fundamentais.

Afinal, se o problema verificado não é a declaração dos direitos fundamentais (uma vez que eles se encontram acostados no próprio texto constitucional), nada mais lógico que seja atribuição do Poder Judiciário a tarefa de dar plena efetividade aos aludidos direitos.

Outrossim, como visto, no Brasil, o marco inicial que possibilitou a aplicação dos dois fenômenos foi o mesmo: a Constituição Federal de 1988. A partir de sua promulgação, o Poder Judiciário começou a ganhar maior legitimidade para atuar.

Destarte, não se pode criticar a inserção do Poder Judiciário na arena política. Não se trata de “distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre dos

imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na” Constituição e reforçando “a lógica democrática” (VERBICARO, 2008, p. 391).

Não se pode olvidar que o protagonismo cada dia maior do Poder Judiciário bem como a propagação do ativismo judicial e da judicialização se devem à crescente desconfiança da população em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, ao passo que a inércia e omissão desses Poderes é que vem proporcionando a popularização dos aludidos fenômenos no contexto nacional.

Diante das mudanças urgentes que devem ser promovidas no atual cenário brasileiro, cabe ao Poder Judiciário suprimir essas demandas, visto que se criou um “terreno fértil” para o crescimento do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas.

É imperioso salientar que os tópicos levantados neste artigo não esgotam o assunto, tampouco se tem a pretensão de alcançar alguma espécie de consenso. Aliás, a intenção foi justamente fomentar o debate em relação aos temas elencados, contribuindo para a construção e disseminação do conhecimento.

DIFFERENCES BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES

Rafael Nunes Pires Rudolfo

ABSTRACT

Starting with the 1988 Federal Constitution, there were many changes in the Brazilian justice system, which reflected in the relation to the political system and in the relation to society. One of these changes was the role of the judiciary. With the inclusion of a charter of rights and a widely accessible judicial system, Judiciary became an important institution. In addition, there is a crisis of representativeness about Executive and Legislative, that can't meet the social yearnings. Consequently, judges and courts, in order to guarantee such rights, make use of both judicial activism and judicialization of public policies. This research aims to analyze and demonstrate the differences between judicial activism and judicialization of public policies.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of public policies. Neoconstitutionalism.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Monica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas. **Direito, Estado e Sociedade**, n.46, p.268-290, jan./jun. 2015.

ARAGÃO, João Carlos Medeiro de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Temas de interesse do Legislativo, n.24. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 231-262.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. 2009.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba; GRAEFF, Caroline Bianca. Judicialização da política: arqueologia de um conceito. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, OAB, n. 4, 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Judicialização e legitimidade democrática. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010. ISSN 1518-4862 . Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. **Seqüência**, Florianópolis, n.71, p. 239-278, dez/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016.

DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 2. Itajaí: UNIVALI, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 1. ed. Madrid: Trotta, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navegandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. SSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte interamericana de direitos humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.1, n.3, p.123-140, set./dez. 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. In: Diálogos com o Supremo, 2009, Rio de Janeiro, **Palestra** proferida na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro no âmbito do projeto Diálogos com o Supremo, realizado pelo programa de mestrado, Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 77-85. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v.19, n.1, p. 263-289, jan./abr. 2017.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. **O estado de risco: o estado constitucional de direito no paradigma social do risco**. 2011. 294 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Paraná-UniBrasil, v. 1, n. 5, jan./dez. 2005.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Org.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Tomo 1. Coleção Principiologia constitucional e política do Direito. Itajaí: UNIVALI, 2016.

PALLÍN, José Antonio Martín. Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. Saraiva: 2015.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAVARIS, José Antonio; SCHUSTER, Diogo Henrique. Dimensões inter-multi-transdisciplinares para a compreensão do direito fundamental social previdenciário. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas**: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 2. Itajaí: UNIVALI, 2016.

SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO ESTADO DO PARANÁ. 2011. Disponível em:

<http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PolíticasPublicas.pdf>. Acesso em: 1 maio 2018.

SOARES, José de Ribamar Ribeiro. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. 2010. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ. Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 7 jan. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 23 dez. 2017.

_____. **OAB em foco**. Uberlândia, ano 4, n.20, 2009. Disponível em: <www.oabuberlandia.org.br/Revista_OAB20.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in robes**: why extreme right-wing Courts are wrong for America. Chicago: Basic Books, 2005.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular.** 2013. 126f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, n.8, p.389-406, jul./dez. 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988.** 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina.** 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

VIEIRA, José Ribas et al. Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal. **Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito.** Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.