

JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DECISIONISMO: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E MITIGAÇÃO DE EXCESSOS**JUDICIALIZATION, JUDICIAL ACTIVISM AND DECISIONISM: CAUSES, CONSEQUENCES AND MITIGATION OF EXCESSES****JUDICIALIZACIÓN, ACTIVISMO JUDICIAL Y DECISIONISMO: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y MITIGACIÓN DE EXCESOS**<https://doi.org/10.56238/ERR01v10n4-003>**Roberto Jose Caldas Freire Júnior**

Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional

Instituição: Universidade de Fortaleza

E-mail: Roberto.freirejr40@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2510-1356>**Martônio Mont'alverne Barreto Lima**

Pós-doutor, Doutorado em Direito e Mestrado (Direito e Desenvolvimento)

Instituição: Universidade de Frankfurt/M., Universidade Federal do Ceará

Orcid: <https://orcid.org/000-0003-0052-2901>**José Antonio Almeida**

Mestrado em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional

Instituição: Universidade de Fortaleza

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0482-5344>**RESUMO**

No Brasil, especialmente, têm-se intensificado os debates quanto à atuação do Poder Judiciário. Parte da literatura especializada defende um papel mais ativo desse Poder, enquanto outra parte sustenta a necessidade de contenção judicial. Diante disso, o objetivo geral deste estudo é analisar as decisões políticas e sociais do Judiciário à luz da literatura especializada e da jurisprudência. Como objetivos específicos, propõe-se contextualizar as concepções históricas e teóricas da judicialização e do ativismo judicial, com destaque à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF sobre o tema. Para alcançar esses objetivos, adotou-se pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, fundamentada em diferentes correntes do Direito e na normatividade da Constituição Federal de 1988. Essa abordagem permitiu examinar os julgados do STF, identificar manifestações do ativismo judicial e apontar os principais entendimentos jurisprudenciais. Como considerações finais, observa-se que, no modelo do Judicial Review, a supremacia do Judiciário se mostra inevitável. No entanto, novas experiências constitucionais baseadas em arranjos alternativos têm promovido maior harmonia entre os Poderes, bem como entre o constitucionalismo e a democracia. Isso ocorre porque o sistema contramajoritário adotado pelo Judiciário, ou o discurso do “legislador negativo”, revela-se incompatível com a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, que frequentemente desconsideram os interesses de uma sociedade plural e fluida.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo e Decisionismo Judicial. Formas de Contensão.

ABSTRACT

In Brazil, in particular, debates about the role of the Judiciary have intensified. Part of the specialized literature argues for a more active Judiciary, while another part defends judicial restraint. Against this backdrop, the general objective of this paper is to analyze the Judiciary's political and social decisions considering specialized literature and jurisprudence. The specific objectives are to (i) contextualize the historical and theoretical conceptions of judicialization and judicial activism and (ii) examine, with particular emphasis, the jurisprudence of the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal, STF) on the subject. To meet these objectives, the study adopts qualitative bibliographic research grounded in diverse currents of legal thought and in the normative framework of the 1988 Federal Constitution. This approach enabled the examination of STF rulings, the identification of manifestations of judicial activism, and the delineation of the principal jurisprudential understandings. As a final observation, under the judicial review model, the supremacy of the Judiciary appears inevitable. Nevertheless, new constitutional experiments based on alternative institutional arrangements have fostered greater harmony among the branches of government and between constitutionalism and democracy. This occurs because the countermajoritarian stance adopted by the Judiciary, often framed as the “negative legislator”, proves incompatible with the inefficiency of the Executive and Legislative branches, which frequently disregard the interests of a pluralistic and fluid society.

Keywords: Judiciary. Activism and Judicial Decisionism. Forms of Contention.

RESUMEN

En Brasil, en particular, se han intensificado los debates en torno a la actuación del Poder Judicial. Parte de la literatura especializada defiende un papel más activo de este Poder, mientras que otra parte sostiene la necesidad de una contención judicial. Ante este panorama, el objetivo general de este estudio es analizar las decisiones políticas y sociales del Poder Judicial a la luz de la literatura especializada y de la jurisprudencia. Como objetivos específicos, se propone contextualizar las concepciones históricas y teóricas de la judicialización y del activismo judicial, con especial énfasis en el análisis de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) sobre la materia. Para alcanzar dichos objetivos, se recurrió a una investigación bibliográfica, de naturaleza cualitativa, fundamentada en diferentes corrientes del Derecho y en la normatividad de la Constitución Federal de 1988. Este enfoque permitió examinar las sentencias del STF, identificar manifestaciones del activismo judicial y señalar los principales posicionamientos jurisprudenciales. Como consideraciones finales, se observa que, en el modelo de revisión judicial (Judicial Review), la supremacía del Poder Judicial resulta inevitable. No obstante, nuevas experiencias constitucionales basadas en arreglos alternativos han promovido una mayor armonía entre los Poderes, así como entre el constitucionalismo y la democracia. Esto se debe a que el sistema contramayoritario adoptado por el Poder Judicial, o el discurso del “legislador negativo”, se revela incompatible con la ineficiencia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, los cuales frecuentemente desatienden los intereses de una sociedad plural y dinámica.

Palabras clave: Poder Judicial. Activismo y Decisionismo Judicial. Formas de Contención.

1 INTRODUÇÃO

No contexto atual, têm se intensificado os debates quanto à atuação do Poder Judiciário, especialmente no Brasil, onde determinados dispositivos constitucionais contemporâneos não têm sido plenamente assegurados. Essa situação evidencia um cenário de tensão institucional e desperta questionamentos quanto aos limites da atuação judicial e sua relação com os demais Poderes da República.

Desse modo, a justificativa para este estudo, sob a ótica do Direito como instrumento jurídico, parte da constatação de que o ordenamento brasileiro deixou de se restringir a um campo técnico-especializado e assumiu a função de verdadeiro poder político e social. Essa transformação reflete a busca por efetivar a Constituição e as leis, ainda que, para isso, se estabeleça tensão com os demais Poderes da República.

Diante desse cenário, este estudo aborda a temática “Judicialização, ativismo judicial e decisionismo: causas, consequências e mitigação de excessos”, analisando-a à luz da Constituição Federal de 1988 – CF/1988. Também serão examinadas as posições da literatura especializada que defendem um papel mais ativo do Judiciário e aquelas que defendem sua contenção, além de discutir os riscos à legitimidade democrática e a politização da Justiça.

A problemática que se impõe no cenário nacional envolve a crescente judicialização e o ativismo judicial. Observa-se uma centralidade significativa da Suprema Corte e, em certa medida, do Poder Judiciário como um todo na tomada de decisões de natureza política e social, atribuições que, em princípio, deveriam ser exercidas pelas autoridades políticas nacionais, como o Legislativo, o Executivo e a Administração Pública. Esse protagonismo desperta tanto aplausos quanto críticas, especialmente quanto à legitimidade democrática, à possível politização da Justiça e aos limites da capacidade institucional do Judiciário. Tais questões demandam uma análise criteriosa e fundamentada.

Nesses termos, apresentam-se alguns problemas centrais que guiam este estudo: qual o papel do Judiciário para o Estado Democrático de Direito? Qual a capacidade institucional do Judiciário e quais são seus limites de intervenção? Existe relação entre judicialização política e social, ativismo judicial e decisionismo (subjetivismo)?

Partindo das problemáticas acima expostas, definiu-se como objetivo geral identificar as causas do crescimento do protagonismo judicial e analisar as possibilidades de mitigação desse fenômeno e de seus efeitos por meio de um modelo de jurisdição constitucional dialógica, adotado em alguns países, como forma de preservar o equilíbrio entre os Poderes da República.

Para alcançar os objetivos propostos, adotou-se a pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, com base em literatura nacional e estrangeira, a fim de compreender a complexidade do

problema, suas causas e suas consequências ao Estado Democrático de Direito. Também foram analisados julgados e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal – STF, dentre outros referenciais que oferecem subsídios ao estudo. A partir desses julgados sobre ativismo judicial, foi realizado o levantamento dos casos relevantes, com a extração de fragmentos para compor o *corpus* da pesquisa.

Este estudo está estruturado em seções. A primeira aborda a judicialização das relações sociais, o ativismo judicial e o decisionismo, com a individualização de seus conceitos. A segunda analisa o ativismo judicial, apresentando seus argumentos favoráveis e contrários. A terceira aponta as causas do decisionismo. A quarta discute a jurisdição dialógica e as possibilidades de mitigação do ativismo judicial. Por fim, apresentam-se as considerações finais.

2 OS ANTECEDENTES DOS FENÔMENOS

É possível afirmar que, neste momento histórico, a evolução do constitucionalismo contemporâneo, desde o pós-guerra, seja na Europa, seja nos Estados Unidos, aliada à força normativa da Constituição, à criação de tribunais constitucionais, ao pós-positivismo e ao advento da normatividade dos princípios, constituiu um conjunto de circunstâncias decisivas à expansão global do Poder Judiciário (Tassinari, 2018).

Por outro lado, no mesmo contexto, ocorreu uma transformação na compreensão da democracia: de um modelo centrado exclusivamente na vontade da maioria para a valorização do poder contramajoritário, tendo o Judiciário como principal referência no desempenho dessa função.

[...] operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa, como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. (Barroso, 2013, p. 243).

Dito de outra forma, a decepção com o dirigismo constitucional e a crise da democracia, no contexto de uma expansão global do Poder Judiciário, concorreram para a judicialização da política e para o ativismo Judicial.

2.1 A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O advento da efetividade institucional que o Poder Judiciário tende a alcançar neste século é inegável. As transformações do Direito Constitucional contemporâneo e o desafio de concretizar o chamado Estado constitucional, por meio da efetivação das normas constitucionais e de uma nova interpretação constitucional, impuseram à jurisdição constitucional a tarefa hercúlea de tornar realidade os preceitos constitucionais (Barroso, 2013).

Assim, o que se pode denominar de “revolução copernicana” do Direito Constitucional abrange a relação indissociável entre Constituição, constitucionalismo e jurisdição constitucional:

O significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo exato do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes, que envolvem a produção democrática do direito [...] da doutrina e da jurisprudência dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, os conceitos como soberania popular, separação dos poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituinte da sociedade. (Streck, 2014, p. 93)

Nesse processo, a própria compreensão do Estado Democrático de Direito, diante do persistente dirigismo e da efetividade normativa da Constituição, tende a promover um deslocamento do polo de tensão entre os Poderes do Estado em direção à justiça constitucional. Há, portanto, uma transferência do protagonismo antes exercido pelo Poder Legislativo para a jurisdição constitucional, inclusive com implicações políticas.

Em síntese, a partir dessa compreensão do constitucionalismo contemporâneo e do Estado Democrático de Direito, bem como do caráter redentor atribuído à jurisdição constitucional, é fundamental reconhecer que os desafios decorrentes das promessas ainda não cumpridas da Constituição dirigente de 1988, especialmente no que se refere à transformação da sociedade e do Estado por meio da efetivação da plataforma de direitos fundamentais que ela consagra, constituem tarefa do Direito, da Justiça e, em última instância, do próprio Juiz.

É nessa perspectiva que os fenômenos político-ideológicos e institucionais da judicialização da política e do ativismo judicial se desenvolvem de forma acelerada e desenfreada, com maior amplitude de extensão e risco, especialmente em um país como o Brasil, marcado por uma institucionalização democrática insatisfatória e por traços de corporativismo, sem mecanismos efetivos de controle sobre o Poder Judiciário (Passos, 1999).

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: DUAS FACES DE UMA MESMA MOEDA E A CRÍTICA FUNDAMENTAL A SEU SERVIÇO

Com a ascensão do Poder Judiciário, consolidou-se o reconhecimento de sua supremacia em relação aos demais Poderes estatais em razão do deslocamento do polo de tensão das demandas sociais para a sua esfera de atuação. Coube-lhe, assim, assegurar a efetividade do Estado Constitucional. Nesse contexto, a expansão da judicialização da política e do ativismo judicial mostrou-se praticamente inevitável, pois a implementação e a concretização dos direitos fundamentais e sociais, no Estado Democrático de Direito, passaram a ser tarefas atribuídas à Constituição e à jurisdição constitucional, conforme o novo paradigma do Direito e do Estado (Streck, 2017b).

Desse modo, a judicialização da política representa a transferência de questões de natureza política, social ou moral para a esfera de decisão do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias tradicionais de deliberação, como o Legislativo e o Executivo (Barroso, 2013).

No Brasil, é importante destacar que, mesmo entre os defensores mais convictos da judicialização, reconhece-se que o fenômeno ocorreu em proporção significativamente maior em razão dos seguintes fatores específicos: (i) a constitucionalização ampla e analítica, que torna questões políticas passíveis de serem convertidas em questões judiciais; e (ii) o sistema de controle de constitucionalidade, caracterizado pelo amplo acesso ao STF e pela abrangência do controle difuso.

Assim, diversas questões relevantes, de natureza política, social ou moral, passaram a ser deliberadas no âmbito da judicialização da política como são exemplos a instituição da contribuição dos inativos na Reforma da Previdência; a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ na Reforma do Judiciário; as pesquisas com células-tronco embrionárias; a liberdade de expressão e o combate ao racismo; a interrupção de gestações de fetos anencefálicos; a legitimidade das ações afirmativas; e a vedação ao nepotismo (Barroso, 2013).

Enquanto a judicialização da política é compreendida como um fato inelutável, decorrente do desenho institucional vigente, e não como uma escolha política do Judiciário, o ativismo judicial refere-se a uma postura de participação mais ampla e intensa desse Poder na concretização dos valores constitucionais, implicando maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. No Brasil, diversos precedentes ilustram esse ativismo do STF, como a imposição da fidelidade partidária, a vedação ao nepotismo, a verticalização das coligações partidárias e a cláusula de barreira. Importa destacar, conforme Barroso (2013), que o ativismo judicial legitimamente exercido busca extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional, inclusive, e especialmente, construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos.

A literatura especializada defende a distinção entre os fenômenos, inclusive para reconhecer, de forma inelutável, esta fase do constitucionalismo contemporâneo, que articula Direito, Política e Judiciário, legitimando a judicialização da política como decorrência da supremacia do Poder Judiciário e da instrumentalização da jurisdição constitucional para a consecução do Estado Constitucional comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Por outro lado, propõe-se a refutação do ativismo judicial não em razão do conteúdo ou da finalidade constitucional da decisão jurisdicional, mas em função de sua fundamentação, quando esta se restringe ao campo da autonomia e da autoridade do Direito, em detrimento de razões de ordem política, moral ou econômica (Tassinari, 2018).

Nessa linha de discussão, a judicialização da política é compreendida não apenas como uma constatação, mas também como uma questão social, uma vez que o conjunto de direitos previstos na Constituição configura pretensões passíveis de judicialização. Sua redução dependeria de um conjunto de medidas adotadas pelos demais Poderes, não se limitando à atuação do Judiciário. Já o ativismo judicial representa um desvirtuamento da jurisdição na medida em que o controle constitucional é exercido com base em razões de vontade ou de consciência do intérprete, em detrimento de respostas constitucionalmente adequadas, ainda que a finalidade da atuação judicial possa, em tese, ser legítima.

A rigor, a distinção dogmaticamente proposta entre judicialização da política e ativismo judicial parece ter pouca relevância prática aos resultados políticos, institucionais e sociais de uma sociedade democrática quando o problema central reside no próprio desenho institucional e no risco de um Poder sem controle. Com efeito, ao se compreender, como imperativo do constitucionalismo contemporâneo, que a realização do Estado Constitucional, próprio de uma Constituição dirigente, deve promover a transformação do Estado e da sociedade por meio da tarefa hermenêutica da jurisdição constitucional, acaba-se legitimando uma concentração de muito poder e pouco controle na atividade estatal, ainda que exercida pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse sentido, entregar os destinos de uma nação à tarefa de juristas para que esta seja transformada pelo Direito, reconhecendo a judicialização da política como fenômeno inexorável, contingencial e decorrente de condições sociopolíticas que justificam a intervenção do Poder Judiciário diante da deficiência dos demais Poderes (Streck, 2017b), e, ao mesmo tempo, reivindicar que dessa supremacia não haja abuso por razões hermenêuticas, sem que exista qualquer mecanismo efetivo de *accountability* além do sistema recursal, implica assumir um risco considerável. Afinal, é recorrente o STF decidir com ativismo judicial, caracterizado pela ausência de limites no processo interpretativo, inclusive quanto aos próprios limites semânticos do texto constitucional, que deveriam atuar como barreiras ao protagonismo judicial (Streck, 2017b).

A atuação da literatura especializada, da hermenêutica filosófica e do constrangimento epistêmico não constituem instrumentos suficientes para conter abusos de poder em uma democracia fragilizada. É necessário reconhecer que a racionalidade jurídica atribuída ao constitucionalismo contemporâneo e à jurisdição constitucional, enquanto polos garantidores dos direitos fundamentais previstos em uma Constituição dirigente, pode implicar riscos de ampliação do poder sem a devida contrapartida de controle. Nesse sentido, cabe questionar se, ao invés de se acreditar na potencialização da democracia por meio da concretização de direitos fundamentais, não se estaria, inadvertidamente, abrindo espaço a uma racionalidade de viés autoritário¹.

¹ Cf. Maus (2000, p. 183): “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda”

Dessa forma, torna-se necessário repensar uma nova racionalidade do Estado Democrático de Direito, evitando atribuir ao que foi uma conquista civilizatória, alcançada a alto custo pela luta política, uma nova roupagem jurídico-filosófica que, sob o manto da evolução, possa representar um retrocesso. Permanece válido o princípio de que a função política se realiza, precipuamente, por meio de sua juridicização no processo legislativo, ao qual compete positivar princípios, valores, diretrizes e regras gerais, formulando planos que orientem a atuação de sujeitos privados e de agentes públicos. Nessa distinção clássica, a ordem jurídica democrática autoriza o sujeito privado a agir sempre que não lhe seja proibido ou imposto de forma cogente (princípio da liberdade), enquanto ao agente público é permitido apenas aquilo que a lei expressamente lhe confere ou atribui (Passos, 1999).

Para que se preserve o postulado básico do Estado Democrático de Direito, a politização do jurídico ou a juridicização do político somente são admissíveis se observadas duas exigências: (i) que a incidência da norma ocorra em um universo previamente determinado e claramente definido; e (ii) que haja legitimação política dos órgãos incumbidos da solução jurisdicional desses conflitos, tanto em termos de composição quanto de responsabilidade, conforme ressalta Passos (1999, p. 92):

Permitir que decisões, ditas jurisdicionais, tenha ampla incidência de caráter geral, que reclamam um processo político, sem atender a quanto fundamental para o processo legislativo num Estado de Direito Democrático será vestir-se com pele de cordeiro democrática o lobo voraz do autoritarismo e da arbitrariedade. Pouco importa, que os novos ‘cézares’ ou novos lobos tenham o nome e envergurem as roupas dos magistrados. Magistrados jamais serão, em termos de estrita legitimidade democrática.

Não há teoria avançada da Constituição, do Estado Constitucional ou da ciência política que possa descaracterizar a construção histórica, secular e institucional do Estado Democrático de Direito. Aquele que detém poder político, qualquer que seja sua natureza, somente pode exercê-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilidade social quando deixar de cumprir esse dever. Da mesma forma, somente se pode considerar democrático o Estado em que as entidades e os órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, atuando nos limites de suas atribuições, submetem-se a controles recíprocos, buscando a harmonia possível, sem prejuízo de sua autonomia. Essa autonomia, contudo, deve ser compreendida como ausência de vínculos hierárquicos, e não como independência entendida como ausência de responsabilidade, princípio que se aplica igualmente a todos os Poderes do Estado.

instituição do Estado em uma de organização política democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”.

3 À GUIA DE CATEGORIAIS CONCEITUAIS: JUDICIALIZAÇÃO DA RELAÇÕES SOCIAIS, ATIVISMO JUDICIÁRIO E DECISIONISMO: INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONCEITOS

Os termos estão imbricados em uma relação de causa-efeito, todavia não se confundem. Usando a analogia de Barroso (2012, p. 25), “são primos, pertencem à mesma família, mas não possuem a mesma origem, nem são produzidas pelas mesmas causas imediatas”. Nesta seção serão individualizados os conceitos para facilitar a compreensão da temática.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A expressão judicialização, conforme Asensi (2010), denota a ideia de interpenetração entre Política e Justiça, representando a invasão do Direito sobre as relações sociais. Em sentido estrito, refere-se ao papel assumido pelo Poder Judiciário, na contemporaneidade, como agente ativo na implementação de políticas públicas e na efetivação de direitos. Barroso (2012, p. 3, grifo do autor) define judicialização da seguinte forma:

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. Melo (2014) registra que o termo judicialização é usada para descrever dois fenômenos distintos. O primeiro diz respeito à expansão do judiciário como formulador de políticas públicas ou como obstáculo para suas implementações. O segundo fenômeno, também denominado de “tribunalização”, significando a utilização de métodos de decisões típicas do poder judiciário, por órgãos legislativos ou administrativos, tais como PROCONS e Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI).

3.1.1 Gênese do fenômeno

Alguns autores situam a origem da judicialização no ano de 1803, nos primeiros tempos da independência dos Estados Unidos, quando sua Suprema Corte, no precedente *Marbury v. Madison*, declarou pela primeira vez a inconstitucionalidade de uma lei. O resultado desse julgamento fortaleceu o Poder Judiciário dos Estados Unidos, conferindo-lhe a prerrogativa de revisão judicial da constitucionalidade das leis (Melo; Ferreira, 2014).

No entanto, Cavalcante (1966 *apud* Marques, 2010) afirma que a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis teve origem no Direito inglês, em período no qual as Cortes possuíam o poder de revisar atos que colidissem com o *Common Law* ou com o Direito Natural. Segundo o autor, apenas faltou aos Estados Unidos o desenvolvimento e a formulação, de forma definitiva, do controle de constitucionalidade a partir do estabelecimento de uma Constituição escrita.

A judicialização, teorizada e praticada nos Estados Unidos, somente se difundiu para outros países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos países do Eixo e a necessidade

de construção de um novo paradigma epistemológico que superasse o positivismo jurídico, já incapaz de responder às demandas da sociedade do pós-guerra. Atualmente, a judicialização da política é fenômeno recorrente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, sendo amplamente estudada e debatida pela literatura especializada e pela academia em diversas partes do mundo.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL

Na literatura especializada não se encontra um consenso no que tange ao conceito de “ativismo judiciário”. Vale (2009 *apud* Reis, 2016) pontua que essa dificuldade é inerente ao processo de interpretação constitucional, pois o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside na controvérsia sobre qual é a exegese correta da norma constitucional. Corrêa (2013) relembra que os autores que tratam da temática não estabelecem um sentido estanque à expressão, antes buscam delimitar o conceito a partir dos efeitos provocados pelo fenômeno.

A literatura especializada registra que a expressão “ativismo judicial” surgiu a partir de um artigo do jornalista Arthur Schlesinger Jr. publicado na revista *Fortune*, no qual o autor mencionado abordou a divisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em duas correntes: uma de perfil ativista e outra mais contida. Segundo o texto, os resultados das decisões variavam conforme as correlações de forças presentes em cada julgamento (Melo; Ferreira, 2014; Barroso, 2009; Corrêa, 2013).

No entanto, há parte da doutrina que entende que o termo ativismo foi utilizado na Bélgica, em 1916, pela imprensa belga, não obstante tenha sido consagrado nos Estados Unidos, devido à maior visibilidade, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos (Almeida, 2011 *apud* Cadotti, 2012).

Leal (2010 *apud* Corrêa, 2013) aponta que a expressão *judicial activism* surgiu como contraponto à expressão *self-restraint*, que designa uma postura judicial restrita ao direito posto, com observância rigorosa dos procedimentos e dos precedentes, no contexto do sistema jurídico dos Estados Unidos.

Barroso (2009) associa a ideia de ativismo judicial a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, implicando maior interferência na esfera de atuação dos demais Poderes:

[...] 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. (Barroso, 2009, p. 5)

Elucidativo é o conceito formulado por Vitovsky (2010 *apud* Corrêa, 2013, p. 18, grifo no original):

Trata-se de uma expansão do exercício da discricionariedade judicial, no qual um juiz ou um Tribunal cria ou estende um direito, afasta a aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching*) e intervir ou efetivar políticas públicas (*policy making*).

Corrêa (2013) ressalta que, embora não haja consenso na literatura especializada quanto ao conceito de ativismo judicial, o termo carrega a ideia de uma atuação proativa, na qual o juiz não se limita aos contornos da lei positivada. Costa Neto (2017) acrescenta que a assunção, pelo Judiciário, de funções das quais tradicionalmente esteve afastado é alvo de polêmicas e divergências, o que reflete nas definições apresentadas pela literatura especializada, frequentemente impregnada das idiossincrasias de seus autores. Nessa perspectiva, o autor cita Elival da Silva Ramos:

[...] a noção de ativismo judicial refere a ultrapassagem das linhas demarcatórias de função jurisdicional, com prejuízo às demais funções estatais típicas (legislativa e administrativa), e até mesmo malferindo a função de governo, e que causa a descaracterização da função típica do Poder Judiciário como uma "incursão insidiosa" sobre o núcleo essencial das funções atribuídas aos demais poderes de Estado. (Ramos *apud* Costa Neto, 2017, p. 97, grifo no original)

A despeito dos autores que consideram o ativismo judicial prejudicial por implicar usurpação de competências de outros Poderes, há aqueles que o compreendem como consequência natural do próprio Estado e da sociedade. Defende-se ainda a tese de que a produção legislativa marcada pelo uso de termos abertos e flexíveis e de conceitos jurídicos indeterminados configuraria, em certa medida, um convite do Legislativo para que o Judiciário exerça uma função integrativa na aplicação da lei (Costa Neto, 2017).

3.3 DECISIONISMO JUDICIÁRIO

O decisionismo consiste na utilização do Direito como instrumento para a aplicação de preferências pessoais, de caráter solipsista e arbitrário, prática sustentada por diferentes fundamentos doutrinários (Crivellari, 2020).

O termo decisionismo não se confunde com ativismo judicial, embora, na maioria das vezes, haja entre eles uma relação de causa e efeito. O decisionismo refere-se à decisão fundamentada no subjetivismo e nas idiossincrasias do julgador. Nesse diapasão, Streck (2014 *apud* Crivellari, 2020) sugere que a defesa da discricionariedade, presente nas teorias de Kelsen e Hart, constitui a justificativa teórica do positivismo contemporâneo. O autor pondera que, em ambos os juristas, há uma

indissociabilidade entre discricionariedade e arbitrariedade. Contudo, observa o autor, os positivistas brasileiros mostram-se mais radicais do que Kelsen e Hart, pois, embora defensores da discricionariedade, estes a admitiam apenas nos limites da moldura ou da textura aberta.

Para Streck (2017a), a principal característica do positivismo jurídico é a discricionariedade, que se evidencia de forma mais nítida no contexto da indeterminação do Direito. Nesse cenário, a razão é suplantada pela vontade do julgador, e a relação entre a lei e a sentença adquire um aspecto distinto. Nas palavras de Streck (2017a, p. 54),

A discricionariedade tem relação direta com a “morte do método”. Isto é: o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo- denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher, o que seria dar azo à discricionariedade/ ou o decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen, não naquilo que ele entende por Ciência do Direito, mas, sim, naquilo que ele entende como ato de vontade que o juiz pratica quando decide. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para atribuição de sentidos arbitrária, que é consequência inexorável da discricionariedade.

Conforme pontua Crivellari (2020), o termo decisionismo ganhou notoriedade a partir de Carl Schmitt. Segundo o autor, a ênfase dada por Schmitt ao problema da decisão na filosofia política contribuiu para tornar sua teoria indissociável da ideia de decisionismo. Para esse jusfilósofo, prossegue Crivellari, as normas e o ordenamento não têm sua origem apenas no comando enquanto tal, mas na autoridade ou na soberania da decisão tomada a partir desse comando.

O termo decisionismo ganhou maior relevância no Brasil com a tradução, para o campo da aplicação do Direito, da obra de Friedrich Müller (2011), o qual apresenta e delimita conceitualmente o termo. A obra do referido autor apresenta um pensamento diametralmente oposto ao de Carl Schmitt. Para o autor da Teoria Estruturante do Direito, a norma jurídica deve servir à racionalidade, distinguindo, de modo fundamentado, as reflexões que compõem a decisão, possibilitando, assim, o seu controle:

Uma constituição não vale por ser correta – o que conduzira sistematicamente ao direito natural – mas por ter sido instituída pela vontade de um poder constituinte. Mas a norma pode ser compreendida também como mandamento materialmente determinado – materialmente caracterizado justo na sua aplicação decididora – que existe como norma jurídica somente em virtude dessa aplicação; à qual, por conseguinte, o momento específico da decisão não é estranho, mas pertencente por razões fundamentais. A conclusão metodológica não consiste então em absolutizar a decisão na direção da Dezision, mas, muito pelo contrário, em fazer com que o resultado da concretização do direito seja, no que diz respeito à sua estrutura material, verificável e controlável com a maior racionalidade possível. (Müller, 2011, p. 31, grifo no original)

Uma das principais críticas realizadas ao decisionismo é a falta de racionalidade das decisões, fato que conduz à insegurança jurídica, crítica que se funda na decisão tomada em casos semelhantes,

ora invocando determinadas razões de decidir, ora não as invocando, a depender do pragmatismo momentâneo (Soares, 2013).

4 ATIVISMO JUDICIÁRIO: UM BALANÇO DA CORRELAÇÃO

A discussão do novo papel do Judiciário na contemporaneidade tem suscitado intensos embates teóricos e revelado a ausência de consenso. Alguns autores defendem uma atuação mais ativa do Judiciário, enquanto outros sustentam a necessidade de sua contenção. Essa polêmica não é exclusiva da literatura especializada brasileira: nos Estados Unidos, o debate dividiu a Suprema Corte em duas correntes claramente opostas. No Brasil, embora a tendência majoritária seja favorável a uma postura mais proativa do Judiciário, sempre houve vozes dissonantes, inclusive no próprio STF, as quais defendem uma participação mais contida desse Poder.

Para ilustrar esse raciocínio, apresenta-se o excerto do voto proferido por ex-Ministro na ADPF nº 54/DF, defensor de uma atuação mais comedida do Judiciário:

Cabe apenas ao legislador, nos limites constitucionais de sua competência, descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade. Ora, ninguém disputa, como já afirmei, que *“o legislador se eximiu de incluir o caso no rol das hipóteses autorizativas do art. 124 [do Código Penal]”*⁶⁷. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política. Daí, ter concluído, no voto sobre a questão de ordem, que *“essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas*. (Brasil, 2012, p. 36, grifo no original)

Na literatura especializada, encontram-se autores que defendem uma participação mais proativa do Judiciário, como forma de atender a demandas sociais não efetivadas pelo Executivo e pelo Legislativo.

Barroso (2012) relaciona o ativismo judicial ao fenômeno da judicialização, que implica a transferência de poder para juízes e tribunais. Segundo o autor, a judicialização decorre de múltiplas causas, algumas de alcance mundial e outras relacionadas ao modelo institucional brasileiro. Ele destaca que a principal causa foi a redemocratização do País, marcada pela promulgação da Constituição de 1988, a qual ampliou as condições de acesso à Justiça. Outra causa apontada é o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Para Barroso (2012), o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha, um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Geralmente, ocorre em razão da retração do Poder Legislativo ou de uma ruptura entre a classe política e a sociedade, que impede o atendimento das demandas sociais. Nesse sentido, a posição aqui adotada é de concordância com o referido autor, pois, no cenário atual, vivencia-se uma crise de representatividade política: os agentes eleitos pelo

povo, em grande parte, não atuam como seus verdadeiros representantes, mas em prol de seus próprios interesses e dos de seus aliados.

Barroso (2012) apresenta três objeções à crescente intervenção judicial no Brasil: o risco à legitimidade democrática, considerando que juízes, desembargadores e ministros são agentes públicos não eleitos; o risco de politização da Justiça, na medida em que o Direito poderia se transformar em uma instância de poder e dominação; e a limitação da capacidade institucional do Judiciário, que não seria o Poder mais apto para tratar de temas de elevada complexidade técnico-científica.

Um aspecto positivo do ativismo judicial é o estímulo a uma postura proativa do Judiciário, que possibilita a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal por meio de uma atuação contramajoritária que não seria viável em outras instâncias de poder. Nesse sentido, Freitas (2014, p. 383) sustenta que o protagonismo judicial representa uma reação positiva à efetivação de direitos fundamentais historicamente negados aos brasileiros:

Refletir sobre a atuação dos juízes e tribunais na atualidade implica em repensar o papel do Estado, suas funções e disfunções, que afirma e nega direitos, avança e retrocede. As expectativas são muitas e muito ainda há por se edificado, a solicitar a democracia no país. Acredita-se que o protagonismo judicial, em duas décadas de vida da Carta de 1988, representa uma reação positiva a tanto que ainda se espera do Estado, que desde a colonização violou direitos humanos e apropriou-se da diversidade ambiental, racial e cultura, para, autoritariamente, calar as diferenças, transformando-as em padrões, a usurpar a dignidade humana das gerações.

Dois princípios são comumente utilizados como justificativa ao ativismo judicial. O primeiro é o da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (Brasil, 1988), segundo o qual o juiz está obrigado a decidir toda demanda que lhe seja apresentada (proibição de juízos de *non liquet*), o que serviria de fundamento à prática do ativismo judicial. O segundo é o princípio da persuasão racional, pelo qual, embora vinculado à prova e aos elementos constantes nos autos, o julgador não estaria limitado a critérios legais previamente determinados (Corrêa, 2013).

Em sentido contrário, a principal crítica ao ativismo judicial é a de que ele viola o princípio da separação de Poderes. No “sistema de pesos e contrapesos”, a repartição de competências entre diferentes órgãos é concebida de modo que nenhum deles possa ultrapassar os limites estabelecidos sem ser contido pelos demais. A Constituição de 1988 (Brasil, 1988), nesse sentido, consagra expressamente o princípio da separação de Poderes em seu art. 2º, o qual, como cláusula pétrea (art. 60), institui toda uma estrutura institucional destinada a assegurar a independência entre eles, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos para prevenir o arbítrio e o abuso por parte de qualquer um dos Poderes (Novelino, 2020). Sob esse viés, Corrêa (2013, p. 88) diz o seguinte:

Par muitos, a partir do momento em que o poder judiciário passa a decidir sem embasamento legal específico, ou seja, sem posituação do direito perseguido, estaria ele exorbitando de sua função, e com isso adentrando a esfera de atuação do Poder Legislativo, o que feriria o princípio da divisão de poderes.

A violação do princípio em questão pode ser apontada com base em três argumentos principais: a usurpação das funções legislativas, a ausência de representatividade e a formação de uma aristocracia de toga (Corrêa, 2013).

O argumento favorável ao ativismo judicial, segundo o qual o Poder Judiciário estaria suprindo lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, pode revelar-se prejudicial ao futuro da democracia. Garapon (1999, p. 53) já manifestava preocupação na transformação do Poder Judiciário em uma tirania:

A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para a espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.

Streck (2011) observa que, em outros países, têm sido desenvolvidas soluções alternativas para evitar que a jurisdição ocupe o centro da tomada de decisões políticas, citando os modelos adotados em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul. As experiências desses países, afirma Streck (2011), criaram mecanismos inovadores capazes de compensar o papel contramajoritário assumido pelas Cortes diante da constitucionalização surgida no pós-guerra.

Outrossim, uma questão relevante levantada pela literatura especializada como consequência do ativismo judicial é a insegurança jurídica, decorrente de decisões que não apresentam regularidade e coerência. Sodré (2017) analisa a insegurança jurídica decorrente da irregularidade das decisões judiciais, exemplificando com os HCs 405.691 e 406.217 do Superior Tribunal de Justiça – STJ (Brasil, 2017a), ambos relatados pela Ministra Laurita Vaz. No primeiro, impetrado contra decisão do tribunal *a quo* que concedera progressão ao regime semiaberto, o *writ* foi negado com fundamento na Súmula 439, que exigia exame criminológico não mais previsto pela legislação desde 2003. Já no segundo, ajuizado em face de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP que negara pedido de indulto pelo mesmo motivo, a Corte conheceu do *habeas corpus* e determinou ao juízo da Vara de Execuções Criminais que reanalisasse o pedido, restringindo as exigências do Decreto Presidencial, sem exigir o exame criminológico, evidenciando a tensão entre normas infralegais e súmulas vinculantes e seus efeitos sobre a segurança jurídica na execução penal.

Nesses dois julgados, publicados no mesmo dia, a mesma magistrada proferiu decisões antípodas, utilizando os mesmos argumentos para fundamentá-las, uma *contra legem* e outra *in favorem legis*, em clara violação ao princípio da segurança jurídica.

Quanto ao tema, é relevante consignar o seguinte excerto de Mallet (2006 *apud* Corrêa 2013, p. 97):

Tenha-se em conta, a propósito, que constitui a segurança jurídica uma das finalidades mais relevantes de qualquer sistema jurídico, em todos os tempos e nos mais diferentes povos. Nada importa propicie equilibradas relações entre as pessoas à regulamentação em dado momento posta, se não puder oferecer também alguma segurança.

Nesta quadra, é importante ressaltar que, embora seja necessária a atuação do Judiciário com decisões que se ajustem às novas condições sociais, econômicas e políticas, é fundamental zelar pela regularidade dos julgados, de modo a garantir estabilidade e previsibilidade aos jurisdicionados.

Outro ponto relevante levantado pela literatura especializada é a ausência de limites claramente estabelecidos ao ativismo judicial, apontada como um dos principais óbices a essa prática. Não se conseguiu, até o momento, formular um mecanismo de contenção que não implicasse a objetivação do ato de julgar, dada sua natureza cognitiva e autônoma. Torna-se, portanto, necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre esses dois extremos.

4.1 ATIVISMO E DEFESA DAS MINORIAS

As minorias, compreendidas como grupos sem representatividade política capaz de defender seus interesses, frequentemente ficam alijadas de seus direitos fundamentais, afastadas tanto da produção legislativa quanto da formulação de políticas públicas. Nesse contexto, o ativismo judicial encontra razão de ser ao atuar na defesa e na garantia de direitos constitucionalmente protegidos, revelando a importância de uma Justiça simbólica e integradora em uma sociedade excludente (Garapon, 1999).

4.2 ATIVISMO COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais tem suscitado intensos debates na academia e na jurisprudência, muitas vezes marcados por polêmicas e concepções ideológicas e sectárias, mas de inegável relevância.

O Estado instituído pela Constituição de 1988 passou a intervir no espaço econômico e social, assumindo o papel de agente ativo do desenvolvimento e da promoção da justiça social, com o dever de atender a todas as necessidades humanas. Contudo, persiste um amplo aparato simbólico de direitos sociais que não se concretizam em razão da ineficácia estatal na implementação das políticas públicas necessárias à efetivação desses direitos (Daou; Brito Filho, 2017).

Se, de um lado, os Poderes Executivos e Legislativos possuem suas funções típicas estatuídas na Constituição Federal, não deve o Judiciário arvorar-se nas funções desses dois Poderes; por outro

lado, quando chamado a intervir e diante de lesão a direitos fundamentais, causada pela omissão e pela inércia dos demais Poderes, não pode se esquivar, mesmo que, para tanto, atue na esfera política.

Nesta seção foi apresentado um contraponto entre as vantagens e as desvantagens do ativismo judicial, buscando analisar o fenômeno de forma dialética, isenta de sectarismos e convicções ideológicas. Na seção seguinte serão examinados os determinantes do fenômeno e os possíveis mecanismos de controle do subjetivismo e do decisionismo na decisão judicial.

5 JURISDIÇÃO DIALÓGICA E MITIGAÇÃO

Na segunda metade do século XX, surgiram, em alguns países, modelos de jurisdição constitucional dialógica concebidos como tentativa de superar a dicotomia entre a prevalência contramajoritária e a tese do legislador negativo de Kelsen (2013), as quais não ofereciam respostas adequadas à insuficiência na deliberação política e à desconsideração dos interesses plurais da sociedade. Esses modelos buscam preservar a atualidade do sentido constitucional, promovendo equilíbrio e estabilidade. As teorias dialógicas partem de uma concepção de reequilíbrio na relação entre os Poderes, por meio de um sistema brando de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), cujo pressuposto central é a ideia de que a força deve residir nos direitos, e não na jurisdição constitucional (Silva *et al.*, 2010).

Esses modelos, segundo Streck (2011), apresentam soluções alternativas, criando mecanismos que, com a intenção de preservar a soberania parlamentar e a representação democrática, não colocam a jurisdição no centro da tomada de decisões políticas.

Busca-se promover o diálogo entre os Poderes, reconhecendo a conformidade dos atos políticos com a Constituição e, ao mesmo tempo, garantindo a possibilidade de contestação da decisão judicial em favor dos Poderes políticos em razão de sua legitimidade democrática (Silva, *et al.*, 2010).

A literatura especializada registra iniciativas, em diversos países, voltadas à mitigação do protagonismo da jurisdição constitucional (Streck, 2011; Silva *et al.*, 2010). Sem aprofundar na temática, por escapar ao escopo deste trabalho, apontam-se as iniciativas voltadas ao direcionamento para uma jurisdição dialógica no Canadá, na Nova Zelândia, no Reino Unido e na Austrália.

5.1 CONSTITUIÇÃO DO CANADÁ

A Constituição canadense estabelece a limitação de direitos e liberdades por meio de dois mecanismos. O primeiro, previsto na Seção 1, denominada “cláusula de limitação”, dispõe que os direitos protegidos pela Carta estão sujeitos a limites prescritos por lei, desde que demonstravelmente justificáveis em uma sociedade livre e democrática, de forma que, caso estabelecido algum limite, o governo deve comprovar que ser compatível com os valores de uma sociedade livre e democrática. O

segundo mecanismo, que impõe uma limitação significativa aos direitos e liberdades, está previsto na Seção 33, “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), a qual permite que parlamentares eleitos no Parlamento federal ou nas legislaturas provinciais restrinjam legalmente direitos e liberdades previstos na Seção 2 (liberdades fundamentais) e nas Seções 7 a 15 da Carta, prevalecendo sobre a legislação vigente por um período de até cinco anos. Assim, a invocação da Seção 33 concede, essencialmente, um poder parlamentar sobre esses direitos e liberdades, o que significa que o Parlamento mantém, em última instância, soberania sobre eles (Hirschl, 2004).

5.2 REINO UNIDO – UNITED KINGDOM HUMAN RIGHTS ACT

No Reino Unido, com a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos – ECHR ao ordenamento jurídico nacional por meio do *Human Rights Act* – HRA, instituiu-se mecanismos centrais para assegurar a efetividade dos direitos previstos na Convenção. Entre eles, destacam-se a obrigação interpretativa e a declaração de incompatibilidade, instrumentos que estruturam o controle judicial sobre a legislação (Silva *et al.*, 2010).

A obrigação interpretativa (Seção 3 do HRA) impõe aos tribunais a responsabilidade de interpretar a legislação de forma compatível com os direitos da Convenção, utilizando métodos como interpretação restritiva, inclusão ou exclusão de termos. Já a declaração de incompatibilidade (Seção 4) permite que tribunais superiores sinalizem ao Parlamento que determinada norma legislativa não atende aos padrões da ECHR, sem invalidá-la, preservando a soberania legislativa e fomentando o diálogo entre Judiciário e Legislativo (Silva *et al.*, 2010).

5.3 NOVA ZELÂNDIA – NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT – NZBORA

A Nova Zelândia também adotou uma forma mais branda de controle de constitucionalidade, estruturada a partir de uma declaração de direitos. Essa declaração não possui supremacia em relação às demais normas do ordenamento jurídico, o que impede a invalidação de leis que contrariem algum dos direitos fundamentais nela previstos (Silva *et al.*, 2010). Nessa linha, Hirschl (2004, p. 25) afirma:

Ao contrário da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, a nova Carta Básica Israelense de leis e a Carta de Direitos da África do Sul, a NZBORA é uma lei comum estatuto que não confere poderes formais aos tribunais para anular legislação inconsistente. com suas disposições (seção 4 do projeto de lei). No entanto, o projeto de lei operacional as disposições do projeto de lei foram concebidas para reduzir a probabilidade de legislação violar de forma irrazoável os direitos protegidos pela NZBORA.

A New Zealand Bill of Rights Act (NZBORA) estabeleceu, em sua Seção 5, um mecanismo de controle do Legislativo sobre o Judiciário ao dispor que os direitos e as liberdades previstos no texto

estão sujeitos a limites razoáveis, prescritos em lei, e que possam ser justificadamente defendidos em uma sociedade livre e democrática.

5.4 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA ISRAELENSE

O Estado de Israel adota o sistema parlamentarista. O Parlamento, denominado *Knesset*, é composto por 120 membros eleitos por sufrágio direto. O país não possui uma constituição escrita. O *Knesset* estabeleceu normas de organização do poder por meio de diversas leis, divididas por matérias, que possuem status de normas constitucionais e são denominadas *Basic Laws*. Não há supremacia formal dessas leis em relação às demais, embora tal superioridade tenha sido afirmada pela Suprema Corte. Com a aprovação da *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e da *Basic Law: Freedom of Occupation*, a Corte passou a adotar uma postura mais ativista, o que gerou intensas críticas (Silva *et al.*, 2010).

O controle do ativismo judicial em Israel ganhou destaque quando a Suprema Corte invalidou um ato do governo que proibia a importação de carne congelada não Kosher (certificada em conformidade com as especificações da Torá). Em reação a essa decisão, os partidos conservadores aprovaram uma modificação legislativa que conferiu ao Parlamento o poder de aprovar, por maioria absoluta de seus membros, normas contrárias à declaração de direitos (Silva *et al.*, 2010; Hirschl, 2004).

Embora apresentem variações nos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, todas as constituições analisadas possuem um ponto em comum: a última palavra em matéria de interpretação não cabe ao Poder Judiciário, mas sim ao Poder Legislativo, evitando, assim, a supremacia judicial.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 consagrou a separação de Poderes como princípio fundamental do Estado brasileiro, reconhecendo sua importância à democracia constitucional e ao regime de liberdades públicas. No entanto, esse princípio vem sendo gradualmente mitigado pelo crescimento do protagonismo do Poder Judiciário, impulsionado pela excessiva judicialização. Tal fenômeno, embora evidente no Brasil, não é isolado, constituindo reflexo tardio da difusão de teorias que justificam a supremacia do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes, movimento que surgiu no pós-guerra, com o pós-positivismo jurídico.

Diversos trabalhos relevantes, no Brasil e no exterior, têm abordado a temática, reunindo, de um lado, autores críticos à intromissão do Poder Judiciário nas funções políticas dos demais Poderes, posicionando-se de forma combativa e firme contra tal prática, e, de outro, defensores de uma maior

participação judicial, com o objetivo de transformar direitos constitucionais em realidade concreta, alinhados ao princípio contramajoritário assumido pelos juízes.

A temática envolve diversos conceitos que, muitas vezes, são utilizados de forma imprecisa, gerando confusão e distorção do problema. Por essa razão, procedeu-se à distinção entre judicialização, ativismo judicial e decisionismo. Embora apresentem pontos de contato e, em muitos casos, relação de causa e efeito, tais conceitos não se confundem.

A judicialização resulta da busca de proteção junto ao Judiciário para a concretização de direitos garantidos constitucionalmente, mas não efetivados em razão da inércia ou da falta de vontade política do Executivo ou do Legislativo. O ativismo judicial, por sua vez, configura-se como consequência da judicialização, ocorrendo quando o Judiciário assume a postura de legislador (negativo ou positivo) ou atua como executor ou inibidor de políticas públicas. Já o decisionismo ocorre quando o juiz, ao julgar, fundamenta-se em convicções pessoais ou idiossincrasias, prática considerada deletéria por favorecer a criação de uma “juristocracia”.

O decisionismo decorre do ativismo judicial, em uma relação em cadeia que tem a judicialização como catalisadora. Soma-se a isso a elevada carga de processos represados no Judiciário, fator que reforça sua supremacia e produz efeitos deletérios à democracia representativa e ao princípio da separação de Poderes, este último essencial à preservação do Estado Democrático de Direito.

No sistema de *judicial review*, a supremacia do Judiciário é inexorável. Novas experiências constitucionais, estruturadas a partir de arranjos alternativos, têm promovido maior harmonia entre os Poderes e entre o constitucionalismo e a democracia, uma vez que o sistema contramajoritário adotado pelo Judiciário, ou o discurso do legislador negativo, não se compatibiliza com a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais frequentemente desconsideram os interesses de uma sociedade plural e dinâmica.

O estudo bibliográfico indica que a forma mais eficiente de mitigar a crescente preponderância do Poder Judiciário sobre os demais Poderes republicanos é a adoção de um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade brando, no qual a última palavra em matéria de interpretação não caiba aos juízes. Tal modelo evitaria a supremacia do Judiciário na formulação e na implementação de políticas públicas, bem como na institucionalização de normas.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2010.v20n1/33-55/pt>. Acesso em: 20 ago. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 12 ago. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/download/44428/26015/134354>. Acesso em: 19 ago. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção tórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ . Habeas Corpus nº 405.691/ES. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 3 de julho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 ago. 2017a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74371335&num_registro=201701552327&data=20170801. Acesso em: 12 ago. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal: Brasília, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Habeas Corpus nº 406.217/SP. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 5 de julho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônica**, Brasília, 2 out. 2017b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74422970&num_registro=201701578105&data=20170801. Acesso em: 23 novembro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 abr. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 15 ago. 2025.

CADOTTI, Bruno Henrique. **Estado Democrático de Direitos e a judicialização da política no cenário brasileiro**. 2012. 43 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1144/Bruno%20Cadotti%20P%3%93S-BANCA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2025.

CORRÊA, Joel Rodrigues. **Ativismo Judicial, justiça do trabalho e o contexto da sociedade da informação**. São Paulo: NELPA, 2013.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judiciário**. São Paulo: Leud, 2017.

CRIVELLARI, Thiago Fernando Miranda. **Decisionismo judicial brasileiro**: da teoria ao caso lula-triplex. 2020. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2020. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/13207/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_DecisionismoJudicialBrasileiro.pdf. Acesso em: 12 ago. 2025.

DAOU, Heloisa Sami; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. A atuação do poder judiciário na Concretização de direitos sociais. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, São Luís, v. 3, n. 2, p. 44-65, jun./dez. 2017. Disponível em: <https://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=65a8d461-3d2d-4bf8-86da-62fae12a1fea%40sessionmgr4007>. Acesso em: 12 ago. 2025.

FREITAS, Ana Teresa Silva de. Protagonismo Judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, p. 379-384, jul. 2014. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/2729/3928>. Acesso em: 12 ago. 2025.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. O nascimento do Controle de Constitucionalidade judicial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 185, p. 91-113, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198660/000881206.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Aponta%2Dse%20a%20origem%20do,no%20caso%20William%20Marbury%20v.&text=Desde%201782%2C%20os%20ju%C3%ADzes%20da,dizer%20da%20constitucionalidade%20das%20>. Acesso em: 12 ago. 2025.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MELO, Sergio Santos; FERREIRA, Maria Gorete. Judicialização, ativismo e decisionismo judicial: a possível contribuição da adoção de um procedimento administrativo verdadeiramente dialógico nas demandas por direitos sociais. **Revista Jurídica -CCJ**, v. 18, n. 36, p. 53-80, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://ojsrevista.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3999/2834>. Acesso em: 12 ago. 2025.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Poder Justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Barbara Emile Alves dos. Ativismo Judicial: conceito e diferenciações. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 22 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47367/ativismo-judicial-conceito-e-diferenciaco.es>. Acesso em: 12 ago. 2025.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Jururá, 2010. SOARES, Paulo Firmeza. Uma crítica ao decisionismo na aplicação do direito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 14 nov. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37248/uma-critica-ao-decisionismo-na-aplicacao-do-direito>. Acesso em: 12 ago. 2025.

SODRÉ, Filipe Knaak. Para entender o que é decisionismo. **Justificando**, 4 ago. 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/08/04/para-entender-o-que-e-decisionismo/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 83-202, dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 10, n. 10, p. 2-37, 1 jul. 2011. Disponível em: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/as+recep%C3%A7%C3%B5es+teoricas/WW/vid/417964902>. Acesso em: 12 ago. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio. **Verdades e consensos**. São Paulo: Saraiva, 2017b.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.