

## JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: OS IMPACTOS NO SISTEMA DE REPRESENTATIVIDADE

### JUDICIALIZATION AND JUDICIAL ACTIVISM: THE IMPACTS ON THE REPRESENTATIVE SYSTEM

**Vanessa Manganaro de Araujo Almeron\***  
**Luiz Fernando Bellinetti\*\***

\* Mestranda em Direito Negocial  
(Universidade Estadual de  
Londrina – UEL/PR)  
Especialista em Direito Civil e  
Processual Civil (Universidade  
Estadual de Londrina – UEL/PR)  
E-mail: vmalmeron@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8393-9635>

\*\*Doutor em Direito (Pontifícia  
Universidade Católica – PUC/SP)  
Mestre em Direito (Universidade  
Estadual de Londrina – UEL/PR)  
E-mail: luizbel@uol.com.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2132-144X>

**Como citar:** ALMERON, Vanessa Manganaro de Araujo; BELLINETTI, Luiz Fernando. Judicialização e ativismo judicial: os impactos no sistema de representatividade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 1, p. 25-40, mar. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n1p25-40. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O trabalho pretende analisar o fenômeno da judicialização e ativismo judicial e o impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal no cenário brasileiro. Utilizou-se o método dedutivo, com análise doutrinária nacional e estrangeira, constatando-se que, em que pese a existência de argumentos contrários a assunção de uma postura ativista do tribunal maior, as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade adotaram um comportamento responsivo, respeitando a função constitucional que lhe foi outorgada, sem invadir necessariamente a esfera do Poder Legislativo, respeitando em sua maioria o sistema de representatividade.

**Palavras-chave:** judicialização; ativismo judicial; poder judiciário; sistema de representatividade.

**Abstract:** The work intends to analyze the phenomenon of judicialization and judicial activism and the impact of the decisions of the Federal Supreme Court in the Brazilian scenario. The deductive method was used, with national and foreign doctrinal analysis, noting that, despite the existence of arguments against the assumption of an activist stance by the higher court, the decisions handed down in concentrated control of constitutionality adopted a responsive behavior, respecting the constitutional function that was granted to it, without necessarily invading the sphere of the Legislative Power, respecting for the most part the representative system.

**Keywords:** judicialization; judicial activism; judicial power; representative system.

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito é constituído pela separação dos poderes, cumprindo a cada um exercer suas funções típicas onde compete ao Judiciário a função de julgar, ao Legislativo a função de produzir leis e ao Executivo a função de administração e chefia dos atos de governo.

Todavia, em que pese o desenho do pacto federativo atribua a cada poder uma função típica, percebe-se na atual conjuntura social e política um deslocamento das decisões políticas ao Poder Judiciário, atribuídos a fatores institucionais e sociais.

Nesse sentido, vem crescendo os debates sobre o tema do ativismo judicial, apontando as pesquisas para uma atuação ativista da Suprema Corte quando do controle concentrado de constitucionalidade.

Ocorre que a própria legislação brasileira acaba conferindo legitimidade e mecanismos ao Judiciário para direcionar questões que porventura ficaram omissas ou dúbias no processo adequado de representatividade, dando interpretação conforme à Constituição em demandas de cunho social no anseio de promover o efetivo acesso à justiça.

Fala-se então, na ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição, que tem levado o Supremo Tribunal Federal não apenas a exercer sua função típica mas, ainda, traduzir a vontade do cidadão em questões por vezes relegadas, ora validando e legitimando as decisões dos órgãos representativos, ora declarando a invalidade das normas jurídicas em função do bem estar social.

A partir dessa contextualização, o presente trabalho tem por objetivo trazer alguns pontos controvertidos sobre o tema sem, é claro, a pretensão de esgotá-lo, passando por uma análise inicial dos termos judicialização e ativismo para, em seguida, tratar da jurisdição constitucional e o sistema de representatividade.

Ao final, busca-se contextualizar o fenômeno do ativismo social trazendo reflexões positivas a seu respeito sem, contudo, deixar de advertir sobre a necessidade dos magistrados atuar com equilíbrio e ponderação em suas decisões, sob pena de ferir o sistema de representatividade ao invadir de forma indiscriminada esfera que não é de sua atribuição.

Para isso, utilizou-se o método dedutivo com amparo em doutrina nacional e estrangeira, como suporte a este estudo.

## 1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

Muito se discute atualmente sobre o papel do Supremo Tribunal Federal ao julgar determinadas questões com cunho altamente político e governista, sendo necessário questionar até onde vão os limites da Suprema Corte, especialmente no que toca a deliberar sobre temas de atribuição dos outros Poderes. Diz-se, então, que o Judiciário no Brasil tem exercido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista.

De acordo com Barroso (2012) o ativismo judicial é 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.

Diferentemente do fenômeno da judicialização, conhecido por ser um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional<sup>1</sup> que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política (BARROSO, 2012), o ativismo está atrelado a uma ideia de participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, onde terá maior interferência no espaço destinado a atuação dos demais Poderes.

Tamy Pogrebinschi (2011, p. 10) destaca a controvérsia do tema, lembrando que suas origens remontam a Hamilton, que nos *Artigos Federalistas* 78 a 83 pôs-se a defender a condição privilegiada dos juízes e o papel político do Judiciário na ousada engenharia institucional da Constituição elaborada na Filadélfia.

De acordo com Pogrebinschi (2011), a dificuldade central era constituída por um movimento que, ao mesmo tempo, pretendia construir a primeira nação democrática moderna, assentada no governo do povo, e parecia elevar a magistratura à condição de corpo independente, reservando ao Judiciário a função contramajoritária de preservar a constituição frente aos atos dos poderes políticos representativos da soberania popular (POGREBINSCHI, 2011, p. 11).

Argumenta-se que a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo falharam ou mostraram-se insuficientes para cumprir o comando constitucional que lhes foi outorgado inflando, dessa forma, o Poder Judiciário e demonstrando a falibilidade de nosso sistema representativo.

Nesse sentido, Alexandre Sturion de Paula (2017, p. 90) sustenta que o Poder Judiciário convalida a omissão e a incompetência política dos demais Poderes, considerando que o Executivo e Legislativo falharam em sua missão constitucional em atender as demandas sociais. Destaca o autor, que os Poderes Executivo e Legislativo gozam de grande desprestígio popular, notadamente no que diz respeito ao descomprometimento dos planos e promessas aduzidos nas campanhas eleitorais.

Diante desse cenário, é forçoso concluir que o cidadão padece com a ineficácia da implementação dos direitos e garantias fundamentais frente a negligência estatal.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 246), à luz do significado outorgado ao artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, as normas definidoras desses direitos são dotadas de um mínimo de eficácia, incumbindo aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível.

O Estado Democrático de Direito<sup>2</sup> está alicerçado na declaração de direitos fundamentais, na existência de separação dos poderes e no federalismo e suas regras de distribuição de poderes e

1 Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2012).

2 O Estado Democrático de Direito conduz à ideia de um Estado de Direito e de Justiça Social, pois segundo Luís Fernando Barzotto, ele “expressa a estrutura jurídico-política de uma comunidade que, sob um Estado de Justiça, delibera sobre o conteúdo da vida boa e do bem comum.” (FACHIN, 2008, p. 179-180)

competências. Todos estes pilares estão previstos na Constituição e têm por função limitar o poder e, conseqüentemente, evitar a tirania e a arbitrariedade.

Deste modo, a inércia do Estado e dos poderes públicos em conceber que os direitos fundamentais, especialmente os sociais, representam a própria razão de ser do Estado, fomentam uma ruptura radical entre o preconizado pela Carta magna e o que a sociedade anseia (PAULA, 2017, p. 92).

Além dessa função sobre o controle do poder político, a distribuição de competências constitucionais exerce papel fundamental em um sistema jurídico complexo, pois soluciona o problema da inércia no disciplinamento de condutas, outorgando poderes a determinadas autoridades com o objetivo de definir como alterar, criar e revogar normas de condutas (OLIVEIRA; LOPES FILHO, 2020, p. 26).

Ao definir o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 buscou evidenciar que a democracia não apenas constituiria um valor fundamental, mas a marca constitutiva da identidade constitucional do país (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Trata-se, em verdade, de um Estado de Justiça compreendido dentro do espectro que lhe foi constitucionalmente outorgado. Há um esforço em prol da construção de um paradigma capaz de superar outros que o antecederam como foram o Estado absolutista, o Estado liberal e o Estado social (ou Estado socialista), dando azo ao Estado Democrático de Direito, fruto de uma longa história de lutas e transformações da sociedade, onde os principais elementos diferenciadores dos vários tipos de Estado que a modernidade apresentou podem ser identificados pelo modo como o governante lida com o poder (GOMES, 2021, p. 227-256).

Nas lições de Luiz Fernando Bellinetti (2006) em nosso tempo, sempre que se constitui um regime democrático, há um momento em que os ideais mais vivos de democracia são registrados para indicarem os rumos da sociedade, traduzindo os ideais de um povo (BELLINETTI, 2006, p. 823)

O Estado de Direito, portanto, deve assegurar, em todas as suas funções, isonomia substancial aos cidadãos (PINHO; STACANTI, 2016, p. 18). Essa garantia pode se dar sob três aspectos: 1) social<sup>3</sup>, onde os cidadãos são informados sobre seus direitos, bem como têm à disposição a tutela jurisdicional para resolução dos conflitos e, então, promover a pacificação social; 2) política, onde há uma limitação do poder estatal e conformidade do seu exercício, assegurados pela liberdade; e 3) jurídica, onde por meio de um ambiente processual adequado o debate e a participação dos interessados são plenamente assegurados. Neste último, o cidadão deve ser visto como participante e não mero expectador/recebedor da atividade estatal (PINHO; STACANTI, 2016, p. 18).

---

3 Quanto ao interesse social Mauro Cappeletti e Garth (1988, p. 11) ensina que o efetivo acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O nominado autor ensina: “A defesa em juízo destes “super direitos” por meio de uma ação individual não se mostrou eficiente, e tampouco razoável, pois, de um lado, figurava um indivíduo, e do outro, na maioria das vezes, uma grande empresa. Assim, o abismo de capacidade técnica e econômica do indivíduo em comparação com a parte integrante do pólo passivo da ação fez com que fosse necessária a adoção legal pelo regime da legitimação extraordinária” (CAPPELETTI; GARTH, 1977, p. 128-159).

Da atenta leitura da Constituição é possível extrair, portanto, uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa, cujo conteúdo se expressa mediante regras ou princípios plasmados na Constituição (democracia, república, legalidade, segurança, justiça social e igualdade, entre outros) que, agrupados em torno dos direitos fundamentais, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Nesse sentido, destacam-se as lições de Paulo de Barros Carvalho (1998) ao elucidar que os princípios aparecem como linha diretiva que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas (CARVALHO, 1998, p. 106).

Desta feita, compreender de modo mais realista as instituições democráticas mostra-se necessário tanto para que possamos não apenas evitar demandas que eventualmente não podem ser satisfeitas por nenhum conjunto de instituições, inclusive as instituições democráticas, como também para não permanecermos indiferentes em relação a mudanças mais modestas, porém reais e eficazes (PRZEWORSKI, 2010 apud OLIVEIRA, 2015).

O paradigma atual, portanto, consiste em analisar a legitimidade e o alcance dos atos e decisões do Judiciário em casos que extrapolam suas funções típicas.

## 2 O ALCANCE DO PODER DECISÓRIO

A concepção de Estado Democrático de Direito deve ser compreendida como um Estado de Justiça, mas não qualquer justiça, diga-se: subjetiva e arbitrariamente orientada, ou ainda idealisticamente deduzida a parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição. Trata-se, em verdade, em compreendê-lo como como um bloco de ordenação normativa dotado de sentido determinado, donde se extraem uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa.

Nesse passo, observa-se que o legislativo ao mesmo tempo em que viu diminuída sua capacidade de produzir consensos (ainda que contingentes) passou a promover uma substituição na sua atuação por um agir estratégico ou “estatístico”. O ideal de democracia<sup>4</sup> representativa continua a ser um pilar fundamental do Estado democrático de Direito, mas se torna insuficiente para lidar com a pluralidade e a complexidade advindas das diferentes identidades sociais dos grupos que compõem o país.

A responsabilidade pela produção de tais consensos passou a ser exercida também, em

---

4 Para Przeworski, nas democracias os interesses e valores são conflitantes: o fato elementar que caracteriza todas as democracias “realmente existentes” não é o consenso sobre valores e interesses, mas sim a divergência e o conflito mais ou menos aberto e constante. Se não fosse assim, “se os interesses fossem harmoniosos ou os valores fossem compartilhados unanimemente, as decisões de qualquer pessoa seriam aceitáveis por todas as demais, e qualquer um poderia ser um ditador benevolente” (PRZEWORSKI, 2006, p. 312). Enfim, as instituições democráticas não geram consenso, elas processam conflitos: seus procedimentos fornecem uma decisão coletiva que não supera as divergências políticas existentes (OLIVEIRA, 2015).

casos especiais, pelo Judiciário. Neste Poder, os interesses, em sua linguagem ordinária, são recepcionados e transformados em “razões”, encontrando uma linguagem técnica que pode acolhê-los, a qual se mantém aberta para recepcionar tais dados do “mundo da vida”. Além disso, têm-se a garantia processual do contraditório e de uma resposta institucional, formulada, *a priori*, de acordo com o conjunto normativo que regula a vida social (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Refletir sobre a jurisdição constitucional e as relações de poder nela imbricadas, portanto, é medida que se impõe, reclamando uma análise cautelosa sobre sua atuação na sociedade contemporânea.

O papel que o Judiciário assume em relação ao Legislativo deve ser visto como uma reconfiguração do sistema, sob o enfoque da complementariedade, aprimoramento e correção de posturas que contrariem o interesse social.

Destaca-se que a lei, em diversas oportunidades, não garante automaticamente um tratamento isonômico aos jurisdicionados, sendo necessário passar pelo “filtro” dos Tribunais no intuito de preencherem eventuais lacunas e permitir que o direito promova a pacificação social. Assim, sempre que for possível verificar parâmetros flexíveis na lei, onde a incidência dos princípios jurídicos serão mais relevantes, é que se fala de uma atuação ativista do Poder Judiciário, conferindo certa margem de liberdade para o juiz decidir.

De fato, a concepção que se tem, à primeira vista, do termo ‘ativismo judicial’ pode parecer repulsivo, notadamente pelo entendimento que a figura do julgador deve ser neutra e imparcial.

Todavia, parece mais acertado conceber a expressão ‘ativismo judicial’ no sentido de ser um poder-dever do Estado-juiz em atuar na persecução dos objetivos e fundamentos da República, onde a Constituição enlaça diretrizes às funções e poderes estatais, no sentido de que tais poderes dever agir de tal forma que concretizem os direitos e garantias assegurados na Constituição e objetivados pelos cidadãos (PAULA, 2017, p. 99).

Percebe-se que atualmente o Judiciário tem atuado de forma mais expressiva, contudo isso não significa dizer que extrapola suas funções institucionais de forma abusiva agindo, na grande maioria das vezes, com competência e imparcialidade, atuando mais proeminentemente naqueles casos em que os demais Poderes se furtaram de exercer o compromisso constitucionalmente assumido.

Nesse sentido, Alexandre Sturion de Paula (2017, p. 100) aponta:

Neste escólio, o Ativismo Judicial não deve erroneamente ser concebido como criação desenfreada do direito pelos juízes. O juiz não cria o direito do nada e se assim agisse estaríamos diante de um usurpador autoritário do poder. Porém, o direito não se resume ao positivado no ordenamento jurídico, de sorte que as decisões judiciais ditas ‘contra lege’ devem ser analisadas pela existência de lastro no sistema jurídico, mais amplo que o costumeiro e restrito legalismo saboreado incansavelmente por formalistas forenses.

De acordo com Pogrebinschi<sup>5</sup>(2011), o que se percebe é que a Suprema Corte assumiu

---

5 [...] desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo. Ajustadas as premissas,

uma postura cautelosa na revisão de decisões políticas, adotando uma postura contramajoritária comedida em suas decisões sobre leis promulgadas, bem como percebeu-se que, de fato, o Legislativo brasileiro não se furtou no exercício de legislar.

A partir disso, Pogrebinski (2011) argumenta que a judicialização<sup>6</sup> da política brasileira reforça a *representação*. Em primeiro lugar, o STF não age sistematicamente de forma contramajoritária, considerando que são poucas as decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional. Em segundo lugar, o STF reforça a vontade da maioria expressa no Poder Legislativo Federal ao decidir preliminarmente como impropriedades a maioria das ações de controle de constitucionalidade.

Oscar Vilhena Vieira também sugere que nas últimas três décadas o Supremo Tribunal Federal saiu de uma postura omissiva, avançando para um comportamento deferente até culminar numa postura responsiva (PAZ; FITTIPALDI, 2013 apud VIEIRA, 2018, p. 209-210).

Arguelhes e Ribeiro (2016), por sua vez, sustentam que a expansão do deslocamento de decisões políticas para o Judiciário não é fruto apenas do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição que atribui amplos poderes e autonomia ao STF, mas também de uma postura institucional dos ministros em decisões colegiadas e monocráticas de expandirem seus poderes. Os autores indicam que a prática institucional e as interpretações dos ministros do STF ajudaram na interferência do Judiciário para temas políticos, com novos poderes e novas competências. A escolha de casos, os temas escolhidos e o tempo de julgamento são discricionariamente estabelecidos pelos ministros do STF, resultando em vetos políticos.

Equiparado aos outros Poderes, pode-se dizer que o Poder Judiciário se encontra à frente na promoção da democracia participativa, seja permitindo que os sujeitos de direito exerçam sua cidadania no momento de solução das controvérsias, mediante instrumentos processuais adequados, seja constituindo fonte primária de direitos através da jurisprudência, ou, ainda por vezes atuando no controle de deliberações políticas a bem da sociedade (ZANETI JUNIOR, 2014).

Nota-se que a jurisdição constitucional no Brasil precisa buscar um difícil equilíbrio no que diz respeito à separação de poderes e à necessidade do Supremo Tribunal Federal fazer cumprir a Constituição, ostentando natureza expansiva, o que implica dizer que há um aumento do âmbito de sua atuação (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Percebe-se que o ativismo se manifesta, muitas vezes, em situações que demonstram um déficit de atuação dos demais Poderes. Todavia, na maioria das vezes, o STF tem se pronunciado em consonância com os postulados previstos na Constituição Federal, sem invadir a esfera de atribuições do Legislativo, atuando de forma responsiva como guardião da Lei Maior.

---

tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação (POGREBINSCHI, 2011, p. vi).

<sup>6</sup> Luis Roberto Barroso (2012) destaca que judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A primeira causa da judicialização foi a redemocratização; a segunda foi a constitucionalização abrangente; e a terceira o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Tereza Arruda Alvim (2017) destaca que o magistrado não deve decidir de acordo com suas crenças e convicções pessoais, mas sim baseado no tripé lei-doutrina-jurisprudência, uma vez que deve decidir de acordo com a lei, esta interpretada à luz da doutrina e jurisprudência, ainda que constatada a omissão legislativa.

Assim, quando o julgador estiver diante de um caso concreto onde não exista norma juridicamente válida apta a enfrentar o caso ou, ainda, em existindo se tal norma for vaga ou imprecisa ao ponto de gerar incertezas quanto à sua aplicabilidade, pode o magistrado exercer critérios próprios de justificação, desde que com base em princípios aplicáveis e no tripé supramencionado.

Ronald Dworkin (2002) defende que atividade judicial não consiste apenas na aplicação de regras, possuindo também em outros fundamentos (princípios jurídicos) que alcançam *status* jurídico e servem como direcionamento para uma decisão judicial, inclusive em caso de lacuna legislativa, não sendo possível outorgar ao julgador a prerrogativa de atuar com discricionariedade, ainda que diante da excepcionalidade. Pondera-se então:

Conceber o poder discricionário em seu sentido forte é ignorar que princípios e políticas fazem parte do Direito, considerando-os meros padrões extrajurídicos corriqueiramente utilizados nos tribunais, apenas pelo fato de determinarem obrigações diferentes das regras. Isso significa negar que são capazes de, sem ditar resultados, inclinar suas decisões para determinada direção — embora de maneira não conclusiva — cujo peso está relacionado à junção dos argumentos baseados na história legislativa e judiciária, juntamente com as compreensões compartilhadas por uma comunidade (BERNSTS; DIAS, 2021).

Destaca-se, todavia, que a judicialização da política se faz presente na jurisdição constitucional contemporânea.

John Ferejohn (2002, p. 55) explora duas situações para explicar o fenômeno: a primeira se refere à *fragmentação* do poder dentro dos Poderes, uma vez que a atuação política é aquém do esperado e as pessoas buscam a resolução de seus conflitos judicialmente, motivo que leva o Judiciário a substituir o Legislativo em certas ocasiões; e a segunda está relacionada à hipótese dos direitos, em que as Cortes são observadas como protetoras de valores substantivos importantes contra o potencial abuso político, ou, em outros termos, cumprem a função contramajoritária para proteger minorias<sup>7</sup>.

7 No original: I shall explore two general causes of judicialization. The first is an increasing fragmentation of power within the political branches which limits their capacity to legislate, or to be the place where policy is effectively formulated.<sup>56</sup> I shall call this the fragmentation hypothesis. When the political branches cannot act, people seeking resolution to conflicts will tend to gravitate to institutions from which they can get solutions; courts (and associated legal processes) often offer such venues. At least in the United States, with its system of checked legislative powers, a divided legislature cannot easily stop courts from making policy—even quite unpopular policies. The second cause is more nebulous but perhaps more important. It is the sense that courts (at least certain courts) can be trusted to protect a wide range of important values against potential political abuse. Let us call this the rights hypothesis. The idea is that, as courts began to protect personal rights and liberties in addition to property rights, opposition to an expansive judicial role diminished. In the United States this shift from protecting economic to personal liberties and civil rights was announced by the Supreme Court in *Carolene Products*.<sup>57</sup> In postwar Europe, the shift awaited the development of new courts—constitutional tribunals—which were charged explicitly with the protection of a wide range of human rights.<sup>58</sup> In both cases, the encouragement of a jurisprudence that offered protection for a wide

Percebe-se, portanto, que a postura “ativista” do Judiciário é exigida na medida em que o Legislativo falha na sua missão política, sendo possível extrair que o conceito de representação política pode ser alargado a fim de contemplar as cortes constitucionais (POGREBINSCHI, 2011, p. 11).

Não se pode perder de vista, todavia, que é necessário buscar um equilíbrio na atuação da jurisdição constitucional, em respeito à tripartição dos poderes.

Deve-se consignar, que nem todas as questões levadas a efeito tem o condão de adotar uma postura “ativista”. Situações que envolvam a defesa de direitos e garantias fundamentais, que estão na base da nossa comunidade política, por exemplo, são matérias afetas ao Poder Judiciário. A atuação para além de suas atribuições deve ser vista, deste modo, com parcimônia, estudando caso a caso.

Nesse sentido, Cleve e Lorenzetto (2015) afirmam que:

O Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, com as escolhas do legislador. Operará, conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na Lei Fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a auto-contenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte (ativismo) para a proteção desta ou daquela situação. Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente através do processo público de deliberação). Há momentos, como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de um controle forte do Judiciário. Há outros, ao contrário, desafiante, *prima facie*, de uma postura de autocontenção, de deferência para com a decisão do legislador. São necessários argumentos muito robustos para justificar, em casos assim, uma ação distinta do órgão judicial. Cite-se, por exemplo, as questões difíceis que supõem interpretação de cláusulas constitucionais (abertas) autorizadas de concepções distintas e razoáveis num ambiente de pluralismo moral. Nesses casos, em princípio, a escolha do legislador, tomada a partir de um processo público de deliberação, não deve ser substituída pela do juiz. Aqui, sim, ocorrente a substituição, manifestar-se-ia hipótese eventualmente contrastante com a experiência democrática.

É inegável que nos últimos tempos temos visto uma expansão do Judiciário, com a prolação de decisões que suprem omissões e até inovam na ordem jurídica. Isso se deve à constatação de que passamos por uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no Legislativo, fazendo com que o Judiciário avance em questões que a sociedade não se viu satisfeita pela ausência de comando legislativo.

Claro que existem objeções quanto à postura ativista adotada pelos tribunais. A exemplo citam-se como pontos negativos o risco para a legitimidade democrática e o risco de politização

---

range of human rights and values, and the growth of courts capable of breathing life into these values, was partly due to the people and to their legislatures (FEREJOHN, 2002, p. 55-56).

da Justiça. Todavia, também é forçoso reconhecer que há um certo enfraquecimento no sistema de representatividade, justificando uma postura mais ativista.

Na visão de Ronald Dworkin (2000, p. 201-202) os tribunais constitucionais devem funcionar como instituições dedicadas à revisão da legislação, submetendo as decisões majoritárias ao crivo de uma rigorosa análise apoiada em princípios de moralidade política destinados a preservar os direitos fundamentais das minorias.

Destaca-se que o autor supranominado estabelece uma oposição entre um modelo de ativismo judicial e outro de moderação judicial, acerca do modo pelo qual os tribunais devem decidir problemas constitucionais difíceis ou controversos:

O programa de ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi a respeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso [...] Ao contrário o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco (DWORKIN, 2002, p. 215-216).

Partindo das lições de Dworkin, Claudio Ladeira de Oliveira (2015) conclui que o “ativismo” exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de “fazer cumprir a lei” em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc.

Nota-se, portanto, que a conexão entre justiça e igualdade deve estar presente não apenas no momento da aplicação do direito, mas também no anterior, identificado com a sua construção normativa e institucional. Assim, uma vez constatada a desconexão entre representantes e representados, o Estado deve ser convocado a agir, ainda que por outro caminho que não o desenhado originariamente pela Constituição.

### 3 UMA PERSPECTIVA POSITIVA

O novo recorte dado ao Judiciário decorre de uma reconfiguração dada pela regulação da atividade parlamentar por meio do controle de constitucionalidade. Se a política desenvolvida pelo governo não for produzida *sob medida* para atingir seu objetivo, transbordando os limites do

interesse público, a norma não pode ser considerada adequada e, portanto, merece intervenção revisora (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Nessa perspectiva, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012).

Defende-se, ainda, que a atuação mais contundente do Judiciário se dá diante da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em atender as demandas sociais e os direitos e garantias fundamentais, justificando-se na medida em que objetiva implementar parcelas de políticas públicas, que representam a concretização dos direitos fundamentais (PAULA, 2017, p. 138).

Não obstante as críticas que se façam, o fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, porém isso não é privilégio apenas do Brasil (BARROSO, 2012).

A despeito das vozes que se levantam contrárias ao ativismo, Paz e Fittipaldi (2013) destacam alguns estudos realizados nos anos 2000, que apontam o reflexo das decisões do Supremo Tribunal Federal mostrando que o órgão protagonizou um processo sistemático de interferência em decisões políticas, revendo com maior frequência a legislação que tem como foco temático a administração da justiça, observando-se que no padrão de julgamento sobre as ADIs entre os anos de 2010 e 2019, a Corte Suprema atribuiu decisões finais, em sua maioria, aos processos protocolados pelos governadores e associações, interferindo mais em assuntos políticos estaduais e associativos do que federais, partidários e confederativos, agindo mais como um *Conselho de Estado*, um Tribunal Administrativo, em questões burocráticas e corporativas.

Outro ponto observado foi que o STF decidiu, na maioria das vezes, no intervalo de 2010 a 2019, de maneira monocrática e final nos processos recebidos. A ampla maioria das decisões internas às ADIs foi tomada monocraticamente. Essa configuração sugere potencial poder de veto dos ministros, individualmente, nas decisões do Supremo como órgão, gerando impacto no âmbito político, uma vez que a Corte vem fazendo uso de decisões individuais para impactar decisões políticas.

Destaca-se, ainda, que apesar de a maioria das decisões interlocutórias em ADIs terem sido monocráticas, as decisões finais nessas ações foram majoritariamente colegiadas, observando-se uma tendência nos últimos anos de ampliação do quantitativo de processos julgados pelo

colegiado, com um aprimoramento do processo de legitimação das decisões do Supremo sobre questões políticas em ADIs.

A maioria das decisões finais em ADIs, entre 2010 e 2019, foi no sentido de nem avaliar o mérito das ações. Apenas pouco mais de um terço dos julgamentos impactou efetivamente as decisões políticas, declarando sua inconstitucionalidade total ou parcial.

Fato é que o significativo número de ações diretas que tramitam no STF reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira. Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da força normativa das disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Ressalta-se que não é expressivo o número de normas promulgadas pelo Congresso Nacional eivadas de vícios de inconstitucionalidade formal, o implica dizer que a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua função suprema de interpretação da Constituição de controle concentrado, encontra suporte nos recursos institucionais existente, seja em sua jurisprudência ou na legislação que regulamenta as ações de inconstitucionalidade<sup>8</sup>.

Ricardo Lewandowski rebateu as críticas de que o Supremo teria se tornado mais “ativista” sintetizando que a Corte atua com maior protagonismo em relação aos anseios da sociedade, exercendo o papel que lhe foi reservado pela Constituição Federal, destacando que ao mesmo tempo em que se viu o crescimento do Judiciário outras instituições democráticas também cresceram no cenário nacional, citando como exemplo, o Ministério Público (PINHEIRO, 2012).

Pelo exposto, percebe-se que o momento atual denota a necessidade de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos, considerando que a sua atuação pode ser problemática em um ambiente marcado pelo compromisso com a democracia.

Deste modo, pensa-se que o estabelecimento de critérios de avaliação da atividade dos tribunais, que permitam classificá-lo segundo sua disposição em realizar determinados juízos de ordem política e moral amplamente controversos cuja atribuição seja de outra esfera de Poder, talvez possa ser um caminho a trilhar.

## CONCLUSÃO

Do que foi exposto, nota-se que o ativismo judicial, dentro do atual cenário jurídico, é questão afeta aos limites da atividade interpretativa e criativa do julgador, sendo imprescindível identificar nas decisões judiciais os limites entre a interpretação e a criação de novo texto legal, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito e o regime de representatividade.

Nesse ponto, observa-se que o problema da discricionariedade e das convicções pessoais

---

8 O STF tem-se utilizado de alguns recursos institucionais para preservar, na medida do possível, o trabalho do Poder Legislativo e, em muitos casos, aperfeiçoá-lo, destacando-se: a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a modulação dos efeitos da decisão (POGREBINSCHI, 2011, p. 99).

eventualmente exaradas pelos tribunais, comprometem o sentido do texto constitucional e das leis infraconstitucionais, traduzindo-se num mero juízo de conveniência do julgador, que visa a atender convicções ideológicas, comprometendo sobremaneira o exercício da jurisdição. Nesse sentido, merece um olhar atento e crítico por parte da doutrina.

Contudo, em que pese se observem pontos negativos, sob outra perspectiva é possível dizer que o ativismo contribui para o acesso à justiça, uma vez verificada a falência no sistema de representatividade deixando o jurisdicionado à margem da proteção do Estado.

Não se pode negar que o Judiciário, ao atuar de forma ativista, é visto como participante do processo deliberativo por manejar argumentos em oposição ao Legislativo. Todavia, se o faz, quando faz, age de forma mais limitada, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e através do controle concentrado.

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, à guisa de conclusão pode-se dizer que a atuação ativista da Suprema Corte tem se mostrado, em sua maioria, comedida e em consonância com o discurso democrático, apresentando vantagens quando falho o sistema de representatividade.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Tereza Arruda. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. **Empório do Direito**, São Paulo, 23 jun. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-vinculatividade-dos-precedentes-e-o-ativismo-judicial-paradoxo-apenas-aparente-por-teresa-arruda-alvim>. Acesso em ago. 2022.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.
- BARROSO, Luis 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/7433/5388>. Acesso em: 9 jun. 2022.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e processo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Processo e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BERNSTS, Luísa Giuliani. DIAS, Giovanna. O debate Hart-Dowrkin: a crítica à doutrina da discricionariedade judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/diario-classe-debate-hart-dworkin-critica-doutrina-discricionariedade-judicial> Acesso em: 10/06/2022
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamentos de impacto social, político e econômico marcaram pauta do STF em 2019**. Brasília, DF: STF, 31 dez. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433939>. Acesso em: 9 jun. 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CLEVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, Ano I, v. 7, ago. 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74363543/v7/document/108551158/anchor/a-108551158>. Acesso em: 9 jun. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo. Método, 2008.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

PINHEIRO, Aline. Justiça precisa saber onde e como chegar. Entrevista com Ministro Ricardo Lewandowski. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 fev. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardolewandowski-ministro-stf-tse>. Acesso em: 13 jan. 2012.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 183-216, 2015. DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v16i1.642>

OLIVEIRA, Nathan Figueiredo; LOPES FILHO, Juraci Mourão. Uma análise teórica das medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia do Covid-19 no Brasil: Quem decide, como decide e por quê? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 6, n. 2, p. 22-40, jul./dez. 2020.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Limites e possibilidades processuais do ativismo judicial à luz da Constituição Federal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000126378>. Acesso em 18 ago. 2022.

PAZ, Anderson Barbosa; FITTIPALDI, Italo. Uma análise do padrão de julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre ações diretas de inconstitucionalidade entre 2010 e 2019. **Revista Direto FGV**, São Paulo, v. 18, n. 1, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/85611> Acesso em: 09/06/2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STACANTI, Maria Martins Silva. A Ressignificação do Princípio do Acesso à Justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 17-44, abr. 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 1998.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

**Como citar**: ALMERON, Vanessa Manganaro de Araujo; BELLINETTI, Luiz Fernando. Judicialização e ativismo judicial: os impactos no sistema de representatividade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 1, p. 25-40, mar. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n1p25-40. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 11/02/2023.

Aprovado em: 03/03/2023.