

Considerações sobre judicialização e ativismo judicial em tempos de crise

Considerations on judicialization and judicial activism in times of crisis

DOI:10.34117/bjdv7n7-627

Recebimento dos originais: 07/06/2021

Aceitação para publicação: 30/07/2021

Clovis Demarchi

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI Itajaí, SC, Brasil. Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – UNIVALI. Itajaí, SC, Brasil
demarchi@univali.br

RESUMO

O texto tem por objeto a discussão sobre judicialização, judicialização da política e ativismo judicial em épocas de crise. Neste contexto, evidenciam-se três grandes crises que contribuem e influenciam na discussão sobre o Ativismo Judicial. Seriam, a Crise do Estado, a Crise da Democracia e a Crise do Governo. É possível citar ainda uma quarta crise, destacada pelo atual cenário pandêmico e que tem assolado negativamente o Brasil: a crise política, e que pode ser percebida distribuída nas três grandes crises. Desta forma, não há como limitar (juridicamente, adequadamente) o Ativismo Judicial sem atacar e resolver estas crises, visto que ele (ativismo) é a resposta possível (não a adequada) para esses momentos de crise. Ainda que as 10 mil decisões proferidas pelo STF em ações judiciais relacionadas à pandemia soem um tanto exageradas, é oportuno verificar a ausência de decisões políticas do Executivo federal voltadas ao bem-estar coletivo dos brasileiros e a contenção, prevenção e retomada da economia no país. O apagão do governo federal no que tange à pandemia do coronavírus, tem oportunizado o protagonismo do Judiciário de forma avassaladora.

Palavras chaves: Judicialização, Ativismo Judicial, Crise.

ABSTRACT

The text is aimed at discussing judicialization, judicialization of politics and judicial activism in times of crisis. In this context, three major crises are evident that contribute and influence the discussion on Judicial Activism. They would be, the Crisis of the State, the Crisis of Democracy and the Crisis of the Government. It is also possible to mention a fourth crisis, highlighted by the current pandemic scenario and which has negatively affected Brazil: the political crisis, which can be seen distributed in the three major crises. In this way, there is no way to limit (legally, properly) Judicial Activism without attacking and solving these crises, since it (activism) is the possible (not adequate) response to these moments of crisis. Although the 10,000 decisions rendered by the STF in lawsuits related to the pandemic sound somewhat exaggerated, it is worth noting the absence of political decisions by the Federal Executive aimed at the collective well-being of Brazilians and the containment, prevention and recovery of the economy in the country. The federal

government's blackout with regard to the coronavirus pandemic has provided the Judiciary with an overwhelming protagonism.

Keywords: Judicialization, Judicial activism, Crisis.

1 MOMENTO DE CRISE

Em maio de 2016 o povo brasileiro foi surpreendido com a frase “não fale em crise, trabalhe”. Frase que foi atribuída ao então presidente Michel Temer, mas que na verdade estava exposta em um posto de gasolina, como disse o próprio presidente. Depois de todas as buscas sobre autor da frase, soube-se todo o seu histórico, o qual não cabe relacioná-lo aqui.

O ano de 2020 por sua vez, foi o ano em que o mundo parou, e também pode ser definido como o divisor de águas, a partir do qual a história da humanidade terá um novo capítulo. Em 2020, todos os setores foram postos à prova e, de uma maneira ou de outra, tiveram que responder à situações complexas e desconhecidas.

O que a frase de 2016 e a pandemia iniciada em 2020 e ainda em curso, tem a ver com a ideia de crise? Ambos os episódios, e tantos outros, têm a ver com o fato simples e complexo de vivermos constantes crises no Brasil. Estar em crise apresenta aspectos positivos, assim como aspectos desagradáveis. O que há de positivo na crise? A crise é uma fase necessária para o conhecimento científico. É ela quem dá condições para que se possa estabelecer critérios, verificar o que é adequado e o que não é. Também faz com se verifique e se avalie para analisar os acertos e os erros. Nesse contexto, a crise sempre é boa. Traz mudança. Não deixa que se fique parado.

Sobre a atual crise sanitária, é importante lembrarmos que essa não foi a primeira vez em que a humanidade sofreu uma pandemia. Certamente não será a última. Contudo, a pandemia do coronavírus será marcada por evidenciar crises já instaladas e publicizar a fragilidade entre poderes constitucionalmente constituídos, principalmente no Brasil.

Harari¹ descreve que as epidemias sempre “desempenharam um papel central na história humana desde a Revolução Agrícola e frequentemente deflagraram crises políticas e econômicas”. Como em pandemias anteriores, também em relação à covid-19 o autor defende que “a coisa mais importante a lembrar é que os vírus não moldam a história. Os humanos, sim”.

¹ HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 08

Neste contexto, evidenciam-se três grandes crises que contribuem e influenciam na discussão sobre o Ativismo Judicial. Seriam, a Crise do Estado, a Crise da Democracia e a Crise do Governo. É possível citar ainda uma quarta crise, destacada pelo atual cenário pandêmico e que tem assolado negativamente o Brasil: a crise política, e que pode ser percebida distribuída nas três grandes crises. Desta forma, não há como limitar (juridicamente, adequadamente) o Ativismo Judicial sem atacar e resolver estas crises, visto que ele (ativismo) é a resposta possível (não a adequada) para esses momentos de crise.

1.1 QUANTO A CRISE DO ESTADO

Quando se fala da crise do Estado, deve-se analisar a partir de duas lógicas. A primeira, partindo da análise dos elementos que formam a lógica conceitual do Estado. E a segunda, pela sua base estrutural. Quanto a conceitual, observa-se que ideia de estado está baseada em uma ordem jurídica sustentada pelo território, povo e soberania. Ideia presente desde 1648 no tratado de Wespália, e que após quase 400 anos continua a se manter². No momento atual, apresenta-se em crise, devido, principalmente, a questão da soberania em um mundo em que a globalização³ se faz presente e supera a ideia de território, retirando da soberania o manto de proteção e o resguardo do espaço, perpassando fronteiras, lugares e mentes, sem pedir autorização.

Para o estado moderno, estava clara a visão de território como espaço delimitado⁴. Consequentemente, essa delimitação espacial determina as fronteiras físicas do Estado e, como consequência, a soberania. Nesse contexto, não existe um Estado sem território: o território delimita a ação soberana do Estado, é o espaço físico ocupado, a zona espacial. Mas no novo contexto mundial, na era da globalização, esse conceito tem mudado, assumindo outros contornos. O território limita o espaço do Estado, mas isto não significa que limita a sociedade ou a economia⁵.

² DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no Contexto Transnacional**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014. p. 38-39.

³ “A intensificação de relações sociais em escala mundial que ligam localidades distantes de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. GIDDENS, Antony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 81-84. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963. p. 105.

⁵ DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no Contexto Transnacional**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014. p. 87.

O espaço transnacional não pertence a um Estado determinado e nem a todos juntos. É um novo espaço, ou ainda um não-espaço, isto porque conforme Ianni⁶, as estruturas do poder não possuem localização, “parecendo flutuar por sobre os Estados e fronteiras”.

Para o econômico, o fim da ideia de território se justifica pela necessidade da mobilidade e fluidez do capital, assim, a sociedade “desterritorializada” passa a assumir novos padrões, que descaracteriza em parte a identidade de Nação. Constrói-se uma civilização homogeneizada para consumir produtos *standard*⁷, estabelecendo novas relações sociais, bem como uma nova divisão internacional e espacial do trabalho, justificando inclusive as reformas na legislação trabalhistas, que para acompanhar a realidade do mercado, precisa abarcar direitos e deveres consubstanciados nessas novas relações, sejam internas (país), ou externas (relações transnacionais).

Quando se pertencentes da mesma nação, não tendo por necessidade estar em um mesmo território⁸, o que o caracteriza é a sua base cultural⁹. O processo de globalização permite “um fluxo contínuo de ideias, informações, compromissos, valores, gostos, circulação de pessoas e símbolos”¹⁰. Afirma Revel¹¹ que “não se pode ser diferente sozinho. É a livre circulação das obras e dos talentos que permite a perpetuação das culturas pelo ato da renovação”. Conseqüentemente, essa ideia de povo também está em transformação pela questão cultural.

A ideia de soberania sempre teve o território como base. Seus limites eram suas fronteiras. Mas esse conceito vem sendo modificado¹². A soberania comporta a

⁶ IANNI, Octávio. **A Sociedade Global**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 93.

⁷ DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no Contexto Transnacional**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014. p. 87-88.

⁸ BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios**. Ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 157.

⁹ “Ao se pensar em cultura quer se identificar o modo de viver do homem. Engloba o que se faz, se tem e se quer enquanto membro de um grupo social. Conseqüentemente entende-se que cada civilização possui a sua cultura, uma tecnicamente mais evoluída do que a outra, mas todas apresentando a sua própria forma. Assim, as diversas sociedades humanas, da pré-história aos dias atuais possuem uma cultura” DEMARCHI, Clovis. Crise do estado e da democracia no contexto da globalização. **Revista Jurídicas**, Manizales, Colômbia, 16 (2), p. 38, 2019. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16\(2\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16(2)_3.pdf).

¹⁰ WATERS, Malcolm. **Globalização**. Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999. p. 120-121. Título Original: *Globalization*

¹¹ REVEL, Jean-François. **Obsessão Antiamericana**. Tradução de Victor Antunes. Lisboa: Bertrand Editora, 2002. p. 134. Título original: *L'obsession antiaméricaine*

¹² CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à transnacionalidade**. Itajaí: Editora Univali, 2011. p. 95.

relativização, os Estados por si sós não conseguem meios e recursos suficientes para sanarem situações que extrapolam os seus próprios limites¹³.

Os problemas são globais e escapam ao controle dos Estados, visto que só podem ser controlados em escala planetária. São exemplos de problemas globais: as mudanças climáticas; a poluição; o tráfico de drogas; o tráfico de seres humanos¹⁴; o terrorismo¹⁵, a questão da segurança¹⁶ e, as pandemias, tendo a do coronavírus como a mais recente¹⁷.

O poder político representado pela ideia de soberania tende a ser substituído pelo poder econômico. E nesse contexto, há a necessidade de uma economia globalmente integrada, que tenha a liberalização comercial, a privatização e a estabilidade macroeconômica como fundamentos.

A segunda lógica é estrutural e conseqüentemente é mais específica para o tema em discussão. Em sua estrutura, o estado é formado pela união de três poderes de diferentes áreas: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário¹⁸. Essa estrutura foi explicitada por Montesquieu¹⁹ e isso não é novidade.

No contexto dos três poderes, observa-se que os três possuem autonomia sobre a sociedade, mas essa autonomia é regulada – se é possível dizer isso – pois não é absoluta. Isso porque os poderes, um em conjunto com o outro, devem reger o Estado de maneira a exercer uma igualdade social e governamental.

Essa ideia reflete a intenção de exercício do poder, “uno e do povo”, conforme o parágrafo único do art. 1º, da Constituição²⁰. No entanto, subdividido em funções – a legislativa, a executiva e a judicial – não deve admitir lacuna no exercício público.

¹³ DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no Contexto Transnacional**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014. p. 88.

¹⁴ MONDIM, Carla. O fenômeno das migrações e a sua relação com o respeito pelos direitos humanos: o tráfico de seres humanos. In. MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Debate luso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012. p. 189-194.

¹⁵ FREITAS, Pedro Miguel. Terrorismo, migração e multiculturalismo: vértices de um desafio global aos Direitos Humanos. In. MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Debate luso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167-188.

¹⁶ MONTE, Mario João Ferreira. Um levado nível de segurança: Objectivo do tratado de Lisboa para a união europeia ou o “Pesadelo” de Arcádia?. In. SILVEIRA, Alessandra (Coord.) **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Juris, 2010. p. 265-282.

¹⁷ HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 88.

¹⁸ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2021

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2021

1.2 QUANTO A CRISE DA DEMOCRACIA

Quando se fala em Democracia, parte-se da premissa constitucional de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”²¹. Sendo assim, observa-se que a democracia, bem como a soberania popular no Brasil, possui na sua essência a dinâmica da representatividade e participação.

Esse modelo de democracia é utilizado na maioria dos países democráticos e possuem por base a delegação de poderes aos representantes do povo, que o faz por meio de eleições. Há formas diretas também como o plebiscito, referendo, iniciativa popular

A crise da democracia nasce a partir da eleição, por isso pode-se dizer que na verdade não é crise da democracia, mas crise de representação, uma vez que há no cenário nacional, uma inversão de valores. Sabe-se que o poder é do povo, mas os seus representantes estão utilizando-o somente com a finalidade de se manter ou de ocupar o poder. Há a necessidade de se buscar a essência da democracia representativa, assentada na titularidade do povo, de quem emana o poder.²²

A democracia da forma que se apresenta no Brasil, tem crise de representatividade frente ao comportamento dos representantes, que apresentam um comportamento contrário aos interesses do povo e conseqüentemente não encontram mais legitimidade.²³ Legitimidade essa que é a adequação do poder às situações da vida social que o representante do povo é chamado a disciplinar.²⁴

A realidade comum hoje no Brasil, são os noticiários que envolvem atos de corrupção²⁵ realizados pelos representantes do povo, principalmente pelos mais altos escalões do poder, justamente os que possuem maior decisão. O poder é exercido em proveito próprio, em um processo transparente de desmonte do Estado e esfacelamento

²¹ Parágrafo único do Artigo 1º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2021.

²² PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 155.

²³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 160.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 141.

²⁵ “A sociedade brasileira foi ensinada a pensar que o que é público não significa “para todos”, mas que significa “de ninguém”. Esta ideia ainda se faz presente em muitas mentes da população. A ideia de levar vantagem, dar um jeitinho. Aceitar que político é corrupto mesmo e que as coisas são assim mesmo e não vão mudar” DEMARCHI, Clovis. A corrupção como entrave à concretização dos direitos humanos no Brasil. JUSGOV, Uminho: Braga, 2017. In: LOUREIRO, Flavia Novessa (org.) A proteção dos direitos humanos face à criminalidade econômica globalizada. *Atas da Conferência Internacional*. p. 18. Disponível em: https://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/A_protecao_dos_DH_face-a-criminal_eco_gl_vELETR_comp.pdf.

das riquezas coletivas. Logo, observa-se que a crise de democracia é da representatividade, ou seja, de uma forma de democracia, e não da democracia em si.

O povo escolhe os seus representantes, mas eles não os representa! Quem, do povo brasileiro, foi questionado por seu representante lá no parlamento se queria que se votasse a favor de uma proposta ou de outra? A partir do momento em que o voto foi registrado na urna, e o candidato é eleito, surge um abismo entre o representante e o representado. A ponte só se reestabelecerá na próxima eleição em quatro anos, instalando-se assim, a crise da representatividade.

O Poder Legislativo é objeto de disputa partidária, no denominado presidencialismo de coalização instalado no cenário político. Nada mais é do que a reunião forçada por interesses fisiológicos, de grupos de partidos políticos, que se unem em torno de um partido mais forte – normalmente o do Presidente da República – em um pacto de consolidação do poder, em que se aprovam as matérias simpáticas ao programa de governo da ocasião, sem o necessário debate parlamentar, crucial para a legitimidade das decisões políticas fundamentais da nação.²⁶

Essa crise da democracia, de modo global, pode ser evidenciada em três dimensões: espacial, temporal e social.

Na dimensão temporal verifica-se que a sociedade não permite que a democracia demore muito para tomar uma decisão. Ou seja, a morosidade é maléfica para a democracia.

O impacto econômico e social se instala de forma muito rápida, e a sociedade espera respostas imediatas por parte de quem administra. Desta forma, se estabelece um conflito entre a expectativa da população e a resposta do poder político.

Na dimensão espacial, observa-se o impacto do processo de globalização, que exige uma inclusão não mais nacional, e sim, global. O tema da dimensão espacial impacta conforme o país. Veja-se com relação ao trabalho: onde o salário é baixo o valor do trabalho é menor. Muda-se o direito, mudam-se os direitos das pessoas, pois quanto mais direitos, mais custos. Quanto menos direitos, menos custos. Nesta lógica, observa-se que quanto mais democracia, mais direitos e mais custos. Com isso, chega-se à conclusão direta de que democracia não casa com globalização, visto que a lógica da globalização é menos direitos e mais lucros.

²⁶ SANTOS, Fabiano. PATRÍCIO, Inês. Moeda e Poder Legislativo no Brasil: prestação de contas de bancos centrais no presidencialismo de coalizão. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 49. p. 102. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v17n49/a07v1749.pdf>.

Quanto a dimensão social, é de fácil constatação o fato de que as pessoas circulam, num constante movimento de migração²⁷. Ao se mover, não é somente a pessoa que se move, mas a sua cultura também. Segundo estimativas do Relatório de Migração Global 2020, realizado pela Organização Internacional para Migrações²⁸, o mundo tem atualmente cerca de 272 milhões de migrantes se movendo pelo mundo. Para se ter uma ideia, no primeiro relatório em 2000, os migrantes internacionais representavam 2,8% da população global, com 150 milhões. Em 20 anos, este índice pulou para 3,5%, com um aumento de 122 milhões.

Ainda segundo o estudo, mais de 40% de todos os migrantes em 2019 nasceram na Ásia, sendo a Índia o maior país de origem, com 17,7 milhões. Em segunda posição aparece o México, com 11,8 milhões, seguido da China, com 10,7 milhões. No recorte por grupo de renda dos países, quase dois terços deles, cerca de 176 milhões, residiam em países de alta renda em 2019. Outros 82 milhões viviam em países de renda média e 13 milhões em países de baixa renda²⁹. Neste contexto, é possível perceber o movimento cultural entre os povos e nações, observando-se choques culturais e processos de aculturação criando pequenas sociedades dentro de outras sociedades, visto a não aceitação de adaptação.

1.3 QUANTO A CRISE DO GOVERNO

Crise da democracia produz a crise do governo e traz consigo a ideia do populismo. Governo é quem administra o Estado. A crise impacta na democracia e impacta no Estado. Desta forma, busca-se respostas simples para temas complexos. Observe-se, por exemplo, a reforma do ensino médio, a reforma trabalhista e a reforma previdenciária.

²⁷ Migração é o movimentação de entrada (imigração) ou saída (emigração) de indivíduo ou grupo de indivíduos, geralmente em busca de melhores condições de vida. Essa movimentação pode ser entre países diferentes ou dentro de um mesmo país. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES. **Relatório de Migração Mundial**. 2020. Disponível em: <https://brazil.iom.int/oim-no-brasil>.

²⁸ Estabelecida em 1951, a Organização Internacional para as Migrações (OIM), a agência das Nações Unidas para as migrações, é o principal organismo intergovernamental no campo da migração. Está presente em 173 estados-membros, 8 estados observadores e escritórios em mais de 100 países. Dedicase a promover uma migração segura, ordenada e digna para o benefício de todos. Isso é feito fornecendo serviços e consultoria para governos e migrantes. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES. **Sobre a Organização**. Disponível em: <https://brazil.iom.int/oim-no-brasil>.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>.

Não há um projeto de Estado, mas sim de governo e ele perdura enquanto se está no poder. O Brasil, nos últimos 50 anos de história, pode ser demarcado por quem possui mais força quanto a ação de poder.

No regime militar o Executivo fez o que quis, o Legislativo sumiu e o Judiciário, na sua grande parte, foi conivente com o regime. A solução estava com os militares que naquele momento eram os salvadores da pátria.

Pós abertura e fim do regime militar, o Legislativo se sobrepôs, criou a constituição, estabeleceu uma quantidade enorme de direitos, e se protegeu com a ideia de imunidade. A solução estava na constituição e nas leis. No Legislativo, que naquele momento, passou a ser o salvador da pátria.

O Brasil deixa de ser menos positivista e legalista e passa a ser mais principiologista, e o Judiciário toma as rédeas da ação. A solução está nas mãos do Judiciário, o novo salvador da pátria.

Qual a melhor solução? Quem deve dar a última palavra?³⁰

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. Possui a ideia de democracia como governo do povo. O fato de ser um país Constitucional é apresentar que o poder, inclusive o poder do povo, possua limites.

Como se vive em uma democracia, em um estado de direito, a solução deveria estar nas mãos do povo. Mas enquanto se quer que a solução venha de um poder ou uma pessoa específica, não se construirá a sociedade que se almeja. Aquilo que se questiona sempre: frente a crise política que se vive hoje, qual seria o candidato a presidente? Isso porque a ideia é que uma pessoa possa resolver o problema, assim como se pensa que quem causou o problema foi uma pessoa, logo, tirando a pessoa do poder se resolve o problema.

Isso é populismo. Na história do Brasil encontramos nomes, como Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva, Dilma Vana Rousseff, Jair Bolsonaro, assim como se ouviu falar de Sérgio Moro. Pessoas relacionadas ao Poder Executivo e mais recente ao Poder Judiciário. Mas, o povo tem o poder, e espera que uma pessoa especificamente resolva o problema. Nesses elementos

³⁰ ARINHO, Thiago. Ativismo Judicial e o novo papel do Poder Judiciário na jurisdição constitucional: parâmetros e possibilidades. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17648&revista_caderno=9.

se resume a crise de governo, ou seja, a ausência de projeto de governo e presença de constantes projetos de poder.

Essa realidade de crises remete especificamente ao tema em discussão. Ou seja, pensar em estabelecer limites ao Ativismo Judicial pode não ser a questão fundamental quando se tem a democracia implantada no país, assim como a ideia de Estado e de Governo em crise.

A sociedade espera respostas, e no contexto atual o Poder Judiciário é o que se apresenta, ou o que a sociedade mais confia na solução para a sua realidade.

2 A JUDICIALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

O tema da judicialização e do Ativismo Judicial é recorrente na atualidade brasileira. Esta discussão tem como pano de fundo as constantes intervenções do Poder Judiciário. Todavia é importante assinalar que há uma distinção relevante entre judicialização e ativismo.

A judicialização é um fato, produto de um ordenamento jurídico que facilita bastante o acesso relativamente barato ao Poder Judiciário para discutir qualquer direito ou pretensão, por qualquer cidadão. O ativismo judicial, por sua vez, é uma atitude, designa um modo proativo e expansivo de atuação, produzindo resultados não expressamente previstos na Constituição ou na legislação. “O contrário do ativismo é a autocontenção, vale dizer, uma atitude de deferência e de não interferência em áreas que, em princípio, estariam situadas no âmbito de atuação dos outros Poderes”³¹.

Cita-se como exemplos as decisões que envolveram a exigência de fidelidade partidária, a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, a concessão judicial de medicamentos, a garantia de vagas para crianças e adolescentes em creches e escolas; a autorização da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a aprovação do aborto de anencéfalo. Todas questões polêmicas e carentes de legislação e de ações claras.

Neste contexto, oportuno destacar as intervenções durante a pandemia do coronavírus, principalmente do Supremo Tribunal Federal, em questões como a aquisição de insumos e a abertura de leitos de UTI e de testes antivirais e respiradores; a obrigatoriedade da vacinação; a legitimidade dos Estados na tomada de decisões de controle de contágio frente a pandemia; a chancela de leis aprovadas pelo Congresso

³¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Sem data vênica**. Um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: Historia Real, 2020. p. 207

Nacional para mitigar os impactos orçamentários da crise e ainda a determinação para que o Executivo realize o Censo³² 2020³³, totalizando mais de 10 mil decisões proferidas pelo STF em ações judiciais relacionadas à pandemia³⁴

A grosso modo, pode-se pensar que as decisões atenderam demandas sociais que deveriam ter sido satisfeitas pelo Poder Legislativo, ou Pelo Poder Executivo. E, por esse motivo, o Poder Judiciário decidiu com a finalidade de dar uma resposta as demandas. Mas, se observados com mais critério, nota-se que há grandes diferenças entre os pedidos e as decisões, e o resultado social e político das mesmas.

Conforme Barroso³⁵, essa realidade possui causas múltiplas, entre elas pode-se destacar o processo de redemocratização do Brasil. Após passar por um período de regime militar (1964-1985), com a abertura e a nova Constituição (05/10/1988), o Poder Judiciário adquiriu determinado poder político, que o conduziu a situação de poder fazer valer a Constituição e as leis, possuindo, conforme a interpretação a possibilidade de o fazer em confronto com os demais poderes. Exemplo disso é o que se pode ler no artigo 5º inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁶.

Uma segunda causa, de acordo com Barroso, está na constitucionalização abrangente, que introduziu no texto constitucional variadas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Tal situação possibilitou o Poder Judiciário debater sobre temas e ações concretas, ou sobre a necessidade de políticas públicas acerca de temas constitucionais.

³² Censo Demográfico, é a operação estatística mais importante para retratar a realidade sociodemográfica do país. Dos resultados do Censo Demográfico e das Contagens Populacionais são obtidas as tendências e parâmetros indispensáveis à elaboração de projeções e estimativas populacionais, que a partir de 1989 passaram a ser fornecidas anualmente, em cumprimento ao dispositivo constitucional, regulamentado pela Lei Complementar nº 59, de 22 de dezembro de 1988. IBGE. Memória IBGE. Disponível em: <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/historicos-dos-censos/panorama-introdutorio.html>

³³ O Brasil deveria ter seus dados demográficos atualizados em 2020, entretanto, em virtude da pandemia de Covid-19, a contagem populacional que haveria por meio do Censo 2020 foi adiada para 2021, e, novamente, para 2022, após o Governo Federal afirmar que não teria orçamento em 2021 para sua realização. Por determinação do STF, o Censo deverá ser realizado impreterivelmente em 2022.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Luiz Fux explica atuação do STF durante a pandemia em evento internacional. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=466953&ori=1>.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 202.

Como terceira causa, Barroso apresenta a forma de controle de constitucionalidade. Estabelecendo um sistema de controle misto, com presença de elementos herdados das matrizes norte-americana e europeia.

2.1 A JUDICIALIZAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Poder Judiciário pós-constituição de 1988 experienciou uma nova realidade. Com a lógica do princípio do acesso à justiça, não está mais somente com uma postura meramente técnica, mas assumiu uma função política. Assim, apresentou uma relação dialógica com a sociedade e passou a concretizar os princípios e direitos fundamentais consagrados pelo estado democrático.

Observa-se que os membros do Poder Judiciário passaram a estabelecer novas relações e compreensões com a sociedade. Deixaram de ser meros aplicadores da norma para serem observadores e intérpretes da realidade que se apresentava. Deixaram de viver enclausurados no seu próprio mundo. O Judiciário aumentou a extensão da sua atuação objetivando a efetivação de direitos, não só individuais, mas coletivos.

Nesse contexto, a simples Judicialização não passa da ação típica do Poder Judiciário, ou seja, julgar em conformidade com a norma. Porém, quando o Poder Judiciário passa a atuar ou decidir situações que eram da alçada dos poderes Legislativos e Executivo, assim, passa-se a Judicialização da Política. Ou seja, as decisões seguem ao momento contingencial do contexto social em que está inserido. O Poder Judiciário decide e influencia, pela decisão, nas opções do Poder Executivo principalmente. O Executivo, para cumprir decisões judiciais, precisa adequar o seu plano de governo, seu orçamento e suas políticas públicas. Dessa forma, quem está governado é o Judiciário.

Essa lógica é interessante pois quanto mais se normatiza, ou seja, quanto mais se cria (positiva) direitos, mais espaço se está abrindo para a Judicialização pelo não cumprimento dos direitos, por meio do Executivo, principalmente. Assim, a sociedade passa a entender que é “mais fácil” ingressar judicialmente e aguardar uma decisão do que organizar a sociedade para exigir que os poderes competentes (Legislativo e Executivo) façam a sua parte. Dessa forma, o Poder Judiciário por meio das demandas passa a ser o local adequado e legítimo para concretizar direitos que, de fato, deveriam ser operacionalizados pelo Legislativo e Executivo.

Importante destacar que isso não caracteriza o ativismo judicial, mas um processo normal de judicialização, ou uma certa extrapolação quando trata de judicialização da política, em que o judiciário passa a atuar como executivo determinando onde deve ser

aplicado os recursos públicos, que pelo que se sabe, pela teoria da divisão dos poderes, é competência do executivo.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL

Para Garapon, o Ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar³⁷. Esse pensamento demonstra a ideia central do Ativismo Judicial, ou seja, está relacionado a um desejo, juridicamente dizendo, um ato de vontade. A questão é identificar de quem é a vontade. Para o caso específico é a do julgador. Nesse viés é que se concentra a questão do ativismo, ou seja, na interpretação. Relaciona-se assim Ativismo Judicial com o problema da vontade do intérprete³⁸.

Como se vive em um Estado Democrático de Direito, não é possível se admitir que as decisões sejam manifestações de vontade dos magistrados, mas devem ser fundamentadas na norma. Dessa forma, observa-se que o Ativismo Judicial é uma decisão externa aos limites estabelecidos pela norma.

Nesses moldes, torna-se incompatível que decisões judiciais não se atenham aos limites impostos pela Constituição e se utilize a ideia de princípios ou a interpretação como instrumento para, quando da fundamentação da decisão, justificar qualquer decisão.

O Ativismo Judicial no Brasil se caracteriza então pela ação do Judiciário como legislador, sem possuir autoridade para isso, somente imbuído pela máxima de “relevância social”. Relevância essa que é justificada pelo próprio Judiciário. A decisão correta é a que leva em consideração a Constituição, não a que se utiliza de interpretações e entendimentos para justificar o que está na Constituição. Ou seja, o ponto de partida deve ser a Constituição. O ativismo, no Brasil, está utilizando a Constituição como ponto de chegada. Logo, o que difere Judicialização de Ativismo Judicial está em que a Judicialização tem como ponto de saída a Constituição, enquanto que o Ativismo Judicial tem a Constituição como ponto de chegada.

³⁷ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.p. 54.

³⁸ Sobre o assunto verificar STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conjugar todos esses elementos? Como conjugar a democracia que vive a deliberar sobre políticas públicas e os elementos constitucionais de defesa de direitos fundamentais? Que limites se pode impor?

Não há dúvidas que o papel do Judiciário é proteger e conferir efetividade às normas constitucionais por meio da interpretação da constituição, das leis e atos administrativos. Isso significa que, caso os preceitos da constituição não sejam observados pelo Legislativo e Executivo, o Judiciário pode intervir para garantir a supremacia constitucional. Nesse caso, a intervenção é para controlar a constitucionalidade e não para substituir o Executivo ou o Legislativo.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal que permite a união estável e consequentemente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, atendendo a um pedido específico, não contribui para a criação de uma sociedade democrática que deve construir a sua história. Não querendo discutir sobre princípio de igualdade, ou dignidade humana e muitos outros argumentos que possam justificar essa decisão, a questão é: o Judiciário substituiu o Legislativo. Poderia ter respondido que caberia ao Legislativo regulamentar tal conteúdo. Logo, o Judiciário extrapolou.

Por outro lado, não se pode esquecer da dimensão temporal da democracia que quer respostas rápidas. O mais triste nessa situação é que quem tem fama de morosidade é o Judiciário. Destaca-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental nº 132/RJ, que tratavam da união homoafetiva e do seu reconhecimento como instituto jurídico de entidade familiar, cujo o Supremo Tribunal Federal veio a suprir uma omissão legislativa, já era tema recorrente há anos, havendo inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional (1151/1995, 6960/2002, 2383/2003, 4530/2004, 6297/2005, 580/2007, 2285/2007, 3712/2008, 4914/2009, totalizando nove (9) na Câmara dos Deputados e o 612/2011 (1) no Senado, dentre outros.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal que permite o aborto do anencéfalo, para atender a uma demanda específica, não favorece a criação de uma sociedade democrática. Novamente, os argumentos podem ser os mesmos. A questão que se levanta é se o Judiciário substituiu o Legislativo.

Observa-se que as decisões judiciais tratam de distribuições de recursos públicos, decisões que obrigam o Executivo a construir escolas, leitos em hospitais, abrigo para adolescentes, no mesmo exercício financeiro, ainda que não exista dotação orçamentária.

São ações do Judiciário extrapolando a sua função, mas isso não caracterizaria como Ativismo Judicial, mas a Judicialização da Política, pois o Judiciário está dando uma resposta, mas é ele que está propondo a plataforma de governo e não o Executivo, o qual possui essa prerrogativa.

É certo que, uma vez provocado, o Judiciário deve apresentar uma resposta, mas, importante que seja dentro dos seus limites, não sendo ele a definir quais as plataformas de governo de quem está no Executivo.

O Executivo, como órgão administrativo, compete-lhe decidir a melhor forma de concretizar os direitos fundamentais sociais. O Judiciário deve atuar como orientador, não como o realizador.

O Judiciário não deve ser o alocador de recursos públicos. A decisão de tomar decisões sobre a distribuição de recursos para garantir direitos fundamentais e alteração do orçamento compete ao Executivo.

Direitos relacionados a saúde, educação, moradia, transporte, envolvem demandas distributivas e coletivas. Assim, esses direitos devem ser afirmados por políticas públicas e não por decisões judiciais.

O Judiciário deve manter o objetivo da justiça para a maioria. A justiça, no caso concreto, deve ser aquela que venha a garantir ou assegurar para todos os que estão em situação similar. Por isso a necessidade de uma visão global da realidade como um todo e não só no caso concreto.

Com efeito, o Ativismo Judicial, faculta ao magistrado transpor os limites objetivos e neutros da lei, adequando a sua sistemática às particularidades do caso concreto, o que de certa forma permite a criação de novos direitos, então não positivados no ordenamento jurídico, mas que aguardam uma resposta por parte do Estado, de modo a corporificar os princípios jurídicos constitucionais³⁹.

Por outro lado, é importante observarmos no momento presente, as decisões do STF referentes a pandemia do coronavírus. Ainda que as 10 mil decisões proferidas pelo STF em ações judiciais relacionadas à pandemia soem um tanto exageradas, é oportuno verificar a ausência de decisões políticas do Executivo federal voltadas ao bem estar coletivo dos brasileiros e à contenção, prevenção e retomada da economia no país. O apagão do governo federal no que tange à pandemia do coronavírus, tem oportunizado o protagonismo do Judiciário de forma avassaladora.

³⁹ ARDOSO, Oscar Valente. Ativismo Judicial ou inAtivismo parlamentar?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 16, n 2865, maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19047>

O mundo vive duas crises, uma crise sanitária e uma crise econômica. No Brasil, vivemos uma terceira crise: a crise política (a ela juntamos o Estado, a Democracia e o Governo) que estagnou as decisões do Executivo federal, numa ausência interminável de políticas públicas e de propostas viáveis para a sociedade que evidenciam o mínimo interesse em colocar o país nos eixos, mas que demonstra a garra em se manter no poder.

REFERÊNCIAS

ARDOSO, Oscar Valente. Ativismo Judicial ou inAtivismo parlamentar?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 16, n 2865, maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19047>

ARINHO, Thiago. Ativismo Judicial e o novo papel do Poder Judiciário na jurisdição constitucional: parâmetros e possibilidades. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17648&revista_caderno=9.

BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios**. Ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.

BARROSO, Luiz Roberto. **Sem data vênua**. Um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: Historia Real, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Luiz Fux explica atuação do STF durante a pandemia em evento internacional. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=466953&ori=1>.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à transnacionalidade**. Itajaí: Editora Univali, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEMARCHI, Clovis. A corrupção como entrave à concretização dos direitos humanos no Brasil. JUSGOV, Uminho: Braga, 2017. In: LOUREIRO, Flavia Novera (org.) **A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada**. Atas da Conferência Internacional. Disponível em: https://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/A_protecao_dos_DH_face-a-criminal_eco_gl_vELETR_comp.pdf.

DEMARCHI, Clovis. Crise do estado e da democracia no contexto da globalização. **Revista Jurídicas**, Manizales, Colômbia, 16 (2), 2019. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16\(2\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16(2)_3.pdf).

DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no Contexto Transnacional**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

FREITAS, Pedro Miguel. Terrorismo, migração e multiculturalismo: vértices de um desafio global aos Direitos Humanos. In. MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Debate luso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GIDDENS, Antony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

IANNI, Octávio. **A Sociedade Global**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

IBGE. Memória IBGE. Disponível em: <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/historicos-dos-censos/panorama-introdutorio.html>

MONDIM, Carla. O fenômeno das migrações e a sua relação com o respeito pelos direitos humanos: o tráfico de seres humanos. In. MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Debate luso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTE, Mario João Ferreira. Um levado nível de segurança: Objectivo do tratado de Lisboa para a união europeia ou o “Pesadelo” de Arcádia?. In. SILVEIRA, Alessandra (Coord.) **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Juris, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES. **Relatório de Migração Mundial**. 2020. Disponível em: <https://brazil.iom.int/oim-no-brasil>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES. **Sobre a Organização**. Disponível em: <https://brazil.iom.int/oim-no-brasil>.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REVEL, Jean-François. **Obsessão Antiamericana**. Tradução de Victor Antunes. Lisboa: Bertrand Editora, 2002.

SANTOS, Fabiano. PATRÍCIO, Inês. Moeda e Poder Legislativo no Brasil: prestação de contas de bancos centrais no presidencialismo de coalizão. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 17, n. 49. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v17n49/a07v1749.pdf>.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.[

WATERS, Malcolm. **Globalização**. Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999.