

Ativismo Judicial Brasileiro: quando o exemplo vem do Sul Global

Danilo Augusto Kanthack PACCINI¹
Carolina Yukari Veludo WATANABE²

Resumo: O ativismo judicial no mundo contemporâneo é uma tendência. Assume grande relevância no cenário nacional em razão do descrédito no processo político em geral e o protagonismo experimentado pelo Judiciário em detrimento dos demais poderes constituídos. O trabalho apresentado, utilizando da revisão bibliográfica, tem o objetivo analisar a forma como o ativismo judicial é abordado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil e comparar com a atuação da Corte Constitucional Colombiana (CCC), a fim de verificar a viabilidade de inclusão desta perspectiva latina na interpretação constitucional pátria. Para tanto esclarece suas origens do ativismo judicial, evolução histórica, significado, diferencia abordagens de termos correlatos e, ao final, conclui que o exemplo do sul global é próximo da realidade social e constitucional brasileira e que o julgamento da ADPF 347, que aponta as mazelas do sistema carcerário brasileiro, é uma grande oportunidade para abertura do Pretório Excelso para uma verdadeira ecologia de saberes.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial Brasileiro. Ativismo Judicial Colombiano. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Dialógico. Direitos Humanos.

Abstract: Judicial activism is a trend in the contemporary world. It has become highly relevant on the national scene due to the lack of faith in the political process in general and the protagonism of the Judiciary in detriment to the other constituted powers. This study, with bibliographic review, aims to analyze the manner in which judicial activism is addressed by the Federal Supreme Court (STF) in Brazil and compare it with the role of the Colombian Constitutional Court (CCC), in order to ascertain the feasibility of including this

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Acadêmico do Mestrado Profissional em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça da Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Especialista em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO).
e-mail: danilopaccini@gmail.com

² Docente na Universidade Federal de Rondônia. Pós-doutoranda em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV). Doutora em Ciência de Computação e Matemática Computacional pela Universidade de São Paulo (ICMC-USP).
e-mail: carolina@unir.br

Latin perspective in Brazilian constitutional interpretation. To this end, the paper clarifies its origins from judicial activism, historical evolution, meaning, and different approaches to correlated terms before concluding that the example of the global south is close to Brazilian social and constitutional reality, and that the ADPF 347 decision, which identifies the flaws of the Brazilian prison system, is a great opportunity to open up the Federal Supreme Court to a true ecology of knowledge.

Keywords: Brazilian Judicial Activism. Colombian Judicial Activism. Federal Supreme Court. Dialogic Activism. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Ativismo judicial é uma terminologia utilizada para analisar tanto as instituições como os agentes judiciais diante das democracias consideradas contemporâneas.

Atualmente o tema ganha relevância com o descrédito no processo político em geral, que fez com que o Judiciário no Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, assumisse um papel de protagonismo no cenário social, respondendo inquietações da população, ante a inércia e abusos dos outros poderes. Essa postura, embora receba rasgados elogios, atrai também pesadas críticas da doutrina e da imprensa (FARIA, 2017), em especial a alegação de que a atuação do Pretório Excelso estaria exorbitando suas funções e ganhando espaço que pertenceria ao poder político, tanto o Executivo quanto o Legislativo.

E é em razão dessas críticas que é analisado o ativismo judicial aplicado pela Corte Constitucional Colombiana, verificando a compatibilidade da interpretação alienígena pelo Judiciário do Brasil.

Dessa maneira, o objetivo deste trabalho foi comparar formas distintas de ativismo judicial, realizadas por países diversos, mas com características sociais semelhantes. Para isso, são apresentados (i) o ativismo brasileiro, que tem como fundamento o padrão jurídico euroamericano e (ii) o concebido pela Corte Constitucional Colombiana, caracterizado por ser dialógico, participativo e mais afeto à realidade latina.

Como metodologia, o trabalho foi desenvolvido por meio de levantamento bibliográfico, e está estruturado em cinco seções. A primeira foi a introdução, onde foram apresentados os objetivos de pesquisa bem como a contextualização do problema de necessidade de estudo do ativismo judicial. A

segunda esclarece, sucintamente, as origens do ativismo na América e Europa e aborda a divisão do mundo em Norte e Sul global; insere o tema no Brasil, conceituando-o e diferenciando-o de termo correlato. A terceira seção aborda os marcos do ativismo no Supremo Tribunal Federal (STF). Na penúltima é apresentado o ativismo judicial dialógico colombiano como exemplo para o sul global, principalmente para o Brasil. Na derradeira seção são apresentadas as considerações finais do estudo.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Origem e contextualização

A ideia de ativismo judicial tem embrião nos Estados Unidos, mais especificamente na decisão *Lochner X NewYork*, de 1905, oportunidade em que a Suprema Corte Americana, a partir do controle difuso de constitucionalidade, acolheu o argumento de que o princípio de liberdade contratual estava implícito na concepção de devido processo legal (*due process of law*), declarando inconstitucional uma lei do estado de Nova York que limitou a 10 horas diárias e 60 horas semanais o trabalho dos padeiros (TEIXEIRA, 2012).

Contudo, o termo “judicial activism” só entrou no vocabulário americano com o trabalho do historiador Arthur Schlesinger Jr, em artigo publicado na revista *Fortune*, com o tema “The Spreme Court: 1947”, referindo-se à possibilidade de o judiciário protagonizar função afirmativa na ascensão do bem-estar social (TEIXEIRA, 2012).

Na Europa a questão tomou corpo nos movimentos surgidos a partir da segunda guerra mundial, iniciando-se pela Alemanha e Itália. Nos dois países, guardadas as diferenças culturais e de relacionamento entre os poderes, o

ativismo judicial teve como fundamento a supremacia da constituição e de seus valores sobre as ações e omissões públicas, em sentido lato (TEIXEIRA, 2012).

Na América Latina o desenvolvimento de uma teoria sobre o ativismo judicial só foi possível após a transição democrática, que teve início na década de 80, e o surgimento do constitucionalismo, quando direitos fundamentais passaram a ser assegurados pelas constituições outorgadas nos países das Américas do Sul e Central, como ocorreu no Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988). A Constituição da Colômbia foi promulgada na década seguinte, em 1991, assim como as Cartas Políticas do Paraguai (1992), Peru (1993) e Equador (1996) (MELO, 2010).

A doutrina classifica esta última fase de transição democrática na América do Sul como “constitucionalismo avançado”, incluindo nesta categoria os países que permitiram a atualização constante de suas constituições, seja por meio de emendas ou reformas significativas, o que inclui o Brasil (MELO, 2010).

O Constitucionalismo latino-americano tem como característica dois pontos fundamentais: a) a extensão do catálogo de direitos humanos e fundamentais consagrados em suas constituições; e b) a inclusão de novas garantias e instituições responsáveis pelo controle administrativo e jurisdicional, a fim de afiançar o exercício efetivo dos direitos e garantias declarados pelas leis maiores (LIMA, 2015), o que contrasta com as constituições originárias da *common law* (Estados Unidos e Europa), caracterizadas pela brevidade do texto constitucional, a existência de cláusulas gerais, a consagração de direitos fundamentais civis e políticos e o fato de que a interpretação é aberta às Cortes Supremas e Parlamentos, conforme o caso, que têm papel na definição dos valores da sociedade (BARROSO, 2017).

Quanto à Colômbia e o Brasil, os países que nos interessam no estudo, o ativismo judicial foi percebido no final da década de 90 e início do século, respectivamente (BRASIL, 2006; LIMA, 2015).

Esclarecido marco legal do ativismo judicial nos Estados Unidos, Velho Mundo e na América Latina, parece relevante, ainda que sucinta e empiricamente, esclarecer o que se entende pela divisão do mundo em norte e sul global.

A separação do mundo em eixos considera dois aspectos distintos.

O primeiro, e mais antigo, leva em conta a perspectiva geográfica, socioeconômica e política, colocando de um lado os países do Norte (desenvolvidos) e do outro os do Sul (subdesenvolvidos ou em desenvolvimento), divididos por uma linha imaginária.

A segunda divisão tem como fundamento a lógica do colonialismo e a natureza hierárquica das relações Norte-Sul, inclusive acerca do conhecimento científico, relatada por Santos (2008) como “colonialidade do poder”.

Essa subalterização de conhecimentos, saberes e de interpretação de mundo é presente na atualidade e encontra amplificação nos processos de globalização. É por este motivo que o obstáculo da pós-colonialidade depende de uma correção de conceitos pré-concebidos como hegemônicos e acabados. A relação hierarquizada entre Norte e Sul global, mantida pela lógica do colonialismo, só poderá ser alterada com a revisitação do passado, da cultura e do conhecimento de sociedades relegadas ao esquecimento, de forma a repensar o futuro por outro prisma que não seja o raciocínio do Norte global (SANTOS, 2008).

2.2 Conceito: judicialização da política x ativismo judicial

O primeiro ponto para se entender o significado de ativismo judicial é, ainda que rapidamente, diferenciá-lo de judicialização da política. A diferenciação é necessária em razão da proximidade coloquial dos dois temas.

Resumidamente, considera-se a judicialização da política o fato de questões de grande repercussão social ou política serem decididas não pelas instâncias políticas ordinárias, Legislativo e Executivo, mas sim pelo Poder Judiciário. É uma circunstância que tem como causa o modelo constitucional eleito, mas seu exercício não pode ser considerado decorrência da vontade política do julgador. A decisão judicial é tomada sem extrapolar os limites de suas atribuições, sem se imiscuir nas prerrogativas funcionais dos outros Poderes (BARROSO, 2009).

Em meados da década de 90, Tate e Vallinder (1997, p. 13) já apresentavam o conceito de judicialização da política: “Quando falamos de uma expansão global do poder judicial, referimo-nos a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos”.

Carvalho (2004), por sua vez, aponta em sua obra seis requisitos para o aparecimento e estabilização do fenômeno: a) a adoção pelo Estado de um sistema político democrático; b) separação dos poderes; c) efetivos direitos políticos, d) tribunais utilizados por grupos de interesses; e) uso dos mesmos tribunais pela oposição; e) a ausência de efetividade das instituições majoritárias.

Percebe-se, pois, que a judicialização é reflexo de um Estado que possui uma constituição democrática e de um Poder Judiciário com interesse em fazê-la valer em sua inteireza, a partir da concretização de direitos fundamentais. Efetivamente, a judicialização não se dá apenas em questões polêmicas, mas, o

que é controverso gera maior interesse tanto na mídia como na população em geral (CARVALHO, 2004).

O ativismo judicial, por outro lado, surge a partir do controle misto de constitucionalidade (difuso e coletivo) de leis, em sentido amplo, e atos de governo. É caracterizado no processo democrático pela ascensão dos direitos fundamentais e direitos humanos, inicialmente pelos direitos civis e políticos e, especialmente e com mais intensidade, pelos universais, de 4ª Geração (PIOVESAN, 2017).

Segundo Barroso (2009), o ativismo judicial se diferencia da judicialização pelo fato de se tratar de uma atitude do julgador, conforme disposto a seguir:

[...] 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.

Valendo-se de uma posição normativa inerte, o ativismo judicial deve ser avaliado segundo a regularidade com que o Tribunal ou Magistrado revê ordens (em sentido lato) e omissões dos demais poderes constituídos, especialmente o Legislativo, ou seja, a frequência com que os julgadores retiram a decisão do controle dos eleitores (SUNSTEIN, 2005).

Assim, enquanto a judicialização da política tem como consequência a atuação judicial decidindo quem tem o melhor direito numa situação polêmica, o ativismo judicial está ligado a uma atividade judicial mais aberta e vigorosa na análise de postulados constitucionais, com interferência direta na atuação dos demais poderes.

Podem ser consideradas condutas ativistas:

- (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, 2009, p. 22).

Por serem decisões mais carregadas de princípios, além de maiores dificuldades práticas e teóricas, a deliberação ativista assume um comportamento refletido do Poder Judiciário, de avanço, que deixa de lado o discurso jurídico para avançar sobre o social (SÁ E BONFIM, 2015).

3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

É importante compreender que o termo pode representar múltiplas compreensões, como por exemplo, programa de decisões judiciais, comportamento dos magistrados, tendências das decisões judiciais, entre outras possibilidades (KOERNER, 2013). Essa temática passou a ser mais utilizada a partir do processo de redemocratização do Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da reformulação de competências ao Supremo Tribunal Federal (STF), conforme o entendimento de Vieira (2009).

O término da segunda guerra mundial exigiu do mundo uma redefinição de Estado e de instituições. O próprio direito constitucional foi redescoberto, considerando a proliferação de novas constituições promulgadas, que assumiram a centralidade no lugar das leis. Junto com a mudança de valor normativo verificou-se inevitável alteração institucional, com a criação de tribunais internacionais e, especialmente, tribunais constitucionais, o que importou em paulatino avanço do Judiciário e o desenvolvimento do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2015).

O redescobrimto do direito constitucional, como a assunção de sua posição de superioridade em relação às leis e a mudança de valor normativo,

foram também indispensáveis para influenciar políticas públicas essenciais para a construção do Estado Constitucional moderno, responsável pela evolução dos direitos humanos no final dos séculos XIX e XX. A própria reforma do judiciário brasileiro tem assento na própria redefinição de Estado e instituições (HESS, 2011).

O Estado Constitucional é marcado pela submissão deste ao direito, já que a finalidade precípua do Estado de Direito é a limitação do poder do Estado e o reconhecimento da intangibilidade dos sujeitos privados. Ainda em meados do século XIX é entregue ao Estado a tarefa de garantir a igualdade entre os indivíduos, sendo que para alcançar esse ônus é preciso intervir nos pontos mais sensíveis da sociedade, na ordem econômica e social, a fim de auxiliar os mais necessitados. Assim, o eixo da preocupação do Governo desloca-se do postulado da liberdade para o da igualdade (DI PIETRO, 1998, p. 127).

De acordo com Comparato (2010), a mudança de prioridades estatal continua, historicamente, com o progressivo aumento dos pactos internacionais para a proteção de direitos humanos e de acesso à justiça, influenciados pelo neoconstitucionalismo (BARROSO, 2015).

O reconhecimento da submissão do Estado às leis confere legitimidade à ideia de interdisciplinaridade entre a Ciência do Direito e a Ciência Política. No Brasil, a imbricação referida fica evidenciada, no primeiro caso, no disposto no art. 37, §7º, da Constituição Federal, o qual aponta parâmetros constitucionais para que o Judiciário proceda ao controle de legalidade, moralidade e eficiência das políticas públicas adotadas pelos Executivo e Legislativo. A Ciência Política, por sua vez, reforça a fundamentação do poder discricionário e da legitimidade dos agentes políticos na escolha das políticas públicas (HESS, 2011).

Essa situação coloca a função jurisdicional em constante contrapeso às atividades de governo do executivo e legisferante das assembleias.

A intervenção judicial, no exame interdisciplinar das ciências do direito e política, sempre se dá em contraposição aos outros poderes do Estado. Até a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e as reformas do estado dela decorrentes, a ineficiência da função jurisdicional não permitia que o Judiciário assumisse função de protagonista no controle de políticas públicas adotadas pelos demais poderes (HESS, 2011). Essa ineficiência é caracterizada pela demora excessiva das decisões judiciais e na burocratização de seus procedimentos.

O relevo desse fato histórico para o Judiciário foi a legitimação da intervenção que passa a ser realizada na forma do “ativismo judicial”. Os objetivos do Estado Democrático de Direito, introduzidos na administração pública (art. 1º, caput, e art. 3º da Constituição Federal), não permitem que as políticas públicas sejam afastadas da análise judicial. Isso se dá pelo fato de seus princípios e finalidades estarem ordenados na Carta da República, influenciados pela ascensão dos direitos fundamentais e direitos humanos, inicialmente pelos direitos civis e políticos e, especialmente e com mais intensidade, pelos universais, de 4ª Geração (PIOVESAN, 2017).

No Brasil, embora marcado desde o período republicano pela existência de demandas sociais, foi a Constituição da República de 1988 que reconheceu aos cidadãos nacionais uma gama de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, fortaleceu o Judiciário e instituições como o Ministério Público e Defensoria Pública, abrindo espaço para o início do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal (VIEIRA, 2009).

Na ciência política brasileira, as pesquisas sobre o STF tiveram início nos anos 1990, mas as ideias sobre a judicialização não encontraram, de início,

campo fértil na corte. De modo geral, os Ministros se mostravam restritivos e seletivos em relação aos poderes que lhes foram atribuídos pela Constituição. Por este motivo, a definição do STF como ativista dependeu de oxigenação de seus componentes (KRONER, 2013), o que só foi observado pela ciência política a partir da reforma do Judiciário, com a Emenda nº 45/04, e com alteração da composição do Pretório Excelso havida no primeiro mandado do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, entre 2003 e 2006 (VIEIRA, 2009).

Feitas essas considerações, é relevante apontar alguns casos que demonstrem o ativismo judicial realizado pela Corte Suprema brasileira.

3.1 Marcos do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal (STF)

Salvo melhor juízo, o primeiro exemplo de ativismo do STF foi verificado na declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/90 - Crimes Hediondos, que previa o regime integralmente fechado de pena (BRASIL, 2006). A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento a violação à garantia fundamental de individualização da pena, que violaria o disposto rol de garantias fundamentais do art. 5º da Carta Magna brasileira.

Outro julgado ativista do STF foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, sobre a lei de biossegurança, que regularizou o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas e terapias. Para declarar constitucional a norma, o STF fez um amplo debate sobre várias áreas do conhecimento (início da vida, formação, destino e descarte de embriões, etc), de forma a compatibilizar sua decisão com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX, Constituição Federal), o direito à saúde (art. 6º, Constituição Federal), o dever do Estado de promover políticas

públicas que promovam a saúde (art. 196, Constituição Federal). (BRASIL, 2008).

Também merece destaque a decisão na ADPF nº 54, sobre o aborto de feto anencéfalo, onde o STF entendeu que a ele, a partir do exercício do controle de constitucionalidade, e não ao congresso regular o tema (BRASIL, 2012).

A decisão sobre a fidelidade partidária é outro exemplo de ativismo do STF, que aplicou a constituição em caso não expressamente contemplado em seu texto, sem se preocupar com a posição do legislador ordinário, declarando que o mandato pertence ao partido político e não ao candidato e trazendo uma nova circunstância de perda do mandato, sem previsão constitucional (BARROSO, 2008).

Ao ativismo realizado pelo STF são feitas inúmeras críticas. Como se percebe das decisões acima, a mais incisiva delas é a a usurpação de funções típicas dos outros dois poderes da república (Executivo e Legislativo). De qualquer sorte, em resumo, as principais censuras realizadas pela doutrina são: a) ausência de legitimidade democrática dos membros do Judiciário; b) o risco de politização da justiça; c) incapacidade institucional do Poder Judiciário lidar com temas tão complexos (BARROSO, 2009). Indiscutivelmente, é necessário comedimento, bom-senso e consciência do judiciário nos limites de sua atuação, caso contrário corre-se o risco de sua transformação em um Poder atrofiado, idealizador, inclusive de políticas públicas.

Pela análise dos exemplos acima, percebe-se que o ativismo do STF, malgrado, tenha como finalidade de defender minorias nem sempre devidamente representadas no parlamento, é realizado de forma pontual, a partir do caso em concreto, sempre por meio do exercício do controle de constitucionalidade. O que evidencia que o pensamento jurídico nacional,

especialmente o debate constitucional, tem grande influência euroamericana, marcadamente das doutrinas alemã e americana (VIEIRA E BEZERRA, 2015).

É possível observar que o ativismo judicial brasileiro possui forte influência do norte global, em detrimento, inclusive, de práticas latino-americanas, uma referência ao pós-colonialismo e a lógica da colonialidade. E nesse contexto, as práticas que serviriam de modelo e de direção, inclusive no que diz respeito à interpretação das normas, são euroamericanas, já que para os estudiosos a América do Sul não haveria um modelo suficiente para ser copiado ou mesmo adaptado (ASSIS, 2015).

É com a intenção de relativizar a concepção de hierarquização do conhecimento existente entre o Norte e o Sul global que o trabalho traz a discussão o exemplo de ativismo judicial colombiano, mais consentâneo com a realidade constitucional brasileira, o qual é apresentado na próxima seção.

4 A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: EXEMPLO DE ATIVISMO DO SUL GLOBAL

Na esteira de outros países que integram o Sul Global, como África do Sul e Índia, a Colômbia tem se apresentado como expoente do ativismo judicial, não apenas pela quantidade de demandas, mas, especialmente, pela forma como tem focado seus esforços. Garavito e Franco (2010) citam como exemplo de ativismo para o mundo, o acórdão T-025/04 da Corte Constitucional Colombiana (CCC). O caso trata da situação dos desalojados, migrantes internos do país, chamados “despazados”, que foram obrigados a deixar seus lares em razão de conflitos armados envolvendo narcotraficantes, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e o Governo local, buscando abrigo em outros lugares do estado.

Na T-025, assim como já havia ocorrido em outras oportunidades, a CCC reconheceu a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, teoria desenvolvida pela própria Corte Suprema (COUTO, 2018). Essa teoria consiste no reconhecimento de violação massiva, generalizada e estrutural de qualquer um dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais garantidos pela Constituição Colombiana de uma determinada coletividade considerada vulnerável, de forma que a decisão provoca todos os órgãos responsáveis pela situação a assumirem um compromisso real de dar fim ao problema (LIMA, 2015).

Entretanto, a grande mudança conceitual realizada pela CCC foi o desenvolvimento de uma nova forma de ativismo judicial, designado de dialógica (COUTO, 2018), onde a Corte tem como função primordial manter a coordenação do processo de mudança oficial, a partir da determinação de ordens de “desbloqueio” da burocracia estatal e de um processo de acompanhamento das medidas adotadas pelo poder público (LIMA, 2015).

Em contrapartida, é possível concluir que a concepção Colombiana de intervenção judicial acabou por esvaziar, mas não eliminar por completo, as críticas mais agudas sobre o ativismo, que é a usurpação judicial dos poderes do legislativo e executivo, pois no modelo clássico, que chamamos de monológico (em contraposição ao termo dialógico), exercido no Brasil, é caracterizado pela imposição dos meios de solução dos problemas em caráter impositivo, os meios para a solução do problema de forma a substituir por completo a atividade dos outros poderes.

Um exemplo é o voto, vencido, do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510) sobre a lei de biossegurança, que regularizou o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas e terapias. Em sua decisão, o Ministro declarou a inconstitucionalidade sem redução de texto de diversas expressões constantes

da norma, detalhando procedimentos que deveriam ser adotados em relação aos embriões, genitores e até mesmo determinando que as instituições de pesquisa que realizassem terapias com células-tronco deveriam providenciar o cadastro prévio dos projetos junto ao Ministério da Saúde, mesmo sem regulamentação legal sobre o tema e manifestação dos poderes executivo e legislativo sobre a questão (BRASIL, 2010).

Fica claro que a CCC optou, em vez de proferir decisões contendo ordens detalhadas sobre como os órgãos devem agir, estabelecer mecanismos desbloqueadores da burocracia estatal, apontar o caminho para a coordenação do planejamento e execução das políticas públicas, construir ambientes de deliberação participativa, além de estabelecer prazos para a conclusão dos planos e avançar na proteção dos direitos. E, o mais relevante é que demonstra o grau forte do ativismo judicial Colombiano, a Corte manteve a sua jurisdição sobre o caso para impulsionar o cumprimento de suas ordens, proferindo várias decisões, realizando audiências e mantendo próximo o diálogo com todos os órgãos envolvidos (GRAVITO E FRANCO, 2010).

Assim, o diálogo institucional é uma das lições mais importantes a ser extraída do modelo Colombiano de Estado de Coisas Inconstitucional, pois permite evidenciar o papel de cada um dos poderes no problema e na busca por soluções, de forma que cada um assuma as suas responsabilidades e, dentro de suas esferas de competências, busquem soluções e efetiva implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais violados (LIMA, 2015).

Embora não tenhamos encontrado nenhuma relação apontada pela doutrina ou pela academia, podemos dizer ainda que de passagem, pois o tema embora extremamente não tem espaço para ser tratado como merece neste artigo, que observamos que o modelo colombiano de ativismo judicial encontra relação com as ideias da teoria da ação comunicativa de Habermas.

Sobre o pensamento Habermasiano (HABERMAS, 1984), interessante é a lição de Bitar (2005):

(...) A formação discursiva da vontade é questão central da discussão habermasiana, que vem claramente influenciada pelo pressuposto extraído do jogo democrático, segundo os quais os atores e participantes atuam conforme pautas e procedimentos previamente constituídos para a garantia do exercício do direito à voz e à participação.

É aí que a inspiração de Habermas se dá para apresentar uma proposta de entendimento da cultura do direito. Diferentemente do princípio moral, que opera orientando o processo interno de determinação do conteúdo argumentativo de cada fala, o princípio da democracia serve como parâmetro para a “a institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Tanto a teoria da ação comunicativa de Habermas como a prática judicial colombiana estão ancoradas numa mesma racionalidade prática, que tem como fundamento a tomada de decisões a partir de um processo inclusivo e participativo. Por este motivo, as ideias do filósofo podem ser compreendidas no ativismo dialógico colombiano.

5. VIZINHOS, MAS DISTINTOS: DIFERENÇAS DO ATIVISMO BRASILEIRO E COLOMBIANO

Como mencionado anteriormente, o STF brasileiro tem seu posicionamento jurídico marcado por forte influência euroamericana, com seu ativismo judicial desenvolvido a partir do exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

Como cediço, no “Norte Global”, as cortes constitucionais são marcadas pela proteção de direitos de primeira dimensão, notadamente direitos de liberdade e políticos, ao passo que o “sul global”, essencialmente em razão das vastas listas de direitos sociais contempladas por suas Constituições, têm suas

atenções voltadas para os direitos chamados de 2ª dimensão (LAGE E BRUGGER, 2017).

No caso do Brasil, pelos exemplos de ativismo protagonizados pelo do STF, fica clara a conclusão de que o Pretório Excelso é influenciado pelo norte global, já que todos evidenciam estreita relação com direitos de liberdade ou direitos políticos.

O posicionamento euroamericano é posto mesmo considerando que nossa realidade constitucional é muito mais próxima dos países do Sul Global. Nossa Constituição tem como característica a extensão com que os direitos econômicos sociais e culturais foram garantidos aos cidadãos, com a finalidade de equalizar as distorções e injustiças sociais. A elaboração de um sistema de proteção voltado para a parcela da população que se mostra em situação de maior vulnerabilidade é característica de países em desenvolvimento (DUARTE, 2003).

Pensando a partir do exemplo de ativismo colombiano, nossas semelhanças com o país vizinho não param na previsão de uma grande lista de direitos sociais e na proximidade geográfica, mas é sublinhada pela tendência de negligência do constitucionalismo no que se refere à defesa desses mesmos direitos, além do alto nível de desigualdade social e inúmeras dificuldades de representação política (VIEIRA E BEZERRA, 2015).

Malgrado, a identidade existente entre os países latinos, seja quanto a estrutura constitucional ou no que se refere à negligência em relação à proteção dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DESC), é destacada a opção do Brasil em adotar, no plano constitucional, referências estrangeiras, sem correspondência com nosso arcabouço normativo e realidades sociais regionais, o que, segundo Barroso (2009), nos tem levado a assimilação pela

jurisprudência constitucional de doutrina “dos outros”, implicando na inaptidão para avaliar a realidade local.

Isso mostra que a linha divisória entre o Novo e o Velho mundo continua a existir. A hegemonia do Norte continua facilmente perceptível no direito brasileiro, tanto pela adoção desmedida de ideias e postulados, como pela relutância em se abrir para seus confrades do Sul Global.

Existe, contudo, uma esperança para a mudança do ativismo no Brasil, representada pela ADPF 347, em tramitação no STF. A ação de descumprimento de preceito fundamental é movida pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) e tem como objeto o reconhecimento de violação sistemática a direitos fundamentais da população carcerária no país e requer seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional (BRASIL, 2015).

Até o momento, o plenário do Pretório Excelso apreciou, em 2015, o pedido liminar da ação. Embora não tenha decidido o mérito, *obter dictum*, enfrentou a questão envolvendo a situação de Estado de Coisas Inconstitucional alegada e deferiu dois dos pleitos cautelares, determinando a regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do procedimento de audiência de custódia, bem como o descongestionamento do Fundo Penitenciário Nacional (BRASIL, 2015).

A decisão sobre o tema, necessariamente, no caso de procedência do pedido, importará em hipótese de ativismo judicial pelo STF. Por se tratar de medida que tem como finalidade o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário, é evidente que os precedentes da Corte Constitucional Colombiana serão analisados, entre eles o exemplo mais forte de ativismo da CCC, o dialógico, havido julgamento do Acórdão da T-025.

Desta forma, o julgamento da ADPF 347 pode ser um divisor de águas no ativismo judicial brasileiro, permitindo, ao mesmo tempo, a abertura para o conhecimento dos nossos irmãos latinos e compatibilizar o ativismo judicial nacional a partir do direito comparado de países com um arcabouço jurídico mais próximo do nosso. Dessa maneira, poderíamos resistir epistemológica e juridicamente, de forma a fortalecer uma genuína ecologia de saberes, coadunado com o pensamento de Santos (2007).

Desta feita, é possível sintetizar as diferenças do ativismo brasileiro e colombiano. Para isso, definimos sete características as quais estão descritas a seguir.

Inicialmente quanto à *influência na formação*, a brasileira tem sua atuação marcada pela ascendência euroamericana – Norte Global, ao passo que a Colômbia, embora como todas as formas de ativismo conhecidas tenha como ponto de partida a experiência americana, desenvolveu uma forma própria de ativismo, mas compatível com a extensão de direitos sociais garantidos por sua Constituição.

A segunda, refere-se ao *fundamento*. No Brasil o ativismo judicial é construído a partir do exercício do controle de constitucionalidade difuso e coletivo, quando na Colômbia se dá com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais, muito mais amplo e complexo.

Podemos dizer que a terceira diferença repousa no *tipo de direitos fundamentais tutelados*, no Brasil, por enquanto, a jurisdição tem amparado direitos civis e políticos, enquanto o ativismo colombiano tem como objeto direitos econômicos sociais e culturais.

A quarta diz respeito à *natureza da decisão*, a qual categorizamos em monológica e dialógica. O ativismo judicial brasileiro é constituído essencialmente por decisões monológicas, impondo os meios de solução do

problema, em manifesta substituição às típicas dos outros poderes. O ativismo desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, por sua vez, é dialógico, permitindo, ao menos no cumprimento da ordem, a tomada de decisões a partir de um processo inclusivo e participativo.

A quinta diferença aparece no *acompanhamento do cumprimento da decisão*, enquanto no Brasil o STF não mantém a jurisdição após o trânsito em julgado de seu acórdãos, a Corte Constitucional Colombiana marca o seu ativismo justamente por manter sua jurisdição nesta fase, permitindo o controle e coordenação do cumprimento do plano de ação delineado órgãos responsáveis pelo problema e sociedade civil organizada, o que faz com a realização de audiências públicas e proferindo decisões de cobrança.

É possível afirmar que a sexta dessemelhança é *quanto à participação popular no acompanhamento da decisão*. No Brasil a participação popular inexistente. Já na Colômbia, além dos órgãos responsáveis pela solução do problema, a sociedade civil organizada é incentivada a participar da fiscalização do cumprimento da ordem da Corte.

A derradeira diferença tem em conta as *críticas* que são feitas às duas formas de ativismo, tanto a brasileira quanto a colombiana são criticadas pela interferência nas atividades típicas do executivo e legislativo, contudo, na última, é amenizada pela forma participativa que conduz a fase de cumprimento de suas decisões.

No Quadro 1 estão apresentadas as diferenças considerando as características definidas, sintetizando o que foi apresentado e discutido neste trabalho.

Quadro 1. Quadro síntese com as características do ativismo brasileiro e do colombiano

Características	Ativismo Brasileiro	Ativismo Colombiano
Influência	Euroamericana	Inicialmente euroamericana, mas desenvolveu uma concepção própria de

Características	Ativismo Brasileiro	Ativismo Colombiano
		ativismo judicial, compatível com a extensão de direitos humanos e fundamentais garantidos por sua constituição.
Fundamento	Controle de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, em sentido amplo	Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional
Quanto aos direitos fundamentais tutelados prioritariamente	Civis e Políticos	Econômicos, sociais e culturais
Quanto à natureza da decisão	Monológica	Dialógica
Quanto ao acompanhamento do cumprimento da ordem	Não mantêm a jurisdição na fase de cumprimento da decisão	Mantêm a jurisdição na fase de cumprimento, controlando o plano de ação e de execução das medidas adotadas pelos responsáveis pela solução da questão, realizando audiências públicas e proferindo decisões de cobrança
Quanto à participação popular no acompanhamento	Inexistente	Incentiva e coordena a participação dos órgãos responsáveis pela solução da questão, organismos nacionais e internacionais representantes da sociedade civil
Críticas	Interferência sobre os poderes legislativo e executivo	Interferência sobre os poderes legislativo e executivo, amenizada pela forma participativa que conduz a fase de cumprimento da decisão

Fonte: Elaborado pelos autores a partir dos resultados da pesquisa

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O descrédito no processo político é um fator de ampliação da relevância sobre a discussão acerca do ativismo judicial na atualidade. O protagonismo assumido pelo Judiciário no Brasil ao mesmo tempo que é exaltado, por responder a inquietações das minorias, recebe também pesadas críticas da doutrina e da imprensa (FARIA, 2017), especialmente em razão de acabar por assumir funções típicas dos poderes executivo e legislativo, exorbitando aquelas que lhe são próprias.

O trabalho apresentado tinha como objetivo comparar o ativismo judicial desenvolvido pelo Brasil e Colômbia, que possuem abordagens distintas. O primeiro ancorado numa posição jurídica euroamericana, realizado a partir do exercício do controle de constitucionalidade, ao passo que o segundo foi desenvolvido localmente, tendo como fundamento o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais e considera as características específicas da Constituição do seu país. A questão a ser respondida é se o tratamento dado pelo ativismo Colombiano pode ser incorporado pelo Judiciário Brasileiro.

Para se chegar a uma conclusão foi verificada, ainda que sucintamente, a origem do ativismo judicial, nos Estados Unidos e o seu desenvolvimento na Europa e América Latina; as características do constitucionalismo nos dois continentes, bem como o que se entende pela divisão de mundo em norte e sul global. O passo seguinte foi compreender o seu conceito e estabelecer a diferenciação pertinente em relação ao que se entende por judicialização da política.

Foi então inserido o tema no Brasil, identificada sua gênese no país, os fundamentos de sua aplicação, bem como apresentados os marcos do ativismo judicial no STF e as críticas que lhe são feitas. A análise dos julgamentos

evidencia que o ativismo do Supremo Tribunal Federal é realizado de forma pontual e a partir do exercício do controle de constitucionalidade, tendo forte influência euroamericana, uma referência ao pós-colonialismo e a lógica da colonialidade, caracterizado pela imposição de sua vontade sobre os dois outros poderes constituídos.

O ativismo judicial colombiano vem mostrar que o sul global tem um exemplo de ativismo que pode, se não eliminar, ao menos amenizar as críticas que são feitas ao ativismo brasileiro, considerando que na Colômbia seu exercício tem como fundamento a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, muito mais amplo que a declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade, e o desenvolvimento do ativismo judicial dialógico, com a participação dos outros poderes e da sociedade civil, fundado na tomada de decisões a partir de um processo inclusivo e participativo.

Pelo que foi apresentado, especialmente considerando que a base constitucional brasileira é muito mais compatível à realidade colombiana do que ao constitucionalismo experimentado pelos Estados Unidos ou Europa, é possível concluir que o ativismo judicial dialógico da Corte Constitucional Colombiana pode ser incorporado pelo STF, permitindo vivenciar a lição de Santos (2007) ao fortalecer uma genuína ecologia de saberes.

Ademais, existe atualmente um veículo que pode trazer definitivamente a questão para a terra *brasilis*, o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que tem como objeto o reconhecimento de violação sistemática a direitos fundamentais da população carcerária no país. Nela, mesmo que em sede de cognição sumária, a questão envolvendo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais foi abordado pelo Pretório Excelso.

Por fim, é importante reconhecer a limitação do presente trabalho, especialmente considerando a necessidade de aprofundamento sobre a discussão acerca do ativismo colombiano, suas dificuldades e deficiências, bem como acerca da compatibilização do pensamento habermasiano e a base do ativismo judicial dialógico, pontos que, em razão da relevância e complexidade, podem ser abordados em trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Wendell Ficher Teixeira. Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo. *Caderno CRH*, v. 27, n. 72, 2015. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madri, n.13, 2009. Disponível em:<www.cnj.jus.br>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. A discussão do conceito de direito: uma reavaliação a partir do pensamento habermasiano. *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, v. 81, p. 797, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo afasta a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos**. 2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos**. 2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF libera pesquisas com células-tronco**. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto, DJe n 96, de 27/05/2010 com publicação 28/05/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez**. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário**. 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018. Disponível em: <repositorio.ufba.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Defesa do Cidadão e da Res Publica. In: **Revista do Serviço Público**. Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Ano 49, n. 2, Brasília: ENAP, 1998.

DUARTE, Clarice Seixas. **O Direito Público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Supremo e o Ativismo Judicial**. Disponível em: <www.opinio.estado.com.br>. Acesso em: 31 de outubro de 2018.

GRAVITO, César Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y cambio social: cómola Corte Constitucional transformóel desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. Disponível em: <www.dejusticia.org>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

HABERMAS, Jurgen. The theory of communicative action, volume I. **Boston: Beacon**, 1984.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, 2011. Disponível em:<www.jfrj.jus.br>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n.96, 2013. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2018.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v.2, n.5, 2017. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional-EI: apenas uma nova onda do verão constitucional?. **Direitos Fundamentais**, v. 2, 2015. Disponível em: <direitosfundamentais.net>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. **Revista da anistia política e justiça de transição**, p. 140-155, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, 2015. Disponível em:<www.publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias do Sul. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 80, p. 5-10, 2008.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **CEBRAP**, n.79, 2007. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2018.

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

TATE, C.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press: New York, 1997.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 037-057, 2012.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v.01, n.04, 2009. Disponível em: <portal.estacio.br>. Acesso em: 24 de julho de 2018.

_____; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar**. Portal Jota, v. 5, 2015. Disponível em: <www.jota.info>. Acesso em: 24 de julho de 2018.