

Judicialização da política e ativismo judicial

Por Beatriz Brichucka

Nas últimas décadas, presenciou-se um avanço do Direito sobre inúmeras esferas que antes não integravam o rol de pertinência jurídica. Isso se deu a partir de um movimento de atribuição de uma espécie de força normativa aos princípios, por um lado; e de judicialização de temas que outrora não eram submetidos aos tribunais, por outro. A juridificação das esferas sociais é, em outra face da mesma moeda, decorrente também de uma hipertrofia legislativa associada à criação de normas profusas, da fragilização do poder político, da crise fiscal do Estado e da maior capacidade de mobilização da sociedade civil e de movimentos sociais. Esse aumento da atuação social e política dos tribunais vem ganhando cada vez mais espaço nas discussões da Ciência Política e da Sociologia.

A análise do avanço crescente dos tribunais por esferas da vida civil perpassa, necessariamente, pela compreensão do desenho constitucional. A heterogeneidade político-social brasileira – que dificulta o consenso na política e a unidade nas expectativas de justiça –, fez com que a Assembleia Constituinte fosse assinalada por uma falta de coesão e identidade ideológica, que se traduziu na carência de uma unidade lógico-formal.¹ Isso criou uma barreira ao tratamento jurídico objetivo de inúmeros temas e promoveu o uso de princípios gerais, que, sendo imprecisos por natureza, têm extenso limite interpretativo.

Frente ao equacionamento de bancadas na Constituinte e aos impasses de difícil solução entre lideranças partidárias, estabeleceu-se que aquilo que não fosse passível de consenso teria a forma de normas principiológicas. O produto final disso fica escancarado pelo fato de que, nos últimos anos, o STF foi cada vez mais acionado para intervir em questões de difícil equacionamento no Legislativo e para julgar a constitucionalidade de atos do Executivo. Isso porque, por seu corpo volúvel, os princípios devem ser analisados à luz das especificidades de cada caso concreto; e quando os princípios entram em conflito entre si – ocasiões nas quais ocorre antinomia jurídica –, os juízes têm de utilizar a ponderação como método hermenêutico. Assim, os princípios, necessariamente, expandem o campo de discricionariedade dos magistrados e viabilizam a conversão do Poder Judiciário em uma

¹ FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

instituição legislativamente ativa², isto é, em um órgão no qual o Direito é judicialmente produzido.

Desse modo, a judicialização da política – processo caracterizado pela transferência de poder decisório para os tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais³ –, pode ser vista como uma consequência da constitucionalização de um conjunto de direitos cuja concretização depende da implantação de políticas públicas. A partir disso, institui-se a possibilidade de que as políticas públicas sejam submetidas a controle jurisdicional, de tal forma que o Poder Judiciário se torna um órgão fiscalizador de *policies*. Nas palavras de José Eduardo Faria:

"[...] A constitucionalização dessas matérias abriu caminho para que elas fossem judicializadas, reduzindo desse modo o espaço da esfera política e aumentando o campo de atuação dos tribunais superiores – principalmente o STF, ao qual compete a guarda da Constituição." (FARIA, 2021)

Além da possibilidade de judicialização de políticas públicas, a ampliação do poder decisório dos tribunais se expressa, também, pela possibilidade de que agremiações partidárias, associações e entidades proponham ações de controle de constitucionalidade, cuja propositura era exclusiva ao Procurador-Geral da República.⁴ Essas inovações propostas pela Assembleia Constituinte se deram a fim de promover o fortalecimento da democracia, mas culminaram em uma sobrecarga qualitativa dos tribunais e em uma ampliação do protagonismo judicial, de modo que o Judiciário vem progressivamente se tornando uma arena política. Essa judicialização excessiva, ao invadir os demais Poderes, provoca a multiplicação dos riscos de crises de governabilidade, de paralisia decisória das diferentes instâncias do Executivo e dos focos de tensão entre o Judiciário e os demais Poderes.⁵ De qualquer forma, a atuação expansiva dos juízes está associada ao aumento da participação judicial na concretização de direitos previstos pela Constituição, em uma busca por cobrir o fosso entre o sistema legal e as

² FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. *Journal of Democracy em português*, v. 10, n. 2, 2021.

³ Teubner, Gunther. *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2012, pp. 6-13.

⁴ FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. *Journal of Democracy em português*, v. 10, n. 2, 2021.

⁵ Id.

condições efetivas da sociedade⁶, de tal maneira que a democracia passa a depender cada vez mais da atuação do Judiciário.⁷

Cunhou-se o termo ativismo judicial para se referir à escalada do protagonismo judicial e ao aumento do campo de discricionariedade dos juízes. O ativismo, para todos os fins, pode ser tratado como um conflito do âmbito interpretativo, decorrente de um ato de vontade do juiz, que rompe os limites dados pelo texto constitucional e aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas por seu texto.⁸ Em última análise, o ativismo está intimamente relacionado ao processo de judicialização da política, que promove uma aplicação extensiva do Poder Judiciário na concretização de princípios constitucionais e permite uma interferência no espaço dos outros dois Poderes. Nessas circunstâncias, se a judicialização é consequência de regras constitucionais e do desenho institucional brasileiro, o ativismo é produto de uma atitude do intérprete, que individualmente expande o sentido e o alcance do texto constitucional. A despeito disso, o ativismo não pode ser dissociado do fato de que a Constituição, ao optar por princípios gerais e abstratos, expande a possibilidade de discricionariedade judicial.

Isso posto, o ativismo representa um fator de deslegitimação do Judiciário, tendo em vista que faz com que as instâncias jurisdicionais sobressaiam às instituições democráticas e políticas. O intérprete passa a exercer a jurisdição a partir da discricionariedade judicial, que culmina na criação judicial do direito e na fragilização da Constituição. Além disso, a expansão das atribuições do Judiciário intervém negativamente na separação dos poderes, visto que há uma usurpação de competência: as questões típicas do Legislativo e do Executivo passam ao arbítrio do Judiciário. Esse fato está diretamente ligado à arquitetura constitucional brasileira⁹, que, sendo majoritariamente principiológica, como já ressaltado, aumenta o campo de

⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in Revista Emerg, Rio de Janeiro, vol. 6, no 23, 2003, pp. 1-41.

⁷ Tate, Chester Neal, *Why the expansion of judicial power?*. in The Global Expansion of Judicial Power, C. N Tate e Torbjörn Vallinder orgs., New York/ London: New York University Press, 1995, p. 34.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 21, jun. 2012, p. 6.

⁹ FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p 15: "[...] O projeto aprovado pela Assembleia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e temas formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural."

discrecionalidade dos juízes.¹⁰ Nas palavras do ex-ministro Ayres Britto: “[...] Com tantos princípios, eu deito e rolo!”¹¹

Assim, o ativismo judicial pode implicar o desfiguramento dos mecanismos de governabilidade e dos procedimentos democrático-institucionais. Cria-se, com o ativismo, uma espécie de legislação judiciária, que coloca o Poder Judiciário na posição de *policy-maker*. Esse processo é marcado pela ingerência judicial sobre políticas públicas, como uma transposição das funções descritas na Constituição, sob a égide da materialização dos direitos constitucionais. Isso fica evidente, por exemplo, pela revisão judicial de políticas públicas, que permite, pelo controle difuso de constitucionalidade, a qualquer juiz declarar inconstitucional a *policy* que em seu entendimento não cumprir com as disposições constitucionais.

Cabe ressaltar, ademais, que as políticas públicas exigem intervenção estatal no domínio econômico para que sejam efetivadas, de modo que a ingerência judicial excessiva sobre as *policies* pode causar impactos conjunturais perante os recursos públicos, sobretudo tendo em vista que a formação jurídica não privilegia os problemas orçamentários.

Além disso, no cenário de excessiva constitucionalização de direitos e princípios, caracterizado pela hipertrofia legislativa, ocorre a ampliação do espaço de discrecionalidade judicial e o esfumaçamento da diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político.

¹² Já em 2008, apontava-se para a existência de uma “supremocracia” – um conceito que retrata a centralidade e autoridade do Supremo sobre os demais poderes.¹³ Com o agravamento de crises políticas, como o impeachment de Dilma Rousseff e a Operação Lava Jato, escancarou-se o fato de que o Judiciário ocupa posição central nos conflitos políticos. Isso é problemático na medida em que a politização coloca a Justiça em uma posição de

¹⁰ FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. *Journal of Democracy em português*, v. 10, n. 2, 2021.

¹¹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: o STF, seus bastidores e sua crise*. São Paulo: Companhia das letras, 2019, p. 81.

¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87: “Certamente, a hipertrofia do direito legislado apenas reforça e alimenta as possibilidades do direito judicial. Também não se trata de negar a expansão global do Poder Judiciário e suas conotações políticas. O importante é salientar, mais uma vez, que, na sociedade moderna, democracia é sinônimo de elevada complexidade e pressupõe a diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político. Por isso, o processo de ampliação dos poderes do juiz, de um lado, e a tentativa de implantação de súmulas vinculantes, de outro, ao transferirem para o sistema jurídico critérios operativos da política (em termos de liberdade, rapidez e amplitude dos vínculos decisórios), expõem os dois sistemas a uma ‘desdiferenciação’ incompatível com a democracia e a complexidade moderna. São típicos de uma modernidade periférica, pois violam o caráter autopoietico dos dois sistemas e reforçam os impedimentos recíprocos.”

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 8, n. 1, p. 448, jan./jun. 2008.

suscetibilidade às pressões políticas, de tal forma que há um aumento do risco de que os tribunais assumam posições defensivas e corporativas.

Em última análise, a escalada do ativismo judicial pode, também, estar associada às demandas impulsionadas por movimentos sociais. Diante do caráter ativista dos tribunais, é possível afirmar que há a expectativa de que as reivindicações dos movimentos sociais sejam mais facilmente acolhidas e institucionalizadas, devido a uma aparente simbiose de objetivos. Isso se dá, em especial, com os movimentos sociais que introduzem no sistema jurídico conflitos na forma de expectativas normativas jurídicas.¹⁴ A título de exemplo, a criação da ação civil pública, em 1985, permitiu a um grupo se apresentar como representante de uma coletividade, substituindo-a processualmente. Esse novo instrumento deu visibilidade a diversas reivindicações – como as que pedem a concretização dos direitos constitucionais –, e abriu caminho para que conflitos unidimensionais e bipolares se tornassem pluridimensionais e multipolares.¹⁵ Assim, os tribunais passaram a ser acessados com maior facilidade pelos movimentos sociais como arenas de vocalização de demandas e proposições conflitivas em nome do coletivo, de modo a impulsionar ainda mais o ativismo judicial.

Sob um olhar luhmanniano, a Constituição é vista como um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, isto é, como um mecanismo de interpenetração que deve delinear os limites e as facilidades da influência recíproca entre Direito e Política.¹⁶ Em outras palavras, a Constituição filtra as influências externas e as reintroduz no interior dos subsistemas, de modo a mediar e limitar a relação entre os sistemas, a fim de manter as estruturas internas de ambos.¹⁷

Sendo o ativismo judicial um ato que rompe com as disposições constitucionais, pode-se dizer que nele há um desvirtuamento da diferenciação funcional entre Direito e Política. A Constituição, como já dito, é elemento essencial à separação entre os sistemas, de tal forma que a exorbitação das capacidades constitucionais do Judiciário culmina em um

¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

¹⁵ FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. *Journal of Democracy em português*, v. 10, n. 2, 2021.

¹⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil* – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 98: "Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico de Estado de Direito".

¹⁷ SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. *Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 8, n. 1, Janeiro/Abril 2016.

processo de "desdiferenciação" entre sistema jurídico e sistema político. Isso é negativo na medida em que o Judiciário, ao invadir o campo da Política, promove tensão entre poderes e aumenta os riscos de crises de governabilidade. Significa dizer que a tendência de ampliação da ação executiva e legislativa dos tribunais na vida social, econômica e política aumenta os riscos de abertura excessiva do sistema jurídico com relação ao sistema político¹⁸. Nas palavras de Luhmann: "A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente."¹⁹

¹⁸ FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. *Journal of Democracy em português*, v. 10, n. 2, 2021.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220.