

O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: OS CONTORNOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.

THE JUDICIAL POWER PROTAGONISM: THE CONTEXT OF THE JUDICIALIZATION OF POLITICS AND JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Carina Lopes de Souza, Tássia Aparecida Gervasoni

Resumo: Este artigo analisa o fenômeno do ativismo judicial na ordem jurídica brasileira. Busca-se distingui-lo da judicialização da política. Examina-se ainda as circunstâncias históricas do surgimento deste termo. Para além disso, traça-se parâmetros de análise de atuação ativista na jurisdição constitucional. Por fim, aborda-se a questão da segurança jurídica. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem indutivo, método de procedimento monográfico, e como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Jurisdição Constitucional. Segurança Jurídica.

Abstract: This article analyzes the judicial activism phenomenon in the Brazilian legal system. Seeks out to distinguish it from the judicialization of politics. It also examines the historical circumstances of the emergence of this term. Furthermore, parameters of analysis of activist action in the constitutional jurisdiction are outlined. Finally, the issue of legal certainty is addressed. Therefore, the inductive approach method, monographic procedure method was used, and indirect documentation was used as research technique through bibliographic research.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization of Politics. Constitutional Jurisdiction. Juridical Security.

INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição de 1988 as questões relativas às relações sociais, morais e políticas passaram a permear o judiciário brasileiro. De fato, verificou-se uma ampliação significativa das matérias submetidas à análise judicial. O protagonismo do poder judiciário é, na atualidade, uma das temáticas mais discutidas no campo de pesquisa das ciências jurídicas. Diante desse contexto, analisar-se-á os contornos do ativismo judicial no Brasil.

Nesse sentido, dividiu-se o presente estudo em dois segmentos. Inicialmente, atenta-se para a distinção entre o conceito de ativismo judicial e judicialização da política,

com ênfase ao processo histórico que corroborou para um cenário de judicialização. Para tanto, adota-se como marco temporal o período pós-segunda Guerra Mundial, abordando-se a ascensão de um novo modelo constitucional, o neoconstitucionalismo. Busca-se ainda nesse primeiro tópico, verificar as possíveis causas da judicialização no Brasil, com amparo na produção doutrinária. Por fim, constrói-se uma delimitação conceitual à judicialização.

Em um segundo momento, explora-se a origem do termo ativismo, com vista às perspectivas históricas e jurídicas que o circundam. Discorre-se acerca da influência do direito norte-americano, sobretudo a atuação da Corte de Warren. Procura-se esclarecer que o ativismo não encontra-se atrelado a um posicionamento ideológico específico, guardando proximidade com a ideia de movimento. Para além disso, elencam-se posicionamentos compreendidos como ativistas na perspectiva da doutrina. Por derradeiro, atenta-se para a questão da preservação da segurança jurídica na prestação jurisdicional.

O presente artigo utilizou-se do método de abordagem indutivo. Empregou-se ainda, os métodos de procedimento histórico e monográfico. Por fim, utilizou-se como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e artigos.

1 A linha distintiva entre a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

O ativismo judicial trata-se de um fenômeno jurídico recente no campo de pesquisa das ciências jurídicas, especialmente no que se refere ao direito brasileiro. Nesse sentido, o presente estudo busca esclarecer seus contornos e propor uma delimitação conceitual adequada, para tanto traçar-se-á uma linha distintiva entre o ativismo judicial e aquilo que se entende por judicialização da política.

Nessa perspectiva, necessário compreender que a judicialização é produto de um processo histórico de reestruturação do Direito, sobretudo naquilo que se refere à ascensão do neoconstitucionalismo¹. O surgimento do neoconstitucionalismo tem como marco histórico o período pós-segunda Guerra Mundial.

¹O termo " neoconstitucionalismo" tem sido empregado por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O termo sugere que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período

De fato a superação do positivismo jurídico contribuiu significativamente para consolidação de um novo modelo constitucional. Notadamente, o sistema legal alemão da Segunda Guerra Mundial legitimou o massacre de seres humanos promovido durante o regime totalitário (FERNANDES, 2012). Nesse período, os julgadores figuravam como “boca da lei”, atuavam como “seres inanimados que não podiam moderar nem a força nem o rigor” (PIÇARRA, 1989, p. 89) na aplicação da lei. A prestação jurisdicional, portanto, não compreendia um processo interpretativo por parte do julgador.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também merece especial destaque no que diz respeito à afirmação desse novo modelo constitucional, isso porque esse instrumento normativo forneceu amparo e proteção aos direitos fundamentais em âmbito internacional. Para além disso, a sua proclamação inspirou a elaboração de diversos tratados que buscaram coibir as graves violações a direitos humanos, a exemplo disso, tem-se o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (FERNANDES, 2012).

Esse cenário histórico contribuiu para sustentação de um novo panorama constitucional, o chamado neoconstitucionalismo. Diante da ascensão do neoconstitucionalismo e desenvolvimento de inúmeros instrumentos normativos, os direitos fundamentais passaram a ser objeto de maior proteção jurídica. Progressivamente, esses direitos foram recepcionados pelos ordenamentos jurídicos de um número considerável de nações.

A derrocada do sistema positivista aliada ao surgimento do Estado Democrático de Direito e fortalecimento dos direitos fundamentais corroboraram para articulação de “ordenamentos jurídicos constitucionalizados”, capazes de condicionar a atividade legislativa, a produção doutrinária e jurisprudencial e a atuação dos agentes públicos. (GERVASONI; LEAL, 2013).

Importante destacar que o Estado Democrático de Direito estrutura-se a partir de determinados valores e princípios superiores, dotados de imprecisão e indeterminação conceitual, revelando assim lacunas interpretativas que devem ser preenchidas pelos responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional. (GERVASONI; LEAL, 2013). Os direitos fundamentais, do mesmo modo, ao reclamarem por efetivação demandam novos contornos interpretativos, uma vez que tratam-se de normas abertas.

ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história. (BARCELLOS, 2005, p. 83).

As discussões em torno de questões sociais, morais e políticas conquistam espaço no Judiciário Brasileiro, especialmente porque a Constituição de 1988 positiva uma ampla gama de direitos, sustentadores do sistema democrático. A incorporação desses direitos no texto constitucional brasileiro, fomentou a busca pela sua efetivação na seara judicial. Deflagrou-se assim o fenômeno da judicialização.

Nessa perspectiva, Barroso (2009) aborda três causas que, no Brasil, favorecem a judicialização: a redemocratização do país em 1988; a abrangente constitucionalização, que trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias de cunho político; bem como o fato de o controle de constitucionalidade brasileiro ser um dos mais abrangentes do mundo.

No tocante à redemocratização do país a partir da promulgação da Constituição de 1988, cabe sinalar que o Judiciário transformou-se em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os demais Poderes (BARROSO, 2009). A consolidação do Judiciário aliada a um cenário democrático contribuiu para que a população passasse a buscar a proteção de seus interesses judicialmente.

A constitucionalização abrangente, por sua vez, inseriu no texto constitucional inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária (BARROSO, 2009). Dessa forma, ao constitucionalizar determinada matéria, o constituinte a transforma em possível pretensão jurídica, que pode ser formulada mediante demanda judicial.

Por fim, a terceira causa apontada diz respeito ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que reúne aspectos de dois outros sistemas: o americano e o europeu. O modelo americano legou ao Brasil os controles de constitucionalidade incidental e difuso. O modelo europeu, por sua vez, inseriu na ordem constitucional brasileira o controle por meio de ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas de modo imediato -em tese- à análise do Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2009). Ademais, o amplo rol de legitimados para propositura das ações diretas possibilita que quase qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser encaminhada ao Supremo.

Diante dessa abordagem entende-se que a judicialização não se restringe a ideia de crescimento significativo das demandas judiciais, em que pese esse fenômeno integre o seu conjunto causal. Dessa forma, cabe aqui registrar que a judicialização trata-se de

uma realidade constatável e, portanto, não se traduz em uma postura adotada pelo órgão julgador. (FERNANDES, 2012).

Nesse sentido, entende-se que a judicialização compreende as relações públicas, privadas, como também abrange o campo político. A judicialização da política trata-se do “fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica” (FAVETTI, 2003, p. 34). A inserção das relações políticas na campo decisório do poder judiciário pode ser verificada a partir da participação do julgador no processo decisório referente à formulação ou implementação de políticas públicas, ou ainda quando as decisões políticas são influenciadas pelas regras e procedimentos judiciais. (TEIXEIRA, 2001).

Desse modo, a judicialização trata-se de um fato, compreende a busca pela efetivação de direitos. Diz respeito à “transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo, com o aumento da quantidade de matérias sobre as quais o Judiciário passa a ter a última palavra” (FERNANDES, 2012, p. 261).

O ativismo judicial, por sua vez, caracteriza-se como uma postura, uma forma de agir adotada pelo julgador. A atuação do poder judiciário encontra-se atrelada às percepções políticas de seus representantes. Por esse motivo, tais conceitos não se confundem.

2 Os contornos do Ativismo Judicial no Brasil

Traçada a linha distintiva entre o ativismo judicial e a judicialização da política, importante compreender a origem desse termo e as perspectivas históricas e jurídicas que o circundam. O surgimento do ativismo tem como marco temporal o fim do constitucionalismo liberal e início do constitucionalismo social, especialmente com o advento das constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. (FERNANDES, 2012). Em que pese o ativismo judicial preceder esse momento histórico – as práticas ativistas faziam-se presentes na atuação do judiciário muito antes da criação do termo – é o direito norte-americano, notadamente a partir da atuação da Corte de Warren que fornece ao ativismo evidência no cenário mundial.

A Suprema Corte norte-americana, sob a presidência de Earl Warren, editou um conjunto jurisprudencial progressista impulsionador de mudanças profundas nas práticas políticas estadunidenses. Aos olhos dos conservadores a atuação da Corte assume uma

conotação negativa, justamente por se desvirtuar do “padrão” estabelecido para o exercício jurisdicional (GERVASONI; LEAL, 2013).

Diante desse recorte histórico, importa destacar que o termo ativismo judicial comumente é empregado de maneira desconexa ao seu real sentido. O conceito ativismo em seu núcleo contudíssimo guarda um vazio, não está atrelado a um posicionamento conservador ou liberal. Este conceito somente pode ser dimensionado se especificadas as “linhas de bases” pelas quais está sendo analisado. Nesse sentido Gervasoni e Leal referem que:

[...] o conteúdo (valência) político das decisões judiciais não pode ser essa linha de base, entre outras razões, porque, por exemplo, um liberal considera a invalidação de uma lei conservadora a aplicação correta da Constituição, tanto quanto um conservador assim o considera em relação à invalidação de uma lei liberal (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 93).

A partir desse esclarecimento entende-se que o ativismo judicial não está ligado a uma corrente ideológica, nem mesmo se traduz em um conceito fechado de uma teoria do Direito. De outro modo, guarda proximidade coma ideia de um movimento, decorrente de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de uma crescente judicialização das questões sociais (SANTOS, 2007).

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla do poder judiciário na conformação dos preceitos constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos demais poderes. Nessa seara, Barroso (2009) refere que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. BARROSO, 2009, p. 5).

Para além dos aspectos apontados, Pogrebinschi considera como juiz ativista aquele que “a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade” (POGREBINSCHI, 2000, p. 122.).

Ambas as classificações empregadas na busca pela identificação da postura ativista conduzem a um ponto crucial de discussão, o ativismo encontra-se muito mais vinculado aos critérios de interpretação do que propriamente à competência (GERVASONI; LEAL, 2013), portanto, não representa, necessariamente, uma violação à separação dos poderes.

Adentrando em alguns aspectos ventilados nas classificações propostas por Barroso e Pogrebinski, cabe esclarecer que o ativismo judicial encontra-se atrelado à prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, o judiciário passa a regular condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independentemente de qualquer intervenção legislativa.

Ademais a atuação ativista ainda pode ser verificada diante de decisões que imponham ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas determinadas (FERNANDES, 2012), o que guarda relação íntima com efetivação dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, tem-se como exemplo as decisões judiciais que versam sobre o direito à saúde².

No tocante à imposição ou abstenção de atos do poder público, sobretudo no âmbito das políticas públicas, verifica-se que o debate acerca da legitimidade do controle jurisdicional tomou proporções amplas. Sarmiento (2008) esclarece que os direitos sociais, por exemplo, são promovidos pelo Estado por meio de políticas públicas, fato este, que não os torna imunes ao controle judicial. Notadamente, cabe aqui consignar que toda esfera do poder público encontram-se sujeitas ao controle jurisdicional.

Aborda-se ainda a questão relativa à declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos. A declaração de inconstitucional de determinada lei ou ato normativo emanados pelo Congresso, com base em critérios menos rígidos revela uma postura ativista da Corte Constitucional. A exemplo disso pode-se referir a decisão do STF que declarou a “inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação” (BARROSO, 2009, p. 6). Até o presente julgamento os precedentes emitidos pela Corte não conduziram à declaração de inconstitucionalidade, o que veio a acontecer na decisão da ADI 3.685.

²O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Antecipação de Tutela nº 175, consolidou entendimento no sentido de que a saúde assume um caráter de direito subjetivo, inclusive a prestações materiais (GERVASONI; LEAL, 2012).

Dessa forma, verifica-se a partir dos elementos colacionados que o ativismo encontra-se intimamente relacionado à mudança de orientação jurisprudencial, sobretudo no que diz com a derrubada de precedentes judiciais (GERVASONI; LEAL, 2013). Justamente neste campo é que se revela uma questão extremamente pertinente acerca da temática ativismo, a segurança jurídica.

O Estado Democrático de Direito traz em seu bojo a tensão existente entre jurisdição e legislação, especialmente porque a aplicação da norma ao caso concreto compreende um processo interpretativo “embebido” por valores políticos e subjetivos. O ativismo é frequentemente discutido dentro da atuação das Cortes Constitucionais, devido à quantidade de sentenças com perfil aditivo por elas emitidas, extraídas, justamente, do processo mais elástico de interpretação constitucional (FERNANDES, 2012).

A interpretação constitucional deve buscar a compatibilização com o próprio texto da Constituição. Nesse sentido, o texto normativo não pode ser interpretado nem de modo restritivo, nem de maneira extensiva, mas sim razoavelmente para conter todo o seu significado. Cabe ao Judiciário a tarefa de interpretar as normas estabelecidas pelo Legislativo e de dar a elas formas aplicáveis aos casos concretos, utilizando-se para tanto de interpretações construtivas (SANTOS, 2007).

Diante disso, questiona-se quais são as limitações impostas ao poder judiciário no exercício da prestação jurisdicional. Tal preocupação é comum tanto aos opositores do ativismo judicial, como também aos seus defensores. Os não ativistas buscam a atuação mais próxima do texto legal, ou seja, a limitação total. Os ativistas, de outro modo, ressaltam a necessidade de alguma forma de limitação parcial ao ativismo, sob pena de se chegar a uma ditadura do Judiciário (SANTOS, 2007).

Não há uma resposta previamente definida acerca da limitação ou não da postura ativista, essa questão é objeto de ampla discussão. Todavia, um aspecto a ser observado no que diz respeito ao ativismo judicial se refere à preservação da segurança jurídica na prestação jurisdicional.

A busca por limites ao ativismo judicial é temática recorrente na produção doutrinária contemporânea. Sarmiento (2009) atenta para os eventuais riscos da adoção acrítica do modelo neoconstitucionalista, entre os quais aponta: os riscos à democracia frente à judicialização das relações sociais, os impactos de uma produção jurisprudencial calcada em metodologia muito ampla, problemas advindos do processo de constitucionalização excessivo do Direito, entre outros. Tais constatações precisam ser levadas em consideração diante da euforia constitucional dos últimos anos.

O ativismo pode representar risco à ideia de segurança jurídica e, toda ameaça à segurança jurídica em um Estado Democrático precisa ser combatida. Nesse sentido, encontrar limites à atuação do poder judiciário, diante do contexto narrado, consiste em um dos grandes desafios à democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desvelados os contornos do ativismo judicial no direito brasileiro, pode-se compreender que o processo de consolidação do poder judiciário, sobretudo a partir da abertura democrática promovida pela Constituição de 1988, promoveu mudanças expressivas no que diz respeito à prestação jurisdicional. Verificou-se uma maior participação do judiciário na discussão de questões sociais, morais e políticas.

Alguns fatores históricos como a derrocada do sistema positivista, a ascensão do neoconstitucionalismo e a elaboração de instrumentos protetivos em âmbito internacional colaboraram para criação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Dessa forma, ao inserir um rol significativo de direitos no texto constitucional brasileiro, o constituinte forneceu ao indivíduo amparo na busca pela efetivação desses direitos na esfera judicial, promovendo um cenário de judicialização.

A partir dessa constatação, procurou-se esclarecer que o fenômeno da judicialização não se confunde com o ativismo judicial. O ativismo, por sua vez, encontra-se atrelado ao posicionamento adotado pelo julgador. Traçada essa linha distintiva, analisou-se em particular o contexto histórico que circunda o ativismo judicial. Verificou-se, que esse conceito jurídico alcançou notoriedade no cenário internacional a partir influência do direito norte-americano, sobretudo com a atuação da Corte de Warren. Buscou-se esclarecer ainda, que o ativismo judicial não encontra correspondência com um posicionamento ideológico conservador ou liberal, mas guarda proximidade com a ideia de movimento.

Ademais, constatou-se que a atuação ativista está associada a uma participação mais ampla do judiciário na conformação dos preceitos constitucionais. Ressalva-se aqui que o ativismo não se traduz, necessariamente, em uma violação ao princípio da separação de poderes. Diferente disso, está ligado ao processo de interpretação do texto normativo. Nesse sentido, verificou-se que o ativismo judicial se manifesta por meio de diferentes condutas, em especial analisou-se a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; a declaração de inconstitucionalidade de atos

normativos emanados do legislador, bem como, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público no tocante às políticas públicas.

A análise desses posicionamentos elencados pela doutrina como ativistas, conduz a uma questão extremamente pertinente, a necessidade de limitação à atuação jurisdicional. Tratando-se especialmente da preservação da segurança jurídica, verifica-se que a prestação jurisdicional precisa pautar-se por parâmetros sólidos, sob pena desvirtuar-se da ideia de democracia.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 83-103. Abr. Jun. 2005.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 34. v. 12. p. 147-156. 1997.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.7. n.12. p. 249-268. jan./jun. 2012.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monica Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monica Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços público de saúde x Teoria da separação dos poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no estado democrático de direito. **Revista da AJURIS**. v.39. n.126. Junho, 2012

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, v. 9. n. 17. p. 121-143. ago./dez. 2000.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília v. 44. n. 173. p. 271-284. jan./mar. 2007.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Orgs.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.