



CONCEITO E DIFERENÇA DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ramon Gabriel Conti
Marilaine Moreira de Jesus

Resumo

O constitucionalismo na contemporaneidade recebe o nome de neoconstitucionalismo, ele surge após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo e é marcado por uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, ensejando debates sobre os limites da jurisdição constitucional, do ativismo judicial e da judicialização da política. O objetivo da pesquisa cinge na formulação de conceitos e diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política, com a finalidade de demonstrar que, apesar da aproximação de seus conceitos, ambos têm finalidades distintas e que se exercidos com parcimônia são capazes de colaborar com o desenvolvimento político, social e jurídico da sociedade. Para o desenvolvimento da pesquisa, fez-se uso do método lógico-dedutivo, de caráter exploratório, a fim de levantar-se a bibliográfica relativa ao tema para compreensão e aplicabilidade de conceitos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; ativismo judicial; judicialização da política.

Abstract

Contemporary constitutionalism is called neoconstitutionalism, it arises after the Second World War, the result of post-positivism, and is marked by a more active role of the Judiciary, giving rise to debates on the limits of constitutional jurisdiction, judicial activism, and judicialization of politics. The objective of the research is to formulate concepts and differences between judicial activism and judicialization of politics, to demonstrate that, despite the approximation of their concepts, both have different purposes and that, if exercised with parsimony, they are capable of collaborating with the development political, social and legal of society. For the development of the research, the logical-deductive method was used, with an exploratory character, to raise the bibliography related to the theme for understanding and applicability of concepts.

Keywords: Neoconstitutionalism; judicial activism; judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo inaugurou uma importante fase do constitucionalismo global, porquanto estabeleceu que a norma constitucional deve nortear toda a atividade jurídica, política e social de um Estado. Ressalta, que essa nova dogmática, da “força normativa da Constituição”, só foi possível no Brasil após a promulgação da Constituição Federal.

Com uma presença mais imperativa da Constituição, o destaque também se deslocou para o Poder Judiciário, que tem como papel fulcral a imposição de uma interpretação constitucional. Essa função, contudo, tem-se mostrado de maneiras que

divergem a comunidade acadêmica, introduzindo ideias como ativismo judicial e judicialização da política.

O tema da presente pesquisa, cinge-se em analisar, conceituar e diferenciar ambos os institutos (ativismo judicial e judicialização da política), sob a justificativa de estabelecer um melhor entendimento entre a prática judicial ativista e a prática judicial rotineira, a fim de entender os limites e as necessidades que a atual jurisdição constitucional necessita expressar.

Deste modo, sob o propósito de definir os conceitos para melhor entendimento do que ocorre na contemporaneidade, principalmente no que se refere às ingerências que o Poder Judiciário realiza nos demais Poderes da República, é que a presente pesquisa, em caráter exploratória e preliminar, se faz útil e original, uma vez que estabelece como objeto a própria noção de atuação do Poder Judiciário.

MATERIAL E MÉTODO

O presente trabalho fará uso do método lógico-dedutivo, com caráter exploratório, para definir os conceitos necessários à definição de diferenciação entre os institutos do ativismo judicial e da judicialização da política, com a finalidade de possibilitar, nesta primeira etapa da pesquisa, uma maior relação de domínio dos conceitos e dirimir dúvidas. Utilizará, para isso, a pesquisa bibliográfica, por meio de artigos científicos, doutrinas, normas constitucionais e revistas científicas.

RESULTADOS E DISCUSSÕES OU REVISÃO DE LITERATURA

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em outubro de 1988, a substanciação dos direitos fundamentais e sociais da pessoa humana passou a ser debatida com maior robustez no mundo jurídico e político, principalmente no que se refere as questões da efetivação do texto constitucional na transformação da realidade brasileira.

O constitucionalismo na contemporaneidade, recebe o nome de neoconstitucionalismo, ele surge após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, ou seja, o Direito não é só aquilo que está na lei, mas também a expressão da norma constitucional na interpretação das demais leis do ordenamento

jurídico, é a substituição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito (LINS JÚNIOR; MESQUISA, 2019).

Nesta toada, Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2019, p. 166) estabelece dois marcos para o surgimento do neoconstitucionalismo. O primeiro, de teor histórico e já elencado, é o período compreendido após Segunda Guerra Mundial e, o segundo, de teor teórico, é a obra “Força Normativa da Constituição” de Konrad Hesse. Tais paradigmas enalteceram o objetivo da constituição, que é a eficácia dos direitos fundamentais e sociais.

Ademais, Luís Roberto Barroso (2012), caracteriza o neoconstitucionalismo como um processo de desenvolvimento que acarreta três estágios, que se alinham e convergem entre si. O primeiro é a garantia dos Direitos Fundamentais em uma Constituição, o segundo é a manutenção e efetivação de um regime democrático e, terceiro, a existência de uma jurisdição constitucional.

Ricardo Guastini (2003, p. 49) dá significado ainda mais abrangente ao neoconstitucionalismo no tocante à força normativa da Constituição. Para o autor, as normas do texto maior devem “invadir” o ordenamento jurídico não só no sentido normativo, mas também na criação de jurisprudência e doutrinas e na atuação dos políticos e da sociedade civil. É, em síntese, “um processo de transformação do ordenamento, em que o próprio ordenamento fique ‘impregnado’ pelas normas constitucionais”¹ (GUASTINI, 2003).

Contudo, Ricardo Guastini (2003, p. 50/57) salienta que para a concretização do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico são necessários a satisfação de sete objetivos. O primeiro, quanto à rigidez da constituição, isto é, as normas constitucionais não podem ser alteradas senão por meio de um processo legislativo formal e especial, desde, contudo, que a substancialidade de normas principiológicas sejam preservadas. O segundo objetivo é que a constituição deve ser resguardada por um órgão do Poder Judiciário dotado de jurisdição constitucional. O terceiro, e já elencado na presente pesquisa, é que a constituição precisa ter força vinculante, isto é, seu conteúdo deve vincular toda a atividade jurídica de um país. O

¹ Tradução realizada pelos autores da seguinte passagem do texto: “[...] un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” - GUASTINI, Ricardo. La Constituiconalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.) Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

quarto requisito é a possibilidade de a constituição ser interpretada pelo Tribunal constitucional e pelos juristas. O quinto, as normas constitucionais devem ter sua aplicabilidade direta, inclusive nas relações entre particulares. O sexto objetivo remete a ideia de que as leis devem ser interpretadas conforme o mando constitucional, isto é, a norma da constituição erradia a interpretação das demais leis e, por fim, o sétimo objetivo é relacionado às políticas públicas, isto é, toda e qualquer atividade pública, dos agentes públicos, devem estar em sintonia com a norma constitucional.

Os objetivos demonstram a clara atuação que a norma constitucional tem atualmente, uma vez que demonstra a sistematização de toda a atividade jurisdicional e política conduzida conforme preceitos e ideologias insculpidas no texto da constituição. É afirmar que o norte de toda a atividade, social, jurídica e política, deve se pautar nos mandamentos que a constituição prever.

Se não bastasse a supremacia da constituição como base do neoconstitucionalismo, destaca-se que, para o novo paradigma, os direitos fundamentais passam a integrar o centro de toda a atividade jurisdicional, o que permite que tal pragmatismo ultrapasse o plano subjetivo e assuma uma posição ativa perante a coletividade, valorando concepções políticas (ADOLFO; MAGALHÃES, 2013, p.49).

Da mesma maneira que o neoconstitucionalismo alçou as normas constitucionais ao patamar de reverência, incutiu, como consequência, um maior protagonismo do Poder Judiciário, isto porque deu azo para que decisões e julgados suplantassem a competência ordinária dos demais poderes da república, ao determinar o fazimento de políticas públicas e declarando inconstitucionais normas referendadas pelo Poder Legislativo (BARROSO, 2019).

Sobre essa maior atuação do Poder Judiciário, que a pesquisa tende a se ater, abordando sua conceituação na perspectiva de dois institutos, o ativismo judicial e a judicialização da política, a fim de desenvolver, ao fim, uma diferenciação para maior compreensão dos temas.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

A fluidez que ocorre entre política e justiça acarreta uma linha tênue para a definição da abrangência, competência e legitimação destes grandes institutos sociais

contemporâneos. A visibilidade pública que a justiça tem alcançado, instiga para uma maior presença na esfera do cotidiano, adentrando por vezes em matéria cuja competência sempre foi de pessoas e instituições legitimadas pelo voto popular.

Nesse sentido, a conceituação de judicialização da política pode se dar quando discussões que repercutem tanto no campo da política quanto da sociedade são decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelos meios tradicionais, como o Poder Legislativo, na figura do Congresso Nacional, e o Poder Executivo. Com este processo de judicialização da política, decisões de cunho político são transferidas para os juízes e tribunais (BARROSO, 2012).

Mônica Clarissa Hennig Leal (2014), no mesmo sentido, estabelece que a judicialização da política é um resultado histórico oriundo do próprio constitucionalismo democrático e tem múltiplos fatores, dentre eles a centralidade da Constituição e sua força normativa, o que possibilita uma transformação da atuação da jurisdição constitucional, fazendo com que o Judiciário seja protagonista de decisões estratégicas sobre temas que tradicionalmente eram reservados à esfera deliberativa da política.

Esse novo papel do Poder Judiciário, como protagonista de assuntos políticos e de assunção de competência, tem estabelecido um consenso entre o Parlamento e a sociedade, isto porque, na opinião de Estefância Maria de Queiroz Barbosa e Katya Kozicki (2012), os próprios atores políticos veem o Judiciário como local apropriado para enfrentar questões políticas que fomentariam um debate mais acalorado.

Nesta mesma confluência, Luís Roberto Barroso (2012) elenca três causas para a difusão da judicialização da política. A primeira foi a redemocratização do Brasil que teve seu apogeu com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, que permitiu que o Poder Judiciário, outrora afugentado pela mácula da Ditadura Militar, pudesse se tornar um verdadeiro poder político.

A segunda causa repousa na constitucionalização abrangente, “que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” (BARROSO, 2012, p. 24). Nesse sentido, ao disciplinar um direito individual, uma pretensão estatal ou até mesmo uma finalidade pública na Constituição, este conteúdo torna-se vinculante e com força constitucional, permitindo a transformação de uma política em direito.

A última causa da judicialização da política é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2012), que permite que tanto interesses minoritários quanto do próprio governo possam ser discutidos por meio de um processo jurisdicional, a fim de viabilizar não somente direitos e garantias fundamentais, mas também o regular funcionamento das instituições democráticas (BONAVIDES, 2004).

Além disso, Ran Hirschl (2006) categoriza o fenômeno da judicialização em três processos distintos, contudo interrelacionados: (i) a primeira é quanto à expansão das regras oriundas da esfera pública, isto é, a judicialização das relações sociais, em que o aumento da especialização da divisão do trabalho acaba por diminuir a coesão social; (ii) a segunda fase do processo de judicialização é o aumento do poder que as Cortes, Tribunais e juízes têm na definição de políticas públicas; e (iii) o terceiro diz respeito à ideia de megapolítica, isto é quando decisões são feitas em questões centrais que geram divisão na sociedade.

Nesta última fase do processo de judicialização da política, pode se verificar uma atuação ainda mais ativa do Poder Judiciário, uma vez que celeumas morais e políticos acabam sendo transferidos da política para que o Judiciário dê diretrizes e decisões (BARBOZA; KOZICKI, 2012). Neste processo, direitos fundamentais são efetivados e políticas públicas são propostas.

Assim, a judicialização da política é uma circunstância que provém do próprio arranjo constitucional, cujas decisões aspiram a própria noção de existência do órgão, isto é, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria” (BARROSO, 2012, p. 25).

Enquanto a judicialização da política é a atuação ordinária do Judiciário em assuntos políticos, o mesmo não ocorre com o ativismo judicial, que mesmo com conceitos relativamente próximos, não tem as mesmas origens tampouco o mesmo significado. O ativismo judicial se expressa como uma atitude mais proativa na interpretação da Constituição, permitindo a expansão do seu alcance (BARROSO, 2012).

O ativismo judicial vincula-se a noção de uma participação mais intensa do Poder Judiciário em competência e propósitos destinados aos demais Poderes

(Legislativo e Executivo), podendo se manifestar de diversas formas. Nesse sentido, importante a leitura de Luís Roberto Barroso.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 26)

Por conseguinte, Thamy Pogrebinski (2000, p. 122), na junção de aspectos sociais, políticos e jurídicos, define o juiz ativista como aquele que passa a usar o seu poder como meio de contestar decisões de outros poderes e, ao fazer isso, passa a promover políticas públicas afastando princípios como o da coerência e da segurança jurídica da sua atividade.

Neste mesmo paralelo, vale a colaboração de outros autores quanto ao aspecto conceitual do ativismo judicial. Para Francisco José de Oliveira Neto (2016, p. 206), o ativismo judicial se apresenta quando há uma desconsideração da norma e a substituição pela compreensão da constituição conforme o sentimento do julgador. Luiz Flávio Gomes (2009), estabelece que o ativismo judicial se apresenta na invenção que o juiz promove de uma nova norma, uma vez que ele cria um direito e inova o ordenamento jurídico.

Outro autor, Cass Sustein (2005), estabelece que o ativismo judicial ocorre quando um magistrado, tribunal ou Corte promove, de forma frequente, a anulação de decisões de outro poder, aliás, para o autor, a gravidade do ativismo judicial pode permear inclusive a soberania popular, vez que, juízes ativistas retiram do povo a prerrogativa de decisão.

Lênio Streck (2016), no mesmo sentido do que já vem sendo abordado, esclarece que o ativismo judicial é a forma pela qual o julgador se vê na qualidade de substituto do próprio debate político, impondo sua decisão e promovendo instabilidade institucional. Assim, em linhas gerais do conceito aqui tratado, pode-se verificar que o ativismo judicial é maléfico ao desenvolvimento democrático, uma vez que impõe

incertezas às decisões judiciais e esvazia a legitimidade popular e dos demais poderes.

Além do exposto, destaca-se que o oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, que em síntese é conceituada quando o Judiciário reduz sua interferência nas ações e políticas realizadas pelos outros Poderes. Luís Roberto Barroso (2012, p.26) elenca três situações e práticas em que juízes e Tribunais fazem uso da autocontenção judicial: (i) quando evitam em aplicar a Constituição em situação que não sejam expressas, aguardando o pronunciamento do poder ordinário; (ii) fazem uso de critérios mais rígidos para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou norma; e (iii) quando não adentram na definição de questões de políticas públicas.

Por derradeiro, expostos os conceitos e problemáticas que tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política expressam, importante a colaboração de Lênio Streck (2004, p.14-18) que sintetiza bem, com base na doutrina especializada, a diferença entre ambos os institutos, uma vez que elucida que a judicialização da política é um problema de “”(in)competência” para a prática de determinado ato, enquanto o ativismo judicial é oriundo do problema de comportamento dos juízes, que passam a querer substituir a vontade política pela subjetividade.

Deste modo, a judicialização da política surge de uma transferência de competência ao Poder Judiciário para sanar situações que os demais poderes acabaram se esquivando, enquanto o ativismo judicial é a atuação subjetiva e incoerente na interpretação de normas com o fim de criar um direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse estágio inicial da pesquisa, se propôs conceituar dois institutos que causam discussões na comunidade academia. Institutos que dizem respeito ao protagonismo que o Poder Judiciário tem tomado em razão do neoconstitucionalismo, que alçou a Constituição Federal como norma de eficácia direta a todo o ordenamento jurídico.

Em síntese, pode-se conceituar a judicialização da política como a própria prática do Judiciário, contudo, uma prática fomentada principalmente pela inércia dos demais poderes. A judicialização da política surge da competência ordinária do Poder Judiciário em promover uma resposta jurisdicional frente a um problema, social, político ou jurídico, que remanesce sem resposta. Já o ativismo judicial é a prática mais ativa dos componentes do Judiciário, que por vezes se afastam de princípios como a segurança jurídica, integridade das decisões e independência dos poderes, para incutir sobre os jurisdicionados suas convicções e razões, inclusive de cunho subjetivo.

Deste modo, o uso com parcimônia dos institutos pode fomentar um debate construtivo e deliberativo em uma sociedade aliada aos institutos do Estado Democrático do Direito, do contrário, pode acabar por estabelecer uma insegurança entre as instituições e uma crise entre os Poderes da República que acarretará uma disfunção na própria Constituição.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. MAGALHÃES, Caroline Porto de. **Jurisdição Constitucional Aberta, Ativismo Judicial e Judicialização: O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Resolução de Conflitos entre Direitos Fundamentais**. In: GORCZEVSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 49-67.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8 (1), p. 059-086, jan-jun 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 10 de agosto em 2022.

BARROSO Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesus, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 27 de jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade**. *Estudos Avançados*, v. 51, n. 18, São Paulo: 2004.

GUASTINI, Ricardo. **La Constituiconalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** *Jus Navegandi*, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. SSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 04 agosto de 2022.

HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951610>. Acesso em: 10de agosto de 2008.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. **Neoconstitucionalismo ou Supremocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275**. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v.24, n.1, p. 161-190, jan/abr. 2019. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>> Acesso em: 05 de agosto de 2022.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis?** In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Org.). Constitucionalismo como elemento para a produção do direito. Tomo 1. Coleção Principiologia constitucional e política do Direito. Itajaí: UNIVALI, 2016.

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.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Revista CONJUR, 7 jan. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 03 agosto de 2022.

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