

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL:  
ELEMENTOS POLÍTICO-ESTRUTURAIS E SOCIOLÓGICOS PARA UMA ANÁLISE DO  
CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO**

Vitor Costa Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO**

As atenções da ciência política e da sociologia jurídica tem se voltado, em tempos recentes, para o engrandecimento do poder judiciário na arquitetura da organização dos poderes. Antes fechado em si em razão do dogma da neutralidade, mas também pela estrutura desejada pelo estado liberal, hoje os temas debatidos no judiciário, assim como o conteúdo das suas manifestações, acendem o interesse da sociedade, da imprensa e da área acadêmica, que repercutem – cada qual a seu método – os motivos e consequência do chamado “ativismo judicial”. O presente trabalho pretende reunir alguns pontos de vista teóricos que vão analisar os fenômenos que levaram a este destaque acentuado da atividade judicante, procurando respostas no campo estrutural da reorganização das funções do estado trazida pelo estado de bem-estar social, assim como nos elementos relativos à própria composição do campo jurídico, buscando aí saber se há, em que grau, e de que forma, um elemento volitivo ligado ao ativismo judicial.

Palavras-Chave: Ciência Política, Poder Judiciário, Organização dos poderes, Ativismo judicial.

**ABSTRACT**

The attention of political science and sociology of law has focused in recent times, on the aggrandizement of judicial power in the architecture of the organization of state powers. Before closed in on itself due to the dogma of neutrality, but also by the structure desired by the liberal state, today the issues discussed in the judiciary, and the contents of its manifestations, kindle the interest of society, the press and academia, which reflect - each in their methods - the reasons and consequences of so-called "judicial activism". This work intends to gather some theoretical points of view that will analyze the phenomena that led to this sharp prominence of judicial activity, looking for answers in the field of structural reorganization of the functions of the state brought by the welfare state, as well as the details of the actual composition of the judiciary field, seeking to know if there is, to what degree, and how, a volitional element connected to the judicial activism.

Key-words: Political Science, Judiciary Power, Separation of powers; Judicial Activism.

**1. Introdução**

Atualmente assistimos a intensos debates sobre o papel, competências e limites do poder judiciário. Não passam mais imunes à opinião pública os polêmicos julgamentos, debates sobre seus privilégios, suas falhas estruturais, questões acerca do serviço judiciário em si. No que diz respeito ao primeiro desses temas, a atenção que tem sido dada às decisões da justiça brasileira, mais especialmente àquelas tomadas pelo STF - Supremo Tribunal Federal, carregam consigo a impressão de que o comportamento dos juristas em geral e tribunais em particular mudou: passou a ser mais criativo, inovador, mais apto a tomar decisões que tivessem como preocupações as suas repercussões práticas, isto através de argumentos e técnicas jurídicas antes tidos como vinculadas apenas a escolas marginalizadas do direito (como a escola do direito livre, ou o mais recente movimento do direito alternativo). Para designar este comportamento, passou a falar então em ativismo judicial, no sentido que a justiça, ou melhor, seus representantes, estariam deixando esmorecer em si o paradigma da neutralidade, pedigree fundamental para a caracterização do positivismo jurídico, clássico formador da cultura jurídica brasileira<sup>2</sup>

Este trabalho pretende apresentar e discutir causas apontadas como relevantes para uma re colocação do poder judiciário dentro dos papéis do estado moderno, assim como os elementos discursivos e sociológicos que ajudam a visualizar a mudança de concepção do papel dos agentes do campo jurídico e, assim, contribuir para a compreensão do fenômeno acima descrito, a politização da justiça ou, como mais comumente chamado, o ativismo judicial.

A primeira parte do texto procura traçar um desenho do campo jurídico abordando o quadro estrutural em que o Poder Judiciário hoje se insere, sendo considerado como poder proeminente na estrutura estatal.

<sup>1</sup> Mestre em sociologia pela Universidade Federal de Sergipe; Especialista em Direito Constitucional pela Unisul. Atualmente docente nos departamentos de direito da Universidade Federal de Sergipe e na Faculdade Sergipana de Administração e Negócios (FANESE).

<sup>2</sup> Para a compreensão da “cultura jurídica brasileira” e sua forte ligação com o positivismo jurídico, cf. Maria Del Carmen Cortizo. *A cultura da justiça: cultura jurídica e administração de justiça*. Campinas, SP: [s.n.], 2000

Procurou-se desenvolver, portanto, as razões pelas quais o poder judiciário largou sua função inerte do começo do século e destaca-se hoje como relevante para a decisão dos rumos da comunidade política. Tenta-se relacionar esta análise, igualmente relevante para a teoria do Estado, com a influência exercente deste fenômeno na configuração do campo jurídico, dado que uma nova realidade do poder judiciário ao menos provavelmente viria a refletir na ação e percepção dos seus agentes. O efeito mais claro da mudança nas relações entre os poderes, que sufragaram uma posição de frente à judicatura chama-se judicialização da política.

Após esta exposição que inevitavelmente abarca discussões acerca de teoria política, o segundo tópico busca debater a dinâmica dos agentes do campo jurídico diante desse papel protagonista do judiciário então colocado. É levada a cabo uma descrição desse campo, com suas disputas e principais agentes opositores, apresentando os instrumentos pelos quais cada grupo procura legitimar o seu discurso. Consideradas pesquisas sobre o tema, trilharemos o caminho do tópico no intuito de fundamentar a discussão sobre a existência de uma politização da justiça ou ativismo judicial.

A terceira parte como ilustração do que foi desenvolvido nas duas primeiras. De maneira a apresentar uma forma de uso desses padrões de forma empírica, analisamos decisões recentes do STF que são vistas como exemplos de um ativismo judicial.

## 2. Análise do campo jurídico

### 2.1 *Juridificação dos conflitos sociais e judicialização da política – o aspecto estrutural da mudança do judiciário.*

Fala-se em judicialização da política para tentar descrever o fenômeno da transposição de pautas antes exclusivas do domínio da política para o judiciário. É portanto um sinal de protagonismo ou expansão do poder judiciário que passa a ser visto, pela importância das novas demandas que tem competência para julgar, como o “terceiro gigante”, no dizer do jurista italiano Mauro Cappelletti (1999). Judicializar a política quer dizer que questões que outrora eram decididas apenas pela vontade política do legislativo são agora temas já decididos previamente pela ordem jurídica (notadamente pela Constituição) de modo que não cabe escolha aos parlamentos. Havendo prescrição jurídica de um tema até então afeito à vontade do legislador ou administrador, não cabe mais ao cidadão voltar-se a estes para buscar um direito. Tais direitos residem agora na ordem jurídica, e o tema antes político agora é jurídico, cabendo acionar o judiciário. Fala-se em sede de teoria política, que a vontade geral teria migrado dos parlamentos para as constituições, de modo que nem mesmo a tradicional e mítica força das maiorias pudesse sobrepujar aquilo proposto na carta política, cuja defesa das suas prescrições, por sinal, em regra, cabe ao judiciário – portanto, defensor último dos direitos fundamentais e dos valores últimos da sociedade, inseridos no texto constitucional.

Este fenômeno não passa ao largo das análises da ciência política, por conta das questões que levanta quanto a uma reestruturação do Estado. Também, por conta de um Judiciário mais ativo que tem como consequência tracejar uma reviravolta no lugar da política, a própria relação entre Estado e sociedade tende a sofrer abalos, assim como a reconfiguração dos modos de resolução dos conflitos na sociedade.

Por outro lado, a afirmação de que questões políticas passam a fazer parte do cotidiano jurídico representa uma inovação no que tange ao papel do direito. Como visto anteriormente, a cultura jurídica brasileira foi fundamentalmente influenciada pelo positivismo jurídico, que tinha como prescrição fundamental separar o objeto do direito, que seriam as normas sob o ponto de vista formal, de indagações filosóficas, éticas, valorativas ou políticas. Ao retirar do legislador e conceder ao juiz a decisão sobre pautas afetas aos parlamentos, esta reconfiguração estatal pode ter efeitos na formação da cultura jurídica. Cabe analisar, portanto, possíveis motivos e consequências da judicialização da política.

Enfim, qual a explicação deste perceptível declínio da atuação legiferante no seio da dinâmica relação da divisão de poderes? Que se passou para que a clássica “vontade geral” expressa pela maioria nos parlamentos, antes ímpolita, não convença como alhures, dando lugar a um protagonismo do poder judiciário como *locus* de maior representatividade da defesa de direitos e demandas sociais? As análises que apresentam tais diagnósticos vêm propondo o acúmulo de alguns fenômenos que, embora possivelmente interligados, podem ser discutidos através de três eixos argumentativos: **a)** as demandas trazidas pelo *welfare state* exigiram do Estado-provedor uma postura ativa e de regulação. A proteção de novos direitos e a sua garantia através de ações do Estado foram, no pós-guerra, constitucionalizados, fazendo com que o que era político tornasse-se jurídico. Tem-se, portanto, uma agenda pré-concebida que retira da política a possibilidade de discutir alguns valores fundamentais, já positivados na constituição. A linguagem do

direito (e não da política) passou a ser aquela utilizada pela sociedade para atingir seus objetivos; **b)** ao mesmo tempo, o caráter indefinido das normas tidas como programáticas, típicas da legislação welferiana, obrigam ao técnico do direito abandonar uma postura passiva, apenas garantidoras de direitos contra o Estado, para trabalhar com tarefas antes destinadas aos administradores e parlamentares, como escolhas políticas que, contudo, foram judicializadas. Ainda, esta faceta estrutural dá azo a que um tipo de discurso jurídico de viés menos positivista passe a ser construído no campo jurídico, tornando ainda mais visível o protagonismo do judiciário; **c)** os canais de resolução de conflitos sociais passaram a se instalar cada vez menos nas tradicionais arenas políticas, como partidos e sindicatos, na mesma medida que o sistema representativo em si, por motivos diversos, parece perder força e legitimidade para tratar das questões mais pulsantes da sociedade, deixando para o judiciário o debate e decisão das questões mais relevantes;

Em *Direito e democracia*, Jürgen Habermas propõe que o “deslocamento de pesos entre parlamentos e tribunais constitucionais” seja resultado da decadência do paradigma político e jurídico em que se assentava o Estado liberal de direito, e a conseqüente ascensão do Estado social (1997:304). Na esteira desse entendimento, que de resto parece pacífico entre os cientistas políticos, o filósofo alemão entende que o modelo clássico de divisão de poderes – que defende a abstenção da prática política pelo judiciário e administração – só tem sentido “numa ordem jurídica que tem como única finalidade proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de estado limitado à manutenção da ordem” (1997:305), típico do liberalismo gerido no século XVIII, não encontrando lastro numa nova situação político-constitucional que exige do Estado uma atuação delineada numa ordem jurídica que trata de objetivos políticos e programas a serem por ele implantados.

O “esquema liberal de divisão de poderes”, como o diz Habermas, remete a uma situação de abstenção do aparelho, na qual uma sociedade livre do Estado, busca sua felicidade de forma autônoma e privada (1997:304), a economia é autorregulada e a autonomia, simbolizada no sacrossanto instituto do contrato, garante a previsibilidade. Resultado das agruras burguesas, o direito constitucional é resumido à compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa, uma vez que eles fundamentam apenas pretensões dos cidadãos contra o Estado (1997:305), ou seja, exigem que o poder público apenas garanta a propriedade particular, a autonomia contratual e seu fiel cumprimento<sup>3</sup>.

Neste cenário, em que há, segundo o autor alemão, uma situação jurídica fácil de compreender, a prática da decisão judicial é entendida como um agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político. Tarefas e objetivos do Estado continuavam entregues à política já que na compreensão liberal eles não eram objeto da normatização do direito constitucional (1997:305). Não se exige das funções estatais mais do que uma simples mecânica: o parlamento edita leis que limitam a atuação estatal e garantem a máxima liberdade do indivíduo e sua propriedade, enquanto a administração e judiciário apenas reproduzem esta lei. Aqui, o legislativo é soberano, tribunais constitucionais desnecessários, e à administração cabe apenas a manutenção da ordem posta pelo legislador.

Werneck Vianna (1999: 1) sugere que o início da mudança do relacionamento entre Estado e sociedade civil, que iria exigir do primeiro uma participação mais ativa na organização interna do segundo, teria a emergência de novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário, em meados do século passado, que deu fim à rigorosa separação entre Estado e sociedade civil, nos termos da óptica liberal da liberdade negativa. Tais transformações iniciam-se quando, uma vez conquistados os direitos políticos por parte dos setores subalternos da sociedade, os sindicatos e partidos de extração popular passam a pressionar em favor da institucionalização dos direitos sociais (*idem*, 1997: 27).

A inserção de regras trabalhistas cogentes, que limitavam a liberdade de contratar e, portanto, colocaria um óbice à autonomia da vontade, dogma liberal, seria assim uma primeira etapa da inserção do Estado na regulação dos conflitos sociais. Esta intrusão passa a ser mais evidente tanto quanto solicitada, à medida que a complexidade social e a existência de novas demandas – que não diziam respeito apenas aos tradicionais aspectos de redistribuição, mais ligados aos sindicatos –, passam a estar presentes. Em um primeiro momento percebe-se a inserção cada vez mais freqüente do debate sobre o papel do Estado na

---

<sup>3</sup> Como busca ilustrar Andrew VINCENT (1995), formalmente, na filosofia liberal, a liberdade era interpretada de modo negativo, ou seja, como liberdade contra a coerção arbitrária. A economia foi uma das áreas em que o discurso da liberdade era mais procurado. Uma economia livre, em que todos têm relativamente os mesmos direitos de produzir e consumir, implica em que um governo deve conservar apenas as funções mínimas, como manter a lei, a ordem interna, a defesa da propriedade privada e a segurança.

economia, motivada, na segunda metade do século, pelo crescente keynesianismo; a questão da igualdade toma corpo nas exigências do dever de o Estado garantir o bem-estar e segurança das pessoas, provendo sistemas de saúde, educação e de previdência para todos, daí surgindo de fato a engenharia do *Welfare State*; mais recentemente, os programas de reconhecimento como forma de justiça, como por exemplo as cotas sociais ou raciais e políticas de gênero, através da força de cada um dos seus movimentos, fazem por fim modificar completamente o tipo de comportamento do Estado no que diz respeito às relações sociais, passando de um espectador, esfera liberal, a um agente atuante no Estado social<sup>4</sup>. Deve-se lembrar, ao relacionar as demandas por igualdade à efetiva intervenção do Estado nas relações sociais, que “uma vez que a base da sociedade capitalista é a propriedade privada e a distribuição desigual da riqueza e do poder, toda tentativa de criar um sistema mais igualitário passa pela ação do poder estatal e seus aparelhos burocráticos, gerando tendências de controle social e de intervenção crescente nas relações sociais” (SORJ, 2006: 106).

O advento do Estado social, constatado também por Habermas, provoca uma inevitável reviravolta na divisão de suas funções. Para o autor alemão, a diferença fundamental entre os dois modelos – liberal e social – está em que, enquanto o anterior, como já dito, limita-se a declarar “os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado” (1997:325), no Estado social pretende-se que a ordem jurídica – notadamente a constituição – normatize objetivos políticos e desenhe tarefas obrigatórias a serem implementadas pela atuação estatal, e os direitos fundamentais possam exigir, para sua consecução, prestações do Estado a garantias positivas dos indivíduos. Trata-se, neste paradigma, de entender a constituição como uma ordem jurídica política e global (1997:304), que não garante apenas proteção jurídica individual abrangente, como também o bem-estar social e a segurança dos seus cidadãos. As Cartas Políticas, portanto, como também ressalta Boaventura de Sousa Santos (2000:149), deixaram nesse período, de ser a concepção de um estado burocrático e de um sistema jurídico apertadamente definido, para se transformarem num terreno de intermediação entre interesses e valores sociais conflitantes, envolvendo-se na gestão de processos econômicos e sociais.

Assim, ressalta-se um panorama em que os debates políticos foram judicializados, as discussões sociais, os valores, os planos e objetivos foram positivados na legislação protetiva de alguns grupos, mas notadamente em textos constitucionais repletos de objetivos e metas a longo prazo, ditas programáticas. A reviravolta a que se refere Habermas, portanto, significa que para uma extensa gama de situações, a arena de discussão da efetivação de políticas públicas ou direitos de uma forma geral, migrou do parlamento – clássico cenário de representação e decisão pela maioria – para o judiciário, local competente para a proteção de direitos fundamentais e valores positivados juridicamente. Werneck Vianna (1999: 20), após reafirmar o impulso fundamental da agenda igualitária neste processo de redefinição da relação entre os poderes, precisa o diagnóstico da seguinte maneira:

O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes no direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre a sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Este aspecto estrutural traz ainda uma consequência relevante para aquilo que foi descrito como a utilização de pautas programáticas, trazidas do executivo para o judiciário, e é o segundo trecho da linha argumentativa aqui trazida. No momento em que, como dito, a política passa a utilizar a linguagem do direito, e isto é feito de forma a atribuir a legislação tarefas programáticas e de intensa regulação social, assim como o constitucionalismo moderno passa a albergar valores positivados no seu texto, tudo isso contribui para que aplicação da norma jurídica, agora mais vaga e imprecisa, seja cada vez menos passível

---

<sup>4</sup> Para um panorama das teorias de justiça que contribuíram na construção do aporte teórico e das práticas dos movimentos sociais e ações estatais, conferir Nancy Fraser, “*Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation*”. In: HONNETH, Nancy Fraser and Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London: Verso, 2000; Axel Honneth, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003; Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; John Rawls, *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; Michael J. Sandel: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

de ser pensada a partir dos rígidos modelos positivistas de sistematização e uso do direito. Assim, na esteira de Mauro Cappelletti (1999:42) pode-se dizer que

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Assim, o protagonismo do poder judiciário se dá não apenas pelo fato de ele vir a ser chamado para decidir um grande número de importantes controvérsias as quais não estava habituado num cenário anterior, mas também a forma pela qual ele deve manifestar-se. Comunicando-se necessariamente com teor de criatividade mais acentuado, envolvendo-se com questões e argumentos diretamente ligados à justiça, isso faz contribuir sobremaneira para o seu aumento de visibilidade, indicada, por exemplo, pelo crescente interesse da mídia e da opinião pública no seu trabalho.

O terceiro eixo no qual se apóiam as tentativas de diagnosticar a proeminência do poder judiciário percebida desde pelo menos a metade da segunda parte do século XX diz respeito à perda de encanto com as democracias representativas, simbolizada na crise dos parlamentos, e a perda de espaço dos tradicionais canais de ligação entre a sociedade e o Estado, os partidos políticos, que disputam o papel de mobilização social com outras organizações sociais, cujas demandas podem se vincular a defesa de direitos transindividuais, como também podem ser individualizadas em relação aos interesses específicos dos seus grupos, mas que em todo caso, passaram a encontrar mais no judiciário e não apenas política possibilidade de acesso às instâncias decisórias do Estado que ouçam e acatem os seus reclamos.

Com efeito, talvez em decorrência do que a própria teoria social tem enfatizado como a perda do encanto das metanarrativas<sup>5</sup>, os tradicionais *locus* de articulação social e formulação do discurso ideológico e social, os partidos e sindicatos, perdem força para um associativismo mais acentuado a demandas inseridas no que se pode descrever como novos direitos, cujo conteúdo alcança a defesa do meio ambiente, do consumidor, da paz, etc., ou aqueles ligados a demandas de reconhecimento de grupos, mais ligados ao movimento feminista, ao negro, ao homossexual, para mencionar os mais representativos<sup>6</sup>, o que faz com que perca força o sistema representativo, que se alimenta da legitimidade que a sociedade lhe empresta para dirimir conflitos e direcionar a vida social. Como adverte Bernardo SORJ (2006:110), essa

“dificuldade do sistema de representação, em particular dos partidos políticos, de transformar-se em articuladores dos novos sujeitos sociais (...) ocorre seja porque muitas vezes os novos sujeitos sociais se organizam em torno de identidades coletivas (religiosas, étnicas) que se colocam à margem dos ideais republicanos ou enfatizam identidades parciais não universalizáveis e de caráter difuso, seja porque estão articulados a movimentos sociais globais cuja lógica de atuação escapa à política nacional”.

A desvinculação daqueles canais tradicionais de debate público, portanto, facilita o enfraquecimento da visão da política como único meio hábil a solucionar os problemas sociais. Por outro lado, agenda política tendo sido traduzida em termos jurídicos, como dito atrás, abre a possibilidade de que grupos que em regra não teriam acesso aos seus representantes no parlamento, invoquem uma disputa política judicializada.

Nesse sentido, e também por outras razões sustentadas por alguns autores como Cappelletti, é que se pode dizer que “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas (1999:25). Para o autor italiano, contudo, a perda de força do parlamento e o engrandecimento do Judiciário é fenômeno que tem muito a ver com um desencanto prático quanto a atividade daquele primeiro, o que faz soar a impressão, em suas palavras, de que “vontade geral”, simbolizada agora pelos direitos individuais, sociais e transindividuais, estaria melhor administrada pelo judiciário que pelo legislativo.

Isto se daria porque, num cenário político que acena para um ativismo estatal, em termos de promoção e

<sup>5</sup> Cf. Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*. São Paulo: José Olympio, 2000.

<sup>6</sup> Cf. Anthony Giddens, *O mundo em descontrolado*: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

regulação, os parlamentos estariam, nesta situação, em apuros, visto que “são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões de política geral e partidária para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda demasiadamente aumentada de legislação.” (CAPPELLETTI, 1999:43). Citado por Vianna, o autor norte-americano Martin Shapiro, por sua vez vai afirmar que os parlamentos e palácios administrativos são uma “complexa estrutura política em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder e o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...] e sim, frequentemente o compromisso entre grupos com interesses conflitantes (*apud* VIANNA, 1999:34).

Vale destacar, por fim, que não são raras as críticas de autores que tendem a considerar esta situação de protagonismo do poder judiciário em detrimento do poder da representatividade um grande perigo para a democracia e as relações sociais em geral, tais como Igenborg Maus (2000) e Jurgen Habermas (1997), ambos, por motivos nem sempre semelhantes, considerando este fenômeno uma derrota da capacidade de resolução de conflitos pela sociedade civil, através da participação e educação cívica, mas pelo contrário, delegando a resolução dos conflitos a um órgão que condensaria a “moral social”. A despeito desta importante crítica aqui apenas mencionada, o que reluz de fato é que a perda de encanto pela política enquanto meio de resolução de conflitos à mesma medida que o Judiciário se ocupa desse papel é um diagnóstico que parece bastante claro. Talvez um indicador bastante competente para essa proposição seja a judicialização de conflitos políticos pelos próprios partidos políticos, como já demonstrava Werneck Vianna, no seu citado *Judicialização da política e das relações sociais*, e cujas impressões foram reforçadas em recente pesquisa encabeçada pela Sociedade Brasileira de Direito Público<sup>7</sup>, a qual confirma que a maior parte de ações diretas de inconstitucionalidade proposta ante o STF são de autoria dos partidos políticos. É possível, a partir disso, trazer a hipótese de que o legislativo se pode muitas vezes se enxergar como arena apenas provisória decisão, visto que, resolvida a questão por meio das suas cadeiras, os derrotados ainda têm a palavra final nas mãos do judiciário.

## 2.2 Os agentes e a disputa no campo jurídico: caminhos para a politização da justiça.

Acima foi traçado um quadro visivelmente estrutural, vislumbrando condições normativas e políticas que são tidas como aquelas aptas a provocar uma reviravolta nas funções exercidas pelo Poder Judiciário ao redor do mundo. A expansão das atividades do Estado, por um lado, e a regulação intensa de todos os setores da vida e das próprias atividades do Estado, por outro, colocou o judiciário numa posição de arbitrar temas aos quais não estava habituado, pois tradicionalmente ligados à esfera dos políticos, representantes aptos a dar a última e verdadeira palavra sobre a vontade da sociedade. No Brasil, sem dúvida, a Constituição de 1988 constitui um marco referencial no estudo da politização da justiça, tanto porque representou a redemocratização – não há falar-se em judicialização ou ativismo em regime de exceção – tanto por conta mesmo do seu conteúdo jurídico prescritivo. Pode-se destacar a plêiade de direitos sociais nela assegurados, seu posicionamento em direção à regulação estatal em determinados setores da economia, e os mecanismos – alguns mundialmente inéditos, como o mandado de injunção – que afastam da escolha política a defesa dos direitos fundamentais, na tentativa de tornar sua efetividade absolutamente intocável – o que de certa forma demonstra um “medo” do legislativo.

Entretanto, as modificações experimentadas no papel do judiciário, que são notadas com surpresa, encanto ou susto por qualquer pessoa que se interesse um pouco por questões públicas e, obviamente pela ciência e sociologia política, estas modificações não podem ter suas explicações centradas apenas nestes relevantes dados estruturais que têm relação com o crescimento da ideia de estado social e regulação econômica. Para explicar estes fenômenos adotamos no tópico anterior a ideia de judicialização da política. Contudo, o complemento necessário para compreender o Judiciário nos dias de hoje está na noção de *politização da justiça*, que remete necessariamente ao chamado *ativismo judicial*. Trata-se, aqui, do elemento volitivo, a ação social<sup>8</sup> dos agentes do campo jurídico.

Marcando a assimetria entre ambos, pode-se dizer que, sendo o resultado final dos dois uma maior participação do judiciário, no primeiro caso – a “judicialização” – isto decorre não de uma opção dos tribunais, mas de uma competência que lhes foi outorgada, dos fatores estruturais acima abordados, enquanto no segundo trata-se de uma opção ideológica de advogados, promotores, magistrados (estes sempre mais visados), que procuram concretizar princípios de justiça contidos fora da letra das leis como

<sup>7</sup> [http://www.sbdp.org.br/observatorio\\_ver.php?idConteudo=25](http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=25). Acesso em 15/10/11.

<sup>8</sup> O termo “ação social” aqui é utilizado na linguagem weberiana, como objeto do estudo da sociologia.

também interpretar a Constituição de forma que suas normas sociais sejam plenamente efetivas, a partir da ideia de que seu texto contempla um projeto social de longo prazo, o qual cabe aos juízes efetivá-lo. Ainda, para melhor definir, sem relacionar o ativismo a uma postura ideológica específica, pode-se dizer que se trata de uma atuação profissional que assume a vinculação com as consequências do seu ofício, num contraponto gritante ao modelo positivista que, como demonstrado, tem por base teórica a separação entre ser e dever-ser, ou seja, o mundo das leis e dos autos e o mundo das pessoas, dos conflitos, das paixões, das diferenças.

Nesse passo, e tomando como exemplo a aplicação da Constituição, Luis Roberto Barroso afirma que o outro lado da moeda do ativismo judicial seria a auto-contenção judicial. Nesse caso, segundo ele, algumas características apontariam, e os juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO;2009)

Para chegar ao diagnóstico do ativismo judicial, é preciso abordar a disputa existente na arena dos agentes jurídicos. O objeto de contenda é a percepção daquilo para que deve ser utilizado o direito, que vai refletir exatamente no comportamento dos agentes jurídicos, a sua compreensão acerca da sua atividade, enfim, a cultura jurídica de que se alimenta e reproduz. Com o suporte de três trabalhos referentes ao campo jurídico, os de Engelmann (2006), Vianna (1997) e Sadek (2006), procuraremos descrever de forma sucinta e objetiva a atual dinâmica e os principais conflitos do campo.

Fabiano Engelmann, em obra intitulada “Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito” (2006), enxerga no cenário jurídico uma disputa entre dois grupos – não completamente homogêneos internamente – que procuram definir, através notadamente da doutrina, quais devem ser as tarefas do direito e de seus agentes ao aplicá-lo.

Assim, o autor aponta para um primeiro grupo tido como tradicional, ou conservador, descrevendo-o como ligados a “grandes famílias de políticos e juristas” (2006:12), que através da reprodução do discurso de uma cultura jurídica baseada no positivismo kelseniano “reforça os padrões de uso e definições do direito a partir da sua neutralização, utilizando o poder judiciário principalmente como espaço de garantia da conservação social” (*idem*:14). Numa posição contrária, “posicionam-se grupos que se legitimam enfrentando a ‘tradição jurídica’”, os quais, através de tentativas de redefinição de concepções da doutrina jurídica, “destacam-se pelos ‘usos políticos’ e ‘sociais’ do direito” (*idem*:15). Conforme lembra Engelmann, este último pólo caracteriza-se como socialmente mais diversificado, diagnóstico que é compartilhado pelas pesquisas de Vianna e Sadek, no sentido de enxergar uma intensa modificação nas origens socioeconômicas do corpo da magistratura, a conferir-lhe um aspecto mais formal e responsável, ao que tudo indica, pela possibilidade de abertura para uma nova forma de ver o direito.

Em grande medida, estes pólos em concorrência aparecem nas disputas do sentido das definições, formalizadas na doutrina jurídica (*idem*:20) Na verdade, considerando a necessidade legal de justificativa das decisões judiciais, a existência de um comportamento mais “social”, mais “engajado”, se pretender refletir-se também num comportamento jurídico, deverá estar composto por uma argumentação jurídica consistente: daí a importância da disputa pelo domínio do discurso dogmático. O mesmo ocorre quanto à postura conservadora, a utilizar o instrumental teórico do positivismo jurídico, que promove a ideia de neutralidade e completa autonomia do direito.

Com o intuito de trabalhar então com números a respeito dessa disputa – embora aqui apenas no campo da magistratura –, podemos verificar as pesquisas coordenadas por Werneck Vianna (1997) e Teresa Sadek (2006) as quais demonstraram resultados muito próximos no que diz respeito ao parâmetro da neutralidade, baluarte do positivismo jurídico. Na pesquisa do primeiro, ao serem indagados se “deve o juiz reproduzir o direito, explicitar por meios puramente lógico-formais o conteúdo de normas jurídicas já dada, ou, alternativamente, produzi-lo?”, obteve-se uma notável maioria de 83% referindo-se à segunda opção possível, consignando o autor a marca da neutralidade em 17% dos entrevistados. Vinculando este cenário a elementos de atuação efetiva, Vianna aponta que “dentre os magistrados que se alinham com a perspectiva de uma intervenção forte do judiciário na vida social, 58,2% atribuíram alta prioridade à garantia da extensão dos direitos sociais, percentual que cai para 31% entre os juízes que aderem à perspectiva de neutralidade. Relação semelhante verifica-se quando se considera o exercício inovador da justiça sobre questões emergentes e ainda não tratadas pela legislação – nesse caso, o percentual de 42,4%

cai para 18,1%. Pode-se, portanto, concluir que a criação jurisprudencial do direito guarda nexos importantes com a questão social” (1997: 274).

Já na pesquisa de Sadek, foi indagado aos entrevistados se as decisões judiciais deveriam orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas conseqüências econômicas, ou ter compromisso com as conseqüências sociais. Reproduz-se duas tabelas de respostas, referentes análise do mesmo grupo tomado em duas subdivisões.

Orientação preponderante de decisões judiciais, por situação funcional, em percentuais de concordância			
	Ativa	Aposentado	Total
Parâmetros Legais	87,1	84,9	86,5
Compromisso com as conseqüências econômicas	40,5	25,4	36,5
Compromisso com as conseqüências sociais	83,8	64,1	78,5

(SADEK, 2006)

Orientação preponderante de decisões judiciais, por tempo na magistratura, em percentuais de concordância				
e +	Até 5 anos	6 a 10 anos	11 a 20 anos	21 anos
Parâmetros Legais	88,6	89,0	86,1	85,0
Compromisso com as conseqüências econômicas	48,1	42,0	37,4	27,2
Compromisso com as conseqüências sociais	90,2	85,9	81,9	64,9

(SADEK, 2006)

Sugere-se algumas conclusões do resultado destas pesquisas. Uma é que, como se pode notar, pode-se atribuir uma tendência mais presente em rejeitar os postulados que indiquem a falta de neutralidade (criatividade; extensão dos direitos sociais; conseqüências sociais da decisão) aos magistrados que ocupam mais tempo na carreira. Vê-se que no quesito “compromissos com as conseqüências sociais”, a resposta positiva daqueles que ocupam a função de magistrado por até 5 anos chega a 90,2 %, enquanto que nas cadeiras mais vetustas, com mais de 21 anos de função, esse índice desce para 64,9%. Considerada ainda a informação de que as magistradas mulheres, recém-chegadas à magistratura tendem a adotar este indicador de postura de forma mais acentuada que os homens (88,0% *versus* 75,7%, segundo a pesquisa) percebe-se que vem ocorrendo uma mudança de percepção motivada talvez pela mudança de composição no campo, conforme diagnosticada por Werneck Vianna, que ressalta a maior pluralização do campo da magistratura, com ingresso de novos atores pertencentes a classes sociais e grupos familiares diversos daqueles tradicionais, através do concurso público.

Questão de relevância – referente inclusive ao que já foi dito aqui relativamente à luta discursiva no campo, através da dogmática – é notar o aparente paradoxo existente no resultado que apresenta a similitude percentual entre o compromisso com as conseqüências sociais da decisão e compromisso com os parâmetros legais, mesmo naqueles grupos que mais se apegam ao primeiro ponto (respectivamente, 83,8% e 87,1% na primeira tabela; e 90,2% e 88,6% na segunda).

De fato, apresentada a ideia de que a postura conservadora utiliza-se dos argumentos do positivismo jurídico para propor a imparcialidade do magistrado, e esta linha positivista defende exatamente o apego à lei como forma de autonomia do direito em relação a outros campos da vida, a exemplo da política, cujo resultado é demonstrar-se ausente responsabilidades ou compromissos com as conseqüências da sua atuação jurisdicional, presente isto, deste modo, revelar-se-ia com efeito surpreendente a adoção, na mesma resposta, no mesmo questionário, das duas assertivas. Pois, como mesmo propõe Engelmann, existiria na magistratura “uma oposição entre decisões baseadas no ‘princípio da legalidade’, típico do direito identificado à interpretação restrita da lei, e as alicerçadas no ‘princípios gerais do direito’, identificados à visão mais ‘política’” (2006:124).

A resposta para encontrar uma coerência nesses dois fatores reside na evolução doutrina jurídica, justamente o instrumento dos agentes pela apropriação do discurso jurídico. Pode-se explicar da seguinte forma: como visto acima, ao tratar-se da chamada judicialização da política, houve uma mudança muito relevante quanto ao direito de feição liberal e o que passou a ser desenvolvido com a formulação política do *welfare state*. O direito de feição liberal, que dava ênfase aos códigos, notadamente o código civil, através



da regulação e proteção dos institutos contratuais, possui uma hermenêutica que afirma a clareza das regras jurídicas e mínima participação do agente jurídico na construção do seu núcleo normativo. Portanto – pelo menos era a pretensão – a regra para cada caso estava simplesmente já posta, já que o grau de abstração era reduzido, dado que todas as relações possíveis deveriam estar disciplinadas pela regras de direito. Como se viu, contudo, a regulação e planejamento político do Estado, bem como diversos direitos sociais do cidadão, assuntos como estes migraram para as Constituições. Estas, por seu turno, operam normativamente a partir de lógicas diferenciadas daquelas utilizadas para tratar dos códigos, o que se força formar uma nova hermenêutica para balizar a sua forma de interpretação e de aplicação. Os textos constitucionais formados no pós-guerra propunham verdadeiros planos de ações para o Estado, e direitos exigíveis pelos indivíduos, de atuação estatal, programas de ação estatal e social – daí se considerar algumas regras constitucionais como programáticas. As normas constitucionais que isso disciplina, porém, carregam a impossibilidade de ter uma textura concreta, mas ao contrário, altamente abstrata e, portanto, apenas aplicável sob a interpretação criativa dos agentes jurídicos. E, importante frisar, estes princípios constitucionais passam a ser considerados verdadeiramente normas de direito, com obrigatoriedade de execução. Assim, pode-se obrigar o Estado a pagar medicamentos sob o argumento do princípio do direito a vida, da dignidade da pessoa humana, a obrigatoriedade de prestação de saúde por parte do Estado. A esta nova doutrina jurídica que defende a supremacia da constituição e de seus princípios-norma, dá-se o nome de neoconstitucionalismo<sup>9</sup>, podendo ser tida como parcela do pós-positivismo.

Essas lições hermenêuticas implantadas pela interpretação constitucional, contudo, não ficam apenas ligados a ela. Por refletir o da mesma forma a busca pela igualdade, também os códigos passaram, com mais vagar, a conter não apenas regras rígidas, mas cláusulas gerais de aplicação do direito, aproximando-se cada vez mais do direito anglo-saxão. Assim, tome-se o emblemático exemplo do código civil brasileiro em vigor a partir de 2003, que inicia sua disciplina contratual com duas cláusulas gerais, ou princípios contratuais: “Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; “Art. 413 Os contratantes serão obrigados a guardar...os princípios da probidade e da boa-fé.” Tais dispositivos reforçam o que a doutrina civilista designa como “crise dos contratos”, dizendo da derrocada do paradigma liberal da autonomia da vontade como único vetor contratual. Assim, da mesma forma que se vê possível conceder um direito social, com base em um princípio constitucional, pode-se anular um contrato sob a justificativa de que uma das partes não cumpriu o dever de lealdade e de ética que devem reger as relações contratuais, o que é aplicação direta de um princípio jurídico, cujo vetor maior, nesse caso, é a igualdade em detrimento liberdade entre desiguais.

O que se está querendo dizer, portanto, é que diante da evolução da doutrina jurídica contemporânea, não há plena necessidade de se colocar em oposição os elementos de respeito aos parâmetros legais e respeito às conseqüências sociais das decisões – e assim se explica o aparente paradoxo do questionário. É que, como se tentou mostrar rapidamente acima, foram os próprios parâmetros legais que se elasteceram. O agente do direito não precisa atravessar um sentido unívoco da lei para dar-lhe uma interpretação que lhe afague a consciência quanto às conseqüências do seu labor. Os elementos de ética e de justiça, dentro de algumas balizas que a doutrina vem tentando construir, podem ser invocados a partir das próprias cláusulas gerais e princípios observados nas constituições, mas também nas leis como um todo.

A percepção desse fenômeno faz com que mesmo se torne secundária a oposição observada por Engelmann, ao identificar os agentes mais afeitos à conotação “política” ou “social” do direito – contrário, portanto, do bloco conservador, neutro, positivista – como aqueles vinculados ao movimento do “direito alternativo”<sup>10</sup>. Se, uma das propostas teóricas desse grupo seria “uma ‘politização do direito’, tomando por

---

<sup>9</sup> Pode-se encontrar em Ana Paula de BARCELOS (2005) uma exposição muito bem sistematizada sobre o neoconstitucionalismo, que pode nos servir de guia, para fins introdutórios. A autora condensa as novidades do neoconstitucionalismo em duas vertentes: uma metodológico-formal e outra material. A primeira pode ser dividida em três características: i) a normatividade da constituição – isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas, como as demais, de imperatividade; ii) a superioridade da constituição sobre o restante das normas jurídicas, que reafirma a hierarquização do ordenamento jurídico, tendo a constituição como ápice; iii) a centralidade da carta nos sistemas jurídicos por força do fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a constituição. Sob o ponto de vista material, tem-se: i) primeiro, a constatação da incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da igualdade e defesa de direitos fundamentais; ii) segundo, a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio corpo constitucional.

<sup>10</sup> Secundária, porém não irrelevante ou incoerente. O campo de pesquisa do autor foi o Sul do país, local no qual floresceu, no Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.18 a 31, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

base, ‘regras constitucionais’ e os ‘princípios gerais do direito’, que possibilitam a ‘abertura’ na interpretação na interpretação das normas jurídicas em oposição ao ‘princípio da legalidade’, que restringe as decisões judiciais a uma aplicação mais objetiva da legislação” (2006:123), enfim, este sendo, como é, um dos sentidos de atuação do movimento alternativo, não difere muito, porém, da proposta teórica do *pós-positivismo e do neoconstitucionalismo*. Obviamente que se pode encontrar diferença no grau de utilização dessa doutrina, assim como seus objetivos políticos, mas os conteúdos se assemelham.

Uma terceira curiosidade poderia despontar das tabelas acima colocadas. Apontemo-la, mesmo com o intuito de inserir já outro debate no assentado no campo jurídico presente, que é o da importância das associações de atores jurídicos (magistrados, promotores, advogados). A questão diz respeito a que, tendo-se resultado um diagnóstico positivo acerca da presença do consequencialismo na prática jurídica, como querem denunciar as pesquisas sob o ponto, a adoção da perspectiva quanto às consequências econômicas da decisão restou substancialmente afastada, com apenas 36,5% de adesão à ideia, principalmente se comparada ao consequencialismo social, que chega a 78,6%. Possível paradoxo, pois, desde que se poderia tomar a economia como dado relevante para a estabilidade social e seu desenvolvimento.

O tema, contudo, pareceu mais compreensível na oportunidade de uma entrevista por nós realizada junto ao presidente da AMASE (Associação de Magistrados de Sergipe) na qual foi questionado acerca da atual função juiz na sociedade atual, tendo respondido que:

*“Houve uma mudança, por parte dos próprios juízes, do seu papel na sociedade. O neoliberalismo tem como pauta calar o judiciário e impedi-lo de atuar na efetivação dos direitos fundamentais e sociais. É a partir dessa compreensão que hoje os magistrados estão cientes desse seu papel social para impedir que a lógica do mercado tome o lugar da lógica dos direitos”.*

Entrevista realizada em 10/09/2009.

Assim, ao que parece, ter cuidado com as consequências econômicas da decisão significa não curvar-se à “lógica do mercado”, “neoliberal”, que procura tomar o lugar da “lógica dos direitos”. Estas duas vertentes estariam em contraposição, podendo ser tomadas corretamente como oposição dentro do campo jurídico.

Neste tópico, repisamos que a disputa interior do campo jurídico é uma disputa por um discurso mais ou menos conservador, a qual traz, por um lado, uma postura mais “liberal” e outra mais “progressista”. A formação de uma postura heterodoxa não vem dissociada de uma literatura bastante densa sobre usos do direito, normalmente trazidas pela filosofia jurídica e pela hermenêutica jurídica, a doutrina jurídica à qual o trabalho de Engelmann corretamente faz menção. A cultura jurídica brasileira é vista como de raiz positivista, tendo seus princípios bebido nas fontes do dualismo kelseniano e no conservadorismo que isso acarretava. A mudança de ares teria de passar necessariamente pelo questionamento daquelas bases positivistas. Os movimentos heterodoxos no campo jurídico criaram ou adotaram bases teóricas as quais são imprescindíveis de se destacar para a compreensão do tema ora discutido, notadamente o pós-positivismo e neoconstitucionalismo, fortemente vinculados ao ativismo que percebemos nos últimos anos.

### **3. Ativismo judicial no Brasil e o Supremo Tribunal Federal.**

Sem dúvidas as decisões do Supremo Tribunal Federal são as que chamam maior atenção, pela relevância pública dos temas enfrentados por aquela casa. Já tivemos a oportunidade de verificar possíveis motivos pelos quais as cortes constitucionais passam a ser o porta voz da vontade geral, tratando de pautas geralmente afetas aos parlamentos. Pretendemos, a seguir, abordar algumas das mais marcantes decisões recentes da mais alta corte brasileira, compartilhando impressões acerca de indícios da judicialização da política e da politização da justiça.

Ainda que a expressão ativismo judicial não expresse apenas a atuação profissional dos magistrados, dado que a militância de advogados e promotores também quer designar isto, sem dúvida é a mudança de postura daqueles que decidem que vem chamando a atenção da sociedade brasileira, e em especial a atuação do Supremo Tribunal Federal, protagonista em importantes discussões travadas nos últimos anos.

---

final da década de 80, o movimento alternativo. Este movimento obteve repercussão nacional e foi de fato excepcionalmente importante para fincar posição, politicamente, a respeito de um direito mais consequencialista e menos legalista. O que se pretende afirmar aqui é que suas proposições atualmente não guardam mais um teor, por assim dizer, plenamente alternativo, dado que as evoluções na hermenêutica – que certamente ajudaram a construir – dispensam hoje a ideia de transbordar os parâmetros legais, como explicado mais atrás. Daí que estabelecer o movimento do direito alternativo, atualmente, como agente opositor no campo jurídico, ainda que seja sublinhadamente correto, é incompleto.

Lembre-mos de algumas delas, informando quando possível o que mais se destaca como novidade. Três casos apontam como o sinal definitivo da existência de um ativismo judicial no STF, que vinha mostrando-se de forma compassada desde o começo da atual década. As decisões sobre a fidelidade partidária, o nepotismo e a regulamentação do direito de greve são extremamente relevantes por conta da sua interferência direta nos outros poderes.

Em 2007, o PFL ingressou com uma “consulta” ao Tribunal Superior Eleitoral, formulando a seguinte pergunta: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”. A resposta da corte eleitoral foi positiva, e como as deliberações por meio deste instrumento – a *sui generis* “consulta” – têm caráter normativo, seus efeitos gerariam confrontos reais e ações para perda de mandato. Após solicitações dos partidos de oposição para que o presidente da Câmara dos Deputados abrisse processo de exclusão, a sua negativa gerou os Mandados de Segurança que chegaram ao STF, e assim a controversa matéria da fidelidade partidária, que durante muitos anos rondou os corredores do Congresso na pauta da reforma política, acabou chegando ao Judiciário para ser, nesta outra seara, decidida.

O Tribunal decidiu, por 8 votos a 3 que o mandato pertence à agremiação política, atestando a obrigatoriedade da fidelidade partidária com a ressalva de possíveis perseguições políticas. O tema obviamente notabiliza-se pela relevância de suas repercussões, que atingem de frente o sistema político brasileiro. Pelo viés da ciência política, as questões mais claras são, em primeiro lugar o fato em si do julgamento de questão dessa estirpe distante das cadeiras do Congresso Nacional, mas pelo contrário, movido por membros deste para ser decidido pelo judiciário. Isto aponta para o fenômeno judicialização da política antes abordado, já que uma pauta é direcionada para o judiciário ao invés de outro poder.

Contudo, aqui esse deslocamento é mais complexo pois não se trata meramente de um componente estrutural, ou seja, não temos o exemplo de algum tema que a constituição afastou a escolha política e deu a ela condição de juridicidade imediata. O Congresso poderia ter escolhido, na sua discussão política, se havia oportunidade para a fidelidade partidária ou não, e sua escolha seria legítima. Entretanto, alguns dos próprios congressistas fizeram o debate mudar de foro e judicializaram o tema. Isso faz lembrar o argumento por vezes utilizado, de que o Judiciário vem crescendo por conta da omissão e incapacidade do poder legislativo – o que será reforçado em exemplo à frente.

Outro fator que faz chamar a atenção neste caso quanto ao debate sobre o ativismo judicial se deu por conta do conteúdo dos votos dos ministros que se manifestaram a favor da fidelidade partidária. Sem aprofundar no tema, deve-se dizer que a Constituição não pronuncia uma só palavra acerca de punições para troca de partido, quiçá perda de mandato nestes casos. Os votos dos ministros foram embasados em princípios e interpretações sistemáticas da constituição calcadas em regras práticas tais como o fato de haver políticos que se elegem com poucos votos, por conta do sistema proporcional adotado pela Constituição. Esta forma de decidir, enxergando além da letra da lei, para buscar o “sentido”, a “vontade”, os “princípios últimos”, da democracia, da vontade popular, que estariam imersos na Constituição, representa um aspecto relevantíssimo da análise do ativismo judicial.

A resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça determinou a proibição do nepotismo no poder judiciário. O Supremo foi acionado, a partir de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a se pronunciar sobre a validade jurídica desta medida face à Constituição. O resultado foi a declaração da validade da resolução e a determinação de que o tribunais, dentro de determinado prazo, cumprissem a resolução do CNJ, fizessem exonerar todos os parentes até 3º grau em cargos de confiança de membros efetivos, com a fiscalização do Conselho autor da resolução. No ano de 2008, o assunto voltou ao STF, ainda mais recheado. Provocado por um Recurso Extraordinário que discutia a constitucionalidade de nomeação de parente de vereador e vice-prefeito para cargos públicos, o STF manifestou o mesmo entendimento já adotado no caso da resolução 07/2005 do CNJ, com a diferença que neste caso não havia qualquer norma, de qualquer hierarquia, regulamentando expressamente a matéria: a fonte foi diretamente a Constituição.

Para este caso valem as mesmas colocações feitas no caso da fidelidade partidária, com o destaque, talvez, para que a questão em pauta representa um dos maiores desafios da sociedade brasileira, já que o nepotismo representa vivamente as características do estado patrimonial pelo qual o país foi tão descrito em sua literatura política, histórica e sociológica, como se teve a oportunidade de conferir na primeira

parte deste trabalho. E esta tão importante questão deitou, espera-se, na eternidade do passado, por meio de um debate travado no poder judiciário, e não pelos representantes eleitos pelo povo para resolver as relevantes questões sociais. Novamente, vale dizer, a vedação ao nepotismo não encontra qualquer menção expressa na Constituição Federal. A decisão dos ministros, comemorada pela opinião pública, foi baseada em princípios tais como o republicanismo, a moralidade, a eficiência do serviço público, firmando uma posição de claro alargamento interpretativo do texto Constitucional.

O terceiro caso, ocorrido em 2007, representa uma das viradas jurisprudenciais mais intensas do STF, e resultou na regulamentação do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa pública. O artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. O Mandado de Injunção é um instrumento processual que garante ao cidadão a realização, execução, efetivação, de um direito fundamental inscrito na Constituição, mas ainda não regulamentado pelo legislador. Explique-se: em alguns casos, a Constituição afirma existir um direito, mas dá ao legislador ordinário a competência para regulamentá-lo. Enquanto não houvesse esta regulamentação, estaria o cidadão impossibilitado de exercer este direito. O mandado de injunção se presta a, em função da inação do legislador, solicitar que o judiciário regulamente a matéria relativa a um direito fundamental no caso concreto, tornando possível seu exercício por quem o impetrou.

O STF jamais considerou possível regulamentar um caso concreto a partir do mandado de injunção. A postura adotada pelo tribunal afirmava que ao Judiciário cabia apenas notificar o legislador pela “mora legislativa”, sem o poder de exigir uma providência concreta. O fundamento da tese seria o respeito à divisão dos poderes, fundamento da República. A atuação concreta do Judiciário como legislador pontual seria uma invasão indevida nas tarefas do poder Legislativo, que confrontaria o princípio de Montesquieu. O artigo 37, VII da CF afirma que, no caso dos servidores públicos “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Desde 1988, o funcionalismo espera que o legislativo se pronuncie sobre a matéria. Em 2007, a associação nacional dos servidores públicos mais uma vez em alguns anos impetrou Mandado de Injunção no STF pedindo que o Tribunal regulamentasse o direito de greve. Sem se ater à jurisprudência anterior, os ministros decidiram que a lei de greve da iniciativa privada seria utilizada, no que cabível, aos servidores públicos. A autocontenção do tribunal foi substituída pelo ativismo, pela vitória da tese de que nestes casos o judiciário pode legislar, afastando a omissão do Congresso. Este exemplo é interessante para se observar o devido peso entre o aspecto anímico e o estrutural, como acima abordado. É que mesmo já havendo uma norma na Constituição que permitia o judiciário de legislar no caso concreto (o Mandado de Injunção – fator estrutural), a sua efetiva realização apenas foi percebida a partir de uma mudança de atitude, de concepção de função enquanto corte, dos ministros do tribunal (o fator anímico).

Em outros casos, porém, esta atividade legislativa do STF não tem base jurídica segura e vem chamando a atenção de interessados no assunto. Trata-se das súmulas vinculantes, mais especificamente da forma como elas têm sido utilizadas. A súmula vinculante é um instrumento de uniformização de jurisprudência, inserido na Constituição pela reforma do judiciário, em 2004 (Emenda Constitucional 45/04). Ela serve, pois, para que demais juízes e tribunais e administração pública sejam obrigados a manter o posicionamento adotado pelo STF em determinada matéria que este resolveu sumular, como último intérprete da Constituição. Seu objetivo mais prático é evitar recursos os quais, quando enviados ao STF, já se saberia a resposta.

A crítica que se faz à forma como estão sendo utilizadas as súmulas provém de alguns casos. Em 2008, dois chamam a atenção. O primeiro é a súmula da restrição ao uso de algemas. Motivada claramente pelas prisões de Daniel Dantas, Naji Nahas e Celso Pitta, mas tendo como paciente no Habeas Corpus, ironicamente, um paciente pobre<sup>11</sup>, o tribunal lançou a súmula vinculante nº 11<sup>12</sup>. Desconsiderando aqui

---

<sup>11</sup> Quanto a esta ácida ironia dos fatos, cf. a opinião do juiz federal George Marmelstein Lima, para quem há no Brasil “uma cooptação de toda a base de legitimação que o discurso dos direitos proporciona para tentar justificar determinados pontos de vista que, a rigor, não estariam abrangidos nas intenções mais nobres que tradicionalmente estiveram por trás da luta pelos direitos fundamentais. Ao invés de servir como reivindicação contra a opressão, o discurso dos direitos transforma-se em um escudo protetor de grupos já demasiadamente privilegiados que nem com muita boa vontade poderiam se enquadrar na noção de oprimidos, excluídos e despossuídos cuja dignidade o discurso dos direitos procura resgatar. (*Juristocracia Verde e Amarela*, in Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.18 a 31, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

comentários acerca do momento político em que foi editada, vale dizer que as críticas geradas giram em torno da falta de precedentes da Corte para poder tornar este entendimento uma súmula obrigatória. Explique-se: a Constituição autoriza a elaboração destas súmulas, mas exige alguns requisitos, dentre os quais que o entendimento tenha já vários precedentes e a matéria seja pacífica<sup>13</sup>. Neste caso, por conta de apenas um episódio, editou-se a súmula.

No já tratado tema do nepotismo, editou-se também uma súmula vinculante. Aqui, além de não existir precedentes, o que mais ganhou notoriedade foi a forma a qual os ministros a elaboraram, suscitando hipóteses nas quais a redação da súmula seria mais eficiente, como evitar brechas, abordando cada caso prático que fosse albergado pelo texto, ou seja, um trabalho tipicamente de um legislador, uma discussão pragmática tipicamente legislativa.

O problema disso tudo é que uma súmula vinculante tem uma textura normativa, quanto à seu grau de abstração, e capacidade coação praticamente idêntica a de uma lei. Obviamente que pode o Congresso editar norma com conteúdo diferente, mas até lá as instâncias do judiciário e a administração devem respeitar as disposições da súmula. Pelo seu alto grau de abstração e generalidade, seu procedimento de formação foi construído para ser rígido. Os dois casos apresentados são exemplos em que o tribunal simplesmente legislou, sem haver precedentes, e na questão do nepotismo em especial, os debates pragmáticos envolvidos remetem claramente ao comportamento dos parlamentares ao discutirem a aprovação de uma lei.

Dois últimos episódios, que têm em comum a ilustração da importância que tem o Judiciário hoje no Brasil. Em pouco tempo, o STF se viu às voltas de duas difíceis questões que envolveram componentes religiosos, éticos, filosóficos, etc., que foram os julgamentos da lei de biossegurança (questão das células-tronco) e fetos anencéfalos. Por conta deste último ocorreu a primeira audiência pública no STF, requerida pelo ministro Carlos Ayres Britto, que contou com a participação de membros da sociedade civil e científica. O expediente também foi utilizado por ocasião do julgamento da lei de biossegurança. Poder-se-ia afirmar corretamente que se trata de mais um debate intenso e importante da sociedade brasileira que é decidido de maneira definitiva fora do Congresso Nacional. Porém, outra coisa que chama atenção neste episódio é que o tema só ganhou repercussão quando chegou ao tribunal, depois de ter sido votado no Congresso com poucos holofotes. Passa a impressão de um sentimento de intermitência em relação que é decidido no Parlamento, ou até que este foro não é mais adequado para a participação e debates da sociedade civil. O que é um choque teórico muito forte.

#### 4. CONCLUSÃO

No propósito desde início alegado, procurou-se conferir algumas bases teóricas e empíricas acerca das mais complexas e palpitantes movimentações do campo jurídico, entendidas como a judicialização da política e a politização da justiça, o ativismo judicial.

Os trabalhos mais voltados para a área da ciência política povoam o primeiro trecho deste artigo, dado que analisam a própria modificação na estrutura do estado, sendo objeto claro das preocupações também daquela ciência. Há, contudo, uma destacada ausência de trabalhos no Brasil que procure trazer uma análise mais aprofundada do campo jurídico, seja quanto à disputa discursiva aqui focada, quanto para outros possíveis indicadores que sirvam para ao estudo desse campo. Dessa forma, a não ser pelos trabalhos de fôlego que foram apresentados e discutidos acima, não há um diagnóstico permanente acerca do discurso e outras formas de práticas dos agentes do campo jurídico que abalize com mais precisão as opiniões direcionadas nessa área, como por exemplo, o próprio ativismo judicial. Daí toma-se por importante as discussões aqui empreendidas, com vistas a sistematizar os estudos já realizados e conferir necessária compreensão teórica dos temas sem, quando fosse possível, deixar de inserir o ponto de vista do autor.

---

<http://direitosfundamentais.net/2011/12/08/a-juristocracia-verde-e-amarela/>. Acesso em 07/01/2012)

12 Súmula Vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

13 Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. (lei 11.417/06)

Parece relevante haver pesquisas no ramo da ciência do processo que digam respeito à necessária abertura dos tribunais que vem como resultado do seu maior protagonismo. Dado que, como pretendido afirmar no presente artigo, pautas de grande relevância migram do legislativo para o judiciário, são precisos criar canais de comunicação entre os tribunais e a sociedade, para que ela não fique simplesmente ao léu em relação aos temas que lhe interessam. Assim, desde as audiências públicas que já se destacam no STF, a ampliação das possibilidades de intervenção de terceiros nos processos de grande interesse deve ser pauta debatida com, sugere-se, o aporte teórico da teoria do estado, e da necessidade de legitimação das decisões.

Quanto à ideia de ativismo, por seu lado, ainda se apresenta campo fértil para a análise estatística e de discurso pesquisas necessárias para a verificação empírica de uma opinião que se apresenta como uma quase unanimidade não-verificada com dados científicos mais precisos. Pode-se analisar desde casos concretos, de tribunais específicos e comparações entre si, desde períodos diferentes de um mesmo tribunal, até os discursos e ações empreendidas por associações de classe de agentes no âmbito do judiciário.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo nº 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 18 set. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**- Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CORTIZO, Maria Del Carmen. **A cultura da justiça: cultura jurídica e administração de justiça**. Campinas, SP: [s.n.], 2000.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1v.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. In Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000, p.183-202.

SADEK, M. T. . **Pesquisa AMB 2006**. In: XIX Congresso Brasileiro de Magistrados, 2006, Curitiba. AMB, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SORJ, Bernardo . **A nova sociedade brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. v. 1. 169 p.

VIANNA, L. W. ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann . **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 1a.. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. v. 01. 272 p.

VIANNA, L. J. W. ; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; BURGOS, Marcelo Baumann . **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 1a.. ed. RIO DE JANEIRO: Editora Revan, 1997. v. 01. 320 p.

VINCENT, A. **Ideologias políticas modernas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013