

23 PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICA: OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL EM SEU MOVIMENTO PENDULAR

Anna Flávia Aguilár Santos de Oliveira
Rafael Carrano Lelis
Joana de Souza Machado

Palavras-chave: ativismo judicial; política; constitucionalismo popular

O presente trabalho aborda a temática do ativismo judicial, problematizando quais seriam os riscos decorrentes dessa prática, especialmente quando dissimulada, tendo em vista o movimento pendular entre ativismo conservador e liberal a ser analisado na pesquisa. Investiga-se, por meio de um método reconstrutivo de abordagem, e com referência teórica no constitucionalismo popular de Jeremy Waldron (2003), a hipótese de que prática dissimulada do ativismo abre espaço para restrição de direitos e debilidade democrática.

A pesquisa, fruto de um projeto diferenciado de monitoria na disciplina de Poder Judiciário e Política, encontra-se na etapa de revisão bibliográfica, a qual será retratada neste resumo expandido. A pesquisa buscará, em etapa mais avançada, por meio de estudos de caso, diagnosticar o exercício dissimulado do ativismo no cenário brasileiro, notadamente no Supremo Tribunal Federal (STF).

Considera-se de grande relevância a discussão desse tema e dos pontos específicos dele decorrentes principalmente devido ao atual cenário político-institucional brasileiro, no qual, cada vez mais, cresce a descrença nos poderes Executivo e Legislativo e aumenta a busca por respostas e decisões do Poder Judiciário. Para além disso, esse último poder vem sendo constantemente apontado como o defensor dos direitos das minorias, em razão da função contramajoritária que lhe é normativamente fixada, enquanto as casas legislativas e os órgãos executivos representariam apenas os desejos e vontades da maioria.

São objetivos da pesquisa retratada neste resumo: 1) apontar e conceituar o caráter pendular do ativismo judicial; 2) comprovar a existência da prática dissimulada do ativismo judicial no Brasil, por meio de método de estudo de casos; 3) evidenciar os riscos da prática dissimulada do ativismo judicial.

A definição de ativismo judicial é tarefa desafiadora e necessária, tendo em vista que o termo é utilizado em contextos completamente diversos e em sentidos até mesmo antagônicos. Além disso, é frequentemente referido como sinônimo de judicialização da política. Nesta pesquisa, adota-se uma distinção entre esses fenômenos, embora se reconheça uma forte conexão entre eles.

A judicialização da política pode ser apontada como uma consequência da adoção de uma constituição substantiva e garantidora de direitos fundamentais, tal como se configura a Constituição cidadã de 1988. Quando a Carta Magna amplia significativamente os direitos dos cidadãos brasileiros em áreas como saúde e educação, é decorrência natural que cheguem ao Judiciário demandas relacionadas a tais direitos. Dessa forma, questões notadamente de cunho político, tradicionalmente reservadas às esferas de deliberação dos Poderes Legislativo e Executivo, são reconduzidas ao campo judicial de apreciação, em outros termos, judicializadas.

Em contrapartida, o ativismo judicial, como já destacado, possui uma definição controversa, sendo associado, inclusive, a significados opostos.

A prática do ativismo judicial na história constitucional norte-americana revela uma dupla face do ativismo, a conservadora (restritiva de direitos) e a liberal (ou progressista) e um movimento pendular entre elas.

A Corte Lochner, com seu ativismo conservador e contrário a diversas políticas públicas progressistas foi logo sucedida pela Corte liderada pelo *Chief Justice* Harlan Fisk Stone, que passou a tomar decisões, em muitos momentos ativistas, de caráter mais progressista. Posteriormente, pode-se apontar a Corte Warren, um dos períodos mais notórios de ativismo judicial progressista na Suprema Corte americana (lembrando que o mesmo Tribunal vivenciou momentos de decisões conservadoras entre a Era Stone e a Era Warren, mas tais decisões não possuíam um caráter essencialmente ativista). Após um longo tempo de caráter liberal, a Suprema Corte se encaminhou lentamente de volta ao ativismo conservador sob a liderança do Chief Justice Warren Burger, confirmando sua atuação realmente conservadora na conhecida Corte Rehnquist e mais uma vez ilustrando a constante “mudança de lado” do ativismo judicial (SUNSTEIN, 2005).

Justifica-se a referência à história constitucional dos Estados Unidos porquanto o fenômeno em estudo dispõe de pesquisa e literatura mais remotas e amadurecidas no contexto norte-americano, no qual foi inclusive inaugurada a própria expressão “ativismo judicial”.

Diante desse breve apontamento de parte da história do ativismo judicial na Suprema Corte americana, chega-se à ideia reconstruída pela pesquisa de um caráter pendular do ativismo judicial, que oscila entre atividade jurisdicional extravagante de cunho liberal (de grandes concessões e garantias de direitos) e de cunho conservador (restritivo de direitos, principalmente de minorias).

A despeito disso, é possível identificar no termo “ativismo judicial” uma semântica mínima, como sendo uma espécie de distorção (ou excesso) da atividade jurisdicional (MACHADO, 2008); destacando-se, no entanto, que as críticas a essa distorção jurisdicional tendem a ser realizadas sob motivação política, como no caso americano.

A partir disso, Barroso (2012) procura definir ativismo como sendo uma atitude (em oposição à judicialização, que seria um fato), ou seja, seria “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance” (BARROSO, 2012, p.25-27). Nesse diapasão, o autor coloca que tal atuação estaria associada a uma retração ou omissão legislativa; buscando o Judiciário, então, a concretização dos valores constitucionais.

Há de se frisar que o ativismo se coloca como uma forma de interferência, como o próprio Barroso (2012) reconhece, no espaço de atuação dos outros poderes (Legislativo e Executivo) e, ainda, que por vezes o Poder Judiciário (e principalmente o Supremo Tribunal Federal) o pratica por meio de uma interpretação ampliada do texto constitucional. Machado (2008, p. 52-61) avança um pouco mais na conceituação do ativismo judicial, apontando-o como uma tentativa da jurisdição constitucional, exercida pelo Judiciário, de monopolizar os chamados debates substantivos (que envolvem, por exemplo, política e moral), em uma espécie de exclusivismo judicial. Sob esse prisma, o Judiciário se coloca como o único competente para “dar a última palavra” em tais questões, contrariando, inclusive, as opiniões legislativas a respeito do tema. Sendo assim, a delimitação do conceito de ativismo judicial se dará identificando-o como uma forma de interferência nos demais poderes, por meio da interpretação ampliada do texto constitucional, como forma de garantir o exclusivismo judicial, isto é, que o Judiciário seja sempre aquele a dar a última palavra.

Do outro lado, em sentido completamente oposto ao do ativismo judicial, apresenta-se a autorrestrição judicial (nomeada por alguns autores de autocontenção judicial ou minimalismo judicial), que configura, justamente, a tentativa do Poder Judiciário de diminuir ao máximo sua interferência nos demais poderes, reconhecendo seus limites institucionais. Sendo assim, o judiciário autorrestritivo evitaria, espontaneamente, a intervenção em matéria de políticas públicas cuja competência é de outros órgãos, bem como não realizaria interpretações ampliadas do texto constitucional, que podem exacerbar e contrariar a intenção legislativa.

Avançando na discussão, no que se refere à atuação do judiciário, Waldron (2003) destaca que a alteração que o Poder Judiciário realiza na lei, atuando de maneira ativista, tende a ocorrer de forma mascarada e dissimulada, principalmente na tradição da Common Law.

Esta pesquisa identificou e em etapa mais avançada trará o diagnóstico de casos brasileiros de dissimulação da prática do ativismo. Em tais casos, o Judiciário encobre discursivamente o ativismo, sob a alegação de que não inova o ordenamento jurídico, de que apenas revela, por meio de técnica própria, jurídica apurada, razões já postas nos textos jurídicos.

A tática discursiva atenua, por vezes, o ônus argumentativo de justificar a criação junto à população, e a própria responsabilidade por resultados decisórios que possam ser negativamente avaliados. A valorização da técnica jurídica conduz, nessa linha, ao efeito da

despolitização, da blindagem. Esvazia-se, com ela, a possibilidade de discussão popular do tema, que resta, assim, encastelado no campo jurídico, campo de busca do monopólio pelo poder de dizer o direito (BOURDIEU, 2007).

Desse modo, demonstra-se o grave risco desse ativismo judicial dissimulado, uma vez que ele pode ser utilizado para restringir direitos da população (em sua faceta conservadora) sem que se abra a uma real possibilidade de questionamento ou problematização pela sociedade não detentora da técnica jurídica.

Em conclusão, a prática dissimulada do ativismo judicial permite que os mesmos elementos técnicos utilizados para justificar decisões ativistas liberais no STF sejam potencialmente utilizados para a defesa de criações judiciais de cunho conservador, para camuflar inovações restritivas de direitos de minorias e a própria arbitrariedade judicial.