

## ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DOIS LADOS DE UMA MESMA MOEDA?

## ACTIVISM AND JUDICIALIZATION OF POLITICS: TWO SIDES OF THE SAME COIN?

Milene Cristina da Costa Viella<sup>1</sup>  
Juvêncio Borges Silva<sup>2</sup>

### RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar a aproximação entre direito e política, destacando as temáticas de judicialização e ativismo judicial. Apresentamos uma diferenciação e eventuais pontos de encontro entre os conceitos a partir da visão de autores como Trindade e Oliveira (2012), Veríssimo (2013), Tassinari e Oliveira (2014), Nunes Junior (2016) e Nobre e Rodriguez (2011), buscando apontar eventuais mudanças do atual paradigma normativo (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011) a fim de que alternativas e soluções não tradicionais (isto é, não fundadas em uma perspectiva normativa) possam florescer e indicar novos desenhos institucionais e gramáticas do direito. Infere-se que os autores acreditam que judicialização da política e ativismo judicial são conceitos permeados por uma visão normativa e engessante dos conflitos sociais e das formas de solucioná-los. Pensá-los de forma aprofundada significa abrir mão de modelos institucionais e teorias normativas tradicionais que não têm funcionado, bem como abrir espaço para que alternativas que considerem as especificidades do Estado e das instituições nacionais sejam levados em consideração na solução de conflitos.

**Palavras-chave:** Política. Judicialização. Ativismo judicial.

### ABSTRACT

The objective of this paper is to present the approximation between law and politics, highlighting the themes of judicialization and judicial activism. We present a differentiation and eventual meeting points between the concepts through some authors view, such as Trindade and Oliveira (2012), Veríssimo (2013), Tassinari and Oliveira (2014), Nunes Junior (2016) and Nobre and Rodriguez (2011). This study aims to point out possible changes in the current normative paradigm (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011) so that non-traditional alternatives and solutions (which means, not based on a normative perspective) can flourish and indicate

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Email: [miviella@hotmail.com](mailto:miviella@hotmail.com)

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, doutor pela UNESP, mestre pela Unicamp, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos, docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Email: [juvencioborges@gmail.com](mailto:juvencioborges@gmail.com)

new institutional and grammatical designs of law. It is inferred that the authors believe that judicialization of politics and judicial activism are concepts permeated by a normative and engendering view of social conflicts and ways to solve them. Thinking them in-depth means giving up institutional models and traditional normative theories that have not been worked and open space for alternatives that consider the specificities of the State and national institutions to be taken into account in conflict resolution.

**Keywords:** Politics. Judicialization. Judicial activism.

## INTRODUÇÃO

Direito e política são campos cuja associação nem sempre ocorre de maneira clara no debate público, ainda que sejam indissociáveis na prática. É comum serem pensados enquanto institutos ontologicamente distintos por influência, sobretudo, da teoria da separação de poderes desenvolvida no final do século XIX, com destaque para as contribuições teóricas de Montesquieu. Essa separação é tamanha que ainda ocorre de um mesmo fenômeno ser estudado por cientistas políticos e juristas de forma apartada, culminando na perda do aprofundamento de teorias sobre a temática (WANG, 2013) e do estabelecimento de caminhos interdisciplinares entre direito e política.

Na prática, não se pode segregar o direito da política, por se tratar de imbricação que se constitui mutuamente. Isto porque o direito “além de ser um produto da política, é também a política em seu aspecto formal e estabelece os atores, regras, objetivos, procedimentos e limites em que o jogo político ocorrerá para a produção de política” (WANG, 2013, p. 11). Embora esta associação ainda não seja tão óbvia, já há considerável produção teórica nesse sentido (WANG, 2013).

Na relação entre direito e política o que se tem observado nos últimos anos, especialmente a partir da década de 1990 (após a promulgação da Constituição Federal de 1988), é uma expansão da atuação judicial, sendo o Poder Judiciário cada vez mais instado a decidir disputas em democracias contemporâneas. Exemplos desse acionamento podem ser vistos em qualquer manchete de jornal nos dias atuais, como é o caso do recente imbróglgio envolvendo a vacinação compulsória contra covid-19 e os seus desdobramentos (vacinação de crianças de 5 a 11 anos de idade [PERON, 2022], exigência de comprovante de vacinação, etc.).

Em relação às temáticas sensíveis à sociedade brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado um papel de protagonista na tomada de decisões que envolvem diversos temas, redimensionando o espaço de atuação da política (NUNES JUNIOR, 2016), como os casos do mensalão e lava-jato, descriminalização do aborto, reconhecimento de uniões

homoafetivas, entre outros. Assim, o sistema de justiça passou a constituir, a um só tempo, uma aposta e uma estratégia para a efetivação de direitos fundamentais, resolução de dilemas morais, questões envolvendo políticas públicas etc.

A crescente expansão da atividade judicial na política e nas relações sociais, longe de ser um fenômeno tipicamente brasileiro - como veremos melhor adiante, trata-se de ocorrência típica de democracias de massas (TASSINARI; OLIVEIRA, 2014) -, tem suscitado questões no campo da Ciência Política e do Direito – o que nos leva, novamente, ao entrelaçamento entre estas duas áreas de conhecimento. O constante acionamento e expansão do Judiciário desembocou em dois fenômenos específicos, nomeados por cientistas políticos e juristas como *ativismo judicial* e *judicialização* da política.

Embora tenham surgido como sinônimos ou explicados a partir de origens comuns, segundo Tassinari e Oliveira (2014), são fenômenos diferentes, que possuem causas distintas: enquanto a judicialização da política é o resultado do surgimento de Constituições dirigentes que modificaram a função do Poder Judiciário na relação com os Poderes Legislativo e Executivo, o ativismo judicial compreenderia uma atuação problemática e invasiva do Judiciário.

Nobre e Rodriguez (2011), por outro lado, entendem que judicialização da política ou ativismo judicial são dois lados de uma mesma moeda, ou seja, fundam-se em uma concepção particular da separação de poderes de um Estado de direito, sendo processos vistos “ora da perspectiva da política que seria ‘invadida’ pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio ‘invasor’” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 9). Como veremos adiante, os autores afirmam que estes conceitos têm sido interpretados a partir de uma visão normativa e limitada do Direito e da Constituição Federal de 1988, que restringe a própria aplicação do Direito pela dificuldade de compreensão do fenômeno jurídico (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 9).

As questões aqui expostas direcionam o objetivo deste artigo, que consiste em realizar uma breve diferenciação entre os conceitos de *ativismo judicial* e *judicialização da política*, sem qualquer pretensão de exaurimento teórico da temática exposta.

## **1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL**

A judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos estudados pela teoria e ciência política, juristas e sociólogos há alguns anos. Não raras vezes, a abordagem destes temas ocorre de modo a aproximá-los, como se compartilhassem um conteúdo teórico comum ou as mesmas origens. Neste aspecto, Tassinari e Oliveira (2014) argumentam que durante um

bom tempo o pensamento jurídico-social brasileiro olvidou em promover análises críticas sobre a separação de tais fenômenos, o que contribuiu para a confusão entre os termos.

Com o intuito de diferenciá-los, começaremos com o conceito de ativismo judicial. Afinal, o que entendemos como ativismo judicial? O que é um juiz ativista? Seria esse ativismo um desvio de função ou se trata de atribuição inerente à magistratura? Essas são algumas das questões postas por Veríssimo (2013), que problematiza o uso da expressão, pontuando que a sua interpretação parece suscitar uma noção paradoxal, como se algo estivesse fora do lugar. O que o autor busca argumentar é que a ideia de ativismo aparenta ser incompatível com o Poder Judiciário, pois este é marcado pela característica da passividade – isto é, o Judiciário deve ser inerte, atuando apenas quando instado a tanto e dentro dos limites do que fora demandado<sup>3</sup>. Ora, como pode um juiz ser proativo quando uma das principais características do Judiciário é a sua inércia?

De forma resumida, Veríssimo (2013) esquematiza o funcionamento tradicional do Judiciário em uma demanda enviada a um juiz inerte e passivo, que, por sua vez, irá procurar uma norma geral e abstrata para resolver o problema posto em suas mãos. Nesse sentido:

[...] não é o juiz quem *escolhe* analisar essa e não outra situação, nem é ele quem determina quais são os fatos que melhor traduzem o problema a ser julgado. Tampouco é o juiz quem formula, idealmente, a solução que seria adequada, em tese, ao problema. Por todas essas razões é que, apesar de ter o *juízo*, ele não tem a *vontade*. Ao julgar um caso, o juiz analisa *aquela situação de fato* que lhe é descrita pela vontade indicativa das partes (vontade essa que lhe é alheia), não podendo conhecer de quaisquer outros elementos. Após isso, o juiz verifica se a tal fato é anexada pelo ordenamento uma consequência jurídica compatível com o pedido que foi feito (sobre cuja formulação o juiz também não tem, em princípio, controle). E, assim, chega a uma decisão de acolhimento ou rejeição do pedido, simplesmente. O trabalho que o juiz faz, nessa chave de leitura, é uma operação lógica, de subsunção daquela situação concreta a uma determinada norma abstrata [...] Tudo isso em um esquema basicamente *passivo* (VERÍSSIMO, 2013, p. 55).

O esquema acima descrito será questionado com a introdução do conceito de ativismo, que surge, pela primeira vez, na revista norte-americana *Fortune*, em um artigo de janeiro de 1947 sobre a Suprema Corte (VERÍSSIMO, 2013, p. 56). Na ocasião, a revista fez uso da expressão *ativismo* para se referir aos perfis de juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, dividindo-os em *ativistas* e *campeões do self-restraint*<sup>4,5</sup>. Em igual sentido, Teixeira (2012)

<sup>3</sup> Em clara referência ao princípio da adstrição.

<sup>4</sup> “Expressão que os americanos usam em oposição à ideia de ativismo judicial”. (VERÍSSIMO, 2013, p. 56).

<sup>5</sup> “Quem são os juízes *ativistas*, segundo a *Fortune*? Formam um determinado grupo, principalmente vindos da Faculdade de Direito da Universidade de Yale que é, por sinal, o berço do realismo jurídico nos EUA na virada

destaca que foi a partir da publicação da revista *Fortune*, na matéria intitulada “*The Supreme Court: 1947*”, que o termo ativismo entrou no vocabulário jurídico, popular e político.

Trindade e Oliveira (2016, p. 9) afirmam que, desde então, o conceito foi incorporado por estudiosos da teoria do direito, filosofia do direito e direito constitucional, “na medida em que diz respeito à legitimidade democrática e aos limites da jurisdição nos processos de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas”. Destacam, entretanto, que embora a origem seja relativa à metade do século XX, não significa dizer que o fenômeno do ativismo judicial seja recente, em razão da história do constitucionalismo norte-americano datar de período anterior<sup>6</sup>.

Para Nunes Junior (2016), o ativismo judicial pode ser definido como

[...] um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, pela potencialização do sentido e do alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação, com invasão da esfera de competência de outros poderes, até mesmo com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, o que resulta em contornar o processo político majoritário (NUNES JUNIOR, 2016, p. 35).

Tassinari e Oliveira (2014) esmiúçam este conceito, afirmando com base nos aportes teóricos de Antoine Garapon, que o ativismo envolve um ato de vontade do julgador quando delibera sobre uma temática. Há, assim, um desejo, uma vontade consciente de decidir uma temática conforme determinadas convicções, isto é, de “dar uma interpretação à norma que não se restringe à sua literalidade, expressando a preocupação para resolver, através da decisão judicial, um conflito que transcende à sua formulação legal”. (PAZOS, 2007, p. 320 *apud*

---

do século XIX para o séc. XX. [...] São juízes, sobretudo, que começam a perceber que teorias sobre precedentes e o *common law* aprendidas na Faculdade de Direito não explicam o seu trabalho de julgar. O ato de julgar é guiado pela posição a decidir em um ou outro sentido. A decisão, para esses juízes, parece ser anterior à sua justificação, ao menos se considerado o processo mental que organiza cada um desses momentos. Portanto, para entender as razões que levam um juiz a decidir de um ou outro modo, deve-se investigar outros elementos, mas não, necessária ou ao menos exclusivamente, as justificativas legais e formais. [...] Os juízes ativistas, que não acreditam muito nos textos, acham que o Direito fornece uma moldura dentro da qual muitos resultados diferentes são possíveis, e que há escolha entre vários resultados possíveis, ou, no mínimo, compatíveis com a moldura do Direito.” (VERÍSSIMO, 2013, p. 56-57).

<sup>6</sup> “Como ensina Wolfe, a história do constitucionalismo norte-americano pode ser dividida em três eras bastante distintas, a partir da noção de ativismo judicial, tendo em vista as transformações ocorridas ao longo dos séculos na forma de intervenção da Suprema Corte por meio da jurisdição constitucional: a era tradicional (1787- 1890), em que se inaugura o controle difuso de constitucionalidade, privilegiando-se a aplicação da Constituição diante da legislação ordinária; a era de transição (1890-1937), marcada pela influência de um *laissez-faire* da Suprema Corte, revelando uma política judiciária de contenção, que impedia o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas à regulação da economia ou à intervenção nas relações privadas; a era moderna (1937 até hoje), conhecida como a mais importante de todas, que atinge seus anos de ouro com a denominada Corte Warren, ocasião em que os juízes deixariam de simplesmente interpretar as leis para reescrevê-las” (OLIVEIRA; TRINDADE, 2012, p. 10)

NUNES JUNIOR, 2016, p. 36).

De modo geral, o ativismo judicial tem sido interpretado como uma forma de agir do Judiciário que interfere nas atribuições constitucionalmente previstas dos outros poderes, isto é, um exercício jurisdicional que extrapola os limites impostos pelo ordenamento jurídico segundo um ato volitivo.

No entanto, existem nuances e circunstâncias que devem ser analisadas na definição do ativismo judicial, pois resultam em imprecisões e dificuldades teóricas e conceituais do termo. Trindade e Oliveira (2012), com base nos aportes teóricos de Keenan Kmiec, elencam cinco sentidos costumeiramente atribuídos à expressão ativismo judicial:

[...] o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação a escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade (KMIEC *apud* TRINDADE; OLIVEIRA, 2012, p. 10).

Na primeira hipótese, o juiz ativista é aquele que age invalidando decisões tomadas pelos demais poderes, mas em conformidade com a competência que lhe é constitucionalmente atribuída. Sobre este aspecto, Veríssimo (2013, p. 58) afirma que um juiz ativista, neste caso, examina a qualidade da decisão tomada pelos demais poderes, “segundo critérios que podem ser mais ou menos objetivos, mais ou menos impregnados de cunho moral, ou mais ou menos ligados à ideia de justiça substantiva”. Ainda que a decisão esteja dentro dos limites constitucionais de atuação dos Poderes Executivo e/ou Legislativo, o juiz ativista procura avaliar a qualidade desta decisão, tendo competência para tanto. Para Veríssimo (2013), neste caso, há uma dificuldade em saber se há abuso das competências conferidas ao Judiciário, uma vez que

[...] de um lado, juízes ativistas achariam que seu papel é o de avaliar com elevado grau de rigor a compatibilidade das decisões tomadas pelos demais poderes com os critérios substanciais de justiça que podem ser extraídos da constituição. De outro lado, juízes não ativistas achariam extremamente problemático esse escrutínio rigoroso, pois ele poderia significar em muitos casos a simples substituição de uma dada concepção de justiça, adotada pelos órgãos dotados de mandato, por outra, adotada pelo judiciário, que não goza do mesmo mandato (VERÍSSIMO, 2013, p. 58).

A segunda situação, relativa ao afastamento dos precedentes ou padrões de julgamento

aplicados anteriormente, refere-se à criação de uma nova jurisprudência a partir da negação do histórico de decisões anteriores. Junto a esta classificação está a terceira, que diz respeito à criação de direitos com base na atuação do juiz como legislador positivo pela produção de sentenças aditivas. Veríssimo (2013) esclarece que, aqui, o juiz estabelece novos direitos, originando uma legislação judicial problemática que orbita entre as esferas da criação e aplicação do direito: afinal, pode o juiz criar direitos, considerando ser esta uma tarefa essencialmente legislativa? Para o autor, dentro de certos limites razoáveis, a tarefa criativa é aceitável e natural ao ofício judicial.

O quarto sentido, desvio da metodologia interpretativa aceita, está relacionado à interpretação criativa de normas existentes, afastando interpretações tradicionais e literais. O último sentido, a predeterminação de julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade, está voltado para a ideia de que as decisões são tomadas com base em um propósito, cuja finalidade, em geral, é transformar a realidade (VERÍSSIMO, 2013).

No Brasil, segundo Trindade e Oliveira (2012), o ativismo judicial encontrou maior adesão e menor cautela em comparação aos juristas norte-americanos, sendo esta expressão utilizada “das mais diversas formas e sem qualquer compromisso no sentido de delimitar seu significado, alimentando a falácia de que o ativismo é imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais.” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2012, p. 13).

Os autores prosseguem afirmando que a adesão a uma perspectiva romântica e otimista do ativismo judicial no Brasil é problemática, pois se baseia na falsa ideia de que o ativismo é uma tendência mundial proveniente do neoconstitucionalismo. Sustentam, nesse aspecto, que o ativismo judicial deve ser analisado com cautela, pois se trata de um problema complexo que envolve a naturalidade com que as competências constitucionais têm sido burladas pelos tribunais em jovens democracias constitucionais.

Some-se à visão romântica do ativismo judicial brasileiro a falta de racionalidade na produção de decisões judiciais, uma vez que

[...] não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico. Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos. É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo (TRINDADE; OLIVEIRA, 2012, p. 16).

A falta de racionalidade na produção de decisões judiciais leva a dois outros problemas, quais sejam, a discricionariedade<sup>7</sup> e a imprevisibilidade das decisões, aspectos mencionados por Trindade e Oliveira (2012) como característicos do ativismo judicial à brasileira.

Por outro lado, a judicialização da política é um evento diverso, que resulta da expansão e complexificação social, bem como do aumento da produção legislativa (leis, portarias, decretos etc.) (TASSINARI; OLIVEIRA, 2014). Observa-se a diferença entre ambas, pois, de forma resumida, o ativismo compreende um agir proativo e invasivo do Judiciário, enquanto a judicialização da política é um fenômeno contingencial que resulta do desenvolvimento de democracias contemporâneas, senão vejamos:

[...] a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias contemporâneas; ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição). É inútil procurar respostas ao problema do ativismo judicial em especulações sociológicas e/ou políticas porque seu ponto nevrálgico está situado dentro do próprio “sistema jurídico” e seu fio condutor é a questão da interpretação da Constituição. Já a judicialização é um fenômeno eminentemente político, contingencial, que tende a se agigantar e a diminuir na medida em que cresce ou diminui a conflituosidade da sociedade; o cumprimento pelos poderes constituídos dos direitos fundamentais; o número de regulamentações existentes (TASSINARI; OLIVEIRA, 2014, p. 6).

Tassinari e Oliveira (2014) sustentam que, do ponto de vista político, o dirigismo constitucional e a inflação legislativa são fatores que contribuíram para a expansão de interferência do Judiciário. Isto, porque, se existem mais direitos constitucionalizados ou leis editadas, maior é o espaço de demanda e atuação do Judiciário, que, por sua vez, é cada vez mais chamado para solucionar litígios constitucionais e infraconstitucionais, em razão também do aumento da complexidade da vida social.

O dirigismo constitucional, especificamente, está relacionado à formulação e à própria característica da Constituição Federal de 1988, considerada uma constituição dirigente, que, além de determinar aspectos relativos à organização do Estado, possui

---

<sup>7</sup> “Tudo isso conduz, mais uma vez, ao problema – já presente em Kelsen – da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de “escolher” e “decidir”: enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito; o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito.” (OLIVEIRA; TRINDADE, 2016, p. 16).

[...] uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam – direta ou indiretamente – para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo (TASSINARI; OLIVEIRA, 2014, p. 11).

O que se observa é que a Constituição, além de prever regras relativas à organização estatal, foi além, estabelecendo inúmeros direitos fundamentais e determinações programáticas voltadas para a transformação e justiça social do povo brasileiro, aumentando, assim, as funções institucionais do Judiciário e seu espaço de atuação.

A inflação legislativa, por sua vez, significa o aumento, como um todo, da atividade legislativa do Estado, a qual não se limita ao Poder Legislativo – a exemplo da Medida Provisória, elaborada pelo Poder Executivo. O excesso de leis, reformas legais e emendas constitucionais causa retalhos que dificultam a completude e a sistematicidade do ordenamento jurídico brasileiro, que passa a ter normas cada vez mais retalhadas e fragmentadas, criadas para remediar situações específicas (TASSINARI; OLIVEIRA, 2014). Esse processo de fragmentação legislativa possui impactos diretos na aplicação da lei, pois, além de não ser possível a previsão de todas as situações conflituosas passíveis de criação legislativa, os magistrados também não têm condições de conhecer todas as normas constantemente elaboradas, gerando mais um problema relacionado à aplicação do direito.

Somem-se aos fatores políticos aqueles de cunho social e que dizem respeito ao aumento da litigiosidade e à crença no Judiciário enquanto uma estratégia de concretização de direitos. O aumento da litigiosidade é um dos resultados do desenvolvimento econômico e social, aumentando o reconhecimento da exigência de direitos e a aptidão para exigir a sua satisfação. Em termos simples, quanto mais complexa é uma sociedade, maior é o seu potencial de litigiosidade (TORQUATO *et al.*, 2021). Esse fato pode ser observado pelo número crescente de demandas, conforme aponta o Relatório Brasil em números, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2020): no início da década de 1990, aproximadamente cinco milhões de ações ingressavam, anualmente, na justiça brasileira; esse número saltou, em 2019, para 30,3 milhões de processos – ou seja, mais do que o quádruplo do montante inicial.

A aposta no Judiciário enquanto uma meio de legitimação de direitos é uma crença social que está intimamente relacionada à morosidade dos Poderes Executivo e Legislativo, o

que faz com que movimentos sociais, grupos minoritários e demais cidadãos enxerguem o Judiciário como um espaço privilegiado de transformação da realidade e efetivação de direitos ignorados pelos demais Poderes.

Esses aspectos relacionados à judicialização da política são sintetizados por Tassinari e Oliveira (2014), e variam em maior e menor grau, segundo:

*a) o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais (núcleo compromissório da Constituição); b) o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; c) o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade. Na medida em que aumentam os indicadores de inefetividade dos direitos fundamentais, os índices de produção legislativa e da litigiosidade social, também aumentará o nível de judicialização (daí que, no título deste tópico, tenhamos falado de uma paradoxal “inexorabilidade contingencial”: por uma lado a judicialização é inexorável, produto do próprio modelo político vivenciado contemporaneamente; por outro, ela é contingencial, na medida em que terá níveis variados de acordo com a articulação dos fatores mencionados no texto) (TASSINARI; OLIVEIRA, 2014, p. 16).*

Com base no que foi exposto até então, pode-se depreender que existem diferenças conceituais entre ativismo e judicialização, além de suas origens serem distintas. Ambos envolvem o protagonismo do Poder Judiciário como ator político, mas, no caso da judicialização, aspectos políticos (dirigismo contratual e o aumento da produção legislativa) e sociais (crença no Poder Judiciário enquanto espaço de legitimação de direitos e aumento da litigiosidade) criaram o terreno para a inflação da atuação do sistema de justiça.

A judicialização, portanto, é um produto inexorável das democracias contemporâneas (TASSINARI, OLIVEIRA, 2014), no qual se observa que o Judiciário tem sido responsável pela tomada de decisões de matérias normalmente decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, não há qualquer exercício político deliberado. Isto, porque o Judiciário é instado a decidir dentro dos limites dos pedidos formulados, não tendo outra possibilidade que não a de receber e julgar a ação proposta, em razão da inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O ativismo judicial, por outro lado, consiste em uma ação volitiva do Judiciário, que ultrapassa as atribuições constitucionais que lhe foram atribuídas, imiscuindo-se nas competências dos outros Poderes. Nunes Junior (2016) resume bem a diferença entre os dois fenômenos:

Como se nota, apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial não se confundem. A judicialização da política, conceito mais amplo e estrutural, cuida de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que propiciam a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário, o que resulta na ampliação das áreas de atuação dos tribunais e dos magistrados pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, escolha ou comportamento dos magistrados e dos tribunais no sentido de revisar temas e questões, *prima facie*, de competência de outros poderes, para além das balizas constitucionais (NUNES JUNIOR, 2016, p. 35).

Por fim, entendemos ser importante trazer a visão de Nobre e Rodriguez (2011) sobre judicialização e ativismo. Segundo estes autores, judicialização e ativismo judicial são dois lados de uma mesma moeda que têm sido interpretados com base em uma concepção específica da separação de poderes em um Estado de direito que se funda na ideia de que “o Legislativo deve ser o centro vivo de um Estado Democrático de direito, tanto a sede por excelência da política quanto seu real ativista.” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 9). Esta concepção está lastreada por uma visão formalista<sup>8</sup> (ou visão normativista do Direito, como denominam os autores) sobre a função do Judiciário, comumente entendido como o Poder que deve proferir decisões técnicas, isto é, com base na literalidade da lei, remontando à famosa tipologia do juiz “boca da lei”.

O direito ocidental, no qual está inserido o ordenamento jurídico brasileiro, de modo geral, é marcado pelo formalismo na tomada de decisões judiciais, o que significa que os litígios são decididos a partir de normas jurídicas gerais, com racionalidade própria e descoladas de valores morais, éticos, políticos, econômicos etc. (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011). Essa perspectiva formalista mostra-se descolada da realidade, pois “naturaliza a sua gramática institucional<sup>9</sup> e não abre espaço para a transformação social do código do direito<sup>10</sup>” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 6).

A problemática em torno da visão normativista, proveniente do formalismo jurídico e predominante na teoria e pesquisa social brasileira, não dá conta de compreender, ao menos,

---

<sup>8</sup> “De acordo com Weber, o direito ocidental é formal, pois permite decidir conflitos a partir de critérios jurídicos, ou seja, com fundamento em normas jurídicas dotadas de racionalidade própria, autônomas em relação a valores morais, éticos, políticos, econômicos etc. O direito ocidental é um direito racional porque remete a justificativas que transcendem o caso concreto por serem baseadas em regras claramente definidas que permitem padronizar as decisões.” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 9).

<sup>9</sup> “De outra parte, quando falarmos em ‘gramática’ ou das ‘gramáticas do direito’, estaremos falando dos desenhos institucionais em que tal código se encontra configurado a cada vez.” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 6).

<sup>10</sup> “Neste texto, quando falarmos em “código do direito” e em suas transformações estaremos falando do direito racional e formal weberiano, concepção que domina a visão mais corrente sobre o direito até os dias de hoje.” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 6).

três aspectos do fenômeno jurídico:

Em primeiro lugar, não compreende o direito em seu código próprio, ou seja, segundo a autonomia que é própria do direito em sociedades modernas e sujeito a transformações capazes de alterar sua racionalidade sem suprimir as fronteiras que o separam das demais ordens normativas. Em segundo lugar, esse déficit estrutural bloqueia o entendimento das diferentes configurações institucionais próprias do direito e veda o acesso a diferentes e alternativas construções institucionais possíveis. Em uma palavra, essa visão naturaliza e torna unívoca a gramática do direito. Por fim, é uma visão do direito que restringe *a priori* o próprio sentido do que possa ser o “jurídico”, fixando de antemão um âmbito para a regulação jurídica que impede o acesso às disputas contemporâneas pela pluralização no interior do próprio código do direito, que se desdobra na criação de novas gramáticas institucionais, novos modelos institucionais que entram em tensão constante com o código do direito (NOBRE; RODRIGUEZ, p. 8).

Em outras palavras, essa visão normativista engessa desenhos institucionais e a gramática do direito, sobrestando a possibilidade de transformações do próprio código do direito e dos significados acerca do que é “jurídico” em nossa sociedade, impedindo que alternativas institucionais e outras formas de racionalidade surjam e disputem espaços com a perspectiva normativista dominante.

O que os autores procuram argumentar é que a teoria da separação dos poderes, interpretada com base em uma visão normativa do direito, teve a sua importância e cabimento no período em que foi elaborada, cristalizando-se no século XIX, a partir dos fatores que justificam o seu surgimento e consolidação. No entanto, nas últimas décadas do século XX em diante, esse modelo de separação de Poderes não operou adequadamente e, por esse motivo, é necessário repensar a gramática do direito e os desenhos institucionais fundados nesse modelo, uma vez que existem outros modelos normativos possíveis e não engessados na rigidez da separação entre os três poderes. Sobre este aspectos, os autores:

A cristalização da visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. *O sentido de O espírito das leis nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes* (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 10, grifos da autora).

Nobre e Rodriguez (2011, p.11) defendem a interpretação da obra de Montesquieu de modo a adequá-la às sociedades e instituições atuais, evitando a sacralização de um modelo normativo que elimina quaisquer espaços de transformação social e enquadrando “o conflito social em uma gramática imune à contestação pelas forças progressistas”. Isso implica uma

disputa não apenas dos sentidos da teoria da separação dos poderes, mas também de Estado, abraçando as dinâmicas de conflito que promovem mudanças sociais e institucionais.

Essa visão normativa do direito serve de sustentáculo para os fenômenos de judicialização da política e ativismo judicial, ou seja, tais conceitos são também concebidos e interpretados com base em uma rigidez que impossibilita “pensar a regulação jurídica de conflitos sob novas formas sociais, legais e institucionais” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 17).

Nesse cenário, os autores sugerem que os dois fenômenos sejam repensados a partir de novos termos, estes capazes de dar azo a processos de tradução e exclusão próprios da juridificação (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 15), segundo uma perspectiva nacional e constitucional da independência de poderes, sem importar modelos institucionais estrangeiros e tentar adequá-los à nossa realidade. É preciso, nesse sentido:

Deixando de lado o normativismo presente nessas noções, o que surge diante dos olhos é um processo de desenvolvimento das instituições democráticas que ainda vai encontrar nos conflitos sociais e políticos em curso respostas para questões como separação de poderes, funcionamento interno do Judiciário, ou mesmo o que virá a ser compreendido como “direito” e “direitos”. E que, portanto, é impossível compreender esse processo em toda a sua complexidade sem que a categoria mesma de “esfera pública” passe a desempenhar aí um papel decisivo (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 17).

Em resumo, os autores acreditam que judicialização da política e ativismo judicial são conceitos permeados por uma visão normativa e engessante dos conflitos sociais e das formas de solucioná-los. Pensá-los de forma aprofundada significa, a um só tempo, abrir mão de modelos institucionais e teorias normativas tradicionais que não têm funcionado, bem como abrir espaço para que alternativas que considerem as especificidades do Estado e das instituições nacionais sejam levados em consideração na solução de conflitos.

## **CONCLUSÃO**

Nosso objetivo neste artigo foi, inicialmente, apresentar a aproximação entre direito e política, destacando uma das temáticas decorrentes desta relação, qual seja, judicialização e ativismo judicial. Apresentamos a visão de diversos autores, no sentido de diferenciar os dois conceitos, apresentando a origem específica de cada um e eventuais pontos de encontro entre tais fenômenos. Por fim, trouxemos os aportes teóricos críticos sobre esta temática, apontando para eventuais mudanças do atual paradigma normativo, a fim de que alternativas e soluções não tradicionais (isto é, não fundadas em uma perspectiva normativa) possam florescer e indicar

novos desenhos institucionais e gramáticas do direito.

Agradecemos a CAPES pela bolsa concedida que possibilitou o desenvolvimento desta pesquisa.

## REFERÊNCIAS

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Brasil em números. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn\\_2020\\_v28.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn_2020_v28.pdf). Acesso em: 06 jan. 2021.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estudos CEBRAP* [online], n. 91. p. 05-20, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002011000300001>. Acesso em: 10 jan. 2021.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no Brasil: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

PERON, Isadora. Lewandowski espera manifestação da saúde sobre vacinação de crianças de 5 a 11 anos para tomar decisão. *Valor Econômico*, 5 jan. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/01/05/lewandowski-espera-manifestacao-da-saude-sobre-vacinacao-de-criancas-de-5-a-11-anos-para-tomar-decisao.ghtml>. Acesso em: 06 jan. 2021.

TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização da política e ativismo judicial: Notas para uma necessária diferenciação. *In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Marcio Gil Tostes (Org.). Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.

TORQUATO *et al.* Associação Brasileira de Jurimetria: Litigiosidade e desenvolvimento. Cidade, jun. 2021. Disponível em: <https://lab.abj.org.br/posts/2021-01-15-litigiosidade/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* [online], v. 11, n. 2, 2016.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. *In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. Introdução. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Submetido em 07.10.2022

Aceito em 15.10.2022