

Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira

Diego Werneck Arguelhes*

Fabiana Luci de Oliveira**

Leandro Molhano Ribeiro***

1. Introdução

As expressões “ativismo judicial” e “juízes ativistas” aparecem com cada vez mais frequência em discussões, dentro e fora da academia, sobre o papel político do Poder Judiciário. Essa expansão, porém, ocorreu sem qualquer tipo de consenso quanto ao significado preciso de “ativismo judicial”, não implicando qualquer uniformidade ou sistematicidade no uso da expressão. De fato, no mundo jurídico, “ativista” e “ativismo” são termos que variam bastante de significado ao longo do tempo¹. Mesmo para interlocutores aparentemente envolvidos no mesmo debate, na mesma época, essas expressões podem se referir a conteúdos bastante diferentes.

Esta multiplicidade de sentidos tem sido percebida por muitos estudos acadêmicos como um indicador da pouca utilidade analítica da expressão – como se a origem midiática da expressão a condenasse a ser pouco ou quase nada além de um rótulo retórico, empregado para se criticar uma decisão ou um tribunal com o qual se discorda. Entretanto, é justamente a facilidade de se apropriar dessa expressão no debate público sobre comportamento do Judiciário que a torna interessante. Em especial, a ma-

* Doutorando em Direito pela Universidade de Yale. Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio).

** Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos. Professora da FGV Direito Rio.

*** Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ/UCAM. Professor da FGV Direito Rio. Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito. Praia de Botafogo, n.190, 13º andar. Rio de Janeiro – RJ – CEP 22250-900

1 MARSHALL, 2002.

neira pela qual se usa a expressão “ativismo judicial” na mídia pode revelar como atores diversos concebem a função judicial e seus limites. Mais ainda, como observa Green² a forma como a expressão “ativismo judicial” e suas variações são utilizadas no debate público não-acadêmico sobre judiciário pode contribuir para moldar, em última instância, a percepção que os juízes têm de qual seu papel e, com isso, influenciar o próprio comportamento judicial.

Nesse cenário, o objetivo deste trabalho é dar um passo inicial no sentido de suprir a lacuna de estudos, no Brasil, quanto aos sentidos que “ativismo judicial” e expressões correlatas possuem no debate público não-acadêmico brasileiro. O trabalho é organizado em duas partes. Primeiro, através da reconstituição histórica das origens e dos usos da expressão no contexto dos EUA, discutimos a variedade de sentidos e de valência que é tipicamente associada à idéia de “ativismo judicial” pela literatura especializada. Segundo, por meio de uma análise empírica de reportagens de dois dos principais jornais do país – a Folha de S. Paulo e o Valor Econômico -, procedemos, por indução, a uma reconstrução dos diferentes sentidos e contextos em que a expressão “ativismo judicial” e suas variações têm sido usadas pela mídia no Brasil. Identificamos alguns padrões recorrentes: (i) ativismo como usurpação de poder, com o Judiciário avançando sobre competências dos outros poderes e eventualmente se chocando com decisões políticas tomadas nestas outras esferas; (ii) ativismo como ocupação de vácuo de poder, com os juízes resolvendo questões e dilemas de política pública que não vem sendo enfrentados no âmbito dos outros Poderes; (iii) ativismo como engajamento judicial com causas políticas ou sociais, em contraposição à tradicional imagem de neutralidade política do Poder Judiciário.

A presença desses usos e temas recorrentes é um dado importante para se compreender de que forma a função judicial é concebida no debate público brasileiro. Mesmo que esses padrões não estejam livres de ambiguidades e contradições, nem necessariamente correspondam à agenda acadêmica sobre ativismo judicial, eles permitem levantar algumas hipóteses interessantes para trabalhos futuros sobre como se constrói e se percebe o papel do judiciário no Brasil. Em especial, notamos um significativo contraste com o debate público norte-americano. Enquanto nos EUA há

2 GREEN, 2009.

uma grande ênfase no ativismo como uma relação desviante entre o juiz e a lei (ou a constituição, ou os precedentes), os jornais analisados neste artigo parecem tratar ativismo como uma questão de relação entre o juiz e os outros poderes. Em outras palavras, parece que, na grande imprensa brasileira, há uma perceptível tendência a se formula a questão do “ativismo judicial” mais diretamente em termos de separação de poderes, do que de obediência ao direito.

2. “Ativismo judicial”: origens e sentidos da expressão

“Ativismo judicial” e suas variações surgem no Brasil inicialmente como importação do debate público norte-americano, onde a expressão é ubíqua entre jornalistas, juízes e professores de direito. Como registra Kmiec³, de 1990 a 2004, “ativismo judicial” ou “ativista judicial” apareceram em mais de 5.500 artigos em periódicos acadêmicos da área de Direito. Magistrados nos EUA se sentem cada vez mais à vontade para chamar outros juízes e suas decisões de ativistas: de pouco mais de uma dúzia de ocorrências nos anos 50 e 60, na última década do século XX os termos “ativista” e “ativismo” foram usados 262 vezes em decisões judiciais. No mesmo sentido, entre 1994 e 2004, essas expressões foram utilizadas em 163 reportagens do *Washington Post* e 135 do *New York Times*.

A presença generalizada dessas expressões no vocabulário acadêmico das últimas décadas não é um resultado óbvio ou necessário, tendo em vista as origens midiáticas e não-acadêmicas dos termos. De fato, a primeira aparição de “ativismo judicial” não se deve a um voto vencido de um juiz, do pronunciamento de um advogado ou de um artigo de professor de direito ou advogado, mas sim a uma reportagem de 1947 da revista *Fortune*, escrita pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. Neste texto, que foi amplamente lido, discutido e citado o autor⁴ traça um perfil dos Ministros da Suprema Corte e os divide em dois grupos, “ativistas” e “defensores da auto-contenção”, de acordo com a concepção mais ou menos generosa que tenham acerca do papel do tribunal no sistema político dos EUA. Evidentemente, Schlesinger não inventou a crítica ao exercício abusivo dos poderes da função judicial, nem foi o primeiro a comparar juízes de tribunais supe-

3 KMIEC, 2004, pp. 1442-1443.

4 KMIEC, 2004.

riores em função da sua maior ou menor deferência aos limites de sua posição institucional, quaisquer que sejam esses limites⁵. Sua análise de como os Ministros da Suprema Corte vinham exercendo seu poder havia sido precedida por décadas de críticas públicas, na imprensa e na academia, a decisões judiciais consideradas abusivas, excessivas, exorbitantes das competências atribuídas aos juízes que as tomaram.⁶ Um observador francês do sistema judicial dos EUA já havia inclusive cunhado o termo “governo dos juízes” para criticar a politização conservadora das decisões da Suprema Corte nas primeiras décadas do século XX.⁷ Apesar disso, é inegável que foi a partir da reportagem de Schlesinger que expressões como “ativismo judicial” e “juiz ativista” entraram no debate público nos EUA e foram logo após adotadas no debate acadêmico.

Entretanto, o termo “ativismo judicial” em si não foi o único legado da reportagem de 1947. O uso que Schlesinger fez da expressão tinha um traço problemático que se manteve presente em larga medida desde então: seus múltiplos significados possíveis. No caso de Schlesinger, essa ambiguidade parece ter sido intencional. O autor superpõe explicitamente várias e diferentes dimensões de “ativismo”, sem esclarecer as relações exatas entre todos esses níveis de análise⁸. Por exemplo, a reportagem chama de “ativistas judiciais” os Ministros da Suprema Corte que não hesitam em empregar seu poder de controle de constitucionalidade em prol de suas próprias concepções de bem comum; encaram a Constituição como um instrumento para se atingir progresso social; são céticos em relação à separação entre saber jurídico e decisão política; julgam de acordo com o resultado, pensando nas consequências práticas e políticas de suas decisões, em detrimento da consistência com precedentes da Corte.

Em contraposição aos “ativistas”, os proponentes da “auto-contenção” (*self-restraint*) estão preocupados em preservar os juízos sobre o bem comum feitos no âmbito dos poderes eleitos; encaram a Constituição como uma estrutura para permitir que as forças políticas promovam progresso

5 GREEN, 2009, pp. 1209-1217 e KMIEC, 2004, p.1445.

6 Os dois melhores exemplos de decisões publicamente criticadas no período imediatamente após terem sido tomadas são *Dred Scott v. Sanford* (60 U.S. 393, 1857) e *Lochner v. New York* (198 U.S. 45, 1905). GERHARDT, 2002.

7 Trata-se de Édouard Lambert, em sua obra *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, publicada originalmente em 1921.

8 KMIEC, 2004, p. 1443.

social na direção que consideram adequada, independentemente de concordarem ou não com essa direção; procuram separar o que é direito e o que é política, tomando suas decisões com base em critérios que consideram jurídicos e dando importância aos precedentes da Corte.

Essas múltiplas dimensões em conflito refletem concepções diferentes sobre a relação entre direito e política e, mais especificamente, sobre o papel institucional do Poder Judiciário em uma democracia. Da discordância básica sobre o papel proeminente ou limitado do Judiciário no processo político nacional, emergem os vários traços que separam “ativistas” e “auto-contidos”, descritos no parágrafo anterior. O breve perfil dos dois grupos de juízes feito por Schlesinger já explicita e anuncia as principais dimensões do conflito que vem sendo travado nas últimas décadas nos EUA – e, em parte e mais recentemente, no Brasil – em torno da questão do ativismo judicial: juízes não-eleitos disputando a última palavra com legisladores eleitos; decisões orientadas a resultados sociais benéficos versus decisões comprometidas com princípios jurídicos e precedentes da Corte; democracia e deliberação majoritária versus proteção a direitos fundamentais.

Contudo, como observa Kmiec, não se depreende dessas descrições quais propriedades são necessárias e/ou suficientes para que um juiz possa ser caracterizado como “ativista” ou defensor da “auto-contenção”⁹. Mais ainda, Schlesinger fora nebuloso não apenas na definição do que seria “ativismo”, mas também na valoração positiva ou negativa desse fenômeno. Embora os perfis que o autor faz de alguns dos Ministros sejam mais favoráveis do que os de outros, não há qualquer tomada de posição geral e explícita sobre as consequências políticas e sociais do comportamento mais ou menos ativista¹⁰.

Esse “vício de origem” não foi diluído com o tempo. Ao contrário, quanto mais o termo se tornava lugar comum no debate público dos EUA, menos claro ficava o seu significado¹¹. As dimensões de conflito entre ativistas e não-ativistas mencionadas são diferentes e inconfundíveis, ainda que inter-conectadas; a qual(is) delas estaria alguém se referindo ao rotular um juiz ou uma decisão judicial de ativista? Como identificamos uma decisão ou um juiz ativista? Mais ainda, seja qual for o conteúdo

9 KMIEC, 2004, pp. 1449-1450.

10 GREEN, 2009, p. 1200.

11 KMIEC, 2004, p.1443.

específico que se escolha para a expressão, devemos considerar que a prática de ativismo judicial é algo benéfico ou maléfico para o país? Quais são os riscos e benefícios associados a cada uma das práticas consideradas ativistas? São questões sobre as quais parece não haver consenso estável.

Há em jogo, portanto, uma ambiguidade (ou multiplicidade) tanto de sentido, quanto de valoração. Essas duas questões, porém, foram evoluindo de forma relativamente independente uma da outra no discurso político norte-americano. Se, por um lado, ficou cada vez mais difícil precisar o que exatamente se entende por ativismo, por outro a expressão foi deixando de ser relativamente neutra para se tornar claramente negativa¹². Hoje em dia, nos EUA, o termo “ativismo” pode ser empregado em vários sentidos – mas nenhum deles parece positivo, em contraste ao que ocorria nos anos 50 e 60. Por exemplo, sob a Presidência de Earl Warren, a Suprema Corte dos EUA foi considerada quase que consensualmente ativista em vários sentidos. Mas, nos anos 60, ainda era possível encontrar aqui e ali referências a “juízes ativistas” como algo necessariamente positivo, no mesmo sentido em que falamos hoje de “ativistas de direitos humanos” como pessoas que têm um papel importante na comunidade¹³.

Por outro lado, o *sentido* político-ideológico típico da crítica também foi se alterando ao longo do tempo. Originalmente, o termo evocava a atuação de juízes alinhados com políticas progressistas. Especialmente para quem cresceu sob o espectro da histórica Corte Warren, ativismo judicial era identificado com causas liberais, mais à esquerda no espectro político. Na última década, porém, são os juízes mais conservadores que parecem estar na defensiva, e o termo é cada vez mais empregado em associação a juízes situados mais à direita em termos de orientação política¹⁴.

Essa combinação de sedimentação de uma carga valorativa negativa, de um lado, e mudança na orientação político-ideológica do uso típico da expressão, de outro, podem ser explicados em função da mudança de papéis na política constitucional dos EUA dos anos 50 e 60 aos dias de hoje. Na época da Corte Warren, a bandeira do liberalismo político exigia transformações no direito constitucional então vigente; o “ativismo” dos juízes estava justamente em contribuir ativamente para essa transfor-

12 KMIEC, 2004; SUNSTEIN, 2005; MARSHALL, 2002.

13 KMIEC, 2004, pp. 1450-1452.

14 CROSS e LINDQUIST, 2007, p. 1757; SUNSTEIN, 2005; GERWIRTZ & GOLDBER, 2005.

mação, ao lado de movimentos políticos e sociais.¹⁵ Justamente por essas tentativas de transformação constitucional terem sido bem-sucedidas (por exemplo, o reconhecimento judicial de um direito à autonomia que incluía a liberdade de optar pelo aborto, a aprovação de legislação para combater a discriminação de minorias inclusive na esfera privada), nos anos 80 e 90 os conservadores se viram na posição *ofensiva* em relação ao direito constitucional dos EUA. Hoje, o *status quo* constitucional é tal que permite que juízes liberais se pautem em larga medida por entendimentos judiciais consolidados há décadas - enquanto os juízes conservadores precisam encontrar caminhos alternativos, ficando assim mais vulneráveis a acusações de “ativismo judicial”. Como observa Marshall¹⁶, as mudanças de atores nos papéis de acusadores e acusados de ativismo judicial acompanham as mudanças de poder político e jurídico nos EUA.

Nesse cenário de significados imprecisos e crescente carga emotiva e retórica, muitos acadêmicos norte-americanos passam a olhar com desconfiança para a expressão “ativismo judicial”. Não apenas ela é usada de múltiplas maneiras diferentes, dificultando comparações e a existência de um terreno comum para debate entre diferentes interlocutores, como muitas vezes é empregada pura e simplesmente para indicar decisões ou juízes com os quais não se concorda¹⁷. Chamar um juiz de ativista é uma forma de ofendê-lo: é dizer que ele ou ela está se comportando de forma inadequada¹⁸.

Contudo, se é verdade que “ativismo” se tornou quase um clichê retórico, de conteúdo emotivo e pouco informativo, é preciso reconhecer que as raízes desse problema vêm de longe e passam pelo próprio uso que a academia jurídica fez da expressão nos anos de 1970 e 1980. De um modo geral, as abordagens mais comuns com relação à idéia de ativismo judicial frequentemente envolvem algum elemento de *desvio*, *abuso* ou *excesso* por parte dos atores judiciais – seja em relação ao texto legal vigente, aos métodos de interpretação e argumentação aceitos naquela comunidade jurídica, às regras que separam as zonas de atuação entre os órgãos estatais ou às decisões anteriores que o tribunal tomou em casos similares. Assim, no

15 Ver, nesse sentido, ACKERMAN, 2007 (discutindo o movimento dos direitos civis dos anos 50 e 60 como um “momento constitucional” na história dos EUA e analisando o papel da Suprema Corte em catalisar esse processo de transformação política).

16 MARSHALL, 2002, p. 101.

17 SUNSTEIN, 2005, p. 42; ROOSEVELT III, 2006, p. 3.

18 EASTERBROOK, 2002, p. 1401.

geral, os usos acadêmicos da expressão têm seu núcleo na idéia de que o juiz ativista está atuando fora do seu escopo, ultrapassando de alguma forma os limites da esfera apropriada à função judicial¹⁹.

Assim, embora nem todas as formas de ativismo judicial sejam politicamente condenáveis em todo e qualquer contexto, uma decisão ou postura judicial “ativista” invariavelmente supõe alguma distinção entre a função jurisdicional e comportamentos apropriados apenas na esfera legislativa, por exemplo²⁰. Ou seja, em alguma medida, todas as abordagens sobre ativismo judicial pressupõem a possibilidade de determinação prévia, por parte do observador da atuação judicial, de um conjunto de parâmetros relativamente confiáveis para se separar o que é atuação judicial “normal e esperada” do que é atuação judicial “ativista”. Nesse sentido, um traço unificador dos esforços intelectuais de juristas norte-americanos dos anos 50 para cá tem sido a preocupação em formular teorias normativas que permitam mostrar em que condições decisões tidas como “ativistas” são simplesmente o cumprimento de deveres constitucionais do Judiciário²¹. Em que pese a importância e a riqueza desses debates, eles impõem uma grande dificuldade de medição. A própria delimitação do que consiste em uma atuação constitucionalmente desviante ou aceitável está sujeita a interpretação jurídica – ainda mais se tratando de casos nos quais princípios constitucionais estão em jogo, como ocorre em grande parte dos casos contemporâneos em que a política é judicializada no Brasil e no mundo. Isto é, a dificuldade de se remover a carga valorativa da expressão “ativismo judicial” é um reflexo de um problema anterior e insolúvel: a dificuldade de se remover a carga valorativa da atividade de interpretação jurídica em si – em especial da interpretação constitucional.

Nesse cenário, e com o reconhecimento de que a expressão “ativismo judicial” pode ter se tornado uma mera arma política – capaz de nos dizer muito sobre a quem o resultado político da decisão desagrade, mas pouco ou nada sobre como ela foi tomada –, o projeto de construção de um conceito de ativismo mediado por teorias normativas que estabeleçam parâmetros passa a dividir espaço com pelo menos duas estratégias alternativas

19 CROSS e LINDQUIST, 2007, p. 1752; KMIÉC, 2004, p. 1463-1475; GREEN, 2009, p. 1223.

20 CROSS e LINDQUIST, 2007, p. 1753.

21 BICKEL, 1962; ACKERMAN, 1998; ELY, 1984.

entre acadêmicos nos EUA. A primeira é abandonar o uso do termo²²; a segunda (e mais frequente) é procurar defini-lo de forma objetiva²³, removendo do discurso público sobre ativismo judicial todos os elementos que não sejam passíveis de mensuração.²⁴

De maneira similar ao cenário de ceticismo descrito acima, “ativismo judicial” e expressões correlatas foram recebidas com relativa cautela em círculos acadêmicos e judiciais brasileiros. Nos periódicos de ciências sociais, o uso do termo é relativamente restrito: uma busca por “ativismo judicial”, “ativismo Supremo”, “juízes ativistas” e “ativismo judiciário” na base de dados do Scielo retornou apenas quatro resultados²⁵. Nas publicações na área do direito, por outro lado, a expressão tem sido utilizada com significativa frequência nos últimos anos. Embora não caiba aqui realizar uma análise sistemática dos usos do termo nesse conjunto de publicações, para os fins deste trabalho é importante destacar que a virada crítica nos EUA em relação à ideia de “ativismo judicial” vem sendo no geral incorporada no debate jurídico brasileiro. Já existem trabalhos abordando de forma explícita o problema da multiplicidade de sentidos e da carga política associada ao termo²⁶, bem como oferecendo definições estipulativas mais precisas²⁷ para a expressão²⁸.

Na esfera judicial, a recepção da expressão não tem sido das mais calorosas. Hoje, é difícil encontrar nos tribunais superiores juízes que aceitem, sem maiores preocupações, o rótulo de “ativistas”²⁹. Parece que

22 ROOSEVELT III, 2006; CHERMERINSKY, 1984.

23 SEGAL e SPAETH, 2002; SUNSTEIN, 2005; GEWIRTZ, GOLDBERGER, 2005; CROSS e LINDQUIST, 2007; RINGHAND, 2007.

24 Ver, porém, GREEN, 2009 (que procura reconstruir um fio condutor entre os variados sentidos do termo que aparece na tradição política dos EUA, tentando preservar tanto quanto possível a complexidade do seu uso no debate público cotidiano).

25 Busca realizada em 12 de janeiro de 2011. “ativismo judicial” gerou 4 artigos, sendo 1 repetido; “ativismo supremo” gerou 1 artigo (que já aparecia na busca anterior); “juízes ativistas” gerou 0 resultados; “ativismo judiciário” gerou 0 resultados.

26 Por exemplo, VIEIRA *et al*, 2009.

27 Por exemplo, BARROSO, 2009 e 2010.

28 Para uma interessante reconstrução do perfil decisório de dois Ministros que tiveram grande impacto na jurisprudência do STF da democratização aos dias de hoje a partir da noção de “ativismo judicial”, ver CAMPOS, 2011.

29 Vale notar que uma pesquisa de jurisprudência no site do STF por “ativismo judicial” gera pouquíssimos resultados. Busca no site do Supremo Tribunal Federal realizada em 15 de janeiro de 2011: ATIVISMO prox JUDICIAL gerou 0 resultados em Acórdãos, Súmulas, Súmulas Vinculantes, Decisões da Presidência, Questões de Ordem e decisões de Repercussão Geral, e apenas 1 Decisão Monocrática e 1 transcrição

chamar um magistrado de “ativista” de fato soa como uma crítica – uma acusação sobre como utilizam seus poderes funcionais. Por exemplo, os Ministros do STF parecem evitar usar o termo para defender mesmo suas decisões mais controvertidas. O Ministro Lewandowski já expressou seu desconforto com a palavra e sua preferência pelo termo “protagonismo judicial”³⁰, enquanto o Ministro Ayres Britto afirmou “odiar” referências a “ativismo judicial”³¹. O Ministro Celso de Mello, por sua vez, até usa o termo em seus discursos – mas sempre acompanhado de detalhadas e copiosas justificativas³².

Esse cenário, porém, não justifica abandonar a idéia de “ativismo judicial” como objeto de estudos acadêmicos. Ainda que os juízes rejeitem o termo e os acadêmicos procurem redefini-lo para além das inconsistências do seu uso midiático, a apropriação da expressão no debate público para além da comunidade jurídica levanta uma série de perguntas importantes para a observação da função judicial no Brasil. Se é verdade que a ex-

de voto em Informativo. As buscas por [ATIVISMO prox JUDICIÁRIO], [ATIVISMO prox SUPREMO], [ATIVISTA prox JUDICIÁRIO] e [ATIVISMO prox SUPREMO] geraram 0 resultados em todas as categorias.

30 Em entrevista para o portal “Consultor Jurídico” em 07 de fevereiro de 2010, quando indagado sobre como via a questão do ativismo do STF, o Ministro Lewandowski respondeu: “Não gosto da palavra ativismo. Entendo que a corte ultimamente vem tendo um protagonismo maior com relação aos anseios da sociedade. Agora, mais e mais, ela vem exercendo o papel que foi reservado ao tribunal pela Constituição de 1988. É preciso destacar que, em paralelo ao crescimento do Judiciário, o Ministério Público também cresceu em importância. Hoje temos um MP ativo, que bate às portas do Supremo buscando respostas. Nós temos dado essas respostas. Além disso, vários novos instrumentos foram colocados à disposição dos jurisdicionados, como o Mandado de Injunção e o Habeas Data, além de inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Tudo isso exige uma atitude mais proativa do Judiciário, que vem assumindo um lugar de muito maior relevo do que ocupava no passado.” (Aline Pinheiro, “Justiça Precisa Saber Onde e Como Chegar”, Entrevista com Ministro Ricardo Lewandowski, 07 de fevereiro de 2010, Portal Consultor Jurídico, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>>. Acesso em 13 jan, 2012).

31 Em entrevista para o portal “Consultor Jurídico” em 21 de fevereiro de 2010, quando perguntado se um determinado entendimento do STF não seria um exemplo de “ativismo judicial”, o Ministro Ayres Britto respondeu: “Eu odeio essa expressão, ativismo judicial, porque ele é proibido. O juiz não pode ser ativista. Não pode ditar nem aditar lei, mas apenas interpretar de uma forma mais arejada.” (Aline Pinheiro, “Juiz Deve Formatar Juridicamente Anseios Sociais”, Entrevista com Ministro Carlos Ayres Britto, 21 de fevereiro de 2010, Portal Consultor Jurídico, disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-fev-21/entrevista-ayres-britto-ministro-stf-presidente-tse>. Acesso em 13 jan, 2012).

32 Ver, por exemplo, o discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello em 23/04/2008, por ocasião da posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Disse o Ministro Celso de Mello: “Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte (...) Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.” (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em 13 jan, 2012).

pressão ganha os jornais e vira moeda corrente para se analisar decisões judiciais de grande repercussão nacional, é preciso ao menos tentar compreender as formas pelas quais o fenômeno do “ativismo judicial” aparece na mídia. Como observa Green³³, abandonar o termo ou adotar uma definição estipulativa muito distante do seu uso político cotidiano não apenas será ineficaz com relação à abordagem da imprensa e da sociedade em geral sobre ativismo judicial, como também implica uma renúncia, por parte dos observadores e críticos da Corte, de um importante recurso para influenciar o comportamento judicial. Como os juízes muitas vezes têm a última palavra sobre questões constitucionais, em um sentido importante os limites mais significativos à sua atuação são aqueles que os próprios magistrados tenham incorporado ao longo de sua formação e de sua carreira. A imprensa e o discurso político cotidiano são parte fundamental do repertório em meio ao qual esses profissionais formam suas concepções sobre as formas adequadas de atuação judicial em um regime democrático.

Apesar disso, porém, “ativismo judicial” se tornou nos últimos anos uma ferramenta recorrente na cobertura jornalística da atuação do Judiciário no país. Nesse sentido, é significativo que Ministros do STF tenham sido sistematicamente confrontados com a expressão “ativismo judicial” em entrevistas na mídia, mostrando que o termo tem espaço na cobertura jornalística – e daí para a opinião pública no Brasil. Mas o que exatamente veículos de comunicação querem dizer quando chamam uma decisão, um magistrado ou um tribunal de ativistas? O sentido é predominantemente positivo ou negativo? Essas perguntas ainda não foram objeto de análise detalhada no Brasil. Embora os limites da função judicial do Judiciário Brasileiro já venham sendo objeto de análises acadêmicas pelas lentes do “ativismo judicial”³⁴, pouca atenção tem sido dedicada à maneira pela qual essas idéias aparecem na mídia.³⁵ Na próxima seção, realizamos uma análise empírica dos usos de “ativismo judicial” e expressões correlatas em dois jornais de grande circulação no Brasil.

33 GREEN, 2009, pp. 1220-1221.

34 Por exemplo, BARROSO, 2009 e 2010; VIEIRA *et al*, 2008; VERISSIMO, 2009; SILVA *et al*, 2009.

35 Ver, em especial, os variados artigos reunidos em FELLET *et al*, 2011.

3. Como a imprensa brasileira interpreta o “ativismo judicial”?

Para mapear o uso que o termo “ativismo judicial” ganhou no discurso público brasileiro, utilizamos dois veículos de comunicação escrita, os jornais Folha de S. Paulo e Valor Econômico³⁶.

As notícias foram selecionadas a partir de quatro expressões de busca, mantendo como período de referência o intervalo temporal de 01/01/1998 a 01/06/2010 para o jornal Folha de São Paulo e de 01/01/2001 a 01/06/2010 para o jornal Valor Econômico (período em que há disponibilidade de notícias *on line*). As expressões utilizadas foram (1) ativismo judicial, (2) ativismo supremo, (3) juízes ativistas e (4) ativismo judiciário.

Coletadas as notícias com base nestes filtros temático e temporal, aplicamos dois novos filtros, o de localidade e o de instituição, ou seja, a notícia deveria referir-se em algum momento ao Judiciário ou aos juízes brasileiros como “ativistas”, excluindo notícias que se referissem a Judiciários ativistas unicamente de outros países ou ao ativismo do Ministério Público ou outras instituições do sistema de justiça que não o Poder Judiciário.

Selecionadas as notícias que se referiam ao nosso tema de interesse, classificamos seu conteúdo, então, com relação a quatro categorias:

1. Instância a que se refere: qual é a instância do Judiciário classificada como ativista? São respostas possíveis (a) o Supremo Tribunal Federal, (b) a justiça eleitoral, via Tribunal Superior Eleitoral ou (c) o Judiciário sem referência específica, referindo-se à instituição como um todo, incluindo a primeira instância.

2. Definição: o que se entende por ativismo judicial? Foram basicamente três as definições encontradas: (a) um maior protagonismo do poder judiciário, chamado a decidir questões de políticas públicas, ocupando um vácuo de poder, deixado pela política tradicional majoritária; (b) uma usurpação de poder por parte do Judiciário, que avança no desempenho de papéis dos outros Poderes – Legislativo e/ou Executivo e

³⁶ A limitação a estes dois veículos atende uma questão operacional, no que se refere a facilidade na coleta de dados online. Considera-se que este filtro não prejudica a análise por serem veículos de grande circulação nacional e que atingem públicos distintos, possuindo linha editorial e orientação política distintas.

(c) um engajamento, por parte do juiz, em causas políticas e sociais, em oposição à idéia de neutralidade política do Poder Judiciário.

3. **Valoração:** o ativismo é retratado como algo positivo ou negativo³⁷?

4. **Autoria:** o termo é empregado no editorial, em coluna de opinião ou entrevistas, ou por colunistas do próprio jornal³⁸?

Na seção seguinte, apresentamos os resultados para cada um dos jornais.

4. Análise dos jornais Folha de São Paulo e Valor Econômico

Na Folha de São Paulo, no período de janeiro de 1998 a junho de 2010 foram localizadas 162 notícias referindo-se as expressões de busca, sendo:

1. 29 notícias referentes a “ativismo judicial”
2. 23 notícias referentes a “ativismo supremo”
3. 72 notícias referentes a “juízes ativistas” e
4. 38 notícias referentes a “ativismo judiciário”

37 É importante destacar que tal classificação foi desenvolvida a partir da análise de conteúdo da notícia. Cada notícia foi trabalhada tendo como unidade de análise a frase, sendo que ao final do texto, contabilizamos o sentido predominante da notícia - ou seja, apesar de um mesmo texto eventualmente trazer aspectos positivos e negativos, consideramos seu sentido de acordo com a predominância das frases. Nossa perspectiva teórica da comunicação baseia-se em Bourdieu (ver BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas linguísticas. São Paulo: Edusp, 2008. BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982). Daí evitarmos trabalhar com a categoria “neutra”, por partirmos do pressuposto de que nenhuma comunicação midiática é neutra. O próprio relato dos fatos se dá a partir da seleção e do destaque de alguns aspectos em detrimento de outros. O conteúdo da descrição, a seleção das palavras utilizadas, assim como o recorte privilegiado, decorrem do enquadramento que o autor da notícia quer proporcionar. Isso também reforça a importância de saber a posição de quem fala, o que fizemos optando por classificar também a seção do jornal (categoria 4, “Autoria”; ver também a nota 38, *infra*). Autores de outras perspectivas teóricas também compartilham da concepção de não neutralidade da comunicação (ver, por exemplo, BAKHTIN, Mikhail. Estética da criação verbal. São Paulo: Martins Fontes, 2003. FOUCAULT, Michel. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro, Forense, 1986). Vale ressaltar que a classificação foi feita com base na valoração que consideramos predominante em cada notícia, sendo evidente que mesmo notícias predominantemente negativas podem conter aspectos positivos, e vice-versa.

38 A importância em diferenciar a seção em que foi publicada a notícia está na valorização atribuída pelos autores na interpretação do conteúdo da mensagem, ao contexto de sua autoria, ou seja, a posição social da qual fala o autor da notícia (ver BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas linguísticas. São Paulo: Edusp, 2008. BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982). Nessa perspectiva, em “colunas de jornal” foram classificadas as notícias publicadas por jornalistas da casa, muitas vezes especializados em cobrir o Poder Judiciário, e algumas vezes trazendo depoimentos ou trechos de entrevistas de personalidades. Aqui, a ênfase não está na tomada de posição sobre o tema, embora a reportagem também expresse uma posição. Colunas de opinião, por sua vez, referem-se aos artigos assinados por outras pessoas, que não jornalistas, muitas vezes acadêmicos, políticos ou ativistas. Já a seção “editorial” expressa a opinião oficial e a linha editorial do veículo. Embora as duas últimas categorias possuam um caráter mais deliberadamente posicional, a última delas representa uma tomada de posição institucional.

No Valor Econômico, o período pesquisado foi de janeiro de 2001 a junho de 2010 e resultou em 86 notícias referindo-se as expressões de busca, sendo:

1. 31 notícias referentes a “ativismo judicial”
2. 20 notícias referentes a “ativismo supremo”
3. 3 notícias referentes a “juízes ativistas” e
4. 32 notícias referentes a “ativismo judiciário”

Estes resultados acabam por trazer notícias repetidas (muitas notícias aparecem em mais de um dos critérios de busca, portanto, foram contabilizadas uma única vez). Aplicados os filtros de localidade e instituição, ficamos ao final com 27 notícias que traziam explicitamente a utilização dos termos “ativismo” e/ou “ativista” para classificar o Judiciário ou juízes brasileiros na Folha de São Paulo e 34 no Valor Econômico.

As notícias em sua grande maioria se referem à participação do Judiciário em decisões sobre a implementação de políticas públicas, como a política de ação afirmativa, o fornecimento de medicamentos pelo Estado, e questões relevantes na agenda política nacional, por exemplo, a lei da anistia e a demarcação de terras indígenas, e ainda questões referentes à política eleitoral, como a questão da derrubada da verticalização e a fidelidade partidária. Apesar da pequena amostra, é notável que a utilização do termo passa a ser mais frequente a partir de 2008.

Seção em que a matéria foi publicada

Na Folha de São Paulo e no Valor Econômico, a maioria das notícias vocaliza a posição do próprio jornal, via colunistas ou editoriais. Na Folha, contudo, é pequena a quantidade de referências ao ativismo do judiciário por entrevistados ou na seção de opinião, enquanto o Valor apresenta um maior espaço destinado à seção opinião.

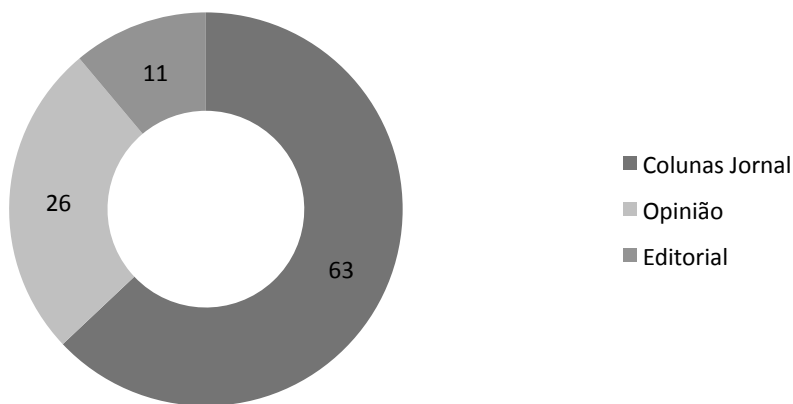


Gráfico 1. Seção em que notícia foi publicada, FSP 1998-2010

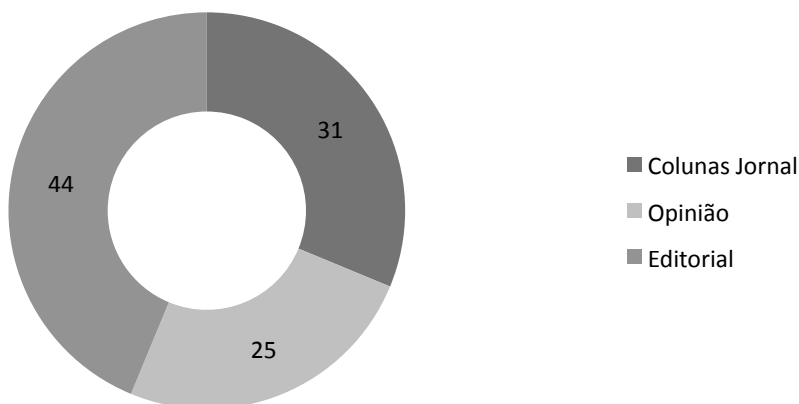


Gráfico 2. Seção em que notícia foi publicada, Valor 2001-2010

Instância a que se refere a matéria

A grande maioria das notícias na Folha de São Paulo tem como referência o Supremo Tribunal Federal ou algum dos seus ministros, mais especificamente nos anos de 2008 a 2010 o termo ativista é empregado para classificar o então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes. Na sequência aparecem notícias referentes ao Tribunal Superior Eleitoral, ligadas a decisões sobre queda da verticalização e fidelidade partidária, e também tribunais da primeira instância, especialmente no caso de distribuição

de medicamentos. Já o Valor Econômico apresenta uma distribuição um pouco mais equilibrada entre as notícias referentes ao STF e ao Poder Judiciário em geral.

Não podemos esquecer que o Supremo Tribunal Federal vem sendo cada vez mais chamado a decidir sobre temas polêmicos e de grande interesse público. É natural, portanto, que a cobertura da mídia em relação ao tribunal cresça. E, ao decidir sobre temas polêmicos, o tribunal acaba por desagradar alguns setores, o que tipicamente leva estes atores insatisfeitos a classificar sua atuação como “ativista”.

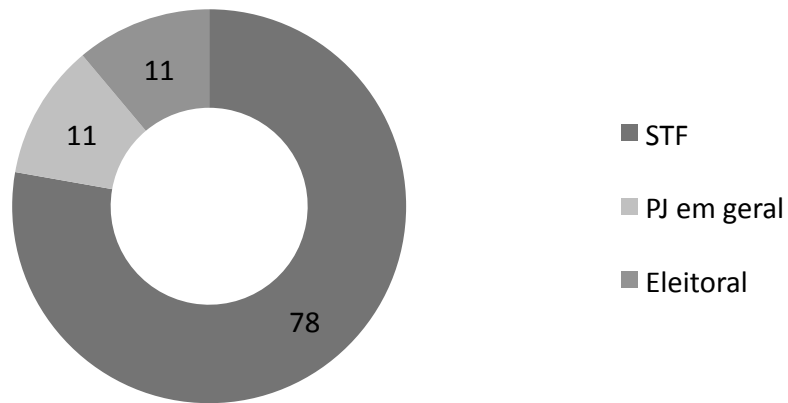


Gráfico 3. Instância a que notícia se refere, FSP 1998-2010

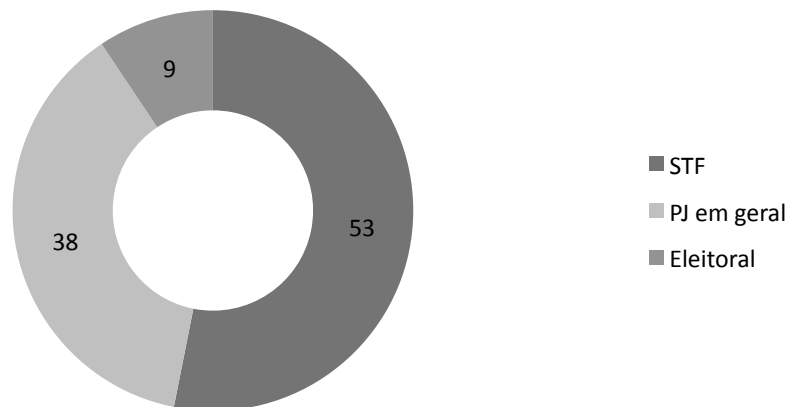


Gráfico 4. Instância a que notícia se refere, Valor 2001-2010

Definições de ativismo

E o que se entende por ativismo? Aqui, como ocorre nos Estados Unidos, percebemos a falta de uniformidade e sistematicidade no uso da expressão. Nas notícias coletadas, foi possível identificar três grandes concepções diferentes e recorrentes de ativismo judicial³⁹.

a) Ativismo como “engajamento político e social”

A primeira definição refere-se a um maior engajamento político e social, em oposição a uma postura mais conservadora e tradicionalista que seria típica do Poder Judiciário, aquela em que ao juiz caberia tão somente aplicar a lei de forma imparcial e neutra, sem levar em conta fatores que não os estritamente legais. Essa definição é mais frequente na Folha de São Paulo do que no Valor Econômico. Esse enfoque é na maioria das vezes positivo, indicando avanços políticos via atuação do Judiciário e indica também uma nova forma de decidir e fazer política no país.

O uso desse termo se assemelha muito à oposição “ativistas” x “defensores da auto-contenção”, na linha do artigo original de Schlesinger Jr discutido na seção II. Aparece com frequência quando se noticiam decisões do tribunal em políticas públicas e temas polêmicos, decisões estas que geralmente dão ensejo ao uso do termo “judicialização da política” nas mesmas reportagens⁴⁰.

39 É importante notar que essas categorias possuem conexões importantes entre si. Por exemplo, “usurpação de poder” pressupõe que há competências institucionais previstas pelo direito, e que essas competências estão sendo ignoradas pelo juiz, da mesma forma em que “engajamento político e social” leva o juiz a se desviar de limites e competências judiciais que, para muitos críticos, estariam previstos em normas jurídicas. Ainda assim, elas expressam ênfases distintas, apresentando a questão do “ativismo judicial” sobre ângulos diversos e, assim, centrando o debate em problemas e vocabulários diferentes. “Usurpação de poder” enfatiza a entrada na esfera de competência de outro poder (entrada essa que pode ou não ser explicada por um engajamento político e social do juiz), enquanto “engajamento político e social” enfatiza a adoção de uma postura pró-ativa, e não neutra, na aplicação do direito, com vistas à produção de consequências política ou socialmente desejáveis (postura essa que pode ou não ser concretizada por meio da entrada em competências expressamente atribuídas a outro poder). Ou seja, cada concepção coloca em primeiro plano perspectivas diferentes, ainda que conexas, do que seria “ativismo judicial”.

40 Não entraremos nesta discussão, mas vale notar que, na pesquisa por notícias nos jornais, notamos um retorno de 101 notícias na Folha de S. Paulo para o termo judicialização da política no mesmo período da busca por termos ligados ao ativismo.

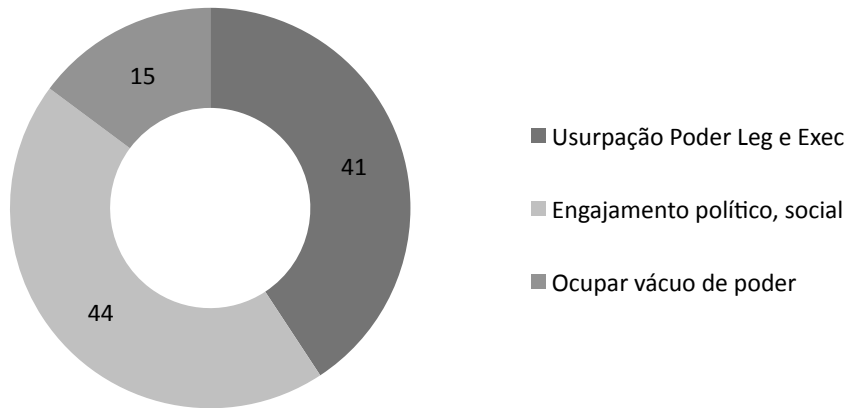


Gráfico 5. Definição sobre Ativismo, FSP 1998-2010

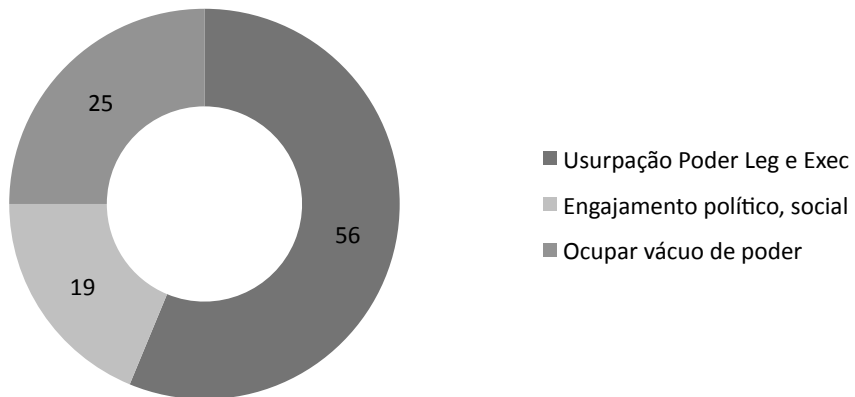


Gráfico 6. Definição sobre Ativismo, Valor 2001-2010

Abaixo apresentamos alguns exemplos do que classificamos como usos de “ativismo judicial” como engajamento político e social, a partir de textos do jornal Folha de São Paulo:

A nova geração de magistrados brasileiros e o ativo Ministério Público têm dado claras demonstrações de correto e prudente ativismo judicial, sem cair no chamado “direito alternativo”, que só traria a insegurança jurídica, mas tampouco se acomodando no formalismo processual e cartorário que, há tantas

décadas, entrava e entulha o Judiciário brasileiro. No caso Varig, por exemplo, que um dia será contado como um “clássico” de recuperação surpreendente, essa combinação da legislação bem feita (passou mais nove anos no Congresso) e Judiciário de “boa cabeça” constituem avanços invisíveis, mas poderosos, na direção da estabilidade da economia e dos negócios. (FSP, Paulo Rabello de Castro, “Avanços institucionais”. Dinheiro, Opinião Econômica, 2006)

No espaço de poucas semanas, o Supremo Tribunal Federal (STF) ganhou manchetes ao tomar decisões polêmicas que implicaram a criação de regras não-explicitas na legislação. A primeira foi o estabelecimento da fidelidade partidária. Agora a corte impôs limites às greves de servidores públicos. Outras decisões do mesmo tipo podem estar a caminho. Esse novo ativismo judiciário contrasta com a história da corte. Até recentemente, quando se deparava com a ausência de norma jurídica, o STF limitava-se a declarar a omissão do Legislativo, sem definir regras. Embora grupos conservadores torçam o nariz, essa não é uma tarefa estranha ao Judiciário. Interpretar já é em alguma medida reescrever a lei. (FSP, “Ativismo Judiciário”, 2007)

Com atraso, a “Economist” avalia o embate entre Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. Dá foto do primeiro e sublinha sua sintonia com a opinião pública. Mas diz que “Mendes fez algumas melhorias. Em particular, tirou proveito das reformas do sistema judiciário feitas pelo governo do presidente Lula em 2004 para as coisas se moverem mais rapidamente”. Sobre o embate, diz que confrontou “filosofia judicial”, opondo o “ativismo judicial” de Barbosa à “visão mais conservadora” de Mendes. Afirma que “isso é um degrau acima do debate usual no e sobre o Supremo e soa como progresso. Mas ainda há caminho a percorrer e muitos processos a tirar” das pilhas. (FSP, Nelson de Sá, “Toda Mídia”, 2009)

Na sequência, trazemos alguns trechos exemplificativos do que classificamos como usos de “ativismo judicial” como engajamento político e social, a partir de textos do jornal Valor Econômico:

O STF já sofre questionamentos a respeito de supostos avanços em assuntos tradicionalmente de competência do Congresso, como a fixação de regras para as greves no serviço público e as decisões a respeito de quais procedimentos devem ser adotados em Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs).

Questionado a respeito deste novo ativismo - agora, sobre o Poder Executivo -, Mendes respondeu que esses mutirões na área carcerária e agrária também são “missões do Judiciário”. “Não pretendemos a sobreposição de ações, e temos consciência de que nossa missão não é substituir-nos aos órgãos governamentais responsáveis pelas políticas públicas”, disse o presidente do STF e do CNJ. “Mas temos também a convicção de que o sistema de Justiça tem ouvidos e mãos para reverter grande parte do quadro sombrio que se instala no campo e nas cidades e para a prevenção de novos conflitos”, completou, referindo-se às invasões de propriedades urbanas e rurais. (VE, “Com fórum agrário, amplia-se ativismo judicial sobre o Executivo”, 2009)

É certo que não incumbe ao Poder Judiciário a tarefa de legislar, porém este costuma atuar como legislador negativo, visto que pode retirar a vigência de uma norma jurídica quando esta se encontra em desacordo com o disposto constitucionalmente. Em todas as nações do mundo compete ao Poder Judiciário exigir o correto cumprimento da lei e, em especial, resguardar que esta tenha sua interpretação mais harmônica com o restante de seu ordenamento jurídico. O Supremo, quando no exercício de sua função precípua, decidiu de forma clara, responsável e segura ao resguardar a segurança jurídica do país quando determinou que a decisão do TSE só produz efeitos a contar de sua publicação, respeitando, desta forma, os princípios da legalidade e da anterioridade. Fortaleceu o Poder Judiciário ao determinar que só irão ser cassados os mandatos em decisão proferida pelo TSE por decisão transitada em julgado após o devido processo legal, garantidos ao réu todos os direitos constitucionais de natureza processual e, desta maneira, resguardando os “infieis” em um poderoso escudo contra humores políticos. Ao confirmar a constitucionalidade da decisão do TSE, o Supremo abriu caminho para um novo ativismo judicial em nosso país. Nossa suprema corte parece estar, finalmente, aceitando a importante função política do Poder Judiciário. Caso esta tendência se confirme, poderá ser uma mudança salutar ao país. (VE, Sandro Schmitz dos Santos, “O ativismo judicial e a segurança jurídica”, 2007).

b) Ativismo como usurpação do poder

Uma segunda definição trata ativismo judicial como usurpação de poder, tendo um enfoque na maioria das vezes negativo. Aqui, explora-se primariamente o aspecto de falta de legitimidade e respaldo constitucional do Judiciário para decidir questões da competência de outros Poderes e de invalidar decisões tomadas pelos Poderes eleitos.

Ilustramos abaixo o uso de “ativismo judicial” como “usurpação do poder” a partir de dois trechos extraídos de notícias do jornal Folha de São Paulo, e de três trechos extraídos de notícias do jornal Valor Econômico:

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, em recente entrevista ao jornalista Juliano Basile (jornal “Valor Econômico” de 4 de novembro), diz acreditar que o Supremo Tribunal Federal esteja avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo no que ele chama de “ativismo judicial exagerado”. O problema é que a Constituição brasileira de 1988 está sendo conduzida pelo Supremo Tribunal Federal, e ele pergunta se é função do Judiciário resolver questões como demarcações de reservas indígenas, infidelidade de políticos aos seus partidos e uso das algemas pela polícia. (FSP, Ruy Martins Altenfelder Silva, “Harmonia dos Poderes?”, 2009)

A JUSTIÇA Eleitoral vive um período de grande ativismo. A foice judiciária atingiu agora 13 dos 55 vereadores de São Paulo. Na raiz da decisão do juiz Aloísio Sérgio Rezende Silveira está a doação suspeita da Associação Imobiliária Brasileira (AIB) aos vereadores... Não deixa de causar estranheza, contudo, o motivo indicado pelo juiz para livrar quatro vereadores da perda do mandato: o valor auferido por eles da AIB não teria sido significativo, pois ficou abaixo de 20% do total arrecadado na campanha. Eis um caso flagrante em que o ativismo judicial resvala para a usurpação da função legislativa. É fato, lamentável, que o Congresso, nessa questão, ou se omite ou envereda em casuísmos. O Tribunal Superior Eleitoral cogitou de criar normas mais rígidas para coibir as chamadas doações ocultas, em que empresas repassam somas altas a partidos para camuflar vínculos com candidatos. O expediente não teria evitado ações como a da AIB, mas vedaria uma das brechas pelas quais o dinheiro influencia de modo obscuro a eleição. (FSP, Editorial, “O ciclo da impunidade”, 2009)

Nos últimos anos, a fronteira entre as atribuições do Legislativo e do Judiciário ficou progressivamente mais tênue, conforme este assumia um papel mais ativo na normatização da vida nacional. As diversas diretrizes ditadas pela Justiça Eleitoral, como a verticalização das coligações partidárias em 2002, são um exemplo; a proibição de fumar em viagens aéreas, um outro. Essa atividade normativa do Judiciário não é exclusiva do Brasil, sendo em geral atribuída à necessidade de completar a legislação, quando esta é insuficientemente clara ou detalhada para orientar o que deve ser feito nos casos que chegam à Justiça. Mas o ativismo judicial também é motivado pelo desejo de avançar com uma agenda que, no entender dos magistrados, é modernizante e criadora de direitos, mas esbarra em um Congresso imobilizado pela fragmentação partidária e escândalos sucessivos. (VE, Armando Castelar, “O Judiciário e as políticas públicas”, 2009).

Quando o assunto é legislação eleitoral, é verdadeira a máxima de que a emenda sai sempre pior do que o soneto. O Congresso e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) vêm mantendo uma queda-de-braço em torno de regulamentações dos pleitos. Nesse movimento, o tribunal tem sistematicamente extrapolado de suas funções, e legislado, e o Congresso respondido com mudanças na lei que acomodam interesses políticos dos parlamentares. Um comprime, outro dilata as regras eleitorais, de tal forma que o princípio da segurança jurídica nunca vale nesse mercado. (VE, Editorial, “Uma fidelidade partidária para políticos pouco infieis”, 2008).

Há uma crescente percepção de que o Poder Judiciário vem ultrapassando as competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, para atuar na formulação e implementação de políticas públicas as mais diversas: eleitorais e partidárias, de educação, saúde, privatização etc. Passa da aplicação do direito (no sentido mais amplo, bem entendido, não estritamente legalista) à criação do direito. Usurpa, não raro, a função tipicamente legislativa. Bem verdade que isso se deve, em parte, à inação do Poder Legislativo, que, ao invés de legislar, investiga, por meio de CPIs. Mas decorre principalmente da progressiva infiltração de uma ideologia que prega a maior intervenção do juiz na correção de mazelas sociais, econômicas e políticas. Ideologia esta conhecida como ativismo judicial. (VE, “O Poder Judiciário e o ativismo judicial”, 2007)

c) *Ativismo Judicial como “ocupação de vácuo de poder”*

Por fim, aparece a definição de que o Judiciário ocupa um espaço político, um vácuo de poder deixado pelo legislativo, especialmente, e também pelo executivo. Essa definição é pouco expressiva na Folha de São Paulo. E, em sentido similar ao da célebre colocação de Antoine Garapon⁴¹, segundo a qual “a demanda da justiça vem do desamparo da política”, a idéia de ativismo como “ocupação de vácuo de poder” parece ser encarada primariamente positiva pela mídia. Embora essa concepção pareça se aproximar da idéia de “usurpação de poder”, sua estrutura é diferente: “vácuo de poder” não exige que se parta de nenhuma premissa específica sobre como a Constituição, as leis ou a tradição jurídica brasileira distribuem competências entre o judiciário e os outros poderes. Essa concepção parte apenas de um diagnóstico sobre como o judiciário age sobre problemas ou dilemas sociais gerados ou agravados pela inação dos outros poderes. Ou seja, ao ser “ativista” nesse sentido o juiz não está necessariamente violando a distribuição de competências prevista na Constituição, por exemplo.

Trazemos abaixo alguns trechos tanto da Folha de São Paulo, quanto do Valor econômico para ilustrar o uso de “ativismo judicial” como “ocupação de vácuo de poder”:

A revogação da Lei de Imprensa e o início do julgamento de ações sobre o sistema de saúde nacional, promovidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal) na última semana, mostraram que a lentidão do Congresso em aprovar leis que regulamentem direitos fundamentais está custando ao Legislativo perda de poder. O vácuo criado pelos legisladores vem permitindo ao STF ampliar cada vez mais sua esfera de atuação institucional. Cidadãos têm procurado na Justiça a solução de problemas ou a garantia de direitos não guarnecidos em lei - cujos projetos muitas vezes estão empacados no Congresso por décadas... Oscar Vilhena Vieira, professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, afirma que o país convive hoje com uma “supremocracia”, uma vez que nos últimos anos o STF ampliou seu poder sobre as instâncias inferiores do Judiciário, e está atuando nas lacunas deixadas pelo Legislativo. “Com a omissão do Parlamento em tomar decisões sobre questões fundamentais e a perda da autoridade moral do Congresso, há uma expansão dos demais poderes”, diz ele. “Tradicionalmente, no Brasil, essa expansão era do Executivo.

41 GARAPON, 1999.

A partir dos últimos quatro ou cinco anos, o Supremo passou a ser o poder que mais expande sua autoridade.” (FSP, “Omissão do Legislativo dá espaço à ‘supremocracia’”, Ana Flor e Flávio Ferreira, da Reportagem Local, 2009)

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), sempre avalizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tem se atribuído a função não apenas de regulamentar as eleições mas de definir regras que não estão expressas na legislação eleitoral e partidária. Uma das críticas ao projeto da Câmara é que ele vai às minúcias. A intenção era exatamente essa quando o presidente da Casa, Michel Temer, constituiu uma comissão para elaborar um substitutivo às propostas em tramitação: preencher as “lacunas” que têm servido de pretexto para uma ação legiferante do Judiciário e não deixar espaço para que o poder seja acusado de omissão na sua função legislativa. (VE, Editorial, “As minúcias do projeto de reforma eleitoral”, 2009)

O Senado Federal aprovou regras sobre o nepotismo no ano de 1997. Desde o fim dos anos 90 até hoje, o que temos visto diretamente de Brasília é que a Câmara dos Deputados vem empurrando o assunto com a barriga, sob os mais variados e duvidosos pretextos. Mas o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu colocar um basta nisso. Uma das principais razões para a recente edição da Súmula Vinculante nº 13, que proíbe o nepotismo nos três poderes, pelo Supremo, reside nessa omissão legislativa. Durante décadas, nossa corte suprema, sob o império da visão legalista - de que todo o direito está fundado na lei -, sempre aceitou servilmente a renitente omissão do legislador. Dizia-se: sem lei nada pode ser feito. Agora, com a vigência da matriz constitucionalista, considerando-se que a lei foi destronada e que a importância do legislador foi mitigada, uma vez constatado o vácuo legislativo, vem o Supremo assumindo uma nova postura, a de regrador geral do país. Ou seja: tolerância zero para as omissões legislativas. Se quem dá as regras tem as rédeas na mão, parece lícito concluir que o Supremo, decisivamente, neste século XXI, está assumindo o posto de “senhor do direito” (VE, Luis Flávio Gomes, “O Supremo e a omissão do Poder Legislativo”, 2008)

d) *Valoração do fenômeno ativismo*

Nos dois jornais, o termo “ativismo judicial” e expressões correlatas tendem a ser empregados com um cunho mais negativo que positivo. Essa tendência geral, porém, contém variações significativas. Tendo em vista a multiplicidade de sentidos de “ativismo” nas páginas da Folha e do Valor, como discutido acima, é esperado que também haja variação na valoração atribuída a essa expressão. No caso da Folha, a variação é mais ampla. O termo ativismo é empregado tratado ora de maneira positiva, ora de maneira negativa, com o sentido negativo prevalecendo ligeiramente (59%). No caso do Valor, porém, há uma predominância mais clara do sentido negativo (75%).

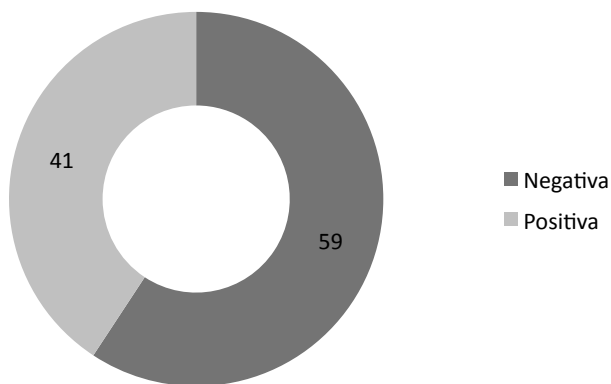


Gráfico 7. Abordagem sobre ativismo, FSP 1998-2010

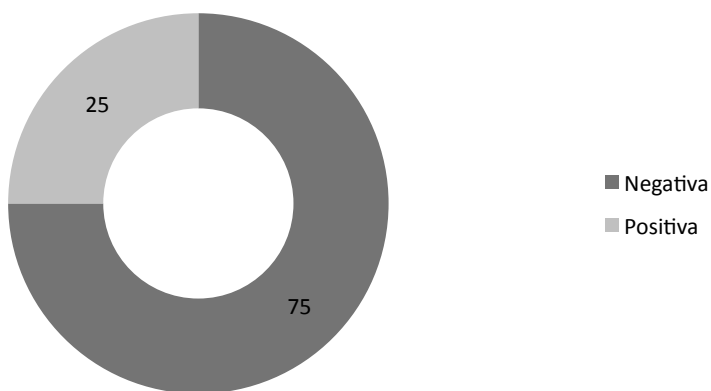


Gráfico 8. Abordagem sobre ativismo, Valor 2001-2010

Algumas observações podem ser feitas quando se tenta correlacionar *sentidos do termo* e *avaliação*. Pelo menos uma das definições encontradas – a de ativismo judicial como “usurpação de poder” – está quase que perfeitamente correlacionada com uma abordagem negativa do fenômeno. No caso da Folha, este sentido foi considerado como negativo em 91% das ocorrências. No Valor, a correlação entre o sentido e a avaliação negativa é ainda maior (94%). Nesse sentido, os resultados da análise reproduzem um fenômeno já discutido (e criticado) na literatura mais crítica da utilidade do conceito de “ativismo judicial”: a expressão seria usada não para descrever, mas quase que inteiramente para criticar. Ao menos no sentido de “usurpação de poder”, no caso da Folha e do Valor, parece de fato ser possível dizer que ser “ativista” é algo quase que necessariamente negativo.

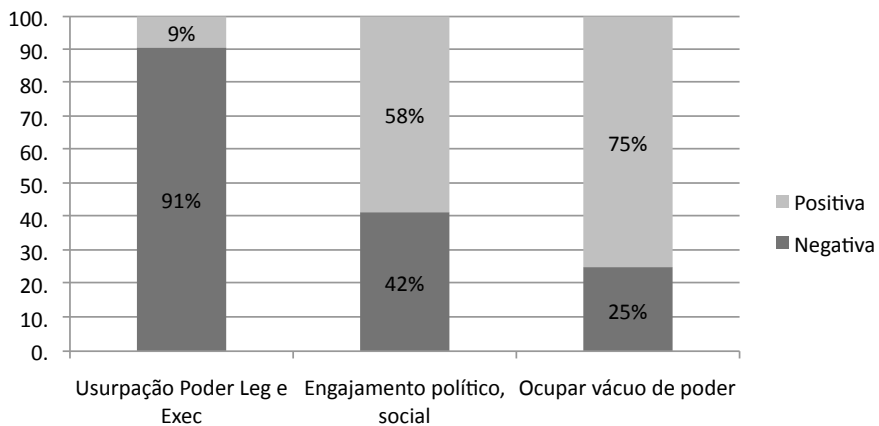


Gráfico 9. Abordagem de acordo com definição sobre ativismo, FSP 1998-2010

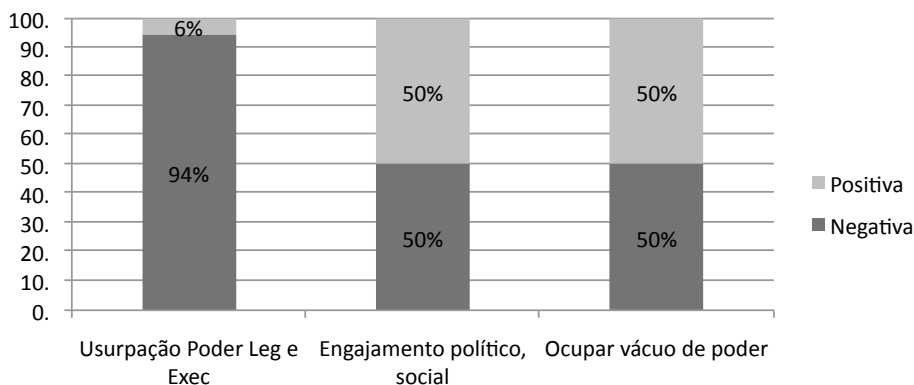


Gráfico 10. Abordagem de acordo com definição sobre ativismo, Valor 2001-2010

Por outro lado, esses resultados são bem diferentes do que ocorre quanto aos outros dois sentidos (“ocupação e vácuo” e “engajamento político e social”). Aqui, em graus diferentes para cada sentido, observamos um significativo descolamento entre a definição e a valoração. “Ocupar vácuo de poder” é majoritariamente positivo na abordagem da Folha (75%), mas essa predominância desaparece completamente no caso do Valor (50%). O mesmo padrão pode ser verificado no caso de “engajamento político e/ou social”: 58% das abordagens foram positivas na Folha, enquanto não há uma valoração predominante na abordagem do Valor (50% negativo, 50% positivo).

5. Conclusão

Este artigo possui uma finalidade primariamente exploratória. Partindo da premissa de que os usos públicos da expressão “ativismo judicial” refletem percepções importantes para a orientação da função judicial em uma dada comunidade, é problemático que não haja estudos sistemáticos sobre como a mídia emprega esse termo. O objetivo principal deste artigo foi contribuir para preencher essa lacuna por meio de uma identificação de padrões recorrentes no uso da expressão “ativismo judicial” em dois jornais de grande circulação no Brasil. Observamos que há algumas semelhanças nos usos que a Folha de São Paulo e o Valor Econômico dão

ao termo. No mesmo sentido da crítica acadêmica ao uso da expressão, os dois jornais atribuem uma carga preponderantemente negativa à noção de “ativismo judicial”.

Entretanto, essa tendência geral esconde variações significativas e que merecem uma análise mais aprofundada. Primeiro, a Folha de São Paulo usa o termo de uma forma ligeiramente mais frequente para indicar “engajamento político e social” de juízes (44%, com “usurpação de poder” em segundo lugar – 41%). O Valor Econômico, por outro lado, trata do ativismo judicial como “usurpação de poder” em 56% das reportagens analisadas. Segundo, no que se refere à correlação entre os *sentidos* e a *valoração* do termo, o sentido de “usurpação de poder” está quase que perfeitamente correlacionado com valoração negativa – 91% na Folha e 94% do Valor. Entretanto, algo interessante ocorre com as outras definições (“ocupação de vácuo de poder” e “engajamento político e social”) – em ambos os jornais, há correlações diferentes e inesperadas entre esses sentidos e a valoração do termo. “Ocupação de vácuo” chega a ser 75% positiva no caso da Folha.

Além disso, a partir da análise quantitativa feita nas seções anteriores, podemos levantar algumas hipóteses e questões a serem discutidas de forma mais aprofundada em trabalhos futuros. A percepção midiática dominante sobre ativismo judicial nos veículos analisados parece girar em torno da idéia de “separação de poderes”. Na Folha de São Paulo, a soma das categorias “ativismo como usurpação de poder” e “ativismo como ocupação de vácuo de poder” chega a 56%. No Valor Econômico, atinge 81%. Esse cenário contrasta com a visão de ativismo como desvio em relação às normas jurídicas que determinariam um resultado diferente do afirmado por um juiz, que é muito comum no debate contemporâneo nos EUA. Nos dados deste trabalho, a categoria mais próxima dessa visão seria a de “ativismo como engajamento político e social”. Na verdade, porém, esta segunda compreensão quase não é objeto de preocupação explícita nas reportagens analisadas. Embora o sentido de ativismo como “engajamento político e social” esteja de alguma forma ligado a esse tipo de visão do juiz ativista como aquele que não aplica os ditames de regras vigentes para promover finalidades não-jurídicas, essa ligação não é tematizada de forma explícita e está longe de possuir a relevância que tem nos EUA.

O que temos na Folha e no Valor, portanto, é uma noção de ativismo que enfatiza as relações entre o Judiciário e os outros Poderes, em detri-

mento de noções que enfatizam a relação entre o tomador de decisão e o direito vigente. Vale notar ainda que, no que se refere à categoria “engajamento político e social”, temos um cenário similar ao que a literatura indica ter sido o caso nos EUA dos anos 60 e 70. O juiz “ativista”, preocupado com causas políticas e sociais, parece ser visto aqui como uma força necessariamente progressista. Trata-se de mais um contraste com o cenário atual nos EUA, onde a pecha de “ativista” tem sido mais frequentemente associada a causas conservadoras.

Por fim, seria interessante investigar em que medida esses veículos têm feito parte de estratégias mais amplas, de atores políticos e, sobretudo, judiciais, para divulgar uma ou outra concepção específica de ativismo judicial e da própria função judicial. Por exemplo, é interessante que o sentido de ativismo judicial como “ocupação de vácuo de poder” tenha sido tratado de forma tão significativamente positiva em um jornal (Folha de São Paulo, 75% positivo) e tão ambígua em outro (Valor Econômico, 50% positivo). Evidentemente, estas são apenas hipóteses e perguntas suscitadas pela análise quantitativa, e abordá-las de maneira mais sistemática foge aos objetivos deste artigo. Porém, são questões que merecem atenção em estudos futuros que pretendam contribuir para esclarecer o peso e o papel da idéia dos limites da função judicial no imaginário público contemporâneo no Brasil.

6. Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- _____. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, v.120, 2007.
- BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*. n 4, jan/fev 2009.
- _____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, n. 96, p. 3-41, fev/maio 2010.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1962.

- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Edusp, 2008.
- _____. *A economia das trocas simbólicas*. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* (orgs.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 541-594.
- CROSS, Frank B; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, v.91, 2006-2007.
- EASTERBROOK, Frank. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? *University of Colorado Law Review*, v.73, 2002.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* (orgs.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodium, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, RJ, Editora Revan, 1999.
- GERHARDT, Michael J. *The Rhetoric of Judicial Critique: From Judicial Restraint to the Virtual Bill of Rights*, William & Mary Bill of Rights Journal, v.10, 2002.
- GEWIRTZ, Paul; GOLDER, Chad. So Who Are the Activists? *The New York Times*, Nova Iorque, 06 jul. 2005.
- GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, v.58, n.5, 2009.
- KMIEC, Keenan D. Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, n.92, 2004.
- MARSHALL, William. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, v.73, n.4, 2002.
- RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary Journal*, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=765445#>. Acesso em 13 fev, 2012.
- ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- SILVA, Alexandre Garrido da, *et al.* Delimitando as Categorias de Judicialização da Política e Ativismo Judicial: O caso da manipulação de células-tronco embrionárias. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v. 36, p. 53-78, 2008.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.
- VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*. v.4, n.2. 2008.
- VIEIRA, José Ribas *et al.* Verso e Reverso: Judicialização da Política e Ativismo Judicial no Brasil. *Estação Científica* (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, v.01, n.04, out e nov. 2009.
- YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, v.73, n.4, 2002.

Recebido em fevereiro de 2012

Aprovado em junho de 2012