

ano 23 – n. 93 | julho/setembro – 2023
Belo Horizonte | p. 1-224 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i93
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral I-ISSN impresso 1516-3210 ISSN digital 1984-4182
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial

Activism, populism and the judicialization of politics: the difficult task of understanding judicial decision-making behavior

Marco Aurélio Souza da Silva*

Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, Brasil)
marcoaurelio_vet@yahoo.com.br
<http://orcid.org/0000-0003-2182-6787>

Recebido/Received: 04.11.2022 / 4 November 2022

Aprovado/Approved: 13.08.2023 / 13 August 2023

Resumo: O artigo tem por objetivo explorar algumas teorias do comportamento decisório judicial utilizadas nos campos das ciências jurídica, política, econômica e da neurociência, destacando a importância de compreender como realmente agem os juízes, desconstituindo a crença cega de que pelo cargo que ocupam sempre agirão no interesse público. Esses aportes teóricos ajudam a diferenciar a ocorrência de mera judicialização da judicialização da política, do ativismo e do populismo judicial, bem como a identificar a utilização da ponderação de valores considerada discricionariamente pelo julgador, de forma estratégica ou retórica, a fim de acobertar razões pessoais. A partir da análise interdisciplinar, conclui-se que compreender como as pessoas agem e reagem estrategicamente a alterações em seus

Como citar este artigo/*How to cite this article:* SILVA, Marco Aurélio Souza da. Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 101-131, jul./set. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i93.1708.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCESC). Pesquisador no Grupo de Pesquisa Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

ambientes e em suas estruturas de incentivos durante a tomada de decisão é fundamental para complementar o direito enquanto regulação de comportamento, evitando ou minimizando decisões ilegais, ativistas e populistas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Populismo judicial. Comportamento decisório. Judicialização da política. Discricionariedade.

Abstract: The article aims to explore some theories of judicial decision-making behavior used in the fields of legal, political, economic and neuroscience, highlighting the importance of understanding how judges actually act, deconstructing the blind belief that, due to the position they occupy, they will always act in the public interest. These theoretical contributions help to differentiate the occurrence of mere judicialization from the judicialization of politics, activism and judicial populism, as well as to identify the use of the weighting of values considered discretionally by the judge, in a strategic or rhetorical way, in order to cover up personal reasons. From the interdisciplinary analysis, it is concluded that understanding how people act and react strategically to changes in their environments and in their incentive structures during decision making is fundamental to complement the law as a regulation of behavior, avoiding or minimizing illegal decisions, activists and populists.

Keywords: Judicial activism. Judicial populism. Decision-making behavior. Judicialization of politics. Discretion.

Sumário: Introdução – **1** O constitucionalismo e o nascimento do protagonismo do Poder Judiciário – **2** A perda de espaço das instâncias políticas tradicionais e a expansão da atuação do Poder Judiciário – **3** Judicialização e ativismo judicial – **4** Judicialização da política e populismo judicial – **5** A discricionariedade judicial e o desafio de compreender o comportamento decisório – Considerações finais – Referências

Introdução

Em 2021, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estavam em tramitação no Poder Judiciário brasileiro cerca de 75 milhões de ações. Essa expressiva litigiosidade tem sido considerada pelos estudiosos um grave problema de gestão no Poder Judiciário com sérias consequências para a sociedade, dado que consome tempo, recursos humanos e financeiros. A situação é atribuída a vários fatores, entre os quais podem ser citados a complexidade do sistema processual, a grande quantidade de recursos, a gratuidade de acesso ao Poder Judiciário, a necessidade de concretização de preceitos constitucionais programáticos, a maior consciência das pessoas acerca de seus direitos e, ainda, a própria complexidade das relações sociais contemporâneas permeada pelas inovações tecnológicas.

A litigância, por outro lado, está diretamente ligada ao processo de tomada de decisão, o qual tem sido objeto de pesquisas em diversas áreas do conhecimento, tendo ganhado relevo no campo do direito para além das abordagens tradicionais. Conquanto o direito seja concebido como um arcabouço normativo destinado a manter a ordem e a convivência pacífica entre os indivíduos na sociedade, esse campo de regulação de comportamentos muitas vezes deixa a impressão de que

nem sempre consegue dar respostas rápidas e justas aos conflitos sociais por meio das decisões judiciais.

Na prática, as decisões judiciais acabam sendo o centro das atenções, notadamente quando inovam na interpretação do texto normativo, sem que esteja explícito como o julgador chegou à regra de solução do litígio. Daí a importância de compreender como realmente agem os juízes, desconstituindo a crença cega de que pelo cargo que ocupam sempre agirão no interesse público.

O problema a ser enfrentado no presente artigo se refere ao fato de que a intensa litigiosidade judicial tem sido associada, em grande medida, às discussões envolvendo o ativismo judicial, o populismo e a judicialização da política, contexto que remete à necessidade de compreensão de como as pessoas tomam decisões, o que não pode ser analisado apenas sob a ótica do direito.

Por meio do método dedutivo pautado em revisão bibliográfica, o presente artigo tem por objetivo explorar as principais teorias do comportamento decisório judicial utilizadas nos campos das ciências jurídica, política, econômica e da neurociência, enfatizando a importância de compreender o comportamento do julgador para além da abordagem jurídica. É nesse ponto que se justifica o presente artigo, ao direcionar o enfoque para a interdisciplinaridade, partindo do pressuposto de que outros campos do conhecimento podem compor instrumentais teóricos úteis para auxiliar no entendimento de como os agentes sociais se comportam em seus ambientes e respondem a alterações em suas estruturas de incentivos. Isso, conseqüentemente, reflete na diferenciação prática dos termos judicialização da política, ativismo e populismo judicial, assim como na possibilidade de tentar reduzir a intensa litigância judicial sob essa perspectiva.

A discussão do problema será norteadada pela perspectiva de como se constrói o argumento para além da literalidade do texto normativo a fim de aplicar a regra ao caso concreto em litígio e, por conseguinte, o desafio de compreender a tomada de decisão dos julgadores. Para tanto, far-se-á inicialmente uma exposição do nascimento do protagonismo do Poder Judiciário, seguida da análise da perda de espaço das instâncias políticas tradicionais. Após, busca-se colacionar os principais conceitos acerca do ativismo judicial, do populismo, da judicialização da política e da discricionariedade judicial, destacando-se ao final o desafio de compreender o comportamento decisório.

1 O constitucionalismo e o nascimento do protagonismo do Poder Judiciário

A atuação do Poder Judiciário brasileiro se encontra respaldada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), cuja centralidade e

importância devem ser compreendidas como fenômeno de dimensões internacionais. Tal fenômeno remonta à história do constitucionalismo, enquanto criação de constituições nos Estados em várias partes do mundo, de modo gradativo, ao que Elster denominou de “ondas” de constitucionalização.¹

Tem-se como marco histórico relevante para o constitucionalismo o final da Segunda Guerra Mundial, marcada pelas graves violações aos direitos humanos, dada a destruição sistemática de milhares de vidas. Nesse momento, especialmente em países da Europa, como Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e França (1958), por exemplo, houve crescente demanda por mecanismos que garantissem direitos humanos fundamentais encartados em valores como liberdade, igualdade, justiça, dignidade, solidariedade, e que limitassem os poderes dos governantes para que as atrocidades vivenciadas não mais se repetissem. Assegurar aos cidadãos existência digna por meio de prestações materiais essenciais tornou-se, então, objetivo comum. Essa sequência de eventos do pós-guerra contribuiu para a construção do novo paradigma do constitucionalismo, assentado em valores éticos, morais, de liberdade e solidariedade humana.

A biografia dos direitos fundamentais, segundo Schmitt, inicia propriamente com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, ao fundar sua independência em relação à Inglaterra, tendo sido a primeira Declaração emitida pelo Estado da Virgínia, em 1776. O pensador alemão salienta que na Revolução Francesa, de 1789, surgiu a constituição moderna, mista de elementos liberais e democráticos, baseada na Teoria do Poder Constituinte, cuja dogmática política influenciaria a construção jurídica de caráter positivo da moderna Teoria da Constituição. Os mais importantes direitos fundamentais dessas declarações eram a liberdade, a propriedade privada, a segurança, o direito de resistência e as liberdades de consciência e de religião.²

Importante destacar nessa trajetória histórica que até o século XIX prevalecia o Estado Legislativo de Direito, fundado em uma soberania parlamentar que conferia ao Legislativo a função de estabelecer direitos fundamentais por meio da elaboração de normas, momento em que a Constituição era considerada, essencialmente, um documento político, cujas normas não eram diretamente aplicáveis. Era a vigência da centralidade da lei e a supremacia do Parlamento.³ Com a percepção

¹ ELSTER, Jon. Forças e mecanismos no processo de elaboração da Constituição. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a, p. 13-14.

² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial [1928], 2006, p. 70-71 e 164-165.

³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neonconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 14-17.

de que as maiorias políticas poderiam se acumpliciar com a barbárie, a exemplo do que ocorreu no nazismo alemão, houve a necessidade de se fortalecer a jurisdição constitucional, incluindo mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador.⁴ A partir desse período, o modelo cedeu lugar ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, ocasião em que a Constituição passou a valer como norma jurídica e ser o parâmetro de validade e interpretação de todas as normas, abrindo espaço para o que se designou de constitucionalismo do pós-guerra. Daí a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, dado que as Cortes Constitucionais passaram a assegurá-la.⁵

Denota-se, assim, significativo processo de redesenho institucional e dogmático-jurídico, na medida em que o Direito Constitucional passou por reconfiguração a partir da elaboração de novas Constituições, de sua força normativa⁶ e de sua centralidade no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que ganhou destaque a criação de Tribunais Constitucionais. Tal modelo de constitucionalismo, no qual as constituições passaram a ser vistas como normas jurídicas supremas, ultrapassou as fronteiras da Europa e se disseminou pelo mundo. Com isso, as Constituições passaram a contemplar o espectro de jurisdição, a limitação e a separação dos poderes, a organização do Estado e do exercício do poder político, a previsão de direitos e garantias individuais e sociais, assim como fixaram normas programáticas⁷ para a concretização desses direitos por meio de políticas públicas.

Os limites impostos pela Constituição também não ficaram sem críticas. O debate, nesse ponto, envolve a racionalidade imperfeita dos atores e as autorrestrições ou pré-compromissos estabelecidos, como observado na metáfora de Elster⁸ sobre Ulisses e as sereias.⁹ A figura de Ulisses acorrentado ao mastro de seu navio

⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 237.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio, 2010b, p. 7-8.

⁶ A denominada “força normativa da Constituição”, segundo Konrad Hesse, refere-se à valorização da efetividade das normas constitucionais, que deixam de ser apenas expressões simbólicas do pacto político e passam a ter força vinculante sobre o Estado e os indivíduos (HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991).

⁷ As normas programáticas são subespécie das normas constitucionais de eficácia limitada, as quais prescrevem uma ação futura (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70).

⁸ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009b.

⁹ Referência ao mito de Ulisses, rei de Ítaca, em uma das passagens da “Odisséia”, ao enfrentar as adversidades em seu retorno para casa depois da guerra contra os troianos. Uma delas foi a passagem pela região do canto das sereias, que conforme rezava a lenda, todos os marinheiros que por lá passavam ficavam encantados com o canto das sereias. O problema era que, com isso, os marinheiros aproximavam demais os navios da costa rochosa e acabavam naufragando, sendo devorados pelas sereias. Sabendo disso, Ulisses decidiu ouvir o canto, mas sem colocar em risco seu navio e seus tripulantes. Para tanto, estabeleceu algumas regras, como a de mandar sua tripulação inserir cera nos ouvidos e acorrentá-lo ao

evidencia que este não era completamente racional, embora consciente de que era falível. Assim, mostrar-se-ia útil aos indivíduos na sociedade se acorrentarem pelas Constituições, sob a perspectiva de que estas devem impor limites irrenunciáveis aos poderes de autogoverno, a fim de preservar a liberdade das gerações futuras.

O pré-compromisso da Constituição, assim como o mastro do navio, portanto, serve como estrutura ou cinto de segurança para agrilhoar as vontades dos indivíduos por determinado tempo. Nesse sentido, os trabalhos da Assembleia Constituinte, o estabelecimento de cláusulas que dificultem a modificação de normas fundamentais da Constituição, a fixação das funções de governo, a separação dos Poderes, os freios e contrapesos e a atribuição ao Poder Judiciário do controle da ordem constitucional são de importância basilar, ainda que a metáfora de Ulisses para o processo de criação de Constituições seja discutível,¹⁰ já que as escolhas públicas realizadas em dado momento afetam a sociedade no futuro.

Ainda que tardiamente, a onda de constitucionalização atingiu o Brasil em pleno processo de redemocratização, com destaque para a CRFB/88, inovadora e progressista, sobretudo quanto à garantia estatal de direitos fundamentais sociais, atribuindo ao Estado o papel intervencionista, ou seja, de responsável pelas políticas públicas, embora permitindo a livre iniciativa privada, para efetivação de direitos fundamentais sociais por meio de prestações positivas.

A CRFB/88 promoveu mudanças estruturais no sistema político, na ordem econômica e social, bem como atribuiu poderes importantes ao Judiciário, assegurando-lhe independência e autonomia administrativa e financeira, além das amplas garantias funcionais aos juízes. Também fortaleceu as Funções Essenciais à Justiça, dando poderes extraordinários ao Ministério Público, bem como criando a Advocacia-Geral da União e as Defensorias Públicas, além de conferir *status* constitucional à advocacia privada. Além do extenso rol de direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos, econômicos e sociais a serem assegurados pelo Poder Judiciário, também houve ampliação dos meios de acesso à Justiça.

Com o estabelecimento do Estado Social e das expectativas com os novos direitos consagrados na CRFB/1988, intensificou-se a procura pelo Poder Judiciário e o crescimento da tensão entre os Poderes, deixando tênue a linha divisória entre proteção e violação.

mastro da embarcação, a fim de manter a tripulação e a si mesmo em segurança. A ideia central é de que as regras estabelecidas exercem restrições e autocontenção.

¹⁰ Uma das dificuldades está no fato de aceitar que determinada comunidade, em tempo e contexto específicos, imponha limites às gerações futuras, e não apenas a si mesma.

2 A perda de espaço das instâncias políticas tradicionais e a expansão da atuação do Poder Judiciário

No campo da teoria democrática, a política está associada a eleições de representantes do povo, a partidos, ao exercício legiferante e, portanto, à própria atuação do Poder Legislativo, enquanto a aplicação das normas para dirimir conflitos sociais, assim como a tomada de decisão em última instância, estão relacionadas ao papel do Poder Judiciário. Nas últimas décadas, contudo, a ideia de que o exercício da política está circunscrito ao Legislativo deixou de ser inquestionável, na medida em que o Judiciário passou a ser também protagonista no exercício legiferante, seja elaborando normas, limitando a atividade dos parlamentares e a própria instituição legislativa, seja impondo padrões de comportamento aos representantes do Executivo. Diga-se que esse não é um problema exclusivo do Brasil. Na perspectiva de Ferejohn, a transferência de poder do Legislativo para os tribunais ocorre ao redor do mundo desde a Segunda Guerra Mundial.¹¹

A expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas se encontra associada à consolidação do Estado Democrático de Direito e à projeção dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, quando emergiu o novo constitucionalismo para “criar constrangimentos substantivos à arena majoritária, através da imposição de limites à regra da maioria e da ideia de supremacia da Constituição”.¹² Os debates sobre as crises dos Parlamentos e da representação política nos Estados democráticos não são recentes e nem localizados, assim como o ceticismo e o desencanto com a atividade política não se limitam a um ou outro país. Na esteira da crise de representatividade dos Parlamentos, em diferentes partes do mundo houve também o fortalecimento do Poder Executivo.

No Estado Democrático de Direito é legítimo que os cidadãos com direitos violados busquem no poder contramajoritário (Judiciário) o reconhecimento das suas pretensões e a recomposição de seus direitos. Essa legitimidade de controle jurisdicional é garantida pelo disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O exercício da atividade jurisdicional constitui função estatal que tem por escopo a pacificação dos conflitos, substituindo os titulares de interesses contrapostos e aplicando o direito por meio do devido processo legal. É a lógica hobbesiana do

¹¹ FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: VALLINDER, Tobjörn *et al.* *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 63.

¹² VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 324.

contrato social, na qual o Estado (Leviatã) detém o monopólio da violência legítima, a fim de evitar a “guerra de todos contra todos”.¹³

Nesse sentido, a qualquer cidadão que tenha o seu direito ameaçado ou violado é facultado recorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar a ameaça ou recompor o direito lesado. A propositura de ação judicial, então, revela-se como instrumento jurídico de grande importância para a democracia, haja vista que muitas das demandas dizem respeito a políticas públicas e representam para o cidadão a última possibilidade de garantir ou satisfazer o seu direito. Havendo direitos subjetivos e deveres jurídicos violados ou colocados em risco, cabe ao Poder Judiciário atuar para assegurá-los. No Brasil, o órgão máximo do Poder Judiciário e guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, cuja autonomia jurisdicional tem sido exercitada por meio do controle de constitucionalidade.

Por diversas razões, que vão desde a precária prestação de políticas públicas destinadas à concretização de direitos sociais até a utilização política da esfera judicial pelo Parlamento, o Poder Judiciário tem sido pressionado a intervir dirimindo os conflitos e colocando em prática as promessas constitucionais. Nesse cenário, a projeção do Poder Judiciário suscitou discussões acerca do controle judicial de direitos e garantias constitucionais, que deitam raízes na sua ilegitimidade contramajoritária e no confronto com a busca pela máxima efetividade das normas constitucionais.

A ilegitimidade contramajoritária está diretamente ligada à denominada “dificuldade contramajoritária”,¹⁴ que se relaciona com a ilegitimidade dos juízes, que não são eleitos pelo voto popular, para invalidarem as decisões tomadas pelos agentes políticos eleitos pelo povo. Ao declarar inconstitucional ato do Legislativo ou do Executivo, a Suprema Corte se opõe à vontade dos representantes do povo. Desse modo, o controle de constitucionalidade (*judicial review*) não seria exercido em nome da maioria, mas contra esta, ou seja, como uma força contramajoritária.

Percebe-se que a ilegitimidade contramajoritária se contrapõe à separação dos poderes. O tema da separação dos poderes, corolário do Estado Liberal, já ocupava a atenção de pensadores, como Aristóteles,¹⁵ Locke¹⁶ e Montesquieu,¹⁷ ainda que se tenha desenvolvido o senso comum de que este último sistematizara a teoria da tripartição dos Poderes. Isso porque no século XVIII Montesquieu desenvolveu

¹³ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

¹⁴ Segundo a Teoria Constitucional, a expressão se tornou clássica a partir da obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing, 1962.

¹⁵ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução: Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

a teoria da tripartição dos Poderes com a separação orgânico-funcional das atividades do Estado, na qual propôs uma divisão do poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de evitar a concentração de poderes nas mãos de apenas um órgão e o seu exercício ilimitado. Assim, o sistema de separação dos poderes correspondia a um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).¹⁸

Embora se possa inferir que a expansão do Poder Judiciário não representa algo novo no Brasil e, portanto, não decorre apenas do processo de redemocratização, deitando raízes nas relações históricas entre o direito e o poder,¹⁹ o que se tem verificado é a progressiva perda de espaço das instâncias políticas tradicionais e a expansão da atuação do Poder Judiciário, que em certas situações tem se tornado mais representativo dos anseios e das demandas sociais.²⁰

O contraponto comumente utilizado para justificar a atuação do Poder Judiciário diz respeito à busca pela máxima efetividade das normas constitucionais, com amparo no movimento neoconstitucionalista. Com o processo de constitucionalização do direito e da incorporação de novos métodos de interpretação de normas constitucionais, operaram-se novos contornos dogmáticos de leitura do texto constitucional, impulsionado pelo que se denominou de “neoconstitucionalismo”²¹ ou constitucionalismo principialista. Isso porque, no final da década de 1980, a partir dos estudos sobre a teoria dos princípios, de Dworkin,²² e a técnica da ponderação, de Alexy,²³ torna-se bastante difundida no Brasil a teoria dos princípios, intimamente ligada à teoria dos direitos fundamentais, que atribui normatividade aos princípios, distinguindo-os qualitativamente das regras, especialmente quanto ao modo de aplicação.

¹⁸ O Brasil adotou a teoria do filósofo francês, consagrando-a no art. 2º da CRFB/88, ao prever que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹⁹ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. Judicialização da política vigora no Brasil desde o Império. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, n. 494, ano XV, 03 out. 2016, p. 19-20.

²⁰ Barroso ilustra essa situação ao destacar que, “quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional” (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 112).

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set./out., 2005; SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

A partir da concepção dos princípios constitucionais como normas jurídicas imperativas, judicialmente sindicáveis e aplicadas mediante ponderação de valores, esse instrumento legal passou a ser um trunfo para a interpretação do direito no campo neoconstitucionalista. Ao se reconhecer a força normativa de princípios jurídicos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, “o neoconstitucionalismo abre as portas do direito para o debate moral”.²⁴

Tal pensamento exercerá grande influência sobre a interpretação das normas constitucionais no Brasil, na medida em que o Estado Constitucional e Democrático de então girará em torno de amplo rol de direitos fundamentais, de diversas dimensões (individuais, políticos, sociais) e de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CRFB/88). Ao mesmo tempo, a CRFB/88 dará ao Poder Judiciário certo leque de atribuições, por conta da extensa constitucionalização de direitos e garantias individuais e sociais, ao ponto de possibilitar a esse órgão, inclusive, realizar interpretações para reduzir o positivismo formalista – que buscava equiparar o direito às ciências naturais e concebia a norma como objeto científico –, em suas decisões, notadamente pelo controle de constitucionalidade, colocando em seu lugar métodos de ponderação e argumentação principiológica fundada em valores, a fim de promover transformações sociais no vácuo omissivo do Poder Legislativo e concretizar os ideais emancipatórios presentes na CRFB/88. As insuficiências do sistema normativo em dar solução a certos casos concretos difíceis (*hard cases*), autorizam o juiz a buscar a regra jurídica para além do texto, fomentando o exercício da sua dimensão criativa.

A invocação de princípios para a tomada de decisões jurídicas em casos concretos difíceis ou não é inevitável, já que diversos deles se encontram positivados na CRFB/88 e fazem parte da normatividade constitucional. O problema ocorre quando os princípios são fartamente utilizados de forma inadequada, ao ponto de aumentar a subjetividade da interpretação, intensificando o papel criativo do juiz. A principal questão nesse aspecto diz respeito ao fato de que os princípios são deontológicos, possuem vínculos históricos com as práticas jurídicas no espaço democrático, apresentam imperatividade e, portanto, não podem ser simplesmente inventados pelos legisladores, doutrinadores ou julgadores.

No entanto, de acordo com a crítica de Streck, no Brasil a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a ser forma de justificar o voluntarismo judicial, de modo que a mera atribuição do nome “princípio” a alguma fundamentação acaba servindo para garantir a aparência de juridicidade – verdadeiro álbi

²⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 241.

retórico – na justificação de decisões discricionárias. Com o aparecimento de diversidade de princípios no universo da interpretação e aplicação do direito, fenômeno denominado pelo citado jurista de “pamprincipiologismo”²⁵ – um subproduto do neoconstitucionalismo à brasileira –, houve fragilização do grau de autonomia do direito e da própria força normativa da Constituição, na medida em que, a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais, ocorre a “proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”.²⁶

3 Judicialização e ativismo judicial

Direta ou indiretamente, os conceitos de ativismo, populismo judicial e judicialização da política estão ligados à expressão “judicialização”. Em sentido amplo, a judicialização pode ser entendida como a busca de solução de conflitos sociais junto ao Poder Judiciário ou, ainda, como descreve Barroso, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. No Brasil, aponta o autor que a judicialização decorre, fundamentalmente, do “modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado” e do “sistema de controle de constitucionalidade”, que mescla a matriz norte-americana, em que todo juiz ou tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto (controle difuso), e a matriz europeia, especificamente austríaco-germânica, que admite ações diretas perante a corte constitucional (controle concentrado por ações abstratas), aliado à variedade de ações diretas e ao direito de propositura.²⁷

Barroso diferencia duas situações no emprego da expressão “judicialização”. A primeira é a judicialização quantitativa, relacionada à explosão de litigiosidade ou de ações judiciais em curso no País, a que o autor denomina de “judicialização da vida”. Os aspectos positivos desse modelo revelam, por um lado, maior consciência da sociedade civil de seus direitos e de sua cidadania, assim como maior

²⁵ Esse pamprincipiologismo revela que, a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais, há uma proliferação descontrolada de enunciados para solucionar problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Nessa fábrica de princípios podem ser citados os princípios da cooperação processual, da colegialidade, da simetria, da simplicidade, da conexão, da confiança, da afetividade, do fato consumado, da instrumentalidade processual, da confiança no juiz da causa, do deduzido e do dedutível, entre outros.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 150; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio, 2010b, p. 8-10.

confiança nas instituições judiciais. Por outro, há aspectos negativos, representados pelo descumprimento reiterado de deveres e obrigações, bem como pelo espírito de emulação por parte de diversas pessoas. A segunda situação é a judicialização qualitativa, relacionada ao fato de que as grandes questões políticas, econômicas, sociais e éticas passaram a ser decididas pelos tribunais. Entre os aspectos positivos, destaca-se a possibilidade de o Judiciário atender a demandas não satisfeitas pelos outros Poderes. Entre os negativos está o fato de evidenciar a deficiência grave no funcionamento da política majoritária, conduzida pelos órgãos eletivos (Legislativo e Executivo).²⁸

Para ilustrar a intensidade da judicialização ou da litigância no país, anote-se que os dados do Conselho Nacional de Justiça dão conta de que o Poder Judiciário terminou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. E não se pode desconsiderar o fato de que esse número foi impactado pela pandemia de Covid-19.²⁹

Tais premissas são importantes para fins de diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, e o oposto deste, autocontenção judicial ou deferência jurídica. Enquanto a judicialização decorre do próprio desenho institucional previsto na CRFB/88, que inclui acesso à justiça, definição constitucional de direitos fundamentais e papel dos Tribunais Constitucionais de dar-lhes cumprimento, o ativismo está ligado à postura proativa de juízes e tribunais na interpretação e concretização dos preceitos plasmados na Carta Política, sobretudo na expansão de sentido e alcance na proteção de direitos fundamentais. A autocontenção judicial, por sua vez, refere-se à postura mais conservadora de juízes e tribunais, com a menor interferência possível na seara dos Poderes Legislativo e Executivo. Na autocontenção, os juízes evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e se abstêm de interferir na definição das políticas públicas.³⁰

Também é possível vislumbrar o ativismo como um fenômeno interno ao Poder Judiciário, a partir da atuação dos juízes, enquanto a judicialização seria um

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-24.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021, p. 102. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio, 2010b, p. 11; BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49-50.

fenômeno externo, decorrente da opção dos indivíduos pela busca do Judiciário para solucionar questões políticas, econômicas e sociais.³¹

A expressão “ativismo judicial”, como explica Barroso, foi empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte dos EUA, no período em que era presidida por Earl Warren, entre 1953 e 1969, consistente na ideia de que uma Corte de Justiça progressista poderia promover a revolução humanista que o processo político majoritário não era capaz de fazer. Tratava-se de momento conduzido por jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Passado esse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma “onda” conservadora, em que os juízes nomeados possuíam visão crítica do ativismo judicial. Essa intensa reação conservadora deu ao ativismo judicial conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.³²

Ramos, por sua vez, destaca que o ativismo judicial deve ser entendido como o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. Em matéria constitucional, o ativismo está relacionado às atividades de interpretação e de aplicação da Lei Maior, que compreendem questões como supremacia hierárquica das normas constitucionais, preceitos constitucionais concretizados em normas-princípio, imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional e supremacia funcional dos órgãos judiciários quanto à interpretação e aplicação da Constituição.³³

Na percepção de Oliveira, mais do que significar a atuação dos juízes no sentido de “fazer cumprir a lei”, o ativismo exige que eles assumam “uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como ‘dignidade da pessoa humana’, ‘igualdade’, ‘liberdade de expressão’ etc.”. E a audácia ocorre porque “reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios”.³⁴

³¹ ROSALEN, Volnei. *Judiciário e política: fatos e versões da crise do Judiciário do Brasil a partir de sua estrutura e dos litígios*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 131.

³² BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev., 2010a.

³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131 e 142-143.

³⁴ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 192-193, jan./jun., 2015.

Tendo em vista a multiplicidade de sentidos que cercam a expressão “ativismo judicial”, Leal e Alves sistematizam o tema sob dois prismas: como interpretação constitucional e como intervenção nos demais Poderes. O primeiro está relacionado ao modo proativo de interpretação das normas da Constituição, mesmo que acabe inovando no mundo jurídico criando normas não previstas no ordenamento ou alterando o sentido original pretendido pelo legislador. O segundo, por sua vez, está ligado à intervenção na esfera de atuação dos outros Poderes, caso em que, muitas vezes, em nome da proteção de direitos fundamentais, acaba invadindo a competência outorgada aos demais Poderes, especialmente no âmbito do controle judicial das políticas públicas, violando a divisão dos Poderes.³⁵

Pode-se, até mesmo, considerar que o fato de a CRFB/88 ter dado ao Judiciário a possibilidade de preencher as lacunas ou omissões na legislação e nas políticas públicas, isso caracterizaria um natural ativismo judicial, mas sem interferência sobre o Legislativo e o Executivo, respectivamente. No caso, tratar-se-ia de comportamento criativo jurisprudencial do direito. Nesse sentido, Sarmento sustenta que o Poder Judiciário possui um papel importante na concretização da CRFB/88 e o ativismo judicial se justificaria em algumas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da democracia, “em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo”.³⁶

Para Koerner, o próprio termo “ativismo judicial”, utilizado de forma crescente desde sua emergência nos EUA após a Segunda Guerra Mundial, possui designações distintas, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões em conjunto. Esse termo foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e, mais recentemente, nas discussões jurídicas sobre o papel do Supremo Tribunal Federal. Em essência, a discussão versa sobre o papel do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes.³⁷

Não obstante a dificuldade de sua caracterização, há que se reconhecer, ao menos em terras brasileiras, que as práticas ativistas apresentam conotação negativa, na medida em que se está diante de função judicante que extrapola os

³⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 109 e 119.

³⁶ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 261.

³⁷ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud.* – CEBRAP [on-line], n. 96, p. 69-76, 2013.

limites impostos pelo legislador e pela Constituição, afetando irregularmente as atividades legífera e executiva e, de modo geral, o Estado de Direito, a separação dos Poderes, a segurança jurídica e a própria democracia.

De maneira geral, o Poder Judiciário não se considera ativista ao controlar políticas públicas, por entender estar suprindo omissões inconstitucionais dos demais Poderes. Em pesquisa realizada sobre o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal, Leal e Alves apontam que o órgão não reconhece em sua atuação a prática interpretativa como ativismo judicial, mesmo nos casos em que “tenha ocorrido um distanciamento dos cânones metodológicos interpretativos”. Citam que, nos julgamentos de casos como Maria da Penha (alteração na lei), nepotismo (criação normativa), Raposa Serra do Sol (criação normativa) e aborto de fetos anencéfalos (criação normativa), “o Tribunal legislou em nome de uma interpretação conforme ‘à inteireza da Constituição’”.³⁸

Do mesmo modo, o STF também não reconhece sua atuação no controle judicial de políticas públicas como ativismo judicial, sob o argumento de ser postura de efetivação de direitos fundamentais sociais e, portanto, não havendo invasão da esfera de competência dos demais Poderes.³⁹ Ocorre que, sob o pretexto de legitimar suas decisões diante da inércia legislativa e administrativa, a interferência acaba se dando na estrutura orçamentária e administrativa dos Entes federativos, comprometendo as políticas públicas destinadas à coletividade e a própria efetivação da Constituição.

No julgamento unânime do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, em 2010, envolvendo o fornecimento de medicamentos, por exemplo, reconhece-se não haver violação ao princípio da separação dos Poderes, sob o argumento de que o Judiciário está efetivando direitos fundamentais previstos na Constituição. Isso vale, inclusive, para as políticas públicas nos casos em que os órgãos estatais não a implementam ou comprometam a efetivação de direitos fundamentais. Assim, justificaria a legítima intervenção judicial a “ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significado real ao direito à saúde”.⁴⁰

³⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 168.

³⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 181.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARegSTA nº 175/CE, 2010.

4 Judicialização da política e populismo judicial

Sabe-se que a inércia é uma das características da função jurisdicional, o que significa que o Judiciário age somente por provocação dos interessados que buscam solução para os seus conflitos. Ainda que considerado inerte, por não ter iniciativa em matéria judicial, salvo no exercício de sua competência administrativa, o Poder Judiciário tem seu protagonismo revelado não apenas pelo ativismo judicial, mas também pela judicialização da política e das relações sociais.

A judicialização da política pode ser explicada, segundo Tonelli, a partir do caráter invasivo do direito na política. A invasão da política pelo direito não significa juízes ávidos por exercer o poder político invadindo a esfera da política, até porque juízes não atuam de ofício, e sim quando provocados. A ideia central é de que “a judicialização da política ocorre quando decisões que deveriam ser tomadas no parlamento são levadas pelos políticos aos tribunais”.⁴¹

A discussão remete à separação entre direito e política (ou sistema jurídico *versus* sistema político). No Estado Democrático de Direito, a separação entre direito e política é fundamental. Enquanto o traço distintivo daquele repousa na soberania da lei (*rule of law*), o desta repousa na soberania popular. Mas essa linha divisória nem sempre é perceptível. Enquanto no direito vigora o domínio da razão, representado pela primazia da lei e pelo respeito aos direitos fundamentais, na política prevalece o domínio da vontade, representado pela soberania popular e pelo princípio majoritário. Apesar da distinção, no plano da criação o direito não pode ser separado da política, por ser produto do processo legislativo (vontade da maioria) e, portanto, da política. Diferentemente ocorre no plano de aplicação do direito, em que a separação se faz necessária a fim de evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial.⁴²

A criação e a interpretação do direito dependem da atuação do legislador e do intérprete. Daí se diferenciar a função legislativa da função jurisdicional, pois, enquanto naquela o legislador, em regra, age regulando fatos futuros por meio de normas gerais e abstratas, nesta o julgador juiz age aplicando a regra jurídica a fatos presentes ou passados. A legislação, enquanto ato de vontade, expressa os interesses dominantes ou o interesse público. A interpretação do direito aplicável, por sua vez, expressa a compreensão particular do juiz sobre o sentido das normas. O choque entre direito e política pode produzir vítimas nos dois lados, como

⁴¹ TONELLI, Maria Luiza Quaresma. Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, n. 494, ano XV, 03 out. 2016, p. 26.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55-56.

“a justiça e a segurança jurídica, que movem o direito; ou a soberania popular e a legitimidade democrática, que devem conduzir a política”.⁴³

Não há como cindir radicalmente o caráter jurídico do caráter político da decisão, já que um não exclui o outro. Como bem explica Verbicaro, “a política produz o direito, o direito controla a política, a política é conduzida pelas diretrizes do direito”.⁴⁴ Na mesma linha, como alerta Barroso, no plano da criação do direito não há como separá-lo da política, por ser produto do processo constituinte e do processo legislativo. Logo, o direito é produto da política. Já no plano da aplicação do direito, a sua separação da política é desejável, considerando a necessidade de se evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Na interface entre política e direito está a Constituição, que institui os Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, reservando aos dois primeiros atribuições essencialmente políticas, espaço por excelência do processo majoritário, e, ao terceiro, atribuições essencialmente técnicas, de solução de litígios mediante a aplicação da Constituição e das leis.⁴⁵

Decisões judiciais e políticas constituem formas distintas de tomadas de decisão. A primeira ocorre nos juízos de primeira e segunda instâncias, conforme sejam prolatadas monocrática ou colegiadamente e possuem relação com o Estado de Direito. As decisões políticas, por sua vez, ocorrem no âmbito do Parlamento, fornecendo os contornos do direito e guardam relação com a democracia. A judicialização da política, portanto, significa dar um tratamento judicial a questões que devem ser tratadas no âmbito do Parlamento.⁴⁶

No contexto brasileiro, tem-se atribuído o marco da consolidação desse fenômeno de protagonismo judicial à promulgação da CRFB/1988 e ao processo de redemocratização. Sarmento aponta que a sistemática de jurisdição constitucional adotada favoreceu o processo de judicialização da política, porquanto conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada, entre outras entidades, o poder de provocar o Poder Judiciário.⁴⁷ Aliado a isso, a CRFB/88 regulou uma grande quantidade de assuntos e elencou diversos princípios vagos, dotados de forte carga axiológica. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja solucionada no

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 63.

⁴⁴ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 407.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio, 2010b, p. 15-16.

⁴⁶ Vale lembrar, por exemplo, como protagonismo do Judiciário sobre questões políticas tanto aquelas relacionadas a políticas públicas (saúde, educação etc.) quanto aquelas referentes à política em sentido estrito (Lei da Ficha Limpa, cláusula de barreira, financiamento de campanhas, mandato parlamentar etc.).

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 246-247.

âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram ao STF para que dê a palavra final.

A expansão da judicialização da política,⁴⁸ concebida como a participação cada vez maior do Poder Judiciário na tomada de decisões que deveriam ser eminentemente tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, tem sido impulsionada pela intensa exposição midiática das decisões do STF em casos paradigmáticos, de grande repercussão na opinião pública, no campo das questões morais que giram em torno dos direitos fundamentais e dos processos político-eleitorais. São diversas as situações, bastando como exemplos a que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas,⁴⁹ a que regulamentou o direito de greve dos servidores públicos,⁵⁰ a que decidiu sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias,⁵¹ a que afirmou a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos,⁵² a que dispôs sobre questões relacionadas ao uso de algemas,⁵³ a que estabeleceu o dever de fidelidade partidária,⁵⁴ entre outras, especialmente resultantes de desdobramentos da Operação Lava Jato, como a que permitiu a execução da pena após condenação em segunda instância, num primeiro momento,⁵⁵ e depois a proibiu ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.⁵⁶ Acrescente-se, ainda, as ações judiciais relacionadas à pandemia da Covid-19, mais recentemente.⁵⁷

⁴⁸ Não é o propósito do presente estudo aprofundar os debates acerca da judicialização da política, todas as suas causas e consequências, o que pode ser buscado em outros autores, como: WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Tradução: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*, 1995; VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999; VALLINDER, Torbjörn *et al.* *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012; VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, 2004; entre outros.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e ADPF 132. Pleno. Rel.: Min. Ayres Britto. Julg.: 05.05.2011. *DJ* 14.10.2011.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670 e MI 708. Pleno. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 25.10.2007. *DJ* 31.10.2008; e MI 712. Pleno. Rel.: Min. Eros Grau. Julg.: 25.10.2007. *DJ* 31.10.2008.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Pleno. Rel.: Min. Ayres Brito. Julg.: 29.05.2008. *DJ* 28.05.2010.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Pleno. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julg.: 12.04.2012. *DJ* 29.04.2012.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.952. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julg.: 07.08.2008. Súmula Vinculante n. 11.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602. Rel.: Min. Eros Grau; MS 26.603. Rel.: Min. Celso de Mello; MS 26.604. Rel.: Min. Cármen Lúcia. Julg.: 04.10.2007. *DJ* 03.10.2008.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Rel.: Min. Teori Zavascki. Julg.: 17.02.2016.

⁵⁶ Em 2019, no julgamento em conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ADCs 43, 44 e 54, o Plenário do STF, por maioria, julgou procedente as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/11, que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

⁵⁷ Estudo mais detalhado sobre o ativismo judicial nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal pode ser visto em: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 131-183.

Certamente, a compreensão mais ampla acerca da judicialização da política deve envolver a análise de outros fatores, entre os quais a origem social dos juízes, a forma de investidura no cargo, seus comportamentos no ambiente institucional e as próprias carreiras jurídicas, paralelamente ao modelo de democracia verdadeiramente representativa e participativa. É sabido que os juízes não vivem em completo isolamento da política e, por isso, o debate acerca da judicialização da política é, em grande medida, sobre os limites decisórios do Poder Judiciário sob o aspecto da legitimidade democrática. Como diria Dworkin, na democracia “a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes não eleitos”.⁵⁸

Igualmente aqui há de se diferenciar judicialização da política de politização do Poder Judiciário. Enquanto aquela resulta da possibilidade de os indivíduos exigirem judicialmente as prestações estatais juridificadas, esta resulta da utilização de argumentos políticos no discurso jurídico para a tomada de decisão. Este ponto converge para outra questão não menos problemática, que é a forte presença do moralismo jurídico na interpretação constitucional e, portanto, do subjetivismo do intérprete e aplicador da lei, em grande medida incrementando o ativismo judicial e a judicialização da política.

Esse discurso moralista, muito presente no ativismo judicial e na judicialização da política, pode ganhar contornos de populismo judicial, na medida em que também permite a fundamentação (político-ideológica) de decisões desatreladas das normas jurídicas produzidas previamente pelo Poder Legislativo para atender ao clamor das ruas ou de necessidades e interesses momentâneos da população e, assim, obter maior legitimidade popular em questões envolvendo intensos debates e conflitos de opinião pública.

O discurso moralista costuma ser identificado com o populismo político, fenômeno associado ao comportamento de agentes políticos que prometem soluções fáceis para problemas sociais complexos, a fim de agradar ao seu eleitorado e obter maior credibilidade perante a opinião pública, situação marcadamente frequente na história política brasileira e objeto de estudo no campo da ciência política. No entanto, o discurso moralista do populismo deixou de ser exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto espaços de debates políticos, para estar presente também na esfera judicial, o que se convencionou denominar de “populismo judicial”. Nesse caso, cuida-se de um discurso em que o Poder Judiciário, que não possui natureza política, confia no descrédito de representatividade dos políticos e

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 80.

da política para exercer o papel controlador de tudo (políticas públicas, orçamento etc.), em que juízes muitas vezes ignoram o caráter normativo racionalista do direito para fundamentar suas decisões a partir de suas convicções pessoais, preferências subjetivas e valores morais. Nesse contexto, como assevera Salgado, muitos “pensam ser semideuses, capazes de melhorar o produto do poder constituinte e aperfeiçoar moralmente a sociedade por decisões justas”.⁵⁹ Eis aqui um ponto de contato do populismo judicial com o ativismo judicial.⁶⁰

Assume-se que não há conceitos prontos e acabados acerca desses institutos, dadas as dificuldades pragmáticas e hermenêuticas que se apresentam na análise de casos concretos no tempo e no espaço, embora os seus contornos possam ser delineados a partir de alguns aportes teóricos. Também se reconhece ser tormentosa a conceituação da judicialização da política, do ativismo judicial e do populismo judicial, temas que guardam íntima relação e que se exacerbam quando o Poder Judiciário se obriga a dar respostas à multiplicação das demandas no campo de direitos fundamentais sociais ou, ainda, da política em meio a pressões populares ou circunstâncias episódicas e casuísticas de indignação popular. No entanto, parece não haver dúvidas sobre o controle (filtros, barreiras) que o Poder Judiciário pode exercer sobre a agenda de demandas que lhe são submetidas para sentença.

Surge daí a preocupação central com a criação judicial do direito e de como estabelecer formas de controle para evitar a discricionariedade e a fundamentação das decisões com valores ou convicções pessoais.

5 A discricionariedade judicial e o desafio de compreender o comportamento decisório

O percurso histórico do empoderamento dado ao Judiciário pela CRFB/88 e os debates acerca do ativismo judicial, da judicialização da política e do populismo judicial permitem inferir que a problemática do comportamento decisório possui forte relação com a discricionariedade do julgador na interpretação jurídico-textual.

O estudo da discricionariedade judicial, em face da indeterminação do direito, da liberdade interpretativa dos juízes e de seus poderes políticos, tem sido objeto de intensas discussões no âmbito da Teoria do Direito, especialmente a partir do conhecido debate entre as perspectivas teóricas de Ronald Dworkin e Herbert Hart, renovado

⁵⁹ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 117, jul./dez., 2018, p. 203 e 212.

⁶⁰ Entre os exemplos que podem ser citados, vale registrar aqueles relacionados a decisões na esfera criminal envolvendo casos de repercussão midiática e comoção popular. Talvez, a utilização da teoria do domínio do fato pelo STF no julgamento de processos do Mensalão e a autorização de divulgação pela mídia de declarações de investigados na fase de inquérito policial na Operação Lava-Jato sejam dois casos emblemáticos a ilustrar a questão.

com o pós-escrito à sua obra “O Conceito de Direito”.⁶¹ Sem o objetivo de realizar uma análise exaustiva dos modelos construídos pelos referidos autores, importa destacar as principais compreensões, já que constituem justificações das decisões judiciais.

Diante da textura aberta da linguagem no âmbito das normas jurídicas, dada a sua generalidade e abstração, Dworkin se afasta do argumento da discricionariedade judicial sustentando a tese da existência de única resposta correta, em contraponto à existência de várias respostas igualmente corretas e do exercício do poder discricionário do juiz para escolher a alternativa mais adequada dentro das possibilidades permitidas pelo direito, a fim de dar solução aos casos difíceis, como defendido por Hart.

No contexto de moralismo jurídico, Dworkin critica o positivismo, sobretudo aquele proposto por Hart, concebido como sistema de regras, por ser insuficiente para solucionar casos complexos, nos quais o julgador não dispõe de regra jurídica diretamente aplicável para fundamentar a decisão e recorre à discricionariedade.⁶² Dworkin defende sua teoria no sentido de que, mesmo nos casos difíceis, não cabe ao juiz introduzir novos direitos, atuando como legislador e, inclusive, aplicá-los retroativamente, pois deve buscar a resposta no ordenamento jurídico. Nesse importante debate, em pós-escrito, Hart responde às críticas feitas por Dworkin em várias publicações,⁶³ ressaltando que em qualquer sistema jurídico sempre haverá casos não regulamentados, sobre os quais o direito não poderá fundamentar a decisão, mostrando-se parcialmente indeterminado.⁶⁴

A perspectiva de Dworkin discorda da ideia de o direito ser parcialmente indeterminado ou incompleto, de maneira que a interpretação leva em conta não apenas o direito estabelecido explícito, mas também princípios jurídicos implícitos, que oferecem a justificativa moral. Para o jusfilósofo estadunidense, o juiz nunca sai do âmbito do direito para poder criar direitos a fim de decidir casos difíceis (*hard cases*), o que faz é utilizar princípios implícitos, de dimensões morais, para solucionar a questão. Para explicar o raciocínio jurídico nos casos difíceis e a racionalidade das decisões judiciais utilizando os princípios originalmente morais, Dworkin chamou de

⁶¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 307-356.

⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b, p. 35-36.

⁶³ Entre as publicações estão: “Levando os direitos a sério” (1977), “Uma questão de princípio” (1985) e “O império do direito” (1986).

⁶⁴ Para essas situações, salienta Hart: “Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. (Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351).

juiz Hércules aquele jurista com sabedoria sobre-humana, capaz de identificar nos conflitos postos para sua decisão a única resposta correta ou o melhor julgamento.⁶⁵

Na discussão entre Hart e Dworkin, observa-se que a questão central da divergência reside na adjudicação dos casos difíceis. Para Dworkin, independentemente da existência de casos fáceis ou difíceis, deve-se considerar o direito como integridade, de modo que o juiz, como Hércules, deve analisar regras e princípios e decidir à luz de convicções morais e políticas subjacentes às normas com base na construção da única resposta correta. Já para Hart, a controvérsia quanto à incidência da norma jurídica no caso concreto, que permite mais de uma interpretação, exige do juiz a escolha discricionária entre as alternativas e, portanto, a criação de direito novo.⁶⁶

A riqueza da discussão que gira em torno do comportamento decisório do julgador e do grau de liberdade dado a esse intérprete não se circunscreve ao direito, espalhando-se por outras áreas do conhecimento, como a economia *mainstream*,⁶⁷ a ciência política, a psicologia e a neurociência.

Enquanto no direito predomina a ideia de que o juiz é aquele ator processual que julga imparcialmente, está acima do bem e do mal e decide como o juiz Hércules, na abordagem econômica *mainstream* se considera que o juiz é um agente econômico racional e que tende a se comportar como qualquer trabalhador no mercado, avaliando (mesmo intuitivamente) a diminuição dos custos e o aumento dos benefícios de sua atividade.

Ao propor uma teoria econômica positiva do comportamento dos juízes de apelação federais, Posner adota o modelo de utilidade judicial em função dos elementos renda, lazer e voto, argumentando que os juízes são pessoas comuns e racionais, cujos comportamentos são análogos aos dos gerentes de empresas sem fins lucrativos, dos eleitores nas eleições políticas e dos espectadores nos teatros.⁶⁸ Em

⁶⁵ No destaque de Dworkin: “[...] quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar. [...] Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja. [...] A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b, p. 196-197).

⁶⁶ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 299-301.

⁶⁷ A economia *mainstream* é uma expressão utilizada para se referir a um conjunto de escolas de pensamento econômico tradicionalmente mais aceitas (liberalismo de Adam Smith, keynesianismo, economia neoclássica, entre outras).

⁶⁸ POSNER, Richard A. What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, 3: 1, 1994.

todos esses casos, a utilidade está na escolha dos indivíduos, que leva em conta experiências pessoais, reputação, prestígio ou popularidade. Portanto, para compreender o comportamento judicial o ponto central é analisar os incentivos enfrentados pelos juízes no exercício de sua atividade.

Posner, adepto dessa visão realista, categorizou nove teorias do comportamento judicial: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista.⁶⁹ Em síntese, a teoria atitudinal considera que as decisões dos juízes são reflexos de suas preferências políticas, influenciadas por ideologias ou nomeações político-partidárias. A teoria estratégica do comportamento judicial revela que as decisões dos juízes refletem suas preocupações com as reações externas, como opinião de seus colegas ou de tribunal superior, opinião pública, grupos de interesse, mídia, entre outros. A sociológica tem seu foco na dinâmica de pequenos grupos de juízes, em deliberações coletivas, como composições colegiadas de tribunais. A teoria psicológica explica que as decisões judiciais sofrem influência dos preconceitos e da incerteza característica do sistema jurídico dos EUA.

A teoria econômica do comportamento explicita que os juízes são indivíduos racionais, maximizadores de utilidade (renda, lazer, poder, prestígio, reputação, prazer) e que respondem a incentivos e constrangimentos, fatores que se refletem em suas decisões judiciais. A organizacional toma por fundamento o problema de agência (principal-agente), no qual os juízes são considerados os agentes do Estado (principal).⁷⁰ A teoria pragmática explica que os juízes são pragmáticos e avaliam as consequências de suas decisões. A teoria fenomenológica do comportamento judicial está relacionada à autoconsciência dos juízes ao julgar. E a teoria legalista revela a decisão judicial como uma interpretação lógico-formal da lei, ou seja, como o produto de um silogismo, no qual a premissa maior é a regra de direito, a premissa menor são os fatos e a conclusão é a decisão.

No campo da abordagem econômica, a propósito, Dworkin não poupou críticas,⁷¹ alegando que o pragmatismo se apresenta como uma teoria da decisão judicial cujos postulados sustentam que ao decidir os casos os juízes devem recorrer a uma atitude consequencialista, voltada para o futuro. O autor reconhece que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, porém,

⁶⁹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 19-55.

⁷⁰ Partindo do pressuposto de que os juízes são os agentes do Estado e os políticos são os agentes do povo, é possível vislumbrar a dupla relação de agência, na medida em que “o povo (principal) elege seus representantes (agentes) para elaborar as leis e o orçamento (alocação de recursos públicos), e os políticos (principal) estabelecem os critérios de seleção dos juízes (agentes) para fazerem valer as leis que criaram” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 61).

⁷¹ DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, p. 191-226; POSNER, Richard. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, p. 243-252; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2014.

argumenta que “eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas”.⁷²

Nos Estados Unidos, há um campo de estudo na ciência política que também procura compreender especificamente o comportamento dos juizes na tomada de decisão, conhecido como *Judicial Behavior*, e que tem desenvolvido abordagens bastante utilizadas em pesquisas empíricas sobre o comportamento judicial. Essas abordagens envolvem desde o estudo da atuação política do Judiciário a partir das ações dos juizes, seus valores, suas preferências particulares (dimensão individual de análise), passando pelo estudo de sua função na sociedade (dimensão estrutural de análise), até o estudo do Judiciário a partir de suas regras e formas de funcionamento (dimensão institucional de análise).

As abordagens individualistas são identificadas como behavioristas, tendo como unidade de análise o indivíduo ou grupo de indivíduos, cujos comportamentos explicam o jogo político. No entanto, essas abordagens também são realizadas nos estudos políticos sobre o Poder Judiciário, destacando-se a atitudinal, a estratégica e a do institucionalismo histórico.⁷³ Em pesquisa realizada sobre o tema, Sakalauska faz ampla revisão desses modelos. No que respeita à abordagem atitudinal, a premissa central desse modelo teórico é de que as atitudes ou motivações políticas dos juizes da Suprema Corte norte-americana impactam suas escolhas e decisões, sendo a melhor explicação para os seus comportamentos na tomada de decisão. As motivações políticas ou ideológicas, por esse modelo, permitem distinguir o juiz liberal, o moderado e o conservador. Logo, os objetivos políticos seriam determinantes no resultado dos votos, não levando em conta os constrangimentos legais ou as variáveis estratégicas que motivam o processo decisório judicial.⁷⁴

A abordagem estratégica toma por base os pressupostos da escolha racional, o que inclui racionalidade, individualismo e comportamento orientado pela maximização da utilidade. Esse modelo teórico analisa a tomada de decisão judicial segundo a lógica da escolha estratégica, ou seja, no sentido de que o comportamento dos juizes não é resultado apenas de preferências políticas e ideológicas,

⁷² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a, p. 32-33 e 148.

⁷³ INATOMI, Celly Cook. Abordagens teóricas na pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário: diálogos, pontes, híbridos. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, p. 38-41.

⁷⁴ SAKALAUSSKA, Karen. Abordagens teóricas para o estudo das decisões da Suprema Corte. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, p. 9-10.

mas de cálculos sobre as consequências de suas decisões, incluindo a análise das preferências e escolhas de seus pares, de outros atores políticos e do público em geral. Isso requer, no entanto, o mínimo de informações sobre o contexto social, político e institucional (conjunto de regras) em que operam. Portanto, uma gama de motivações, como preferências políticas, pessoais e constrangimentos institucionais (legais), seria determinante na tomada de decisão judicial, segundo a abordagem estratégica. Um dos objetivos buscados pelos juízes estratégicos é maximizar a inserção de suas preferências políticas no direito, ao longo do tempo.⁷⁵

No tocante à abordagem do institucionalismo histórico, esse modelo tenta explicar a tomada de decisão judicial como um processo em que as atitudes e preferências dos juízes são também orientadas pelo compromisso com o direito, e não apenas motivadas pelo cálculo de riscos e maximização de objetivos (estratégica) ou preferências ideológicas (atitudinal).⁷⁶

O desafio de compreender o comportamento do julgador na tomada de decisão não se limita aos campos de estudos desenvolvidos no âmbito do direito, da economia e da ciência política, espalhando-se também para as áreas da psicologia e da neurociência, as quais questionam fortemente a premissa da racionalidade humana desenvolvida sobretudo pela abordagem econômica.⁷⁷ Uma das correntes de pensamento, surgidas na década de 1970 e que tem ganhado relevância nos últimos anos ao criticar a ideia de racionalidade dos agentes econômicos é a economia comportamental (*behavioral economics*).

Enquanto a economia *mainstream* parte do individualismo metodológico e da noção de racionalidade dos indivíduos na tomada de decisão, cujas bases se encontram no utilitarismo, a economia comportamental considera que os indivíduos não possuem todas as informações necessárias durante a tomada de decisão, de maneira que outros fatores podem influir na decisão, como neurológicos, psicológicos, sociais, fisiológicos etc.

Já no campo das neurociências, há esforços de economistas que contribuem com a modelagem do funcionamento da tomada de decisão, de psicólogos que colaboram com métodos experimentais que testam a tomada de decisão, assim

⁷⁵ SAKALAUŠKA, Karen. Abordagens teóricas para o estudo das decisões da Suprema Corte. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, p. 10-15.

⁷⁶ SAKALAUŠKA, Karen. Abordagens teóricas para o estudo das decisões da Suprema Corte. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, p. 15-16.

⁷⁷ A premissa de racionalidade humana foi inicialmente questionada por Simon na década de 1950, ao defender a existência de uma racionalidade limitada (SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*. V. 69, n. 1, 1955). Isso porque, até os anos 1970, inexistiam instrumentos capazes de prever o comportamento humano tendo em vista os desvios e as limitações da racionalidade, o que somente veio a ocorrer com o desenvolvimento da psicologia.

como de neurocientistas que cooperam com técnicas para medir o funcionamento do cérebro humano durante a tomada de decisão. Esse campo de estudo mostra que, ainda que se admita uma racionalidade no comportamento para fins de modelagem, há necessidade de considerar os desvios sistemáticos em relação a essa racionalidade, ao que se tem denominado de vieses cognitivos. Tal enfoque ganhou popularidade nos anos 2000, especialmente a partir das pesquisas empíricas dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky e do economista Richard Thaler, ao sustentarem que as pessoas decidem em grande medida a partir de intuições, atalhos cognitivos e experiências.

Assim, com o desenvolvimento da economia comportamental (*behavioral economics*), agregando heurísticas (atalhos simplificadores para a decisão) e vieses (erros de avaliação), surgiram novas bases de ampliação do pensamento econômico revelando as limitações da racionalidade humana, o que para Wolkart permite a “*atualização dos modelos econômicos clássicos com a introdução dos diversos vieses comportamentais decorrentes das limitações da razão (bounded rationality)*”.⁷⁸

A complexidade das abordagens não pode ser desconsiderada, se assumido que nas tomadas de decisões em processos judiciais outras variáveis aparentemente irrelevantes, como a fome, o cansaço ou o mau humor, podem também influenciar o desfecho de uma decisão. Vale dizer, não existe comprovação empírica de que uma tomada de decisão racional seja melhor do que uma decisão emocional, uma vez que os estudos apontam que esses processos estão intrinsecamente ligados. Nesse cenário, “é importante compreender o chamado ‘contexto da descoberta’, uma vez que muitas decisões emanadas do Judiciário podem padecer de vieses e assim afetar o resultado de processos judiciais – independentemente da narrativa utilizada para sua racionalização”, como pondera Horta.⁷⁹

Verifica-se, assim, que a análise do comportamento judicial, seja no âmbito da ciência política, da ciência econômica, da psicologia, da neurociência ou mesmo no do direito, envolve pesquisas bastante complexas, tendo em vista a diversidade e riqueza das abordagens que se entrelaçam em muitos aspectos. Na prática, é difícil identificar as fronteiras entre os modelos comportamentais, dado que a tomada de decisão parece ser algo tão complexo que possivelmente não pode ser explicada por uma única teoria do comportamento judicial, ou seja, assume-se que pode haver a combinação de teorias, as quais ainda podem variar ao longo do tempo. De qualquer sorte, o desafio de compreender o comportamento humano é

⁷⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 297.

⁷⁹ HORTA, Ricardo Lins. Neuroeconomia e tomada de decisão no Direito. In: *Anais do I Congresso Nacional de Análise Econômica do Direito na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2022, p. 108.

fundamental para lidar com o ativismo judicial, a judicialização da política ou até mesmo o populismo judicial.

Considerações finais

O desfazimento do mito da neutralidade do julgador trouxe à tona a discussão acerca da pré-compreensão do intérprete e, conseqüentemente, a necessidade de explorar no campo do direito como os juízes julgam e como se explica a sua tomada de decisão. Na prática, imagina-se que a tomada de decisão vai muito além da mera aplicação das normas aos fatos por subsunção mecanicista, a fim de solucionar os litígios da sociedade, preservar o ordenamento jurídico ou maximizar a ideia abstrata de justiça. Assim, é coerente afirmar que individualmente as pessoas possuem diferentes valores e interesses, inclusive sentidos de justiça, de maneira que agem e reagem buscando fazer valer seus direitos, interesses e suas preferências, mesmo quando ocupam cargos ou funções com poder decisório.

Independentemente do ponto de vista teórico adotado, pode-se inferir que os julgadores agem em resposta a incentivos e constrangimentos externos, sendo, portanto, também agentes interessados, tomando decisões em função de interesses variados. Isso não significa, necessariamente, afastar que, em alguns momentos, os juízes e outros agentes públicos possam tomar decisões apenas com base na Constituição, em normas legais ou precedentes e agir nesse sentido. Também não significa ignorar a importância que o Judiciário teve em diversas frentes na luta pela efetividade dos direitos sociais plasmados na CRFB/88, na ampliação do exercício da cidadania e na concretização de políticas públicas.

Reconhece-se que compreender os mecanismos envolvidos nas tomadas de decisões dos julgadores ainda constitui um grande desafio para controlar o ativismo judicial, o populismo e a judicialização da política. Contudo, sabendo-se que os resultados dos processos decisórios são fortemente influenciados pelas experiências pessoais, pelos incentivos existentes no ambiente em que toma decisões, assim como por vieses e heurísticas, um caminho possível para melhorar a qualidade das decisões, a obediência aos precedentes, a efetividade das normas constitucionais e a realização de justiça social parece ser investir nas pessoas chamadas a decidir judicialmente.

Tal investimento pode ser feito, inclusive, por meio da modificação de arcabouços normativos (regulatórios), fornecendo aos julgadores incentivos para que se comportem e tomem decisões que gerem resultados mais efetivos e eficientes, de forma compromissada com as diretrizes constitucionais e a maximização de interesses sociais.

Enfatiza-se que a tentativa de reduzir a expressiva litigiosidade não pode desprezar a importância de se investigar e compreender como realmente agem os juízes, e não apenas reforçar o senso comum de que pelo cargo que ocupam sempre agirão no interesse público. Apesar do esforço dos pesquisadores nos variados campos de estudo da ciência, aliado à dificuldade de mensurar empiricamente os fatores internos e externos envolvidos na tomada de decisão, esse conhecimento auxilia, em grande medida, a diferenciar a ocorrência de mera judicialização da judicialização da política, do ativismo e do populismo judicial, ou ainda a identificar a utilização da ponderação de valores considerada discricionariamente pelo julgador, de forma estratégica ou retórica, para acobertar razões pessoais.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. Judicialização da política vigora no Brasil desde o Império. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, n. 494, ano XV, 03 out. 2016.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev., 2010a.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./maio, 2010b.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set./out., 2005.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing, 1962.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

- DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELSTER, Jon. Forças e mecanismos no processo de elaboração da Constituição. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.
- ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009b.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: VALLINDER, Tobjörn *et al.* *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neonstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Foco, 2020.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. (Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- INATOMI, Celly Cook. Abordagens teóricas na pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário: diálogos, pontes, híbridos. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na Suprema Corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. – CEBRAP [on-line]*, n. 96, p. 69-76, 2013.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução: Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 192-193, jan./jun., 2015.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, 3:1, 1994.

POSNER, Richard. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSALEN, Volnei. *Judiciário e política: fatos e versões da crise do Judiciário do Brasil a partir de sua estrutura e dos litígios*. Curitiba: Juruá, 2018.

SAKALAUSKA, Karen. Abordagens teóricas para o estudo das decisões da Suprema Corte. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na Suprema Corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 117, jul./dez., 2018.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial [1928], 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, n. 494, ano XV, 03 out. 2016.

VALLINDER, Torbjörn *et al.* *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Tradução: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 101-131, jul./set. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i93.1708.
