

O ativismo judicial e o lawfare: diferenças conceituais

Gisele Ricobom

Professora Associada do Instituto de Relações Internacionais e Defesa (IRID/UFRJ). Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração de Relações Internacionais. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que proibiu a contratação de parentes em cargos de confiança nos três poderes, conforme a súmula 13 do nepotismo, tem sido citada com um exemplo histórico de ativismo judicial. Na decisão por unanimidade, entenderam os ministros que a inexistência de vedação expressa por lei não impediria a observância dos princípios da moralidade e impessoalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Estaria, nesse caso, o STF extrapolando sua competência constitucional para se transformar em verdadeiro legislador? Outra decisão polêmica e referencial foi a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, em sede de Ação Declaratória de Preceito Fundamental – ADPF nº 54. Como a legislação penal não excetua a regra da anencefalia para o crime do aborto, decidiu o STF reconhecer o direito de escolha da mulher, sem necessidade de autorização judicial para a interrupção da gravidez. O então ministro e presidente da Corte Cesar Peluso em voto contrário, dizia ser decisão que extrapolava a previsão legal. Teria razão o ministro presidente em

reconhecer o ativismo legiferante do Supremo? Ou assistiria razão ao ministro Lewandowski que afirmara em seu voto que o STF não pode interpretar a lei com a intenção de inserir conteúdos, sob pena de usurpar o poder legislativo?

O casamento homoafetivo, tido como um avanço inequívoco na garantia da diversidade e dos direitos LGBTIQ, também foi objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277. Embora o Legislativo não tenha regulamentado, não obstante a existência de projetos de lei nesse sentido, entendeu o STF que o não reconhecimento do matrimônio viola o princípio da igualdade previsto na Constituição. O então Ministro Joaquin Barbosa, em seu voto, disse que o direito não acompanhou as mudanças sociais. Estaria o STF atualizando o direito frente a omissão do legislativo? Os três casos citados expressam o ativismo judicial característico do constitucionalismo democrático, pois compete ao Judiciário o exercício do poder contramajoritário, uma vez que as denominadas “minorias” também esperam ver reconhecidas a necessária proteção diferenciada do direito

Estatal. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade é importante mecanismo de contenção da opressão da maioria para a tutela dos direitos fundamentais previsto na Carta Constitucional.

Não é difícil imaginar que um legislativo de perfil mais conservador quando não se omite no reconhecimento de direitos dos movimentos sociais, passe a legislar contra o direito das mulheres, dos negros, dos índios, da população LGBTIQ, contra o estado laico, retirando garantias dos trabalhadores e de grupos vulneráveis ou ainda criminalizando as lutas por reivindicação de direitos, o que aliás tem ocorrido nos últimos anos no Brasil. Nesse caso, espera-se que o controle de constitucionalidade pautado na tutela dos direitos fundamentais possa respaldar a manutenção do pacto democrático, cujo sentido de existência é a proteção dos direitos humanos, origem e razão de ser dos Estados modernos.

Mas façamos o exercício contrário. E se a própria Corte Constitucional interpreta o direito em violação às normas de direitos fundamentais? Seguiríamos, nesse caso, falando favoravelmente ao ativismo judicial ou passaríamos a condená-lo, referindo-se ao termo pejorativamente?

Quando o STF vota contra a presunção de inocência e reforça a cultura punitivista seletiva para colapsar um sistema prisional já

totalmente falido, estaria criando novo direito ou passando a interferir na política partidária de forma a buscar resultados eleitorais favoráveis ao espectro político da maioria dos ministros, dado que a presunção da inocência em questão se referia a um presidente com alta popularidade eleitoral?

O problema é complexo e não se resume na defesa da tripartição e independência dos poderes ou à defesa intransigente da soberania como característica do poder representativo, em sentido clássico. Há variados aspectos que resultam da tensão entre direito e política e da forma como as democracias evoluíram, com consequências peculiares nos países latino-americanos.

O termo ativismo judicial certamente ganhou contornos negativos especialmente em razão das decisões penais que refletiram diretamente em agentes do Executivo e Legislativo ou resultaram na formação de opinião pública desfavorável a determinados partidos ou políticos, mas é certo que não podemos abdicar da tutela contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais para ficar a mercê da vontade da maioria. Em outros termos, não podemos declinar de democracia constitucional ainda que apresente limites e fragilidades abundantes.

É necessário, portanto, compreender até que ponto a ingerência do judiciário excede a função contramajoritária de forma a

violam os pilares do estado democrático de direito.

É o que pretendo abordar. Para tanto farei uma contextualização necessária do ativismo judicial, para depois analisar como a guerra jurídica levou ao ressurgimento do estado autoritário no Brasil contemporâneo.

1. Judiciário como guardião das promessas não cumpridas

O protagonismo do poder judiciário no Brasil é um fenômeno em crescente expansão desde o processo de redemocratização que inaugurou a Constituição de 88. A maior interferência do judiciário nos processos democráticos não é fenômeno exclusivamente brasileiro, pois é característica inerente ao constitucionalismo democrático que se consolidou no pós-guerra nos países ocidentais, mas que só alcançaria os países latino-americanos após o fim dos regimes ditatoriais, dado que é um fenômeno próprio dos estados democráticos cujo pacto pressupõe o respeito à competência de cada um dos três poderes.

As transformações pelas quais passaram os tribunais no ocidente também apresentam diferenças conforme a cultura jurídica dominante. No sistema de tradição jurídica do *common law* há maior autonomia do poder judicial, o que permitiu o melhor funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Já no *civil law*, a tradição dos juízes foi menos incisiva e subordinada aos órgãos políticos e

representativos, primando pela ideia de separação de poderes, num primeiro momento. No século XIX, houve a consolidação da tripartição de poderes, com atuação dos juízes como “boca da lei”, preservando a neutralidade e assegurando a preponderância do legislativo e executivo nas recentes democracias liberais. O judiciário teve papel subalterno frente aos demais poderes, com funções reativas e limitadas ao princípio da legalidade.

No século XX ocorre uma alteração significativa da prestação jurisdicional que advém da própria transformação do Estado de Bem-Estar Social ao longo de todo o século na Europa. Souza Santos; Marques; Pedroso (2021) identificam um conjunto de mudanças que contemplam, num primeiro momento, a predominância do executivo que governamentaliza a produção do direito, criando verdadeira explosão legislativa e por consequência a sobrejuridificação da realidade social, colocando fim a unidade e coerência do sistema jurídico.

Explicam os autores que a ampliação do rol dos direitos humanos para os direitos sociais, econômicos e culturais próprios do Estado Providência fez com que judiciário em alguns países assumisse sua cota de responsabilidade na consecução da justiça social, o que representou o ponto de inflexão no ativismo judicial, deflagrando a tensão entre política e justiça já que temas sociais não resolvidos pelos demais poderes

passaram a ser objetos de demanda judicial.

O tema dos direitos humanos é, portanto, fundamental para se compreender as transformações do sistema de justiça. As democracias do pós-guerra alinhadas aos princípios de liberdades ocidentais enfrentaram reivindicações por ampliação das funções do Estado, pressionadas pelos movimentos sociais que reivindicavam estruturalmente duas mudanças pela via reformista: reconhecimento de direitos sociais que decorreram sobretudo da luta sindical; e ampliação do *status* de cidadania para os grupos majoritários que tinham ficado fora do âmbito de proteção dos direitos individuais dos séculos anteriores, representados especialmente pelo movimento de mulheres e o movimento negro, nesse momento. As lutas de emancipação social significavam lutas por reconhecimento de direitos, tanto no plano interno quanto no internacional.

No plano interno, os Estados liberais reformados e ampliados elevaram para o nível constitucional o conjunto de programas necessários para a consecução do estado de Bem-Estar. O conceito de constitucionalismo dirigente, do constitucionalista português Canotilho (2017), discutia na década de oitenta a força vinculante das normas constitucionais que dispunham sobre as obrigações que o poder legislador deveria cumprir especialmente em relação às políticas públicas, para atender aos fins sociais do Estado. A tutela judicial das normas

programáticas foi um dos temas importantes desse período.

A necessidade de defender a força normativa dos direitos sociais é sintomática da crise do Estado de Providência no contexto europeu a partir da década de oitenta. Variados juristas defendiam a necessidade de efetivação dos direitos sociais, os conceitos de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos passaram a ser bandeira de luta, em razão sobretudo da pouca eficácia das normas de direitos sociais.

No plano internacional, uma das razões da expansão do poder judicial, como denominam Tate e Vallineder (1995), foi movimento pela proteção dos direitos humanos que resultou em tratados importantes na década de sessenta que foram capilarizando órgãos dentro das Nações Unidas com competência para fiscalizar e receber denúncias em procedimentos quase judiciais. Foram sendo constituídos os sistemas regionais de direitos humanos, o que possibilitou também a judicialização da esfera internacional.

Em grande parte, a judicialização também decorre da própria concepção predominante dos direitos humanos no século XX que reduziram o seu significado meramente aos seus aspectos formais, invisibilizando as lutas e as relações de poder que obstaculizam ou impedem um mundo mais justo. O problema dos direitos humanos era, para Norberto Bobbio (2004), o de implementá-los e não mais protegê-los, dada a

amplitude da proteção normativa e sua universalidade.

Nesse sentido, os direitos humanos foram reduzidos aos processos, a própria concepção se formalizou resignificando sua natureza jusnaturalista em termos essencialmente jurídicos, entendendo direitos humanos como “direitos a ter direitos”, nas palavras de Hannah Arendt. É evidente que com tantos direitos a frustração não demoraria a aparecer.

A crise do Estado de bem-estar social na Europa altera profundamente a correlação de forças entre os poderes de Estado, ampliando fortemente o protagonismo do judiciário. A desigualdade social, a pobreza, a descrença no sistema representativo pelas promessas não cumpridas transforma o judiciário, segundo Antoine Garapon (1999) no “guardião das promessas”, resultado do enfraquecimento do estado, sob pressão do mercado e do desmoronamento do homem e da sociedade democrática. Segundo o autor, a “justiça é o último refúgio de um ideal democrático desencantado”.

2. Brasil: quando o ativismo se transforma em lawfare

Na América Latina, o ativismo judicial seguiu caminho um pouco diverso dado o atraso da chegada do período democrático. Os regimes ditatoriais impediram não apenas a independência, como a expansão do poder judiciário, já que o poder

executivo o mantinha sob controle e tutela. A tradição judicial brasileira é, por essa razão, autoritária já que respaldou a existência de um Estado de Exceção com aparências de Estado de direito.

A redemocratização reproduziu tardiamente alguns problemas semelhantes ao que se passou com a crise do Estado de Bem-Estar social na Europa. Embora tenha sido inaugurado formalmente um constitucionalismo democrático com características dirigentes, as primeiras décadas da retomada democrática traduziram-se numa democracia delegativa (O'DONNELL, 2011) com a avanço neoliberal que avassalou a economia, como resultado da globalização.

Altos índices de pobreza, de analfabetismo, desemprego e estagnação econômica como resultado de uma política de subserviência ao capital estrangeiro e às medidas de austeridade implacáveis com o Estado de Bem-Estar Social. Ao mesmo tempo, fortaleceram-se as lutas por reivindicações de direitos e os movimentos sociais. O acesso à justiça passou a ser tema recorrente na década de noventa como fundamento de respeito aos direitos humanos, face a ausência das políticas estatais e à crise de representatividade.

O Poder Judiciário cresce em tamanho institucional e importância. A reforma do judiciário implementada pela Emenda Constitucional 45 de 2004 é a principal transformação desde a abertura e fortaleceu o Supremo Tribunal Federal, especialmente em

razão da súmula vinculante e da repercussão geral. A corte constitucional ganhou também mais peso político para, nas palavras de Gilmar Mendes, garantir a “segurança jurídica do investimento estrangeiro no país” (MENDES, 2021), revelando a pouca preocupação com os interesses dos brasileiros. É igualmente a partir de 2004 que se fortalece o poder contramajoritário para a proteção de direitos fundamentais, como nos casos citados na introdução.

No entanto, as demandas do controle concentrado de constitucionalidade que são referenciais para o histórico recente do ativismo no Brasil demandam por proteção de direitos individuais e políticos (aborto, LGBTIQ, nepotismo, células tronco) e não de direitos sociais. Isso porque os dez anos posteriores a Emenda Constitucional 45 foram de forte ampliação e efetividade do estado providência pela implementação de uma política de governo, do período Lula e Dilma, que impactaram decisivamente na implementação dos direitos sociais, com melhoria de todos os índices de desenvolvimento.

A forte atuação estatal nesse período, o desenvolvimento econômico e a ampliação dos direitos sociais do período do Partido dos Trabalhadores promoveram a expansão da administração pública e do orçamento. Souza Santos; Marques; Pedroso (2021) alertavam para o mesmo fenômeno na Europa da década de 80, como visto. Segundo os

autores “A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento de dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social. (...) A visibilidade (do Poder Judiciário), sem deixar de existir no domínio civil, deslocase de algum modo para o domínio penal.”

Foi nesse contexto que se deflagrou a Operação Mãos Limpas na Itália na década de noventa e que inspirou as ações anticorrupção no Brasil atual. É nesse ponto de inflexão que devemos compreender a explosão do protagonismo judicial no Brasil, que tem servido de modelo para a região sul-americana, especialmente na Argentina e Equador com processos mais avançados.

É preciso diferenciar, contudo, ativismo judicial de judicialização da política. A pergunta inicial tinha por objetivo chegar a essa distinção.

Quando a Corte protege direitos fundamentais está praticando a judicialização da política, que decorre da tensão entre direito e política que é inerente ao sistema de tripartição de poderes, do poder contramajoritário.

No entanto, quando a corte constitucional interpreta o direito em violação às normas de direitos fundamentais estará praticando o ativismo quando em sua margem da discricionariedade hermenêutica decidir com argumentos de política, de moral ou outros que não correspondam a competência do

Judiciário.

Lenio Streck (2017) é a referência decisiva nesse aspecto. Para ele “..um juiz ou um tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes de Estado (pensemos aqui no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).”

Nesse sentido, o ativismo judicial no Brasil se traduz no uso do direito penal para interferir no jogo democrático, a partir das preferências ideológicas dos magistrados. Assim como na Operação Mãos Limpas, o combate a corrupção no Brasil utilizou dos mesmos mecanismos (delações premiadas, prisões preventivas e força midiática). Nos dois casos, o protagonismo judicial trouxe resultados desastrosos para os sistemas democráticos desses países.

Na Itália com a eleição de um dos governos mais corruptos da história, de Berlusconi e no Brasil com a tragédia Bolsonaro.

A guerra jurídica, que se denomina de *lawfare*, deve ser compreendida a partir do ativismo judicial. O uso do direito, como instrumento da guerra para aniquilar determinado grupo político, encontra no Judiciário o seu principal combatente.

Portanto, uma das estratégias do *lawfare* é o uso do poder judiciário para perseguição política-partidária de agentes políticos que inviabilizam as estratégias de poder da elite. O Brasil constituiu um dos casos mais emblemáticos de utilização do *lawfare* contra o Partido dos Trabalhadores, tendo como objetivo principal, retirar o ex-Presidente Lula do cenário político nacional. Fenômeno que se difundiu e replicou na América Latina, sempre contra líderes políticos progressistas e que haviam estabelecidos reformas estruturais que resultaram na minimização da desigualdade social, a exemplo do que ocorreu no Equador, Bolívia e Argentina nos mesmos moldes do praticado do Brasil.

O direito, sabemos, omite interesses racistas, classistas e patriarcais. Falar de juiz independente não é falar de juiz técnico, desideologizado, mas sim de um magistrado que é capaz de entender que a lógica democrática não é a lógica do regime, da elite e do capital, e sim da defesa dos mais vulneráveis. Esse é o ativismo contramajoritário que defendemos.

A guerra jurídica no Brasil rompeu com a lógica democrática justamente pela defesa do conversadorismo, das elites e do capital estrangeiro. O juiz “herói” é apenas o instrumento de uma engrenagem de poder que retirou do justo jogo democrático o candidato do povo, para depois somar-se como recompensa ao governo que ajudou a eleger. O uso do direito foi

instrumento da elite para, sobretudo, retirar as garantias sociais construídas nos últimos anos. Nessa guerra, a morte não é do inimigo, mas da própria democracia.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Campus, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. [Direito constitucional e teoria da constituição](#). Coimbra, Almedina, 2017.

DUNLAP, Charles L. Lawfare today: a perspective. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_scholarship>

GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: FLORES, Joaquín Herrera. (Ed.) *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p.80.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 131-167.

MENDES, Gilmar. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no país. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discParisport.pdf>> Acesso 12 dez. 2021.

MOREIRA, Luiz. A judicialização da política no Brasil: negação à urnas? In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 05-10.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia Delegativa*. Prometeo, 2011.

SOUZA SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso 12 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Joaçaba*, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>> Acesso 12 dez. 2021.

TATE, Neal.; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York/London: New York University Press, 1995, p.28.

Resumo

O artigo apresenta diferenças conceituais entre judicialização da política e ativismo judicial com a finalidade de compreender e contextualizar o fenômeno do lawfare praticado no Brasil contemporâneo. Para tanto, questiona as funções do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais e no exercício do poder contramajoritário para diferenciá-las da prática do lawfare.

Palavras-chave: lawfare, judicialização da política; ativismo judicial; Brasil

Abstract

The article presents conceptual differences between judicialization of politics and judicial activism in order to understand and contextualize the phenomenon of lawfare practiced in contemporary Brazil. Therefore, it questions the functions of the Judiciary Power in guaranteeing fundamental rights and in the exercise of counter-majority power to differentiate them from the practice of lawfare.

Keywords: lawfare; judicialization of politics; judicial activism; Brazil