



MILENE YOKIE DE FRANÇA MAKIYAMA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: EFEITOS, EXCESSOS
E LIMITES DA INTERFERÊNCIA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO**

CURITIBA
2020

MILENE YOKIE DE FRANÇA MAKIYAMA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: EFEITOS, EXCESSOS
E LIMITES DA INTERFERÊNCIA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO**

Artigo Científico apresentado ao Programa de Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

CURITIBA
2020

TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

À Coordenadoria de TCC

Acadêmico: Milene Yokie de França Makiyama

Título do trabalho: Judicialização da política e ativismo judicial: efeitos, excessos e limites da interferência decisória do poder judiciário.

Autorizo a submissão do artigo supranominado à Comissão/Banca Avaliadora, responsabilizando-me, civil e criminalmente, pela autoria e pela originalidade do trabalho apresentado.

Curitiba, ____ de ____ de 2020.

Assinatura do Acadêmico:

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: EFEITOS, EXCESSOS E LIMITES DA INTERFERÊNCIA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO

Milene Yokie de França Makiyama (graduanda)¹

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (professora)²

RESUMO

Este trabalho discute o ativismo judicial e a judicialização da política, que vem sendo amplamente debatidos nas democracias contemporâneas, bem como a forma como os agentes públicos têm se utilizado dos institutos políticos na medida dos seus interesses, os efeitos que conseqüentemente surgirão com o protagonismo exacerbado e as barreiras que se fazem necessárias às condutas proativas. Inicialmente, este trabalho analisará as causas estudadas que deram surgimento e favoreceram a inserção dos institutos. Como ponto de partida, estudar-se-á a teoria tripartite, que impõe a máxima da separação dos poderes como base fundamental de um Estado Democrático. Pode-se apontar de início, que há uma ampliação inadequada da conduta das Cortes que acabaram conquistando um certo apoio popular, dando uma aparência de legitimidade constitucional, sendo levado a cabo pelos demais órgãos do sistema, no que se convém chamar de jogo político. De fato, o Ministério Público, como instituto que procura a proteção dos anseios coletivos contribuiu para a judicialização dos direitos sociais, tema que também será abordado. Ainda assim, embora muitas medidas tenham sido tomadas pelos magistrados, parece acertada a interferência quando se dá concretude aos direitos das minorias, que é o que se espera em um sistema constitucionalizado pelos direitos fundamentais que protege não só o direito das maiorias. Valendo-se da exploração bibliográfica e da análise sobre as diversas críticas ao ativismo e a judicialização da política, o objetivo, assim, é analisar ambos e contextualizá-los constitucionalmente a partir dos estudos sobre o tema.

Palavras – chave: Judicialização da política. Ativismo Judicial. Constituição.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER.

² Professora Doutora da Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER.

1. INTRODUÇÃO

Longe da premissa Montesquieuana da separação dos poderes³, é fácil observar atualmente no cenário jurídico brasileiro uma perspectiva em que se evidenciam inserções de institutos dentro de outras competências que não as suas propriamente típicas. Eis que não se fala mais em uma absoluta separação de poderes, pensada fundamentalmente no século XVIII, em que se deixava a cargo do Poder Legislativo legislar, do Poder Executivo administrar e, do Poder Judiciário em dirimir conflitos e decidir.

Esta acepção se faz cada vez mais insatisfatória, se não insuficiente nas democracias contemporâneas, tornando, portanto, a ideia de tripartição de poderes uma ficção sob a verdadeira interação entre os poderes.

De início, presume-se o Poder Judiciário, objeto de análise, despolitizado quando é imaginado enquanto Instituto provido de técnica jurídica e não eleito, com o fito de evitar o abuso de poder dos demais institutos e assumir um papel de garantidor de direitos fundamentais.

Ocorre que o judiciário passou a manejar áreas que até então pertenciam exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo, seja pela falta de garantias mínimas, caracterizando a negligência omissiva dos demais Poderes, seja adquirindo postura proativa e decidindo politicamente, mas também nas pior das hipóteses, decidindo de acordo com a conveniência, crivo sobre um protagonismo exacerbado e caminhando para um claro desarranjo com o intuito originário, fato que indaga o questionamento acerca do abuso de poder pelo próprio Judiciário.

Levando em consideração o contexto histórico-social do surgimento do instituto que se convencionou chamar de judicialização da política ou politização da justiça, coloca-se em xeque a discussão acerca da legitimidade de determinados atos deste instituto dentro de um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando esta infusão influencia diretamente sobre direitos fundamentais.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes/Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168-169.

A legitimação da representação, segundo Hobbes⁴, consiste no exercício do poder que o representante, com o aval do representado exerce sobre este. Ocorre que, quanto ao exercício político, o representante não poderia atender aos interesses de todos os seus representados⁵.

Diferentemente dos parlamentares eleitos, os magistrados, via de regra, não possuem a mesma legitimidade derivada do escrutínio popular ou da representação, tampouco respondem perante um eleitorado, conseqüentemente há uma ruptura no modelo tripartite dos Poderes estatais. Da mesma forma, os juízes também não sofrem as restrições que são enfrentadas por agentes públicos no tocante a políticas públicas, assim como não são submetidos a pressões populares, via de regra. Muitas críticas são levantadas, neste panorama e a principal delas, a ausência de legitimidade democrática, eis que atinente a esfera de decisão do Executivo e Legislativo, a quem incumbe à análise e utilização do orçamento público para dar cabo às políticas públicas.

Nesse estudo, passa-se a abordar a matéria na visão do constitucionalismo contemporâneo, advindo das Constituições Democráticas que proporcionaram mecanismos e expedientes para uma interferência decisória ampliada dos juízes. Inicialmente será abordado o viés constitucional que permitiu um novo panorama para o resguardo de valores e garantias fundamentais não somente pelo Judiciário, mas também pelo Ministério Público. Após, serão enfrentadas as possíveis causas do ativismo e da judicialização, bem como as diversas críticas tecidas aos fenômenos. Finalmente, se discorrerá acerca da utilização desta atuação ampliada das Cortes pelos diversos grupos de interesse e órgãos políticos.

2. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

A separação dos poderes é preceito da ciência política e premissa do filósofo francês Montesquieu⁶. Partindo dessa concepção, ele chama atenção ao fato de que em um Estado em que há a concentração de poderes na mesma pessoa, os princípios

⁴ HOBBS, 1979, p. 96 apud LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. Instituições Políticas Democráticas: O Segredo da Legitimidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 37.

⁵ Ibid. p. 41 a 47.

⁶ MONTESQUIEU. op. cit. p. 168-169.

fundamentais de uma Constituição livre serão corrompidos. As razões Montesquieuanas concluem que o poder de julgar associado ao de legislar, resultam em um controle arbitrário a que os subordinados estariam sujeitos e ainda, se associado ao poder de executar, o juiz se revelaria na forma de um verdadeiro opressor⁷.

Nas palavras de Alexander Hamilton, “a acumulação de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário - nas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, por hereditariedade, autonegação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania”⁸. Não é raro haver, no entanto, dúvidas acerca das medidas tomadas por agentes públicos no patamar da competência. É certo que para haver um governo independente e distinto, os poderes deverão ser distribuídos de forma que nenhum possa ultrapassar os limites legais.

A Constituição Federal previu um maior protagonismo e poder político ao judiciário ao estabelecer o órgão como ponto de ingresso dos cidadãos, sem anular as figuras representativas, proporcionado através de uma maior atividade judicial e da ampliação de direitos, facilitou a ponte do cidadão para alcançar as instâncias de poder através das demandas individuais e coletivas. Diante do novo panorama reverberado pela maior atuação do Poder Judiciário diante de questões políticas extrai-se a chamada judicialização da política⁹.

Segundo Verbicaro, o Cenário Político-institucional atual predispôs uma maior atuação do Poder Judiciário na participação em questões que envolvem política, o que se convencionou chamar do fenômeno da judicialização da política. Importante posição este assume ao realizar os direitos fundamentais delineados pela

⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. O Federalista. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984. p.394-395.

⁸ Ibid. p.393.

⁹ Corroborar para o tema Loiane Prado Verbicaro, que entende como fatores causadores da judicialização a decretação da Carta Magna de 1988 com texto ampliativo e cláusulas gerais, inclusive a possibilidade da edição de medidas provisórias pelos chefes de Estado, o acesso à justiça, a tripartição dos poderes, o modelo de interpretação basilar proposto pelo positivismo jurídico, a alteração da base econômica do país e a crise econômica no final do século XX, os novos movimentos sociais, uma política visando o crescimento da econômica insatisfatória irrompendo uma crise social, o aumento partidário excessivo e a ineficiência das decisões políticas. VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. In: Revista Direito GV, v. 4, n. 8, jul-dez 2008. p. 390.

Constituição na democracia contemporânea, agindo como verdadeiro porta voz da presença democrática¹⁰.

Para Débora Alves Maciel e Andrei Koerner¹¹ judicializar a política é sobrepujar a separação dos poderes do Estado, possibilitando um maior intervencionismo por parte dos magistrados em espaços políticos, através de uma incisiva atuação na produção e realização de políticas públicas, com o fito de alcançar os valores e garantias assegurados pela Constituição.

Judicializar a política significa abrandar a legitimidade democrática idealizada através do escrutínio popular, ato legitimador para o exercício dos direitos políticos incorporados, tal atuação é admitida pela própria Constituição que designa ao Poder Judiciário a tarefa de garantir e proteger os direitos fundamentais, impondo os limites da atividade institucional e legitimando-o a concretizar esse ideal atuando na esfera política¹².

No Brasil, o tema da judicialização da política tornou-se presente principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, logo na sequência do período ditatorial em que se encontrava o país. Criada a partir de normas que necessitavam uma complementação posterior por serem abertas, a previsão de direitos fundamentais, bem como a expansão da demanda por direitos, levou o Judiciário a ter seu protagonismo aumentado. Em que pese a existência de “conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as normas programáticas”¹³ causem certa contenda quanto a decisão a ser tomada, simultaneamente há uma decisão profícua, haja vista a necessidade de um maior exame substancial do caso e conseqüentemente a realização dos direitos e princípios fundamentais, afirmando ainda mais a independência jurisdicional e a discricionariedade judicial.

O Judiciário pode intervir nas novas questões políticas trazidas pelos direitos fundamentais, na defesa de direitos individuais e de grupos sociais a fim de judicializar tais conflitos para a realização de um Estado Democrático, sua razão de ser. O

¹⁰ Ibid. p. 389.

¹¹ MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117 apud VERBICARO, 2008, p. 391.

¹² Ibid. p. 391.

¹³ ENGISCH, 1996, p. 208-231 apud VERBICARO, 2008, p. 395.

advento de um novo Estado Democrático, introduziu a universalidade do acesso à justiça aos cidadãos para que busquem a tutela jurisdicional contribuindo para o fenômeno da judicialização da política¹⁴.

Contribui para o feito também a ocorrência da separação dos Poderes assegurando autonomia e independência aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, permitindo a este último que balizasse as ações praticadas pelos demais. A realização dos direitos pelos juízes ao decidirem uma questão adentra a atividade desenvolvida pelo Legislativo, havendo uma espécie de relativização da positivação das normas, mais do que a simples subsunção do fato a norma¹⁵. O Controle de Constitucionalidade difuso realizado pelos juízes e o controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal funcionam como meios que impulsionam a judicialização da política à medida que concedem ao Poder Judiciário o poder de realizar o controle das normas no que tange a políticas públicas, tudo isso sob a égide da interpretação realizada através dos princípios constitucionais.

Outrossim, Verbicaro¹⁶ entende que a necessidade das organizações sociais no recebimento de uma tutela jurisdicional justa aliada a demanda judicial em razão da mudança da base econômica da sociedade brasileira que passou a tornar-se industrializada, ante as crises fiscais e os conflitos sociais, contribuíram para uma maior concepção a respeito da significativa presença do Poder Judiciário no amparo a questões políticas de um corpo social abalado na sua estrutura social e econômica.

Ernani Rodrigues de Carvalho¹⁷ ressalta que a promulgação da Constituição em 1988 permitiu que, através do Controle de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal se estabelecesse em um local estratégico para o controle dos Poderes Executivo e Legislativo. No âmbito internacional¹⁸, afirma-se que a evolução acerca dos processos causadores da expansão do judiciário se deu em razão da queda do comunismo europeu, ao fim da União Soviética, da influência

¹⁴ CAPPELLETTI, 2002, apud VERBICARO, 2008, p. 394.

¹⁵ Ibid. p. 397.

¹⁶ Ibid. p. 399.

¹⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem.** In: Revista de Sociologia e Política, n. 23, Nov., 2004. p. 115-116.

¹⁸ VALLINDER., TATE., 1995 apud CARVALHO, 2004 p. 117.

da Ciência Política e no compilado de decisões pelas Cortes Americanas que alavancaram o processo de judicialização. Outro impulso, também seria o fim da II Guerra Mundial, com a disseminação de Cortes a favor dos direitos humanos, como a Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo. Neste sentido, Santos¹⁹ também afirma que os períodos ditatoriais na América Latina fizeram necessária a inserção de um sistema judicial independente, para que não sucumbisse ao colapso econômico e social. Noutra esteira, a lacuna deixada pelos outros poderes impulsionaram o fortalecimento do Poder Judiciário, apoiado pela pressão externa da sociedade em relação as omissões deixadas pelas outras instituições, a concretização dos direitos fundamentais e a sua constitucionalização foram sobretudo a base para o surgimento da judicialização. Eis portanto, que o aumento da litigância possui relação direta com a judicialização da política.

Doutro turno, em governos totalitários não há a possibilidade da existência da judicialização. Tem se como exemplo o período ditatorial pela qual o Brasil passou em 1964, sendo o Supremo Tribunal Federal limitado em várias questões tendo os seus poderes reduzidos. Os grupos de interesse, no entanto, se mostraram notáveis ao utilizar-se da judicialização para a obtenção dos seus objetivos e proteção dos seus interesses.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Maciel e Koerner²⁰ destacam que a judicialização da política expõe as claras as concepções e as escolhas políticas dos magistrados, particularidade resultada do poder revestido dos tribunais. Tal fenômeno abarca não somente os juízes, mas também outros órgãos do Poder Judiciário, como o Ministério Público, e os seus agentes internos ao agir desmoderadamente ao cumprir o seu papel de levar as demandas até a justiça.

Com a mudança do Estado Democrático, a instituição procurou metodicamente aumentar seus poderes, ampliando a significância da definição de interesse público e agindo mais do que somente na proteção dos interesses do

¹⁹ SANTOS, 2001, p. 127 apud CARVALHO, 2004, p. 117.

²⁰ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, nº 57, 2002. p. 114.

Estado, como verdadeiro representante dos anseios coletivos²¹.

Arantes²² esboça o curso normativo que regula a instituição desde 1973, onde a sua legitimidade como órgão responsável pela proteção dos direitos sociais coletivos e difusos passou a ser ostentado com mais ênfase a partir do Código de Processo Civil de 1973, e, posteriormente, nas Leis Orgânicas Federal de 1981 e Estadual de 1982 que harmonizaram a função do órgão para representar interesses sociais conforme os princípios constitucionais que regem as suas funções, caminhando de encontro a independência do órgão e a sua autonomia funcional. Sob a alegação da hipossuficiência dos seus jurisdicionados, insuficientemente incapazes frente a incompetência estatal na realização do seu dever de Estado, necessitando da entidade quanto a proteção dos seus direitos e interesses, expressando a politização da justiça dentro do órgão. No entanto, tal atuação pelos membros do Ministério Público é inerente a sua função e a própria finalidade da instituição designada pela Constituição democrática, alheio a ideia de proferir posições puramente ideológicas pelos agentes da instituição.

Após a Constituição democrática, ficou predominante a concepção dos direitos fundamentais em detrimento de uma cultura positivista no âmbito jurídico de índole privatista. Assim, a judicialização da política seria retratada por juristas intérpretes, através de um meio processual sistemático, com a finalidade de delinear o conteúdo trazido pela Constituição²³.

Neste sentido, o Ministério Público agiria de forma a complementar o Poder Judiciário, utilizando-se de meios extrajudiciais na resolução de conflitos com os órgãos da administração pública²⁴. Tal insurgência do Ministério Público, não deveria ser considerada como causa da judicialização, porque antes de qualquer coisa, tal atuação, principalmente no que tange aos direitos coletivos, é reflexo de uma expansão do sistema judicial e seu impacto natural como órgão institucional.

As demandas jurisdicionais desenvolvidas através do trabalho complementar do *PARQUET* objetivam a defesa da proteção dos interesses dos indivíduos em face

²¹ Ibid. p. 119).

²² ARANTES, 1999, apud MACIEL, KOERNER, 2002, p. 119.

²³ Ibid. p. 124.

²⁴ ARANTES apud MACIEL, KOERNER, 2002, p. 126.

das omissões ou violações a direitos provocadas pelo Estado e a busca pela realização de políticas públicas, encargo do Poder Executivo²⁵.

Apresentado de que forma o Ministério Público atuou na judicialização de políticas públicas após a Constituição de 1988, passa-se agora a definir o significado do ativismo judicial e a tratar das críticas feitas pela doutrina.

4. A (I)LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

Luís Roberto Barroso²⁶ explana que o ativismo judicial decorre de uma atitude proativa do magistrado, partindo de uma escolha da maneira através da qual interpretará a Constituição, ampliando a sua compreensão. Ocorrerá quando o Poder Legislativo se mostrar tímido, distanciando-se dos anseios sociais e não permitindo que estes se concretizem. Nos dizeres do professor:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Na concepção de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo judicial confirma²⁷

(...) o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atundando em espaço tradicionalmente ocupado por aqueles (...).

²⁵ Ibid. p. 126 -129.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf Acesso em 17/06/20. p.6.

²⁷ CAMPOS, 2014, p. 152 apud BARBOZA, Estefânia M Q. "Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas". Risco e futuro da democracia brasileira direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Direito GV, v. 8, n. 15, jan-jun 2012, p. 425.

Mark Tushnet partindo de uma visão norte americana sobre o ativismo judicial, elenca alguns aspectos sobre o tema, segundo os quais²⁸

1) decisões ativistas podem ser aquelas que invalidam a legislação; 2) aquelas que invalidam a legislação sem uma forte justificacão segundo a pessoa que está usando o termo; 3) ou aquelas que impoem responsabilidades ou privilégios inesperados.

O ativismo judicial,  compreendido na visão de Anderson Teixeira como "a deslegitimao da política em relao  sua tarefa essencial de buscar a realizao dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade"²⁹. Neste sentido, a atuao ativista implicaria no fato de que o Poder Judiciário "(...) estaria extrapolando suas atribuices no desenho institucional, sendo tal exagero tolerado simplesmente porque estaria atuando de forma ativista por conta da falha dos outros poderes" em materializar direitos³⁰.

Os direitos fundamentais compoem o eixo rotacional do ordenamento constitucional  medida que se baseiam em valores constitucionais e estabelecem parâmetros de interpretao. Para Gisele Cittadino³¹ seu peso de norma positivada na Constituio  nada menos que a finalidade buscada pelo Estado Democrático de Direito, expressando, portanto, uma "espécie de validao comunitária"  medida que adquirem legitimao perante uma sociedade. Desta forma, constata-se que a interpretao usada através de uma atuao - por todos da sociedade - política e jurídica permitem o estreitamento da relao entre democracia participativa e direitos fundamentais. No entanto, por serem normas que não possuem preceitos específicos, em razão de serem abertas  amplas interpretaes, quanto mais abrangentes e abertas acabarão requerendo uma atuao interpretativa tão mais proporcional. Como consequência, a expectativa  a de que a interpretao resulte em decisões políticas, que poderão ocorrer através da participao da comunidade jurídico e política - de

²⁸ TUSHNET, 2007, p. 415 apud BARBOZA, 2012, p. 425.

²⁹ TEIXEIRA, 2012, p.38 apud ROMANELLI, Sandro Luz Tomás Ballande. Suprema (In)Dependência: Mecanismos da relao entre governos e o Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Ps-Graduao em Direito. Curitiba. 2016. p. 20.

³⁰ Ibid. p. 20.

³¹ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 18-21.

cidadãos à órgãos estatais - nos procedimentos.

Por meio de tais procedimentos, se processa a falta de atuação do Estado quando este é encarregado através de uma norma delegada pelo constituinte, de uma determinação para não fazer algo. A atuação pelo Estado compreende, neste diapasão, a obrigação de sanar a omissão do próprio Estado, seja nas suas esferas Legislativa e Executiva, assegurando a obrigação da prestação. Desta forma, é correto afirmar que a realização dos direitos fundamentais é condicionada pela fiscalização da sociedade em face do poder público e também pelo controle do Poder Judiciário.

Os procedimentos de controle que asseguram os direitos fundamentais consagrados pela Constituição citados por Cittadino³², alguns mais precisamente relacionados à abstenção por parte do Estado, a serem propostos pela comunidade de intérpretes - legitimados – para a concretização dos direitos fundamentais, são reverberados através do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b); ação popular (art. 5º, LXXIII); denúncia de irregularidades ou ilegalidades (art. 74, parágrafo 2º); mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º). O trabalho recente de Romanelli constata também que o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental consagraram à comunidade um amplo acesso ao judiciário resultando na judicialização³³.

De acordo com Cittadino³⁴, segundo o constitucionalismo comunitário, o Poder Judiciário possui primazia no exercício da sua atividade política de acordo com a norma constitucional ao reproduzir de forma ampliada algum dispositivo. Observa-se que o exercício do poder jurisdicional não poderia ficar preso por uma norma positivada e de caráter intangível, demonstrando a convergência entre a acepção política e a interpretação da norma constitucional no exercício jurisdicional, ou seja, um meio de “realização política”³⁵.

³² Ibid. p. 52-53.

³³ ROMANELLI, 2016. p. 26-27.

³⁴ CITTADINO, Op cit, p. 64.

³⁵ Ibid. p. 65.

Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro³⁶, na busca por uma sociedade justa, seria legítima a atuação do magistrado ao atravessar a norma positivada para a realização dos anseios sociais comuns, ou seja, ainda que não houvesse regulamentação expressa para a solução de um caso, o magistrado não deveria deixar de solucioná-lo sob pena de violar preceitos constitucionais. No entanto, assevera Cittadino³⁷, que tal posicionamento não coaduna com o previsto constitucionalmente, eis que o magistrado não poderia legislar sob a norma abstrata, devendo pôr fim às lides com efeito *inter partes* enquanto perdurar a omissão legislativa.

Neste sentido, na análise do parágrafo 1º, do artigo 5º, da CFRB se extrai a preocupação do constituinte na aplicação imediata dos preceitos que salvaguardam as garantias fundamentais, que deverão ser aplicados ante a omissão legislativa. Segundo Vieira³⁸, muito embora haja a necessidade da implementação de políticas públicas ou normas expressas que efetivamente assegurem a efetivação destes direitos, e estas venham a ser realizadas pelo Judiciário por meio de uma implementação manifesta, tal contenda poderia gerar uma situação de limitação a outros direitos, como quando o magistrado faz escolhas públicas ao determinar a realização de um tratamento médico pleiteado por um requerente, questão que adentra a política orçamentária.

5. O CARÁTER DEMOCRÁTICO DO ATIVISMO JUDICIAL

Como bem nos assegura GARAPON³⁹ pode-se dizer que o ativismo judicial revela uma modificação da democracia não se tratando de uma simples cessão de soberania para o magistrado ao agir. Se indaga a razão pela qual um posicionamento judicial não propriamente de atuação política, mas de interferência judicial é estimado. A democracia suplanta expectativas quanto a justiça e sobre a justiça se mantém a busca pela realização da ação política, uma vez que esta é feita nos interesses do Estado⁴⁰. Não é exagero afirmar que a autonomia de um juiz intimida os privilégios,

³⁶ CASTRO, 1987, p. 225 apud CITTADINO, 2004, p. 68.

³⁷ Ibid. p. 69.

³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50.

³⁹ GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2. ed., 2001. p. 39.

⁴⁰ Ibid. p. 48.

as simulações e os conluíus. Neste contexto, fica claro que ao deparar-se com uma figura política, necessário que os juízes os subjuguem sob a norma quando não exercem suas funções na estrita regularidade da lei e este contexto não deve ser visto como um privilégio. Não se quer dizer, dessa forma, que os magistrados passaram a ocupar uma posição de atores políticos, mas que os políticos ao longo do tempo não são mais vistos como impunes e inalcançáveis em relação a justiça⁴¹.

Alguns juízes se utilizam da mídia para erigir uma opinião sempre que contrariados por questões hierárquicas. A atenção da opinião pública engloba um verdadeiro artifício para a concretização de uma causa. Segundo Antonie Garapon, o engajamento envolvendo questões judiciais somado ao populismo constitui uns dos pilares da desaprovação quanto à atividade política e, conseqüentemente a própria figura dos políticos⁴². Nas vezes em que um caso de grande repercussão ou um envolvimento de uma personalidade de grande relevância leva um juiz a notoriedade perante o povo, tem-se a impressão de que a posição que o juiz assume é a única solução possível frente a um Estado corrupto. Em prol de uma busca pelo maior interesse da justiça, surge a principal justificação para o envolvimento das questões judiciais com a mídia, muitas vezes pretendendo evitar um arquivamento processual. Questiona-se, no entanto, se é proporcionalmente correto falando em termos éticos essa elaboração de estratégias adotadas pelos juízes. Acontece que, não há desta forma, um uso páreo de armas, pondo dúvidas quanto a garantia da imparcialidade⁴³.

As instituições são desclassificadas pela fala da mídia através da incorporação no seu bojo a controvérsia e a desconfiança perante seu público - associando a desconfiança à figura da pessoa pública e das instituições democráticas, seja através de uma aproximação tendenciosamente disfarçada para o espetáculo⁴⁴. Fala-se então de um jogo entre justiça e imprensa. O descumprimento de uma regra por um – quanto à violação ao sigilo da instrução - é rebatido pelo outro e vice-versa. A imprensa assume o papel do magistrado emitindo opiniões jurídicas, os magistrados assumem papéis políticos e os políticos, numa tentativa de se livrarem de qualquer acusação, na posição de vítima, tentam escancarar a conspiração. A ética se esvai na

⁴¹ Ibid. p. 35-36.

⁴² Ibid. p. 66.

⁴³ Ibid. p. 67.

⁴⁴ Ibid. p. 84.

mesma proporção em que o direito é ignorado⁴⁵. Face as críticas aos institutos, a seguir serão levantados alguns esclarecimentos sobre a judicialização pela literatura acerca do tema.

6. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Na visão de Ran Hirschl, a judicialização da política é:

(...) o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental⁴⁶.

O Jurista Carlo Guarnieri em sua obra, traz o acesso ao Judiciário como elemento que favorece a judicialização:

En realidad se han modificado las actitudes colectivas e individuales con relación al Derecho: según algunos, como consecuencia de la afirmación en la cultura de masas de concepciones centradas sobre el individuo y sus derechos, es una verdadera “sed de derechos” la que ya se presenta siempre con mayor frecuencia en los tribunales para hacer valer las pretensiones que en otro lugar no obtuvieron respuesta. (...) Para un simples ciudadano es, frecuentemente, más fácil e inmediato obtener una sentencia que una ordenanza ministerial o una ley, tanto más que, a menudo, la primera puede prevalecer sobre las segundas. (...) No se puede olvidar la crisis de confianza en las otras instituciones políticas – como Parlamento y Gobierno – que interesó y todavía interesa, en medida más o menos amplia, a todos los países occidentales. (...) Naturalmente, la verificación de esta posibilidad dependió de muchos factores, pero sobre todo de la presencia de una magistratura independiente, dotada de fuertes poderes y con intenciones de utilizarlos, especialmente si se encuentra en presencia de

⁴⁵ Ibid. p. 68.

⁴⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. p. 140.

una crisis de la clase política⁴⁷.

Vallinder⁴⁸ conceitua a judicialização da política como o aumento da manifestação dos Tribunais em que estes excedem os mecanismos judiciais com o fito de decidir questões atinentes ao múnus do Poder Executivo e Legislativo.

Desta forma, Estefânia Maria de Queiroz Barboza explica que a judicialização da política está intrinsecamente ligada ao ativismo judicial, pois o ativismo é resultado da judicialização, que pode ocorrer quando o Judiciário passa a operar funções que não fazem parte do seu papel e acaba decidindo atribuições que pertencem aos demais poderes.

Acomete em erro quem julga o Estado Democrático de Direito unicamente como o Estado da maioria vencedora, em que pese a democracia representativa seja exercida mediante a quantidade majoritária de votos, esta representa tão somente uma posição vencedora em relação a uma parte vencida e minoritária, o que não significa uma igualdade de condições⁴⁹. Para Dworkin⁵⁰, a tutela jurisdicional consolida a democracia ao passo que serve de mecanismo de fiscalização dos demais poderes, diferentemente de outros Estados em que Legislativo e Executivo sequer possuem barreiras de controle. Ademais, à medida que os direitos fundamentais constituem a base de uma sociedade democrática, possuem tamanha importância que este fato já legitimaria o Judiciário a imitir-se sobre atos e leis, emanados pelo Executivo e Legislativo, que não observarem os direitos fundamentais. Outrossim, as decisões dos magistrados estariam fundamentadas em princípios que as justificam, não sendo essa uma atuação inconstitucional, uma vez que os direitos fundamentais

⁴⁷ Tradução Livre: Na realidade, as atitudes coletivas e individuais em relação ao direito mudaram: segundo alguns, como consequência da afirmação na cultura de massas de concepções centradas no indivíduo e nos seus direitos, trata-se de uma verdadeira "sede de direitos" que já é apresentada cada vez mais frequentemente nos tribunais para reivindicar pretensões que noutros lugares carecem de resposta. (...) É frequentemente mais fácil e mais imediato para um simples cidadão obter uma sentença do que um decreto ministerial ou uma lei, de tal forma que o primeiro pode muitas vezes prevalecer sobre o segundo. (...) Por último, não podemos esquecer a crise de confiança nas outras instituições políticas - como o Parlamento e o Governo - que foi e continua a ser de maior ou menor interesse para todos os países ocidentais. (...) Naturalmente, a verificação desta possibilidade dependia de muitos fatores, mas sobretudo da presença de uma magistratura independente, dotada de fortes poderes e com a intenção de os utilizar, especialmente se estiver na presença de uma crise da classe política. (GUARNIERI, 2003, p.155).

⁴⁸ VALLINDER, 1995, p. 13 apud BARBOZA, 2012, p. 418.

⁴⁹ BARBOZA, 2012, p. 419.

⁵⁰ DWORIN, 1996, apud BARBOZA, 2012, p.419.

acolhidos pelo constituinte representam a soberania popular, consoante a democracia⁵¹.

Sob a visão de Kozicki, Dworkin justifica que o juiz não estaria decidindo conforme a sua discricionariedade, pois mesmo nos casos difíceis em que não há norma vigente que possa ser expressamente aplicada ao caso, ele estaria fundamentando suas decisões com base em princípios que o ajudariam a tomar decisões sem que necessariamente criasse direitos⁵².

De acordo com Roch⁵³, o termo ativismo judicial possui conotação pejorativa, indicando aquilo que é arbitrário, quiçá antidemocrático, usado normalmente para designar a opinião contrária por quem faz críticas a respeito da decisão tomada pelo Judiciário. Para Christopher Wolfe, o ativismo judicial exige do magistrado uma postura ativa para a proteção das garantias fundamentais, para que o juiz desempenhe com capacidade e propriedade a sua função, estando apto a resolver inclusive os casos políticos⁵⁴.

Ao enfrentar uma questão política, o magistrado estaria lidando com medidas consistentes em ações voltadas a anseios sociais exigidos do Poder Público, agindo ativamente a fim de implementar políticas públicas para a conformação do Estado social, levando em conta as necessidades coletivas e os recursos disponíveis pelo Estado, para a realização do bem comum e principalmente, para a realização dos direitos fundamentais⁵⁵.

Souza Neto⁵⁶ examina que o empecilho para a realização dos direitos sociais consiste na ausência de recursos financeiramente suficientes, o que leva a interpretação de que o Judiciário não teria legitimidade para determinar o desempenho de políticas públicas que dependam de atos legislativos e executivos, também em razão da separação dos poderes. Ocorre que as políticas públicas são os meios através do qual são realizados os direitos fundamentais delineados pela Constituição, o que confere plena legitimidade ao Judiciário em realizar o Controle de

⁵¹ MELLO, 2004, p. 93 apud BARBOZA, 2012, p. 420-421.

⁵² KOZICKI, 2000, p. 184 apud BARBOZA, 2012, p. 423.

⁵³ ROCH, 2007, p. 70, apud BARBOZA, 2012, p. 425.

⁵⁴ WOLFE, 1997, p. 31, apud BARBOZA, 2012, p. 424.

⁵⁵ Ibid. p. 430.

⁵⁶ SOUZA NETO, 2003, p. 44 apud BARBOZA, 2012, p. 431.

Constitucionalidade desses atos quando provocado⁵⁷. A omissão do legislador resulta no prejuízo de direitos, o que não está em conformidade a Lei Maior e desta forma, imperiosa a intervenção do Judiciário⁵⁸.

Lenio Streck⁵⁹ defende a revisão jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais mesmo em face de leis elaboradas pelo poder eleito pelas majorias, definindo assim um novo papel para o Judiciário. O autor ainda observa as questões sociais que envolvem a autonomia política: as decisões proferidas por um poder eleito por votos majoritários não necessariamente resultam numa eleição livre e justa, uma vez que boa parte do eleitorado não possui iguais condições educacionais que lhes possibilitem debater politicamente. Logo, a Constituição viabiliza a sistematização e regulamentação dos mecanismos para a criação e execução das normas a fim de evitar que a soberania popular seja retirada das mãos dos seus legitimados pelas instituições. Percebe-se que para o autor, é perfeitamente possível uma intervenção do Poder Judiciário em razão da disposição dos princípios constitucionais com o fito de dar concretização aos direitos fundamentais e desta forma, a Constituição também acaba por delimitar as questões que podem levar em consideração a vontade das majorias.

Segundo Ran Hirschl⁶⁰, as democracias contemporâneas passaram a legitimar os seus tribunais a resolverem questões de ordem política, através do mecanismo do judicial review. Os tribunais passaram a abranger casos que abordam assuntos que envolvem interesses globais e que constituem grande controvérsia dentro de um Estado, o que convencionou chamar de megapolítica. O autor afirma que os Poderes Legislativo e Executivo passaram a considerar a intervenção pelo Judiciário quanto às suas funções políticas e este fato contribuiu para dar credibilidade as decisões judiciais.

Também atribui a ampliação do Estado do bem-estar social e seus órgãos

⁵⁷ Ibid. p. 431.

⁵⁸ Ibid. p. 434.

⁵⁹ BARBOZA, Estefânia M. Q. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. Dissertação de mestrado - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 2005. p. 62.

⁶⁰ HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 28.

como uma das causas da judicialização da política. Menos restrições governamentais na economia podem ensejar uma maior fiscalização jurídica. Os movimentos sociais também passam a enxergar o Judiciário como meio mais eficaz em detrimento das outras instituições, para o alcance de temas envolvendo grupos de interesses políticos. Desta forma, a democracia deu origem a judicialização⁶¹.

Ran Hirschl tráz a baila, vários casos que passaram a ser decididos pelos tribunais de outros países, demonstrando o crescimento da judicialização em questões políticas, bem como a forma através do qual o Judiciário passa a avocar para si esse novo papel. Atualmente, o anormal é não ver com certa frequência, notícias a respeito de uma decisão tomada por uma corte superior de um país a respeito do julgamento de um importante caso que envolva direitos constitucionais e atos cometidos pelo Executivo e Legislativo, normalmente envolvendo também direitos processuais e de igualdade. Mas a judicialização dependerá do assunto abordado de acordo com o que um Estado considera uma questão política. Há decisões políticas que alcançam uma grande coletividade, mas também há outras que embora não tratem de política, podem afetar uma grande quantidade de pessoas – como nas ações coletivas. O que diferenciará a judicialização das instâncias ordinárias da megapolítica levará em conta a sua relevância intuitiva e contextual.

Para fazer uma diferenciação, o autor compara questões processuais relacionadas a celeridade processual na seara penal que tratam meramente de uma judicialização ordinária e a constitucionalidade das políticas pós Apartheid na África do Sul como uma judicialização da megapolítica⁶².

A judicialização da megapolítica teve sua incidência política no próprio processo democrático de vários Estados (Índia, Israel, Espanha, Turquia etc.), em que as Cortes proibiram determinados partidos políticos de concorrerem em eleições, o que pôs em discussão as questões democráticas e limítrofes desses Estados. Também incidiu no exame minucioso dos Tribunais quanto aos direitos inerentes ao Poder Executivo no tocante à política fiscal, relações internacionais e segurança nacional, como a proibição pela Suprema Corte de Israel em fazer uso da tortura em

⁶¹ Ibid. p. 30-31.

⁶² Ibid. p. 37.

interrogatórios e a anulação pelo Conselho Constitucional do Peru do julgamento secretamente ocorrido no ano de 2002 por um tribunal militar clandestino realizado pela organização de inspiração maoísta Sendero Luminoso⁶³.

A megapolítica judicializada também favoreceu mudanças de regime, como ocorreu na Coréia do Sul, no ano de 2004 em que o Tribunal Constitucional desfez o impeachment do então presidente Roh Moo-Hyun, o fazendo retornar novamente para a posse do cargo, após a decisão do Legislativo de retirá-lo⁶⁴. Também se observou o fenômeno na justiça de transição, trazendo como exemplo a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) em 1998 que julgou crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Para Hirschl, delegar decisões políticas ao Judiciário beneficia os políticos a medida que essa transferência de responsabilidade pode servir de tática para um “desvio de culpas”, ao passo que pode aumentar ou reduzir a culpabilidade das figuras dos outros poderes, pois a “(...) a transferência de “batatas quentes” políticas para os tribunais oferece um abrigo conveniente aos políticos que não tem vontade nem capacidade de solucionar contendas públicas dentro da esfera política. (...)”⁶⁵. O jogo político também abarca a possibilidade do requerimento da judicialização da política pelos opositores políticos com o fito de estorvar o governo, através de petições em face das políticas governamentais implementadas.

A judicialização da megapolítica também tem seus efeitos ampliados quando anui à decisão dos Estados de unificar políticas, passando a impô-las diante dos demais Estados. Com o judicial review se pôs fim ao apartheid na África do Sul e a segregação racial pelas elites brancas coniventes. Percebe-se que nos países com tendências antissecularistas, se utiliza muito mais da estratégia de orientar a decisão política aos tribunais, quando há o risco da prevalência dos pensamentos políticos das elites seculares e nacionalistas⁶⁶.

Na figura do juiz, se vê uma alternativa alheia à partidos, uma alternativa a

⁶³ Ibid. p. 38-39.

⁶⁴ Ibid. p. 40.

⁶⁵ Ibid. p. 48.

⁶⁶ Ibid. p. 51.

disposição do cidadão para a garantia dos seus direitos. Segundo Barboza⁶⁷, o constitucionalismo permitiu que o próprio Judiciário se imiscuisse dentro de questões políticas, sendo tais questões dificilmente não vistas como questões constitucionais, e, ainda, há uma aceitação pelos próprios políticos e pela coletividade que enxergam na figura do Judiciário um local passível de enfrentamento a estes assuntos.

No entanto, a ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para tratar de assuntos políticos, é um dos pilares que baseiam a crítica de quem é adepto da teoria da autorrestrição judicial. Segundo Canotilho⁶⁸, esta teoria ressalta que ao atuar, os magistrados deverão limitar o alcance de suas decisões para que tratem apenas de questões judiciais sem importar na judicialização de questões políticas, sem interferir na esfera de um outro poder. O que ocorre é que, com dificuldade se definiria as questões passíveis de jurisdição constitucional.

Do contrário, se defende o judicial review pelo olhar através do qual o Judiciário não estaria acima do legislativo, mas pautado nos anseios da sociedade em que pleiteia a superioridade de ambos. Porém, o judiciário estaria indo além do judicial review caso passasse a legislar nas hipóteses em que há uma inconstitucionalidade normativa. Sendo assim, o princípio da deferência ao legislativo implica a utilização do judicial review somente quando não há dúvidas sobre a interpretação da constituição, do contrário, deveriam reduzir sua atuação e devolvê-las ao Legislativo⁶⁹.

No Brasil, apesar da autorrestrição judicial, as Cortes passaram a ser vistas como palco político⁷⁰, usado para se debater interesses de minorias parlamentares para a proteção de seus respectivos direitos. Dessa forma, o controle de constitucionalidade pelos tribunais, é, simultaneamente, visto com maus olhos pelos políticos atuais que não querem que Judiciário intervenha nas suas questões, mas também os interessa quando não podem ou não querem tratar de questões políticas universalistas, pois legislar nesse caso, seria interferir no interesse de outros grupos com outros interesses particularistas e, conseqüentemente ter que arcar com esta

⁶⁷ BARBOZA, Estefânia M. Q. Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político? A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 114.

⁶⁸ CANOTILHO, 2000, p. 1224 apud Barboza, 2003, p. 118.

⁶⁹ Ibid. p. 120.

⁷⁰ Ibid. p. 123-124.

pressão.

7. O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO E SUA UTILIZAÇÃO

Carvalho⁷¹ demonstra que, entre 1998 e 2003, 740 de um total de 2.813 Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas por entidades de classe e confederações sindicais. Seguindo, os partidos políticos também se mostraram ativos na impetração da ADIns, numa tentativa de, perante a ausência de maioria política, para dar suporte aos seus interesses, utilizaram-se dos tribunais para obstar as alterações realizadas por partidos opostos totalizando 590 ADIns no mesmo período.

O estudo de Antônio G. Moreira Mauês e Anelice F. Belém Leitão⁷² aponta que a Constituição de 1988, ao reconhecer a titularidade nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIns pelos partidos políticos contra leis federais no Supremo Tribunal Federal, permitiu a defesa da sua própria primazia e do pluralismo político. Constata-se, no entanto, que a utilização das ADIns pelos partidos políticos demonstra a frequente violação à Constituição pelo Legislativo e Executivo, compelindo a oposição a dirigir-se à Corte Constitucional para resguardar a Lei Suprema e em alguns casos, também comprova a utilização do Supremo Tribunal Federal pelos partidos políticos como “terceira Casa Legislativa” para alterar as decisões da maioria parlamentar na tentativa de alcançar a aprovação das suas propostas políticas. Conduta esta que se assemelha à uma grave violação à Constituição, pois desconsidera a regra da maioria.

Indubitavelmente, o Judiciário atua na garantia dos princípios de uma república democrática, fazendo a lei prevalecer. Ocorre que, quando se trata de controvérsias que envolvam não somente o direito a igualdade, a legalidade e outros atinentes, mas direitos que envolvam a formação de políticas públicas, pairam dúvidas acerca da sua atuação. Neste deslinde, José Reinaldo Lima Lopes explana que “uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada”⁷³ e para a efetivação de um direito há de se pensar nas

⁷¹ CARVALHO, 2004, p. 118-119.

⁷² MAUÊS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32.

⁷³ LOPES, José Reinaldo Lima. **Judiciário, democracia, políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, abril/junho, 1994. p. 258.

dificuldades a serem enfrentadas para a sua promoção. Pense-se por exemplo, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da CFRB, não há propriamente um conflito entre Estado e cidadão, mas um conflito entre cidadãos. Tal promoção exige que se despendam esforços para que se possam realizar gastos públicos, que haja uma organização de finanças públicas, cuja conclusão pode ser de curto a longa prazo e a necessidade de uma legislação acerca da matéria, principalmente se o direito será promovido através de empresas privadas, eis que as atividades privadas exigem uma maior fiscalização e estimulação.

As políticas públicas agrupam-se também em gêneros diversos: existem (1) as políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (tais como saúde, educação, segurança e justiça, etc), (2) as políticas sociais compensatórias (tais como a previdência e assistência social, seguro-desemprego, etc), (3) as políticas de fomento (crédito, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc.), (4) as reformas de base (reforma urbana, agrária, etc.), (5) políticas de estabilização monetária, e outras mais específicas ou genéricas).⁷⁴

Para o doutrinador há limites de cunho político, econômico, social e ideológico, assim como há para o Legislativo e Executivo, que não atuam em virtude do interesse na manutenção do *status quo*, que não tem interesse nas reformas em razão da ausência de representação ou vontade política, seja para não causar repercussão ou chamar atenção para si, pois tal intervenção é vista com maus olhos. Para o autor, a democracia não se resume a perfação de casos isolados de poucos cidadãos que tiveram o acesso ao Judiciário e foram vencedores nas suas demandas – como no direito à saúde, em que o magistrado acaba por distribuir desigualmente os benefícios -, tampouco a declaração de inconstitucionalidade de leis. Na sua visão, o Judiciário como poder inerte, somente atuando após ser provocado, deve sempre aplicar no caso concreto a norma legal e jamais deve criar novo direito, pois se lhe é necessário ser também canal de reivindicações pelos cidadãos, esta é a comprovação de que há sérios problemas nas outras instituições, evidenciando a desigualdade de poder políticos destes entes⁷⁵.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro analisam em seu

⁷⁴ Ibid. p. 259.

⁷⁵ Ibid. p. 263.

estudo intitulado *Ministrocracia*⁷⁶ o poder de incidência, dentro das políticas nacionais, das decisões monocráticas emitidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal individualmente, de influenciar o *status quo* legislativo. Os tribunais constitucionais impactam as decisões legislativas, seja através do veto total ou da invalidação parcial. Consequentemente, essa atuação direta acaba influenciando no comportamento de atores de dentro do tribunal e fora dele. Dessa forma, vislumbra-se tal condição fora do tribunal, quando os políticos se utilizam do passado comportamental dos magistrados (através de manifestações públicas que adiantam a posição do juiz se provocado ou a sua fala através de palestras), atuando de acordo com as suas preferências para formularem estratégias para que seus intentos legislativos sucedam e também ocorrerá dentro do tribunal, quando os próprios magistrados trabalham para evitar decisões conflitantes com os interesses da maioria política, no intento de impedir uma possível represália.

Os tribunais possuem o poder de definir a agenda, para a realização de um julgamento. É necessário que o relator libere o caso e o presidente do tribunal o inclua na pauta, incluindo também o poder de pedir vista. O que pode ser utilizado como estratégia a fim de evitar uma pronúncia sobre determinada questão polêmica em um contexto que lhes desfavorece por se tratar de tema ou caso inconveniente de ser decidido⁷⁷. É o que ocorre com os pedidos de vista, logo após o voto do relator, onde os ministros têm a possibilidade de estudar os autos com mais afinco por um prazo determinado. No entanto, em alguns casos, este prazo se excede em muito, somente adiando a decisão e em outros casos de grande repercussão, pode ser utilizado até mesmo depois de formulada a maioria contra aquele que pediu vista, no intuito de evitar que o julgamento se conclua⁷⁸.

De fato, o poder de agenda sem uma previsão definida de prazo que o vincule, constitui espécies de “mecanismos individuais de interferência no *status quo*, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção

⁷⁶ ARGUELHES, Diego Werneck.; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos estud. CEBRAP. São Paulo. V37n01. P. 13-32. Jan. - Abr. 2018. p. 15-17.

⁷⁷ Ibid. p. 18.

⁷⁸ Ibid. p. 20.

ou alteração desse estado de coisas.”⁷⁹. Como exemplo de maneira individual de adiar uma decisão, o autor cita os casos de pedidos de vista pelos Ministros Alexandre de Moraes e Toffoli em um processo que tratava da reinterpretação restritiva das hipóteses de foro por prerrogativa de função (foro privilegiado) logo no contexto da Operação Lava Jato (operação judicial que investigou casos de corrupção na Petrobrás, mas que provocou efeitos ampliados servindo como principal meio de afastar da política o então presidente Lula que era amplamente preferido pela maioria, porém não pelas elites), que envolvia importantes líderes políticos do Congresso e do então Governo de Michel Temer.

Assim, o completo silêncio judicial poderá interferir na política constitucional que, por sua vez, dependerá da preferência adotada pelo ministro diante da disputa trazida ao Supremo. Dessa forma, é crível dizer que na conjuntura brasileira, os poderes de agenda individuais permitem que ministros sozinhos mudem o *status quo* e a política nacional⁸⁰.

Na visão de Claudia Maria Barbosa⁸¹, a discricionariedade judicial atribuída aos magistrados e os juízes das cortes constitucionais – juristocracia - os coloca em uma posição privilegiada, possibilitando que estes atuem como coconstituintes sobre a norma. Tal posição, muito embora desestabilize o modelo clássico da tripartição dos poderes, fortalece a instituição. Para Alexander Bickel (1962) citado na obra de Barbosa (2019, p. 10), o judicial review não exprime qualquer perigo à ordem, pois se se evidencia a vontade do legislador nas leis e em oposição, a vontade do povo na constituição, o magistrado deverá ficar adistrito à vontade do povo, pois a Constituição é o limite do judicial review, que não se confunde com a vontade do magistrado. No entanto, assume posição crítica ao afirmar que a atribuição realizada pela Constituição, de realizar os direitos constitucionais, aos juízes, falha na proteção dos direitos individuais à medida que também atribui a estes o poder de interpretá-los. Neste raciocínio, os juízes somente garantirão tais direitos se os entenderem convenientes, posição que flerta com o abuso de poder, pois lhes admite dizer o que

⁷⁹ Ibid. p. 21.

⁸⁰ Ibid. p. 27.

⁸¹ BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da constituição. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 14, n. 2 / 2019 e34100. p. 7-8.

é ou não é constitucional⁸².

Barbosa explana que a inexistência de mecanismos de controle institucional ou social sobre o Poder Judiciário e sobre os magistrados das Cortes Superiores “nega a própria essência da República, qual seja, a possibilidade de responsabilização pelo exercício abusivo do Poder.”⁸³.

No cenário Brasileiro, o protagonismo político se mostrou ainda mais visível após a crise política instalada no país e a atenção dada pela mídia. Para Barbosa, o ator político visto agora, na figura do juiz que conduziu a operação Lava Jato, interferiu substancialmente no processo político, assim como em todos os demais juristas que adotaram um posicionamento imparcial e retrataram a politização da justiça⁸⁴. Nesta toada, a discricionariedade judicial irrestrita debilita a essência da Constituição e corrobora para o favorecimento dos interesses das elites, intensificando a juristrocracia, pois ameaça o Estado Democrático de Direito ao afastar o cidadão da política⁸⁵.

Para Hirschl⁸⁶, a deferência de questões políticas aos tribunais e a consequente judicialização só ocorre quando o Judiciário é visto pelos movimentos sociais e grupos de interesses e órgãos políticos como instituição influente e eficaz, diferentemente dos demais poderes que são vistos como demasiadamente burocratizados, sendo esta uma determinante política da Judicialização. Contrariamente, a judicialização não ocorrerá quando o sistema político de um Estado puder limitar esse Poder e criar barreiras ao ativismo exagerado.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que agentes públicos como administradores, juízes e parlamentares atuem conforme o que manda a norma legal, o que se supõe ser a regra, são estimulados por distintas causas na realização e gerência de políticas públicas. Políticos agem politicamente e são submetidos a pressões populares, razão pela qual atuam conforme a vontade das maiorias diferentemente de juízes que não precisam

⁸² Ibid. p. 15.

⁸³ Ibid. p. 16.

⁸⁴ Ibid. p. 18.

⁸⁵ Ibid. p. 21.

⁸⁶ HIRSCHL, 2006, p. 164.

necessariamente atender as vozes majoritárias. Juízes, por outro lado, não prestam contas a eleitores e, portanto, podem atender a minorias que buscam ver asseverados seus direitos que, de outro modo, não seriam acatados pela maioria.

O que se vê, é que magistrados e legisladores possuem diferentes estímulos e diferentes limitações atinentes às políticas públicas e aos direitos a elas atrelados. É crível o fato de que o controle relativo às limitações da atuação ampliada dos juízes carece de limitação concreta, o que por vezes pode fomentar o abuso do poder.

Onde o ativismo judicial e a judicialização ocorrerem, com mais frequência, é certo que a legitimidade sob essa instituição será muito maior que qualquer outra. A opinião pública também, conseqüentemente, penderá sua aprovação ao Judiciário. Situação que atesta a renúncia por parte do Poder Legislativo da responsabilidade de efetivamente legislar, de propriamente tomar decisões políticas, ante a atribuição que credita ao Judiciário para decidir questões polêmicas ou de importantes assuntos políticos, o que acarretará problemas à política democrática, empreendendo discussões acerca das responsabilidades dos políticos eleitos em face dos cidadãos, quando aqueles deveriam, na verdade, enfrentar as demandas sociais e não delegá-las aos magistrados. Ao delegar tais decisões, os legisladores acabam se imiscuindo de tomar decisões difíceis, dando vazão antes de qualquer coisa, aos seus próprios interesses evitando uma desaprovação perante o eleitorado.

No entanto, muito embora a interferência decisória proativa do Poder Judiciária receba severas críticas que atacam principalmente, a ausência de legitimidade da instituição e a quebra da separação dos poderes, se não há uma tomada de decisão que efetive os direitos constitucionalmente previstos na Carta Magna, haverá uma omissão por parte dos demais órgãos, hipótese que validará a intromissão do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Ainda que se possa falar em um protagonismo exacerbado, o que se pretende é o manejo de Poderes para que juntos, possam atender adequadamente as demandas sociais.

Como se verificou neste estudo, a tutela jurisdicional é o mecanismo de amparo que mais se aproxima ao alcance do cidadão, funcionando como um verdadeiro canal de reivindicação e promovendo o processo democrático. Conclui-se, portanto, que os magistrados deverão tomar decisões políticas, uma vez que

estas, inevitavelmente em seu aspecto intrínseco envolvem direitos sociais, cabendo ao Judiciário garanti-los nos termos da Constituição, quando da omissão dos demais poderes em efetivamente realizá-los e moderadamente, sob pena de desencadear um desarranjo no sistema. Finalmente, é certo que a judicialização e o ativismo judicial permeiam e continuarão permeando as democracias contemporâneas, enquanto perdurarem interesses contrapostos.

9. REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck.; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro**. Novos estud. CEBRAP. São Paulo. V37n01. P. 13-32. Jan. - Abr. 2018.

BARBOSA, Claudia Maria. **A juristocracia no Brasil e o futuro da constituição**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 14, n. 2 / 2019 e34100.

BARBOZA, Estefânia M. Q. **“Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas”**. Risco e futuro da democracia brasileira direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Direito GV, v. 8, n. 15, jan-jun 2012.

BARBOZA, Estefânia M. Q. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação de mestrado - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 2005.

BARBOZA, Estefânia M. Q. **Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?** A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 17/06/20.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem.** In: Revista de Sociologia e Política, n. 23, Nov., 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas.** Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2. ed., 2001.

GUARNIERI, Carlo. **Judicialismo.** 1ª ed. Buenos Aires. Hammurabi. 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista.** Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006.

HIRSCHL, Ran. **A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos.** In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. **Instituições Políticas Democráticas: O Segredo da Legitimidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Judiciário, democracia, políticas públicas.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, abril/junho, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.** In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, nº 57, 2002.

MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos.** In: SCAFF, Fernando Facury (org.). Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes/Montesquieu;** introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROMANELLI, Sandro Luíz Tomás Ballande. **Suprema (In)Dependência: Mecanismos da relação entre governos e o Supremo Tribunal Federal.** Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa

de Pós-Graduação em Direito. Curitiba. 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. In: Revista Direito GV, v. 4, n. 8, jul-dez 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.