

ANÁLISE DA POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Larissa Querem Tavares Mendonça¹

RESUMO: O presente artigo procura analisar o fenômeno da judicialização da política, a partir de determinados fatores que a justificam, como a urgência das demandas sociais aliada a inércia dos poderes políticos, enfatizando no caso brasileiro. O artigo se divide em cinco partes. A primeira se dedica a análise da ascensão judicial, examinando o fenômeno da judicialização da política, demonstrando, desse modo, que essa proatividade do Judiciário em interferir em competências que estão fora de seu âmbito de atuação, tem gerado polêmicas frente ao princípio da separação dos poderes. A segunda parte examina a relação entre o direito e a política, com base na concepção tradicional e na concepção real, levando à conclusão de que há uma autonomia relativa entre essas duas esferas, ou seja, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente. A terceira parte vislumbra a crise de representatividade que assola o Executivo e o Legislativo, por meio da reflexão da teoria da separação dos poderes e das causas de retração do sistema representativo. A quarta parte retrata como o ativismo judicial funciona como meio para salvaguardar a democracia, outrossim atenta para os limites de uma atuação ativista do Poder Judiciário para que não se torne uma instituição hegemônica. A quinta parte analisou decisões judiciais que cristalizam o tema da judicialização da política.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Poder Judiciário.

METODOLOGIA

Para o deslinde deste trabalho acadêmico, utilizou-se uma metodologia de ensino-aprendizagem de natureza descritiva e exploratória, por intermédio de uma abordagem qualitativa, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, baseada em periódicos e livros.

¹ Estudante do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador(a) do Programa Aluno Voluntário de Iniciação Científica (PAVIC), integrante do projeto de pesquisa intitulado "Direito e Política: A crise de representatividade dos poderes políticos e a ausência de participação popular no poder judiciário", de coordenação da profa. Tainah Simões Sales. E-mail: lariquerem@hotmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos últimos anos, o Poder Judiciário tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira na resolução de questões de largo alcance político e na implementação de políticas públicas. Tal fenômeno, denominado ativismo judicial, é um tema considerado polêmico, sendo alvo de críticas e aplausos, já que se trata de uma atuação jurisdicional no espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, que passam pelo crivo do voto popular, distanciando, dessa forma, juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximando de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

Cita-se como exemplo, o posicionamento de Ana Cláudia Finger (2003, p.153-154) a favor da legitimidade do Poder Judiciário para realizar atuações ativistas:

Com efeito, ninguém discute a competência do Poder Legislativo para legislar sobre direitos sociais; de igual modo, ninguém discute a competência do Poder Executivo para realizar ações administrativas para a prestação de direitos sociais. No entanto, não é da competência de nenhum desses poderes decidir se garantirão ou não tais direitos, porque isto é uma determinação constitucional. Assim, sendo um órgão criado para concretizar os fins constitucionais, o Poder Judiciário está tão vinculado à Lei Fundamental quanto os demais poderes, gozando, portanto, de legitimidade para materializar tais direitos.

É possível vislumbrar com base nesses deslinde que alguns doutrinadores, assim como as academias de direito e grande parte da sociedade civil aplaudem e reconhecem legitimidade no movimento do judiciário no exercício da função judicial para resolução de questões que anteriormente eram reservadas à arena política tradicional.

Tal ativismo judicial, singular de países que adotam o modelo de tribunais constitucionais ou supremas cortes com atribuição para desempenhar o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, difere-se da auto-contenção judicial – até o advento da Constituição de 1988, esse era o modelo de atuação do Judiciário no Brasil – que é a conduta pela qual o Judiciário reduz sua interferência nas ações dos outros poderes, em razão de deferência das instâncias tipicamente políticas. Essa auto-contenção se caracteriza pelo fato de juízes e tribunais adotarem uma postura de abstenção de interferência na implementação de políticas públicas em casos de omissões do Poder Executivo, além de utilizarem critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidades de leis infraconstitucionais.

Essa judicialização – transferência de poder político para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, – demonstra de forma inequívoca a fluidez da fronteira entre a política e o direito na contemporaneidade, por exemplo, nos casos de múltiplas decisões judiciais em torno da distribuição de medicamentos e na determinação de terapias, em que se condenam a União, o Estado ou o Município ou até mesmo os três entes solidariamente a custear medicamentos e terapias que não constam nas listas do Ministério da Saúde. Muitas vezes, os tratamentos exigidos são experimentais ou necessitam ser realizados no exterior, demandando gastos que não estavam no planejamento orçamentário.

Abundantes são as causas que originam e legitimam a ascensão judicial, tais como: o reconhecimento da importância para a efetivação da democracia de um Judiciário independente e forte. É válido ressaltar que desde os tempos coloniais o Poder Judiciário é visto como uma instituição de demasiada respeitabilidade e prestígio social, desse modo, há uma preferência pelos atores políticos para que o Judiciário decida questões polêmicas, como sobre uniões homoafetivas, abertura dos arquivos da ditadura militar, aborto, entre outras. A segunda causa está relacionada com a insatisfação da sociedade com a política, em face da crise de representatividade do Executivo e do Legislativo em desempenhar suas funções típicas, em que diante de uma inércia deliberada, permitem uma atuação ativista dos tribunais.

Outrossim, há uma peculiaridade no Brasil que favorece esse fenômeno do ativismo, que é a constitucionalização abrangente e analítica, com isso quase todas as questões de relevância política, social ou moral estão sendo decididas em sede judicial.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Judicialização da política significa que algumas questões de demasiada repercussão política, social ou moral estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instituições políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Tal fenômeno está associado ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que se encontra consubstanciado no art.5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, entendido como o princípio segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo o livre acesso ao Judiciário, até mesmo em relação as demandas não solucionadas ou não

contempladas pelos demais poderes, já que Juízes e Tribunais, uma vez provocados, não tem alternativa de se pronunciarem ou não sobre determinada questão.

A judicialização decorre de múltiplos fatores, demonstrando, desse modo, que não é nítida a divisão entre a criação e a interpretação do direito, ou seja, há uma fluidez na fronteira ente a política e o direito. Há quatro causas principais dessa transferência de poder para as instituições judiciais. A primeira delas decorre da *redemocratização* do país que fortaleceu e expandiu as instituições do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, aumentando, dessa forma, a demanda por justiça na sociedade brasileira, uma vez que a reavivou a cidadania, concedendo uma maior conscientização em relação aos direitos do povo, que passou a buscar a proteção de seus interesses perante a máquina judiciária (Barroso, 2009).

A segunda causa seria a *constitucionalização abrangente*, a Carta magna de 1988 seguindo a tendência mundial de ambição constitucional iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), é considerada analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador, pois a constituição brasileira abordou não apenas temas materialmente constitucionais, mas também regulamentou um campo amplo de relações sociais, econômicas e públicas, trazendo diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Tal fato culmina em uma grande litigiosidade constitucional, já que abordou vários direitos a serem concretizados pelo Estado, sendo, assim, passíveis de serem demandados judicialmente.

A terceira causa da judicialização apontada por Barroso (2009) é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, considerado híbrido, pois abrange o sistema americano ou difuso – em que todo juiz e tribunal poderá deixar de aplicar a lei em um caso concreto, caso considere a mesma inconstitucional, e o sistema europeu ou concentrado – que permite que ações diretas sejam ajuizadas em relação a determinadas matérias, que poderão ser levadas imediatamente para a corte constitucional, fora de uma situação concreta de litígio. Com isso, muitas questões políticas podem ser alçadas ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a quarta e última causa é a *crise de representatividade*, que decorre da omissão dos demais Poderes na concretização de políticas públicas e na ausência de legislação sobre temas que revelam necessidades sociais, permitindo, desse modo, que o Judiciário se transmude em arena política, distanciando-se da sua função

tradicional de julgar conflitos para uma atuação de judicialização da política, criando direito novo, com a finalidade de restabelecer a ordem jurídica.

3 DIREITO E POLÍTICA

Constitucionalizar significa transformar a política em direito, portanto como o Poder Judiciário tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, na tomada de decisões de largo alcance político, na implementação de políticas públicas ou nas escolhas morais em temas controvertidos na sociedade, torna-se imperioso tratar sobre as concepções referentes a ligação do direito com a política.

3.1 Conceção Tradicional

Segundo essa corrente de pensamento formalista, o direito não é política, há entre essas esferas uma separação absoluta, pois consagra os entendimentos da neutralidade científica, da completude do direito e da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização de regras.

Para afastar a influência imprópria da política da atuação judicial, a cultura jurídica tradicional utiliza estes argumentos: **(i)** a Constituição de 1988 instituiu os poderes do Estado, conforme proclama seu art.2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, distribuindo para os mesmo competências distintas, tendo o Legislativo e o Executivo atribuições políticas, sendo estas submetidas ao crivo do voto popular, fazendo parte do processo político majoritário. Em contrapartida cabe ao Judiciário a aplicação do direito a situações em que tenha surgido um litígio, formulando decisões que tão somente transpareçam a vontade prevista na lei, desenvolvendo, desse modo, uma atividade técnica de aplicação de um resultado já previsto, isto é, não cabe ao Poder Judiciário uma função criativa, encontra-se vinculado ao direito posto, tendo sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis; **(ii)** independência do Judiciário em relação aos órgãos políticos, ou seja, o Poder Judiciário está protegido de pressões políticas. Segundo a doutrina formalista a independência é fundamental para que haja um governo de leis e não de homens. Para assegurar que assim seja, a Constituição conferiu à magistratura garantias institucionais, como a autonomia administrativa e financeira, além das garantias funcionais, como a inamovibilidade (impede que sejam transferidos, salvo por vontade própria), a vitaliciedade (sujeitos

apenas à aposentadoria compulsória pelo limite de idade ou em caso de cometimento de ilícito) e a irredutibilidade de subsídios, previstas no art.95 da Constituição Federal (Barroso, 2016).

3.2 Concepção Real

Conforme a teoria crítica direito é política, isto é, descrê da autonomia do direito em relação à política e aos fenômenos sociais em geral, já que sua criação é produto da vontade da maioria, de uma vontade política, manifesta, principalmente, na Constituição. Outrossim, sua aplicação não é dissociada da realidade política e social, além do fato de que os juízes não são seres sem memórias e sem desejos, por isso não subsiste a ideia mitológica da neutralidade absoluta do intérprete. Com isso, sua subjetividade, mediante os juízos de valor que formulam, interferem nas decisões judiciais.

Luiz Roberto Barroso (2009, p.19-34) elenca alguns fatos que demonstram os laços inevitáveis ente o direito e a política, segundo a doutrina cética, como: **(i) a linguagem aberta dos textos jurídico:** a Constituição detém diversas cláusulas abertas, com conceitos indeterminados que necessitam de interpretação. Por exemplo os termos “calamidade pública”, “relevância e urgência” e “crime político”, ou nos casos dos princípios da dignidade da pessoa humana, da moralidade administrativa e da solidariedade social, etc. Nessas situações a interpretação da linguagem jurídica não ocorre de uma forma meramente objetiva, pois tem influência das valorações do intérprete, de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos. O realismo, diferente do formalismo jurídico entende que a atividade judicial não é mecânica, acrítica e unívoca, mas que para solucionar as ambiguidades do direito há uma interferência decisiva dos valores e das ideologias dos juízes; **(ii) a interação com outros atores políticos e institucionais,** as manifestações processuais e extraprocessuais de outros Poderes, órgãos e entidades tem influência relevante nas decisões judiciais, sobretudo, as do Supremo Tribunal Federal (STF). A título de exemplo, as demandas movidas pelo Procurador-Geral da República têm o maior índice de acolhimento dentre os demais legitimados, além disso o STF acompanha de forma significativa as manifestações do Ministério Público Federal; **(iii) as circunstâncias internas dos órgãos colegiados,** por exemplo, o Supremo Tribunal

Federal delibera em sessão pública e televisionada, senda esta uma singularidade brasileira.

Além desse fato, podem influenciar decisivamente o resultado de um julgamento: o relator sorteado, a ordem de votação, os alinhamentos internos em função da liderança intelectual ou pessoal de um ministro e a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça; **(iv) a opinião pública**, quando há desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social, porque as cortes constitucionais e os tribunais em geral não podem prescindir do respeito e da aceitação da sociedade, pois caso contrário os cidadãos se utilizarão de mecanismos para transmitir suas objeções. Em suma, a opinião pública é um fator extrajurídico relevante na tomada de decisões por juízes e tribunais. Contudo o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública, já que, muitas vezes, a decisão mais apropriada não será a mais popular. Nesses casos é necessária uma atuação contramajoritária.

3.3 A autonomia relativa do direito em relação à política

Para iniciar este tópico é interessante destacar o papel do Judiciário, segundo Jorge Neto (2009, p.71):

O Judiciário é o garante do cumprimento das escolhas assumidas pelo poder constituinte originário, não de modo absoluto, voltamos a insistir, não de modo a suprimir a instância política. Mesmo porque as escolhas políticas do poder constituinte originário, embora excluam certos caminhos, deixam ao legislador infraconstitucional uma margem de escolha para o cumprimento dos objetivos constitucionais ainda infinita. De toda sorte, como corolário do princípio democrático, a sociedade tem o direito de sindicatar tais escolhas; senão substituí-las, vê-las efetivadas e, quando tais escolhas deixam de ser feitas, quando as políticas públicas simplesmente não são adotadas, é direito da sociedade exigir que, em um prazo razoável de tempo, tais escolhas sejam feitas, e as ações sejam efetivadas.

Com base nessa citação, percebe-se que o mínimo existencial tem que ser garantido pelo Poder Público. Caso este não o execute, o povo, como detentor de soberania, tem o direito constitucional de recorrer ao Poder Judiciário para sanar a lesão ao patrimônio mínimo, isto é, ao mínimo necessário para se viver com dignidade

O entendimento que prepondera na atualidade é de que o direito é diferente da política, mas a linha divisória ente ambos não é fixa, porque a aplicação do direito é instruída de elementos ou fatores extrajurídicos. Em vista disso, não cabe ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Contudo, é de extrema valia ressaltar que o direito pode e deve ter autonomia em relação à política, embora esta deva ser relativa, pois o direito não poderá ser compreendido como política a ponto de permitir decisões livres, tendenciosas, discricionárias do magistrado. Assim, mesmo nas situações que comportam mais de uma solução, o juiz deverá buscar a mais plausível a luz dos elementos do caso concreto. Há, desse modo, balizas impostas pelo ordenamento jurídico, como o princípio da motivação, que busca evitar que sejam proferidas decisões vazias de respaldo jurídico.

4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

A inteligência do parágrafo único do art.1º da Constituição Federal aduz que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Logo, no Brasil adota-se como forma de aquisição ao Poder a democracia representativa – em que o povo é de certo modo “monarca e súdito”, já que é detentor da vontade de criar as leis e ao mesmo tempo deve submeter-se às leis criadas pelos representantes que nomeiam. Assim, o Poder emana do povo e deverá ser exercido de forma organizada e por meio de representação, seu exercício deverá ser descentralizado, além de ser instituído por lei que também delimite sua atuação.

4.1 A Teoria da separação dos poderes

A separação dos poderes foi regularizada pela primeira vez no Estado brasileiro por meio da Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, a mesma já a trazia como princípio garantidor de direitos.

A separação de poderes prevista nessa Constituição teve um caráter *sui generis* ao inserir o Poder Moderador como quarto poder. Este deveria atuar como freio para os demais, visando a harmonia entre os poderes. Todavia esse Poder exercido pelo Imperador não gerou um equilíbrio, e sim uma superioridade do Poder Executivo frente aos demais, pois não estava sujeito a nenhuma responsabilização.

Ao contrário desta, a Constituição de 1988 adotou a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu – os poderes ou funções do Estado devem estar divididos, além disso devem ser exercidos por pessoas distintas, com a finalidade de que nenhum poder se sobreponha em relação aos outros. Essa tripartição do Poder alberga o poder de legislar, de administrar e de julgar, sendo considerada como

cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4, III, impedindo, desse modo, qualquer forma de alteração na estrutura de divisão dos poderes.

Ademais, como forma de materializar a separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos (“*checks and balances system*”) apresentou-se com uma evolução da teoria de Montesquieu. Esse sistema prega que cabe ao poder conter o poder, ou seja, cada poder deve fiscalizar o outro para que seja possível a convivência harmônica entre os poderes. Para fortalecer o sistema de controles recíprocos, disserta Barroso (2009, p.179):

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação dos poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismo de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

Ressalta-se também a importância da separação dos poderes e do controle recíproco do poder, com o seguinte trecho:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto ao Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU apud MALDONADO, online, p.6)

Com fundamento nessas elucidações, é imprescindível a distribuição de poderes em três categorias com atribuições próprias, para que haja a independência entre os poderes, ou seja, para que não ocorra a absorção de um poder pelo outro.

4.2 As causas da retração do Sistema Representativo

Como já dito, o poder emana do povo, todavia pela inviabilidade do seu exercício por cada indivíduo da sociedade, a solução é que haja a eleição de representantes dos seus interesses. A Constituição Federal de 1988 adota a representatividade como modelo democrático, sendo os eleitos escolhidos mediante o voto direto, secreto, universal e periódico, considerado como cláusula pétrea (Art. 60, § 4º, II da CF), além disso é assegurado alguns mecanismos de participação direta

do cidadão na esfera política estatal, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa de popular de criação de leis ordinárias e complementares. Ademais, há determinadas hipóteses de instauração de audiências públicas para oitiva da população sobre assuntos de demasiada relevância nacional, tanto no âmbito dos poderes políticos quanto no âmbito jurisdicional.

Contudo, este grande pilar da democracia moderna está em crise, de modo, que a representação política não consegue corresponder efetivamente às demandas societárias, devido a sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, que são inerentes ao ideal democrático incorporado nas constituições contemporâneas, gerando o aumento do descrédito dos cidadãos para com as instituições representativas.

Dentre as razões que desencadeiam esta crise (Wolkmer, 2001), cita-se como exemplo: **(i) a precariedade da representação:** os cidadãos, ao elegerem por um quadriênio seus representantes, delegam, dessa forma, plenos direitos para que deliberem em seu nome, mas objetivam que haja o devido acolhimento de seus interesses, ou seja, que ocorra a correspondência representante-representado, mas o que se verifica é a falta de congruência com os interesses dos cidadãos, gerando demasiada insatisfação popular.

Aliado a esse fato, os candidatos são eleitos para a atuação na função pública por quatro anos, mesmo que não atendam aos anseios da sociedade. Não poderão os cidadãos, embora o poder emane do povo, ter a faculdade de realizar qualquer modificação no quadro de representantes ou nos atos por eles executados; **(ii) a corrupção:** colabora de forma desmedida para o descontentamento da população com o *múnus* público exercido pelos representantes políticos, uma vez que representa práticas de caráter abusivo, como desvio de verbas públicas, políticas de favorecimento, suborno em troca de apoio político, dentre outras; **(iii) a falta de efetivação de políticas públicas pelos poderes políticos:** as políticas públicas representam os meios de concretização dos direitos fundamentais e sociais, isto é, segundo Jorge Neto (2009, p;53): “[...] o conceito de política pública está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais.” Entretanto, as políticas públicas que se revelam, por intermédio da administração do patrimônio público, da prestação de serviços pelo Poder Executivo e pela devida regulamentação de questões controvertidas na sociedade pelo Poder Legislativo, não estão sendo efetivamente

promovidas ou, quando são criadas, são insuficientes para atender às necessidades sociais. Logo, percebe-se que esta crise de representatividade advém de um conjunto de fatores que ocasionam o descrédito com as eleições, com os partidos políticos, em resumo, com os atores políticos em si, gerando o amesquinamento do sistema representativo.

5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA

O ativismo judicial refere-se a uma participação extensiva do Judiciário na materialização dos valores e fins constitucionais, expandindo, dessa forma, o alcance da Constituição, adentrando abundantemente no espaço de atuação dos outros dois poderes. Constantemente o ativismo se instala em situações de retração do Poderes políticos, notadamente em relação às abstenções em matéria de políticas públicas, gerando uma crise de representatividade e, conseqüentemente, a expansão do Judiciário, devido à prolação de decisões que suprem omissões, e, muitas vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Em relação à crise de representatividade e de funcionamento imperfeito das políticas públicas posiciona-se Jorge Neto (2009, p.87):

[...] embora formalmente os representantes eleitos deveriam representar os interesses gerais da nação, na verdade, representam os interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica, deixando em segundo plano, até mesmo os programas dos partidos políticos a que são filiados. Normalmente a representação desses interesses está, de algum modo, ligada ao funcionamento das campanhas eleitorais.

Com base nesta citação, é nítido que a crise de representatividade que assola o meio político está também diretamente associada às influências dos grupos econômicos sobre o Estado brasileiro, gerando a submissão do povo àqueles que detém o poder. Além disso, os poderes representativos buscam evitar a concretização de demandas de demasiada visibilidade pública e adotam uma postura de abstenção, pois estão sujeitos ao crivo do voto popular, ocasionando, desse modo, a expansão do Poder Judiciário, por conseguinte o distanciamento de juízes e tribunais de suas funções típicas de aplicação do direito vigente e as aproximando de uma função de criação do próprio direito. São exemplos dessas decisões ativistas: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e súmula vinculante nº 11); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet

3388/RR); não recepção da Lei da imprensa (ADPF 130/DF); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e súmula nº 13), entre outras decisões.

5.1 Diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização

A discrepância entre ativismo judicial e a judicialização é concedida por Barroso (2009), segundo o renomado constitucionalista esses termos são primos, ou seja, são da mesma família, mas não tem a mesma origem. Não são gerados, em tese, pelas mesmas causas. A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, e não um exercício demasiado da vontade política. O Judiciário decide, porque é demandado a se manifestar, porque era o que lhe cabia fazer. Não há alternativas de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.

Ao contrário, o ativismo é uma atitude, a escolha proativa de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Habitualmente, ocorre quando há um deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, sanando omissões que impossibilitam a efetivação das demandas da sociedade.

5.2 A democratização do Ativismo judicial

Contra-pondo-se a essa visão otimista da ascensão judicial em favor da democracia, Gilberto Bercovici (2013, p. 303) assevera:

A extensão do Poder Judiciário, particularmente, deve ser combatida, pois o Judiciário passa a se ver como uma autoridade decisória autônoma, contrastando com a democracia parlamentar, tendendo a considerar o direito positivo como um obstáculo à sua atividade. O Judiciário busca se desvincular da lei, produzida e votada no parlamento, a partir de teorias de interpretação e de hermenêutica do sistema, justificadoras, inclusive, do controle judicial de atos do parlamento.

Com base na transcrição supracitada pode-se aferir que a jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário são alvos de diversas críticas de natureza política, por exemplo, alega-se que juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, isto é, sua investidura não tem o batismo do voto popular, contudo exercem atividades eminentemente políticas quando declaram inconstitucional atos normativos do Legislativo e quando invalida atos do Executivo ou mesmo quando impõe a estes deveres de atuação, ocasionando, com isso, a fragilidade do sistema representativo e a relativização do princípio da separação de poderes.

Todavia, o Poder Judiciário, assim como os demais, tem o seu poder emanado do povo, ademais os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade cumulativa do Executivo e do Legislativo, revelando, dessa maneira, que detém considerável grau de representatividade. Além disso, o Judiciário apenas formula decisões ativistas, porque foi provocado a se manifestar, ou seja, devido ao princípio da inafastabilidade este poder não tem alternativa quando preenchidos os requisitos de cabimento, de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito.

Em suma, não há uma hegemonia judicial ou mesmo a pretensão por parte dos juízes e tribunais de criar um modelo juriscêntrico, pois a judicialização limita-se a cumprir os objetivos constitucionais. Não se trata, portanto, de uma opção ideológica, já que o Judiciário está tão somente atendendo as demandas sociais que não foram satisfeitas pelos poderes políticos, já que “não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.71). Logo, o Poder Judiciário está apenas suprimindo as lacunas legislativas e ordenando a execução de políticas públicas para satisfazer os anseios democráticos, por isso a jurisdição constitucional quando efetivamente exercida é antes uma garantia do que um risco para a democracia.

5.3 Limites para a atuação ativista do Poder Judiciário

Os membros da máquina judiciária não poderão proferir decisões discricionárias, pois mesmo nas situações que comportem mais de uma solução, os juízes devem buscar a que mais se aproxime da unidade constitucional, a mais correta diante dos elementos do caso concreto, outrossim, conforme o art.93, IX, da CF/88, eles tem o dever de motivação, de fundamentar suas decisões. No tocante aos limites da concentração de poderes nas mãos dos juízes assevera Ricardo Ommati (2004, p.68):

O papel ao Judiciário, ao controlar a discricionariedade, não será, jamais, o de anular o papel da Administração – vez que aniquilaria a própria Separação de Poderes essencial para a efetivação da democracia: ele complementa a atividade do Poder Executivo, indicando o que está correto à luz dos Princípios da administração e dos princípios constitucionais e invalidando aquilo que confronte a ordem constitucional almejada. Há, pois, uma complementação de um Poder com o outro – nunca sobre o outro – até porque, como já foi dito, a Teoria da Separação dos Poderes não pode mais ser vislumbrada com cada Poder agindo separadamente: mas sim em conjunto, em perfeita harmonia. Para isso é necessário, reitera-se, que um interfira um pouco na atuação do outro para que todos atuem juntos, solidariamente – e nunca isoladamente.

Em vista disso, juízes não podem agir com base em sua vontade política própria, apesar da subjetividade interferir de certo modo nas decisões, devem se pautar na Constituição. Além do mais, devem respeitar a presunção de validade das leis e apenas interferir nos casos de afronta aos direitos fundamentais ou em relação aos procedimentos democráticos. Nos demais casos é imperioso que sejam deferentes com as escolhas legítimas do Legislador e com o exercício razoável da discricionariedade pelo administrador, com o intuito de não suprimir os poderes políticos ou mesmo o governo da maioria. Destarte, deve se orientar pelas virtudes da prudência e da moderação, pois, embora os membros do Judiciário não sejam eleitos, o poder que exercem é representativo, visto que o poder emana do povo e em seu nome deve ser devidamente exercido. A esse respeito se posiciona Carvalho Filho (2007, p.44):

O controle jurisdicional, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhes inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não de cumprimento de certo objetivo.

Conforme o posicionamento supratranscrito, o controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário deve limitar-se aos aspectos legais do ato, caso contrário seria verdadeira usurpação de poderes políticos, ferindo o princípio da separação dos poderes, além de permitir que o Judiciário se trone um “superpoder”, segundo Eduardo Appio (2015, p. 156):

A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redistribuição de verbas para as obras e serviços que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-o num “superpoder”.

Em suma, a partir dessa citação e do arranjo institucional em vigor compreende-se que, apesar dos três poderes interpretarem a Constituição, a última palavra é a do Judiciário, em caso de divergências entre normas constitucionais ou legais. Entretanto é necessário, para que não haja o surgimento de uma instância

hegemônica que além dos limites supracitados para as atividades ativistas, sejam seguidas outras balizas para a ingerência judicial. A título de exemplo, a capacidade institucional, que se refere à análise, à determinação de qual poder é o mais competente para produzir a melhor decisão em determinada matéria, o que se encontra mais qualificado por ter determinados conhecimentos técnicos para alcançar certa solução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, é evidente o crescimento do ativismo judicial como fenômeno proativo e expansivo de interpretação da Constituição em face da crise de representatividade que assola os Poderes Executivo e Legislativo, devido à insatisfação popular com relação à efetivação de políticas públicas e à inércia legislativa na normatização de questões de relevância política, social ou moral, ou seja, em assuntos controvertidos na sociedade.

Essa ascensão judicial, devido à amplitude da jurisdição constitucional, é revestida de legitimidade democrática, uma vez que apesar dos membros do Poder Judiciário não serem eleitos, exercem competências representativas, pois o poder emana do povo, ademais não executam uma atividade puramente mecânica de aplicação da lei, sem a inferência absoluta de suas subjetividades. Além disso, devido ao princípio da indeclinabilidade, juízes e tribunais não podem se abster ao serem demandados, devendo atuar dentro das possibilidades e dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Todavia, para que o Poder Judiciário não se torne hegemônico em relação aos demais poderes deverá observar a capacidade institucional, isto é, se outro órgão não seria mais qualificado para decidir sobre determinado caso, além de ser deferente diante dos demais poderes, permitindo de forma razoável a discricionariedade do administrador público e, havendo manifestação legislativa, deverá o juiz acatá-la e aplicá-la, respeitando, desse modo, a teoria da separação dos poderes. Contudo se houver violação aos direitos fundamentais ou aos procedimentos democráticos, esse quadro deverá se modificar, já que o Judiciário é, de forma geral, o guardião da Constituição por excelência.

Logo, vale ressaltar que a solução para a crise de representatividade, funcionalidade e legitimidade dos poderes políticos não deve ser fornecida de forma definitiva pelo ativismo judicial, porque esta deve ser a solução temporária ou

eventual, tão somente para suportar a fragilidade política, pois apenas colabora para suprir a inércia do Executivo e do Legislativo, mas não resolve a retração do sistema representativo. Para tanto será necessária uma reforma política para reaproximar a classe política da sociedade civil, bem como o reforço da importância da política para o cidadão e o reconhecimento de seu papel primordial nas principais decisões públicas.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n.13, p.71-91, jan./mar. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**, n.61, 2004. p.5-24. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/luanova/ln-61.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016

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

CORTEZ, Maysa. Democracia, Crise de Representatividade e Ativismo Judicial. In: **Reflexões sobre o mínimo existencial e a efetivação dos direitos sociais**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. 230p.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 44.

FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: um instrumento de concretização dos direitos fundamentais**. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, p.141-164, abr./jun. 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. 2ª Ed. Salvador. Juspodivm, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em:

<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

MALDONADO, Maurilio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: Desenvolvimento no Estado brasileiro**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2015.

SALES, T. S.; CORTEZ, M. C. (Org.); SABOIA, J. R. (Org.). **Reflexões sobre o mínimo existencial e a efetivação dos direitos sociais**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. 230p.

OMMATI, Ricardo Emilio Medauar. **Controle da discricionarietà**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista Direito GV**, n. 2, v. 4, Rio de Janeiro, jul.-dez., 2008, p. 441-464. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Revista sequência**, Florianópolis, v. 22, n. 41, p. 83-97, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395>>. Acesso em: 03 nov. 2016.