

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P769

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadora: Claudia Maria Barbosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-350-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Política Judiciária. 3. Gestão da Justiça. 4. Administração da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

A constitucionalização das relações sociais que marcou o início dos anos 2000 no Brasil, e o papel do Judiciário na consagração de direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, legitimaram um certo ativismo judicial que já foi inapropriadamente chamado de ativismo "do bem".

Infelizmente não demorou para que tal ativismo fosse travestido da pura e nefasta politização, evidenciada tanto na ação quanto na omissão do Judiciário em questões que envolveram o processo de impeachment da Presidente eleita Dilma Rousseff em agosto deste ano, e a chamada operação Lava-jato, ainda em curso.

O século XXI vinha evidenciando um protagonismo político do Judiciário que foi exacerbado em 2016 e despertou a sociedade para a necessidade de discutir outros desenhos institucionais que possibilitem a convivência harmônica entre os Poderes da República – não apenas os três tradicionais, executivo, legislativo e judiciário, mas agora quatro Poderes, dado o protagonismo do Ministério Público assumido em todo o processo de julgamento da Presidente.

Tradicionalmente o poder menos perigoso, como afirmou em 1963 o jurista norte-americano Alexander Bickel, o Judiciário brasileiro assumiu sem pudor um protagonismo que lhe era inédito e que encontrou no Brasil uma confluência de fatores que lhe propiciaram tornar-se um superpoder: constitucionalização de direitos e políticas públicas insuficientes ou ineficazes para realiza-los, fragilidade da democracia representativa e descrédito da classe política, corrupção de setores da política e do empresariado, entre outras.

Montesquieu em seu "O Espírito das Leis" advertiu para a necessidade de garantir o equilíbrio entre os poderes e frear o detentor de poder político porque, adverte, “quem tem o poder tende a dele abusar”. Ante o protagonismo político exercido pelo Judiciário, são necessários mecanismos eficazes de controle da sociedade, capazes de assegurar a liberdade no julgar e coibir eventuais abusos, para assegurar a legitimidade da Justiça, sem a qual toda a estrutura em que está erigido o Estado de Direito (e nem se está falando do democrático), torna-se despicienda.

Tal controle funda o que a doutrina vem chamando accountability judicial, a qual pressupõe transparência e responsabilização dos agentes de Estado pelas maus-feitos decorrentes do exercício abusivo da autoridade.

A accountability judicial é corolário da democratização do judiciário, e esta é condição necessária para legitimar sua autoridade republicana, temas sobre os quais há infindáveis discussões que precisam ser levadas à sério.

Mas para além de problemas de desenho institucional, os desafios impostos hoje ao Judiciário são hercúleos, na medida em que repousa sobre seus ombros a solução pacífica de um número cada vez maior de conflitos de diferentes matizes, cuja solução ultrapassam muitas vezes a capacidade da Justiça.

Protagonismo Político, democratização, accountability, eficiência e eficácia são os temas em torno dos quais giram os artigos apresentados e discutidos no grupo "Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça" reunidos nesta obra que tenho a honra de apresentar. Esperamos com isso fomentar e incrementar a discussão, com vistas a influenciar políticas públicas de Estado que tenham por objeto o sistema de justiça, com o intuito de melhorá-lo e torna-lo cada vez mais acessível e legítimo a todo cidadão brasileiro.

Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL: OS LIMITES DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

THE LEGALIZATION OF POLITICAL AND JUDICIAL ACTIVISM: THE LEGITIMACY OF THE JUDICIARY LIMITS THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES TO THE CONSTITUTIONALISM CONTEMPORARY

Renata Mantovani De Lima ¹
Gilson Fernando da Silva ²

Resumo

O artigo visa definir os contornos da judicialização da política e o ativismo judicial, e analisar os limites da legitimidade do Poder Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais à luz do Constitucionalismo Contemporâneo. Por uma abordagem sistêmica, a análise mostra-se importante ao se considerar a reconstrução dos direitos humanos, iniciada após a Segunda Guerra, como vetor da luta pela concretização desses direitos inerentes à dignidade humana. São feitas considerações sobre o Constitucionalismo Contemporâneo e a relação entre Direito, Política e Judiciário. A judicialização da política é abordada como um fenômeno decorrente do contexto social-político-jurídico pós-guerra.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Direitos humanos, Judicialização, Ativismo, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article define the contours of the legalization, political and judicial activism, and analyze the judiciary legitimacy of limits on realization of fundamental rights and guarantees to the Constitutionalism Contemporary. For a systemic approach, the analysis shows is important when considering the reconstruction of human rights, which began after the Second World War as a struggle vector for the realization of those rights inherent to human dignity. Considerations are made on the Constitutionalism Contemporary and the relationship between law, policy and judiciary. The legalization of politics is approached as a phenomenon resulting from the social-political-legal context after the war.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Human rights, Judicialization, Activism, Legitimacy

¹ Advogada, Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, tendo realizado suas pesquisas na Universidade de Pisa-Itália, Professora da Graduação e Mestrado da Universidade de Itaúna/MG

² Advogado, Mestrando da Universidade de Itaúna

1. Introdução

Com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, inicia-se uma nova fase, caracterizada pela internacionalização e proteção dos direitos humanos, o que proporcionou a era do Constitucionalismo Contemporâneo.

Além da previsão de direitos e garantias inerentes à dignidade humana, como resposta à reconstrução dos direitos humanos, ampliou-se o acesso à justiça, a fim de concretizar referidos direitos e garantias, o que culminou com uma crescente judicialização da política. Assim é que, a atuação do Supremo Tribunal Federal passou a ter destaque nas decisões sobre a concretização de direitos e garantias fundamentais não implementados pelos demais Poderes.

Ocorre que a legitimidade das decisões de juízes e tribunais passa a ser questionada, na medida em que inúmeras decisões de interesse público e político passam a ser proferidas além dos limites do texto constitucional.

A par disso, o presente trabalho busca analisar os limites da legitimidade do Poder Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais, e, portanto, de sua validade, apresentando a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial.

Para tanto, foi aplicado o método sistêmico, através de uma pesquisa qualitativa e teórica. Com essa abordagem, encerra-se o objetivo principal do presente trabalho, que é verificar a legitimidade do Poder Judiciário nas decisões de interesse público e político, e estabelecer os limites da respectiva atuação jurisdicional à luz do Constitucionalismo Contemporâneo.

2. Constitucionalismo Contemporâneo: uma relação entre Direito, Política e Judiciário

Após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) surge em 1945, por meio da respectiva Carta, visando, entre outros propósitos, materializar uma cooperação internacional para solucionar os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, com respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

No século XX, as duas guerras mundiais, as atrocidades e os extremismos causados por Hitler significou a “ruptura do paradigma dos direitos humanos”, em decorrência da negação da condição humana como valor para a fonte do direito, de modo que foi preciso

firmar o marco da “internacionalização dos direitos humanos”, reconstruindo tais direitos como referencial e modelo ético a ser seguido. (PIOVESAN, 2008, p. 118).

Em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, através da Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundada no respeito à dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. (PIOVESAN, 2008, p. 137).

E nesse contexto, em termos de perspectiva histórica, é nítida a expressão dos efeitos da Declaração Universal, já que difundiu uma concepção integral de todos os direitos humanos, situando no mesmo plano todas as categorias de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais –, transcendendo, assim, “as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo”. (TRINDADE, 2002, p. 632).

A Declaração Universal de 1948 prevê que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e, em que pese não ser tecnicamente um tratado *stricto sensu* (eis que emana de uma resolução), não há falar em mera declaração de princípios. A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser vista como um código de ética universal, em relação aos atos dos Estados no que se refere à garantia e proteção internacional dos direitos humanos. Daí pode-se dizer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é considerada como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, e reconhecida internacionalmente como integrante do direito costumeiro internacional.

A propósito, assevera-se que a Carta Magna de 1988 apresenta a consagração das conquistas jurídicas, sociais e políticas mais relevantes e transformadoras do País. (ALMEIDA, 2010). Portanto, em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz a lume os direitos e deveres individuais e coletivos, à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (entre outros), demonstrando-se, assim, que os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza.

Decerto, “a Declaração [de 1948] exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais” (PIOVESAN, 2008, p. 147), de modo que os direitos humanos, intrínsecos à dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, são considerados no plano interno e internacional um valor supremo a ser garantido e protegido.

Como instrumento que consolida a obrigatoriedade jurídica dos direitos civis e políticos considerados pela Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1966. O respectivo texto foi aprovado pelo Parlamento Federal do Brasil através do Decreto Legislativo nº 226, em 12 de dezembro de 1991, tendo sido o tratado promulgado internamente pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, após o depósito do instrumento de ratificação brasileiro junto ao Secretariado das Nações Unidas em 24 de janeiro do mesmo ano.

A fim de também consolidar a obrigatoriedade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração de 1948, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja aprovação pela Assembleia Geral da ONU ocorreu por meio da Resolução 2200 (XXI), de 16 de dezembro de 1966, tendo sua vigência internacional iniciado em 23 de março do mesmo ano. No plano interno, a aprovação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se deu em 12 de dezembro de 1991, por meio do Decreto Legislativo nº 226, cuja promulgação foi feita pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

Os direitos humanos foram concebidos como tema global, em virtude de sua internacionalização, revelando-se uma relação de interdependência existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos. (PIOVESAN, 2008, p. 276- 279). A propósito, a própria Declaração de Viena de 1993 prevê em seu parágrafo 8º que “a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente”, cuja “a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais”.

Destarte, não se pode olvidar que a Declaração Universal inspirou (e continua inspirando) inúmeras ordens jurídicas nacionais, bem como deu azo à celebração de vários tratados internacionais.

No plano interno brasileiro, adicione-se a isso o disposto no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A abertura expansionista, típica das Constituições contemporâneas, revelam uma interação estabelecida entre o plano interno e o internacional, em um diálogo transcultural,

revelando-se uma nova perspectiva para o constitucionalismo, em prol de uma maior expansão e implementação do projeto humanitário. Nesse sublinhar, a internacionalização dos direitos humanos é complementada com a constitucionalização do direito internacional público dos direitos humanos, mostrando-se um novo aspecto, qual seja, a existência de um constitucionalismo desvinculado dos Estados-Nação, cujos sistemas jurídicos nacionais sofrem influências “extranacionais”. Tais influências são próprias do fenômeno da mundialização, da globalização econômica, e da universalização dos direitos humanos. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Indubitavelmente, a Declaração Universal de 1948 inspirou o legislador constituinte na elaboração da Carta Magna de 1988, ao consagrar como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos (TÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS), trazendo em seu texto um rol de direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa o marco normativo fundamental do sistema de proteção dos direitos humanos, tanto no plano internacional (ao iniciar o processo de generalização de proteção dos direitos humanos), quanto no âmbito interno (ao inspirar inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais na garantia e proteção desses direitos). Daí é nítido o impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na ordem jurídica brasileira, como fonte de inspiração na garantia e proteção dos direitos humanos inerentes à dignidade da pessoa humana. Vale dizer,

Sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, no Pós Guerra, há, de um lado, a emergência do ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’, e, por outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores. Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido. [...] Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e

vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2006, p. 7- 8).

Em outras palavras, necessário frisar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos introduziu a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, “ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade” (PIOVESAN, 2008, p. 141), caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Com efeito, consagrou-se a ideia de que “os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade”, e indivisíveis, pois a Declaração conjugou “o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais”. (PIOVESAN, 2008, p. 137- 143).

Decerto, o fim da Segunda Guerra Mundial pode ser considerado um marco para o Direito a nível mundial, de modo que o rearranjo dele decorrente significou a transição do Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito, a fim de garantir direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. (FERRAJOLI, 2007).

Para o Brasil, o constitucionalismo representou avanços consideráveis após a promulgação da Constituição de 1988, pelo que, frise-se, foram consolidadas conquistas jurídicas, sociais e políticas essencialmente relevantes.

Nesse contexto, destaca-se a proposta de Canotilho (2001, p. 27-48), segundo a qual extrai-se a afirmação da força atuante do direito constitucional, como “meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”, revelada pela expressão “Constituição Dirigente”.

Segundo Bolzan de Moraes (2011), em seu livro “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos”, os direitos humanos nascem paulatinamente, sendo, portanto, históricos, e formulados de acordo com as circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas. A história revela a construção dos direitos de liberdade, igualdade, e os de solidariedade, que acompanham a primeira, segunda e terceira geração respectivamente. Além do reconhecimento político-social, para o autor há a necessidade de atribuir a tais direitos eficácia jurídica e efetividade prática, atrelando-se às gerações a ideia de maior compromisso de uma das funções do Estado, como: a) à *cidadania civil e política* (1ª dimensão), a *ação legislativa*; b) à *cidadania social e econômica* (2ª dimensão), a *ação executiva através de prestações públicas*; c) à *cidadania pós-material* (3ª dimensão), a *ação jurisdicional* em sentido amplo.

Bolzan de Moraes (2011) traz a ideia de que os direitos humanos são históricos, universais, básicos e fundamentais, em relação à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, das presentes e das futuras gerações. Assim como a afirmação de que é necessário recuperar a relevância das Constituições, para enfrentar o problema envolvendo os direitos humanos, ao passo que, na ideia do autor, o constitucionalismo desempenhou/desempenha uma função fundamental, se não para o desenvolvimento, para o asseguramento de parâmetros mínimos inerentes à vida social democrática e digna.

De outro modo, a Constituição é tida como uma expressão do *pacto social*, que traz as vontades políticas em meio às pretensões históricas e sociais, cujo comando constitucional traz uma verdadeira *pretensão a ser satisfeita*, não se justificando a omissão, pelo que a ordem jurídica possui mecanismos que podem ser usados para viabilizar os valores inseridos na Constituição. Daí, a jurisdição, cuja atuação é legítima do sistema de justiça, possui a tarefa de satisfazer as pretensões deduzidas em juízo, como forma de materializar as garantias constitucionais. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Na lição de Bolzan de Moraes (2011), a carga eficaz das normas constitucionais não pode ser objeto de concessão políticas ou barganhas, diante dos valores intrínsecos de uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários. A ação pública estatal deve incluir não só o reconhecimento dos direitos humanos em nível legislativo, pois, tratando-se das liberdades positivas, imprescindível que se tenha uma atuação promotora dos mesmos, principalmente através de uma ação executiva do Estado.

Igualmente segundo Bolzan de Moraes (2011), para a implementação dos conteúdos dos direitos humanos, em especial os positivos, importante, que se tenha uma compreensão da ação jurídica com fins em uma prática comprometida, para que a Constituição não seja percebida como uma folha de papel, sendo mister, ainda, a concretização dos direitos humanos a partir da jurisdição. O autor lembra que alguns instrumentos são usados na implementação dos direitos humanos, tais como: o habeas corpus, o habeas data e o mandado de segurança, em situações individuais; o mandado de segurança coletivo, em situações coletivas; a ação popular, a ação civil pública, nos casos que envolvem interesses difusos; e nos casos em que pode ser usado o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De mais a mais, ao longo do século XX é possível ver um significativo aumento no desempenho do papel da jurisdição constitucional pelos Tribunais, como no caso do Supremo

Tribunal Federal através do controle de constitucionalidade, razão pela qual pode-se dizer que a jurisdição constitucional estatal acaba por ter atributos e responsabilidades da soberania pública estatal. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Assim é que, com a mudança no perfil do Estado, como *Welfare State*, a executivização / administrativização da Constituição realizada em vários países passa a produzir um refluxo nas práticas constitucionais, em meio a “um processo de *judicialização da e do política(o)* refletido por uma *politização do jurídico*”. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 115-116).

Na lição de Tassinari (2013, p. 28), “o constitucionalismo pode ser definido com uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.”

Destarte, o Constitucionalismo Contemporâneo traz uma nítida relação entre Direito, Política e Judiciário, e, conseqüentemente, uma indubitável inter-relação entre os mesmos. Tanto é verdade que, no Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tem julgado inúmeros casos relacionados à política pública.

Todavia, atos de vontade individuais e atitudes discriminatórias dos juízes, manifestados nos casos que envolvem *questão social e política*, estão levando ao substrato chamado ativismo judicial, o que não se confunde com judicialização da política.

3. A judicialização da política: uma questão social-política-judiciária

A internacionalização e constitucionalização dos direitos humanos, e sua concepção contemporânea, decorrentes das atrocidades vividas na Segunda Guerra Mundial, “provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado.” (TASSINARI, 2013, p. 31-32).

A partir disso, o Poder Judiciário iniciou uma atuação importante na “definição de certos padrões a serem respeitados”, de modo que “pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*.” (TASSINARI, 2013, p. 32).

Nesse sublinhar, o Brasil tem experimentado um crescente recurso à jurisdição, com situações paradoxais, num rearranjo funcional da ação estatal, conhecido como judicialização da política. Assim, diante de direitos sociais inalcançados e da insuficiência de efetivação do projeto constitucional brasileiro, tem-se atribuído um relevante papel ao Poder Judiciário, e

demandas políticas se transformam em contendas judiciais num processo de judicialização da política. (BOLZAN DE MORAIS; VALLE BRUM, 2016).

Além da ideia de concretização dos direitos, soma-se a isso a redefinição do acesso à justiça, e as alterações sofridas no contexto social-político-jurídico, o que também contribuiu sobremaneira para uma crescente judicialização da política. Com efeito,

[...] as transformações ocorridas não ficaram restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho *político-jurídico* (chamadas de ‘tendências no Direito’), *conceitual* (com a introdução da noção de *sociedade complexa*), *comportamental* (com a questão do aumento da litigiosidade) e *estrutural* (a partir da ideia de massificação dos conflitos). Ou seja, o fenômeno de judicialização não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social. [...] Todas estas transformações – a complexidade, o caráter de litigiosidade e a massificação da sociedade – desaguam na judicialização também porque foram impulsionadas por uma redefinição do acesso à justiça. [...] com o alargamento da noção de acesso à justiça, que, elevado a direito constitucional, incorporou o pressuposto de igualdade próprio do constitucionalismo democrático, a judicialização foi incrementada. (TASSINARI, 2013, p. 45-48).

A judicialização da política não decorre de um ato de vontade, pois ela é contextualizada, e, portanto, advinda de questões sociais-políticas-jurídicas à luz do Constitucionalismo Contemporâneo. Ademais,

A reconstitucionalização da Europa, logo após a Segunda Grande Guerra e no decorrer da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar das Constituições e, por decorrência, a importância do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Dessa forma, ocorreu uma maior e mais efetiva aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia, o que produziu um rearranjo nas formas de organização política moderna e liberal. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 62).

A Constituição de 1988 representou uma transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil, a exemplo do disposto em seu artigo 3º, segundo o qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Assim, no atual rearranjo do Estado, a harmonia entre os Poderes, para a concretização dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, é destacada expressamente no *caput* do citado artigo 3º da Constituição Federal. Assim é que,

O Direito Constitucional brasileiro, iniciado com o Estado Democrático em 1988, adquiriu uma importância não apenas técnica, mas passou a simbolizar conquistas e, também, incorporou um papel de mobilização do imaginário das pessoas na perspectiva de busca e demanda pela realização de garantias, direitos e prerrogativas

presentes no texto legislado. [...] é necessário ocorrer uma interligação efetiva, uma integração, entre a jurisdição constitucional e a democracia político-social. Ou seja, o princípio democrático deve se fazer presente nas formas de atuação e de produção do sistema de justiça. A chamada 'jurisprudencialização' da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial*, ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da *neutralidade* do texto normativo. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 63-64).

A judicialização da política não emana de um ato de desejo. A atuação do Poder Judiciário sobre casos de interesse público é plenamente compatível com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, constituída em Estado Democrático de Direito. Além do que, os Poderes são harmônicos entre si. Prepondera-se, desse modo, o valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, capaz de orientar o constitucionalismo contemporâneo nos diversos plano (local, regional e internacional), com especial racionalidade, unidade e sentido para a vida humana.

A judicialização da política não se confunde com a criação ilegítima de direitos e excessos discricionários por parte dos Juízes. A judicialização em referência deve ser compreendida como uma consequência do Constitucionalismo Contemporâneo impulsionado pelas atrocidades praticadas na Segunda Grande Guerra Mundial e a consequente reconstrução dos direitos humanos, em prol da primazia do valor da dignidade humana.

Para Tassinari (2013, p. 36-37), “não há como negar o elo existente entre Direito e Política”, e sua “inter-relação”, e a judicialização da política “é um ‘*fenômeno contingente*’, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais”.

A judicialização da política revela-se um fenômeno social-político-jurídico necessário ao diálogo harmônico dos Poderes, de modo a garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais. De outro modo, a judicialização da política há de ser considerada, também, como uma consequência lógica-transcendental de observância do verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, o valor da dignidade humana, como meio capaz de garantir a concretização e efetivação de direitos e garantias fundamentais não implementados pelos demais Poderes.

4. Ativismo judicial: um ato de vontade do julgador

Se por um lado a judicialização da política demonstra o alargamento do papel político-institucional-jurisdicional (papel contramajoritário exercido pelo Judiciário), independente da vontade de juízes e tribunais, por outro, “o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais”. (TASSINARI, 2013, p. 37).

A partir da vontade individual de juízes e tribunais pode-se provocar o desvirtuamento do texto constitucional, ao satisfazer fins meramente egoísticos ou discricionários, afastando-se, assim, da racionalidade ideológica e jurídica refletida pela judicialização da política como meio de concretizar direitos e garantias fundamentais pela via judicial. Na tentativa de delinear as concepções existentes acerca do ativismo judicial, Tassinari ensina que:

[...] é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a)* como decorrência do exercício do poder de revisar; *b)* como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c)* como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d)* como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. (TASSINARI, 2013, p. 33).

Assim, verifica-se que o fenômeno ativismo judicial está relacionado às decisões judiciais caracterizadas pela correlação existente entre os seguintes elementos: *a)* vontade/desejo/preferências/simpatias/subjetividade; *b)* maior intersetividade do Poder Judiciário; *c)* discricionariedade no ato decisório.

O ativismo judicial afasta-se da racionalidade jurídica e dos ideais de concretização dos direitos e garantias fundamentais, isto é, dos limites constitucionais, em prol da satisfação de um ato de vontade discricionário e egoísta de juízes e tribunais.

Sobre o ativismo judicial, Garapon (1998, p. 54) identifica uma decisão dessa natureza a partir de um critério de desejo, ou seja, de vontade da parte que julga, quando, sob as várias soluções possíveis, a escolha do juiz é feita pelo desejo e não com a devida racionalidade jurídica. Nesse sentido, a lição de Tassinari, ao citar Brunella Casalini:

De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o *construído pelo Judiciário*, isto é, criado pela *vontade* de quem julga (*a lei da vontade*). Esta postura rompe com a noção de ‘supremacia do Direito’ (*rule of law*), na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, ‘selecionando, entre muitos pontos de

vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas'. (TASSINARI, 2013, p. 63-64).

É preciso compreender que o ativismo judicial aparece como um problema de decisão, e, conseqüentemente, de interpretação. A intensidade da intervenção do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, por si só, não caracteriza o ativismo judicial, considerando que esta atuação pode perfeitamente ser realizada nos limites constitucionais. A outro turno, ao identificar a presença dos demais elementos supracitados, isto é, da vontade/desejo/preferências/simpatias/subjetividade de quem julga e da discricionariedade no ato decisório, estar-se-á diante da caracterização do ativismo judicial.

5. Os limites da legitimidade do Poder Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais: uma questão de reflexividade, interpretação e princípio

Pierre Rosanvallon (2009), em seu livro *“La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad”*, defende a ideia de que a legitimidade democrática não está somente no princípio majoritário (procedimento da eleição), tendo outras formas de “falar em nome da sociedade” ou de “ser representativo” (por “imparcialidade”, por “reflexividade” e por “proximidade”), as quais superpõem-se as dimensões da legitimidade pela via da eleição (opção subjetiva) e do concurso (seleção objetiva). Isso no sentido de que o governo da maioria se apoia em uma legitimidade imperfeita, a qual necessita ser fortalecida por outros tipos de legitimação democrática.

Para Pierre Rosanvallon (2009, p. 136-142), a legitimidade por imparcialidade diz respeito àquela conferida às instituições ditas “autônomas”, separadas da Administração Pública, tendo a imparcialidade como sua qualidade, a exemplo das agências reguladoras que possuem uma forte legitimidade democrática que não deriva das eleições, e que são tidas como sensíveis às demandas da sociedade. Assim,

El propio principio de un comportamiento imparcial puede revestir también una dimensión representativa por la preocupación que lo anima de tomar muy en cuenta la totalidad de los datos de un problema y no desatender ninguna situación. La imparcialidad es aquí vigilancia, presencia activa en el mundo, voluntad de dar-le la representación más fiel posible. (ROSANVALLON, 2009, p. 137).

A Legitimidade por proximidade, como explica Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 76-78), “se aproxima de uma atitude do poder perante o povo, tendo seu foco no

comportamento das autoridades”. Está relacionada à ideia de justiça procedimental, ou seja, de como os cidadãos são tratados pelo Estado, pressupondo uma equidade na forma de tratamento. Na legitimidade por proximidade, por exemplo, o avanço da comunicação pela internet e a mídia permitiu um contato mais próximo entre governantes e governados, e mais transparência e informação estatal. Daí,

La proximidad significa, em ese caso, presencia, atención, empatía, compasión, con la mezcla de datos físicos y elementos psicológicos; remite al hecho de un estar juntos en los diferentes sentidos de la expresión. Em tanto interacción, la proximidad corresponde luego a una modalidad de la relación entre gobernados y gobernantes. Estar cercanos, para estos últimos, quiere decir en ese caso estar accesibles, ser receptivos, en situación de escuchar; también significa responder a las demandas, aceptar explicarse sin ampararse tras la letra del funcionamiento institucional; implica, pues, exponerse, actuar de manera transparente bajo la mirada del público; del otro lado es darle a la sociedad la posibilidad de hacer oír su voz, de ser tomada en consideración. (ROSANVALLON, 2009, p. 249).

Por fim, a legitimidade por reflexividade, para Rosanvallon, segundo registrado por Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 79), visa corrigir o caráter incompleto da democracia, no que se refere a três suposições, a saber: a) “a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral”; b) “a assimilação dos eleitores com o povo”; c) e “o perdurável exercício da atividade política e parlamentar em continuidade ao momento eleitoral.”

Ainda na lição de Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 79), Rosanvallon também expõe os três conceitos operacionais de “povo”: a) “povo eleitoral”, relativo à consciência numérica da maioria e da minoria nas urnas; b) “povo social”, que se dá como uma sucessão ininterrupta de minorias ativas ou passivas, por meio de protestos e iniciativas de qualquer natureza; c) “povo princípio”, que diz respeito ao princípio da igualdade, de composição comum, de inclusão de todos na sociedade observando-se seus direitos fundamentais. Porém, nenhuma das três figuras de povo, por si só, “pode pretender encarnar adequadamente o sujeito democrático”, tendo em vista que, considerando a generalidade social, de maneira global, mister representar e superpor ambas as figuras:

Considerada de manera global, la institución de la generalidad social implica, pues, representar y superponer las tres figuras del pueblo-electoral, del pueblo social y del pueblo-principio. Ninguna de ellas, por sí sola, puede pretender encarnar adecuadamente al sujeto democrático. (ROSANVALLON, 2009, p. 195).

Nesse sublinhar, as Cortes Constitucionais atuam por reflexividade de forma contramajoritária, contribuindo para a construção de uma vontade comum, eis que é característica dessa legitimidade por reflexividade a redução da distância entre a democracia definida como procedimento (urnas) e a democracia identificada como conteúdo (princípios). (ROSANVALLON, 2009, p. 215).

Dessa forma, os Juízes precisam buscar soluções para os problemas, atuando com seriedade, mais comprometido com o povo princípio, a fim de promover uma coerência principiológica da respectiva comunidade. Isso exige uma atuação judiciária com maior compromisso, respeito, igualdade e consideração para com o indivíduo em sociedade. Pois, segundo Rosanvallon (2009, p. 195), “el pueblo-principio le da consistencia bajo el modo de una igualdad incluyente, basada en la posibilidad para cada individuo de ser plenamente considerado en su existencia o en su dignidad.”

Com base no ensinamento de Rosanvallon (2009, p. 212-214), a reflexividade permite uma discussão política de forma objetiva, condicionada pelos métodos de raciocínio jurídico, de modo que o Poder Judiciário participa da ampliação do sistema representativo como modalidade positiva de organização da democracia, em prol de uma expressão mais fiel da vontade geral.

Las cortes constitucionales, en tanto terceros reflexivos, tienen ante todo una función de representación social y política. Hacen justicia a la existencia del pueblo-principio, cuya figura no ha dejado de cobrar importancia en el nuevo mundo de la singularidad que hemos descripto. Em efecto, esta revolución sociológica ha implicado una transformación de las relaciones entre el derecho y la democracia y, por lo tanto, entre el control de constitucionalidad y el principio mayoritario. (ROSANVALLON, 2009, p. 206).

Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 82-83) afirmam que há uma proximidade entre a legitimidade por reflexividade de Pierre Rosanvallon e o pensamento de Ronald Dworkin sobre a atividade jurisdicional (que é exercida como um “romance em cadeia”) e os tribunais (que respeita a “integridade do Direito”). Isso porque, em Dworkin, a legitimidade do Poder Judiciário é exteriorizada com respeito “à integridade do Direito”, cuja atuação deve ser coerente em relação aos princípios existentes no ordenamento jurídico, observando-se a referida integridade. É que,

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus

cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. [...] A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. [...] O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. (DWORKIN, 2007, p. 202-203).

Assim, a atuação dos juízes e tribunais à luz do Direito como integridade é essencialmente interpretativa, considerando a coerência entre os princípios (e o povo princípio, na visão de Rosanvallon), num romance em cadeia, a fim de encontrar a melhor resposta que se quadre nos limites da racionalidade jurídica e principiológica.

Os juízes e tribunais precisam exercer a jurisdição com respeito aos princípios, dever e consideração para com os indivíduos como iguais em sociedade. Não deve haver, pois, ato de vontade egoísta e discricionariedade no ato de decisão nem intervenção desarrazoada. Soma-se a isso a observação feita por Streck, no sentido de que para cada interpretação e aplicação há de ser feita uma reconstrução histórico-institucional, aproximando-se da razão prática:

É necessário, pois, que retomemos a razão prática como mundo prático e não como razão sistemática-instrumental (da qual a proporcionalidade é marca indelével), pois essa exige um mundo previamente entificado, abstraído das condições concretas de sua própria formação. Quando lidamos com o mundo prático, o 'prévio' é hermenêutico e a possível entificação do 'conteúdo material' dos princípios já é secundária. Enfrentar o mundo prático dos princípios pressupõe o acontecer de algo que antecede o sistema e que o condiciona, sendo a percepção desse problema condição necessária para a construção de uma 'teoria adequada' sobre os princípios. [...] Cada interpretação/aplicação necessita de uma reconstrução histórico-institucional. Trata-se de buscar sempre o DNA do caso sob discussão. (STRECK, 2009, p. 532).

Ademais, como foro de princípios, os tribunais precisam tomar decisões de princípios (e não de política), isso considerando o sistema constitucional, aplicando-se, assim, a teoria substantiva da representação extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2005, p. 101).

Portanto, compartilhamos do entendimento de que a legitimidade do Poder Judiciário, em meio à judicialização da política, é exercida por reflexividade, cujos limites referenciais são as concepções de povo princípio (Rosanvallon), integridade do Direito, teoria substantiva da representação (extraída do princípio básico de que os indivíduos devem ser

tratados como iguais) e coerência em relação aos princípios (Dworkin), e reconstrução histórico-institucional, aproximando-se da dimensão prática (Streck).

6. Conclusão

O fim da Segunda Grande Guerra Mundial, e a conseqüente reconstrução dos direitos humanos em prol da primazia do valor da dignidade humana, e o Constitucionalismo Contemporâneo, resultaram na judicialização da política como questão social-política-jurídica, na tentativa de concretizar direitos e garantias fundamentais.

Todavia, o ativismo judicial, caracterizado por um ato de vontade egoísta e discricionário de juízes e tribunais e por intervenções judiciais desarrazoadas, aparece como problema desse contexto, o que não se confunde com o fenômeno da judicialização da política.

Infere-se, por fim, que a legitimidade do Poder Judiciário, nas decisões de interesse público e político, é obtida por reflexividade, a qual deve ser exercida observando-se a concepção de povo princípio trazida por Rosanvallon, a comunidade de princípio, a qual Dworkin intitula de “romance em cadeia”, e a reconstrução histórico-institucional por aproximação da dimensão prática, referida por Streck.

7. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi. (Org.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional* - Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos - vol. 2. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 222.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, Jose Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, Jose Luis; VALLE BRUM, Guilherme. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

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

_____, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Flávia. *Direito Constitucional: direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Disponível em: <
http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf> Acesso em: 30 jul. 2016.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. 1. ed. Buenos Aires: Manantial, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação: (ensaios, 1976- 2001)*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002. p. 632.