

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

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

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P769

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

Coordenadores: José Henrique Mouta Araújo; José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-864-6

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

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Os artigos apresentados neste Grupo de Trabalho durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, sob o tema: “Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça i”, guardam entre si uma íntima e estreita ligação de multidisciplinaridade em relação à temática do Direito Constitucional, mas, sobretudo, o Acesso à Justiça enquanto sua realidade cimentar e integradora.

De certa forma, observou-se nas exposições e debates, uma clareza da importância da afirmação da necessidade de uma política cada vez mais clara do próprio Sistema de Justiça como um todo, alterar sua constante afirmação de eixos próprios concorrentes, para não dizer desintegradores, já que se observa uma afirmação constante dos projetos e mesmo as ações das instituições do Sistema de Justiça, gozando de uma autonomia, o que seria afirmativo, mas que acaba se concretizando num processo concorrente e pouco dialogal.

Isso certamente ocorre, pela ausência de natureza multidisciplinar na ordem quase confessional, que implica num reflexo, diríamos, da forma visceral e contributiva para superação que não se apresenta no exercício institucional, seja porque concorrem pelo monopólio de dizer o que é o Direito, seja, sobretudo, porque sua tradição é mesmo disciplinar e pouco afeita a mudanças.

Esse foi o eixo norteador das discussões de nosso GT, mormente, indicando a necessidade urgente de superação dessas leituras estanques e pouco avançadas de formas de ver a própria “Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça” e também o “Processo, jurisdição e efetividade da Justiça” como instrumentos mais complexos, sobretudo, mais disponíveis aos efeitos dialogais de uma ordem que se propõe mais afeita ao diálogo e oxigenação das formas tradicionais do próprio acesso à justiça, que se confunde com acesso ao judiciário.

Dia desses, uma sala de aula, diálogos e diálogos que indicam cada vez mais a reflexão e o avanço acadêmico de propostas inusitadas e inovadoras.

José Henrique Mouta Araújo - CESUPA

José Querino Tavares Neto - UFG / PUC/PR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

JUDICIAL ACTIVISM AND THE JUDICIALIZATION OF THE POLITICS: LEGITIMACY OF THE JUDICIARY

Giovanni Galvao Vilaca Gregorio ¹

Letícia da Silva Almeida ²

Resumo

Este trabalho científico faz uma revisitação aos fatores que desencadearam o fenômeno da judicialização da política e também do ativismo judicial para problematizar a atuação proativa do Judiciário diante de questões políticas com alta carga valorativa. Por meio de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e dissertações, serão abordadas as teorias substancialista e procedimentalista, com enfoque nessa última, para criticar a postura ativista dos tribunais quando se imiscuem em temáticas como a concretização de direitos fundamentais, as quais devem ser debatidas na esfera democrática do Estado: o parlamento. Neste trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Judicialização, Judiciário, Legitimidade, Atuação do judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific paper revisits the factors that triggered the phenomenon of judicialization of politics and also of judicial activism to problematize the proactive action of the judiciary in the face of political issues with high value. Through bibliographical research in books, scientific articles and dissertations, the substantive and proceduralist theories will be approached, focusing on the latter, to criticize the activist posture of courts when they are involved in themes such as realization of fundamental rights, which should be debated in democratic sphere of the state: the parliament. In this work we used the bibliographic research through the deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judicialization, Judiciary, Legitimacy, Performance of the judiciary

¹ Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Univeridade FUMEC.

² Mestra em Direito Privado pela Universidade Fumec. Professora da Faculdade Pitágoras.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da política e o ativismo judicial são temas que suscitam amplo debate acadêmico, tendo em vista a crescente atuação protagonista do Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, diante de casos complexos com alta carga moral e valorativa.

Desse modo, surge a necessidade de perquirir acerca dos limites de atuação do Judiciário, considerando também a legitimidade deste para apreciação de questões que fatalmente interferem na esfera do Legislativo e do Executivo, justificando a pesquisa que ora se apresenta.

Por isso, no primeiro capítulo, realiza-se breve retrospecto do nascedouro do fenômeno da judicialização da política e também do ativismo judicial, ressaltando, inclusive, a distinção dos referidos termos.

No capítulo seguinte, abordar-se duas teorias que examinam o ativismo judicial, quais sejam, o substancialismo e o procedimentalismo, e na perspectiva do procedimentalismo fraco, o postulado do minimalismo judicial desenvolvido por Cass Sunstein, para subsidiar a crítica ao comportamento proativo dos tribunais ao tratar de questões políticas, geralmente relacionadas a direitos fundamentais.

A fonte de pesquisa é a bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos e dissertações. A vertente metodológica é a teórico-jurídica e o método dedutivo.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: RETROSPECTO

Para se entender o que comumente denomina-se judicialização da política e ativismo judicial, é importante um breve retrospecto para a compreensão do alargamento da atuação do Judiciário, conforme anuncia Loiane Prado Verbicaro:

[...] o fenômeno da judicialização da política, ao ensejar uma ampliação da participação qualitativa e quantitativa do Poder Judiciário, acaba por propiciar, amiúde, uma postura mais ativa e protagonista dos tribunais, que passam a ser provocados a participar mais diretamente dos problemas políticos centrais das democracias contemporâneas. (VERBICARO, 2019, p. 392).

Como primeiro fator, tem-se as transformações pelas quais passaram as democracias ocidentais.

Na perspectiva do Estado Liberal, a atuação do juiz se mostrava mais rígida, não se consentindo a criação de normas no caso concreto:

Numa perspectiva do constitucionalismo rígido, os juízes não podem criar normas já que isso implicaria numa invasão do campo da legislação, cabendo-lhes somente censurar a sua invalidade por violação ao texto constitucional, anulá-las no âmbito da jurisdição constitucional, desaplicá-las ou suscitar exceções de inconstitucionalidade no campo da jurisdição voluntária. (LEMOS JUNIOR; ARAÚJO, 2018, p. 210).

E Verbicaro (2019) acrescenta que “[...] os liberais desenvolveram um método que mantinha o juiz absolutamente preso à lei, à luz dos pressupostos da escola exegética” (VERBICARO, 2019, p. 114).

Contudo, na perspectiva do Estado Social, os direitos foram entronizados em constituições cada vez mais garantistas, cuja proteção acabou deslocando para o Judiciário.

Nesse ponto destaca-se que o controle de constitucionalidade, propagado pelo *judicial review* americano, contribuiu para a ampliação da atuação do Judiciário.

Vale também ressaltar que a perspectiva da jurisdição constitucional é também determinante em relação à pujança do controle judicial sobre atos do Legislativo e do Executivo.

Até meados do século XX prevalecia na Europa o entendimento de que a regulação da vida social se dava por meio de leis editadas pelo parlamento.

A constituição não possuía força normativa para a garantia de direitos, mas representava um manifesto político de inspiração para a edição de normas jurídicas (LEMOS JUNIOR; ARAÚJO, 2018). Ao parlamento cabia, com exclusividade, a criação do direito, e ao Judiciário, a aplicação aos casos concretos.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, houve intensa valorização dos direitos humanos com a Declaração Universal de 1948, em oposição aos regimes totalitários de práticas majoritárias, exurgindo a ideia de supremacia da constituição como repositório desses direitos humanos, individuais e sociais, figurando o Judiciário como seu grande protetor e principal intérprete das cartas constitucionais.

A propósito, elucida Loiane Verbicaro:

Com a crise da modernidade, consolidou-se a ideia de decadência do positivismo jurídico, emblematicamente relacionada à derrocada dos regimes totalitários do pós-guerra que, distanciando-se das ideias de fetiche da lei e do formalismo acrítico que serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados, ao permitirem o exercício do poder político e militar [...]

ensejaram a necessidade de repensar e de redirecionar o papel do direito e da moralidade no interior dos regimes políticos contemporâneos. Como consequência desse realinhamento, consolidou-se um novo constitucionalismo democrático e a ideia de valorização dos direitos humanos, conforme expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, como limites ético-valorativos de atuação do Estado. (VERBICARO, 2019, p. 182).

O Judiciário foi, portanto, legitimado a proteger e materializar a implementação de direitos fundamentais, gerando ampliação do poder de interpretação à luz das normas constitucionais para resistir às pressões políticas dos outros poderes, evidentemente, com uma dose de discricionariedade (VERBICARO, 2019).

Coube ao Judiciário, então, optar pelo desempenho clássico da microlitigação ou adotar uma função contramajoritária, de guardião dos direitos fundamentais.

Aliás, ressalta Boaventura de Souza Santos:

[...] ou atua no padrão de desempenho clássico de microlitigação, reativo, apolítico (modelo tipicamente liberal) e, com isso, tem a sua independência preservada, mas correndo o risco de se tornar socialmente irrelevante; ou assume a sua função contramajoritária, de guardião dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, a partir de uma postura promotora e inclusiva, cumprindo sua função social, mas arriscando-se a entrar em competição com os outros poderes e a sofrer pressões e constantes tentativas de limitação de sua esfera de responsabilidade (SANTOS, et al, 1996, p. 25).

Optando pela segunda vertente, o Judiciário assume a responsabilidade de concretizar os direitos fundamentais, com evidentes implicações no campo político, onde atuam o Legislativo e o Executivo.

Isso criou uma tensão em vários aspectos, que vai desde o limite de atuação do Judiciário, até a discussão de sua legitimidade para adentrar em questões que, até então, eram reservadas aos outros Poderes, tendo como pano de fundo, a própria democracia dos Estados de Direito contemporâneos.

Transpondo para o Brasil, verifica-se a proeminência do Judiciário após a promulgação da Constituição de 1988, já que nesse momento pós-ditatorial o Judiciário readquiriu a independência, ao mesmo tempo em que recebeu novas funções, produzindo aumento da procura judiciária, em certa medida, pelo amplo e irrestrito acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

No contexto brasileiro, a Constituição alçou o Judiciário a uma atitude protagonista, eis que passou a envolver-se diretamente na esfera política, originando, assim, o fenômeno da

judicialização da política, inclusive das políticas públicas, consoante explicitam Eloy Lemos Junior e Dalvaney Aparecida de Araújo:

A judicialização das políticas públicas opera-se quando os órgãos jurisdicionais, no desempenho normal de suas funções, tem sua atuação afetada de modo significativo, devido à necessidade de decidirem sobre questões de elevado caráter político, em especial, intervirem mediante provimentos jurisdicionais para direcionar, corrigir ou exigir a implementação de ações públicas para a satisfação de direitos individuais ou coletivos. Reside, pois, em questões relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final, o que implica, em muitas vezes, na substituição das decisões políticas tomadas pelos gestores públicos. (LEMOS JUNIOR; ARAÚJO, 2018, p. 219).

Diante de eventual omissão ou ineficiência do Executivo ou Legislativo, o Judiciário atua como espécie de ator político, em muitos casos, direcionando a implementação de políticas públicas com vistas à efetivação de direitos fundamentais, tais como a da dignidade da pessoa humana.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: DISTINÇÃO

Embora a judicialização da política e o ativismo judicial tenham forte correlação, não são termos sinônimos, na medida em que o ativismo refere-se a uma forma de interpretação proativa do Judiciário acerca do texto constitucional, a qual não foi levada em consideração pelo próprio legislador.

Trata-se de uma expansão dos significados dos direitos fundamentais a partir de princípios constitucionais de textura aberta, expressos ou implícitos, na busca de sua concretização.

A postura mais ampla do Judiciário, em geral, causa interferência na esfera de atuação das outras funções, por se tratar de questões políticas:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. [...] a ideia do ativismo 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. (BARROSO, 2012, p. 371).

A judicialização da política, por outro lado, relaciona-se ao fenômeno decorrente de todos os fatores abordados no tópico anterior, notadamente o modelo constitucional, e que gerou intensa provocação do Judiciário para discussão de matérias que não eram tratadas na seara judiciária.

Essa situação é que coloca o Judiciário de escolher portar-se de maneira conservadora ou protagonista, não implicando necessariamente em um exercício deliberado de vontade política.

Enfatiza Luis Roberto Barroso a respeito do ativismo judicial em contraponto ao fenômeno de judicialização:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Comumente ele se instala em um contexto de retração do Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008, p. 6).

Ressalta-se que o fenômeno da judicialização política, ao ensejar uma ampliação da participação qualitativa e quantitativa do Poder Judiciário, propicia o ativismo judicial, todavia, essa relação não é necessária, pois o comportamento proativo depende do juiz diante do caso apresentado.

3 PROCEDIMENTALISMO VERSUS SUBSTANCIALISMO

O ativismo judicial, assim como ocorreu no Brasil, suscita alguns questionamentos em torno da legitimidade das decisões judiciais em matéria política, a qual será analisada a partir das teorias substancialista e procedimentalista, enunciadas por Eloy Lemos Junior e Dalvaney Aparecida de Araújo:

O neoconstitucionalismo enfrenta ainda um conflito de caráter geral no tocante ao papel da Constitucionalismo e ao espaço adequado da jurisdição constitucional. São duas ideias distintas. O primeiro, o procedimentalismo, sustenta que o papel da constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a fluidez da democracia. Essa teoria pressupõe que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político devem ser objeto de análises do povo ou de seus representantes. Outrossim, já o substancialismo, indica ou inverso, esteando que a legitimidade da adoção de decisões substantivas deve ser objeto das Constituições. Entendem que o texto constitucional deve impor ao campo

político um conjunto de decisões valorativas consideradas essenciais e consensuais. (LEMOS JUNIOR; ARAÚJO, 2018, p. 212).

O substancialismo pressupõe parte da correção substantiva das decisões como único critério, sendo indiferente à questão procedimental, pois:

Para essa teoria, não importa quem sejam os atores e autores do processo de tomada de decisão, nem como as engrenagens institucionais estão organizadas para propiciar o consenso político. O único que importa para avaliar e valorar a legitimidade das decisões políticas é que estas estejam de acordo com certos critérios determinados de justiça. (VERBICARO, 2019, p. 457-458).

O substancialismo puro considera legítimas as decisões judiciais de cunho político, concernentes com o que se considera justo, no entanto, Linares sustenta que se revela débil ao tornar irrelevante a ideia de autoridade, procedimento e respeito às decisões políticas em uma sociedade marcada pelo pluralismo (LINARES, 2008, p. 32).

Portanto, a grande questão do substancialismo puro é a consideração do pluralismo, haja vista que nenhuma sociedade, em qualquer momento histórico, partilhou dos mesmos pensamentos e ideologias, não havendo que se falar em uma concepção unívoca de bem (RAWLS, 2008).

Ainda assim, “são necessários procedimentos para estabelecer critérios legítimos para a condução e organização da sociedade” (VERBICARO, 2019, p. 458).

Nesse contexto, é importante trazer o entendimento de Ronald Dworkin sobre a atuação substancial do juiz, a partir de uma interpretação construtivista e leitura axiológica das normas jurídicas.

Em sua teoria, Dworkin busca conciliar posturas até então antagonistas:

Dworkin tenta conciliar postulados que, historicamente, foram considerados como inconciliáveis: trata-se da existência de juízos interpretativos que acenam à dimensão moral do direito e da possibilidade de que os mesmos possam ter um caráter objetivo (VERBICARO, 2019, p. 296-297).

Na visão de Dworkin, as decisões judiciais devem estar permeadas de racionalidade e pautadas em argumentos principiológicos, isto é, “o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar em geral”(DWORKIN, 1999, p. 10).

Dworkin admite que o sistema jurídico tenha uma função de garantidor de direitos e os princípios jurídicos, expressos e implícitos, permitem que o direito nunca seja incompleto, em “emanação de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso o que o império da lei realmente significa” (DWORKIN, 2001, p. 80).

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com a importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretção radical até mesmo da regra mais arraigada. Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da "supremacia do Poder Legislativo", um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do status quo, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juizes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória (DWORKIN, 2010, p. 60-61).

Essa perspectiva de protagonismo judicial adotada por Dworkin coincide com o modelo de substancialismo fraco:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso (DWORKIN, 1999, p. 215).

A linha do substancialismo fraco que conquistou muitos adeptos nas últimas décadas do século XX e na primeira década do século XXI, defende a proteção de um núcleo de direitos e liberdades fundamentais presentes na Constituição da República de 1988 capaz de limitar o procedimento democrático.

Já no procedimentalismo, em sua vertente pura, a legitimidade das decisões tem como escopo os procedimentos, sem qualquer referência a valores, considerando que os desacordos são amplos e profundos.

Loiane Verbicaro, no entanto, faz as seguintes ponderações:

Se os desacordos substantivos são tão amplos e profundos, por que pensar que se pode chegar a um acordo acerca do procedimento? Por que não supor, então, que o fato do pluralismo e os amplos desacordos contaminarão também as concepções acerca de procedimentos legítimos? (VERBICARO, 2019, p. 455).

O procedimentalismo puro, que exclui qualquer consideração substantiva, não se sustenta porque o reconhecimento de valores como o da igualdade e da autonomia pessoal revela a dimensão substantiva do procedimentalismo, significando que a primazia do procedimento democrático compreende a correção de um critério substantivo a ele subjacente (VERBICARO, 2019, p. 456).

Jeremy Waldron afirma que os profundos desacordos devem ser debatidos democraticamente, especialmente em razão do pluralismo político e social, privilegiando a participação em igualdade no âmbito do Legislativo (LINARES, 2008).

Cabe destacar, no entanto, que nem mesmo Waldron defende o procedimentalismo puro, conforme se observa do texto em que equaciona sua oposição ao *judicial review*:

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas preveem, para revolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e trata-las como iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentam, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo nessas discordâncias sobre direitos.

Talvez haja circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de ofuscação e cerceamento valham a pena ser suportados por certo tempo. Mas os defensores do *judicial review* devem começar a fazer suas alegações a favor da prática francamente sobre essa base – e fazê-lo com um grau de humildade e vergonha em vista das circunstâncias que a fizeram surgir – em vez de pregá-las aos quatro ventos como epítome do respeito aos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da moderna democracia constitucional (WALDRON, 2010, p. 157).

Visando refrear o protagonismo judicial, mas reconhecendo a importância da dimensão substantiva, há o procedimentalismo fraco, que estabelece a primazia do procedimento democrático sobre as questões substantivas, baseado na igual dignidade e autonomia das pessoas (LINARES, 2008).

De acordo com Habermas, o procedimento democrático é o adequado para revisar as questões de justiça, bem como os limites e alcance dos direitos fundamentais, ao passo que os valores substanciais devem permanecer com os participantes do procedimento democrático (HABERMAS, 1999).

Para Antoine Garapon, a crescente intervenção do Judiciário na seara política acarreta crise de legitimidade nas democracias ocidentais, visto que não pode ser enxergado como transferência da soberania do poder do povo ao Judiciário.

O referido autor ressalta também que “a transferência irracional de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça.” (GARAPON, 2001, p. 23-53).

Assim, a presença dos tribunais no controle das decisões tomadas por procedimentos democráticos conduz “à colonização do mundo pela vida do direito, acarretando um esvaziamento das práticas republicanas da democracia e da soberania popular” (VERBICARO, 2019, p. 397).

Além disso, o ativismo judicial retira a dialeticidade das relações em que os próprios afetados – o povo – possam decidir o que deve ser feito, outorgando a um terceiro – o Judiciário – a incumbência de determinar a condução da vida dos cidadãos.

Desse modo, o parlamento, e não o Judiciário, é o que se encontra legitimado para interferir na ordem de valores políticos substanciais, refletindo o consenso plural e democrático, conforme afirma Luiz Werneck Viana:

O gigantismo do Poder Judiciário tem como consequências a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a sua judicialização, o que gera um desestímulo a um agir orientado por fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as únicas referências para os indivíduos (WERNECK VIANA *et al*, 1999, p. 24).

Deve-se, antes, valorizar o processo majoritário de formação da vontade política, o qual não pode ser substituído pelos tribunais, sob pena de criar um governo de juízes ou a juristocracia.

Para tanto, Garapon adverte que a condição para o retraimento do Judiciário é o fortalecimento das instituições indispensáveis à vida democrática (GARAPON, 2001).

4 MINIMALISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO DO JUDICIÁRIO

Na mesma linha do procedimentalismo fraco, Cass Sunstein desenvolve o minimalismo judicial:

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo. (SUNSTEIN, 2008, p. 5).

A característica marcante do minimalismo é a autocontenção judicial, significando o exercício da justiça de acordo com as leis criadas e, mesmo diante de casos difíceis e controversos, deve estar restrito ao oferecimento de respostas que primem pela não interferência em questões de princípios.

O minimalismo judicial tem o objetivo de dar espaço ao debate e promover os processos democráticos, pautando-se por uma ação judicial que diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular:

O minimalismo é considerado uma perspectiva teórica liberal e representa um projeto teórico complexo, com diversas dimensões. Possui uma pretensão descritiva da interpretação constitucional, pois constantemente se refere aos juízes que optam por decidir menos. Em sua dimensão normativa, crítica e celebra decisões judiciais conformes à proposta de evitar grandes considerações teóricas. Há uma inegável dimensão estratégica, justificada, sobretudo, pela possibilidade de reduzir as dificuldades na tomada de decisões polêmicas nos tribunais colegiados, e evitar os “custos” de decisões equivocadas, que comprometam o futuro (ZIEGLER; GAUER, 2016, p. 99).

Excepcionalmente, no caso de leis que comprometam o processo político ou que impeçam o exercício da cidadania, o minimalismo invoca a moralidade interna da democracia.

Por isso o minimalismo judicial é considerado uma forma de procedimentalismo fraco, já que apenas em casos raros os tribunais podem interferir em questões aprovadas pelo parlamento.

Sunstein enumera dois casos em que o Judiciário deve ter um papel ampliado, nas palavras de Loiane Verbicaro:

O primeiro caso envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política. De acordo com o autor, a interferência governamental ao direito de voto e de expressão pode ativar a proteção judicial para viabilizar as condições à cidadania, deliberação e igualdade política. Nesses casos, as cortes não devem adotar a atitude de deferência ao processo legislativo.

O segundo caso envolve grupos ou interesses que, pela natureza, são incompatíveis a uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias). (VERBICARO, 2019, p. 468).

Na perspectiva histórica da jurisprudência brasileira, verifica-se uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, na concepção de concretude atribuída ao mandado de injunção (MI nº 670/ES), na interpretação atualmente conferida à fidelidade partidária (ADI nº 3999/DF), na cassação de mandatos parlamentares em ação penal (AP nº 470/MG), no reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº. 4.277/DF) e em tantos outros casos.

A mesma situação ocorre em relação à judicialização da saúde, em que o Judiciário assumiu papel de maior relevância na efetivação desse direito fundamental, mediante decisões que intervêm diretamente nas políticas públicas e, por consequência, no orçamento público aprovado pelo Legislativo e desenvolvido pelo Executivo.

Na verdade, desde as cortes superiores, verifica-se uma reiteração de fundamentos baseados em *standards* como o acesso universal e integral aos serviços de saúde e, em última análise, na dignidade da pessoa humana, no entanto:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de por meio deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial (...). Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO,

2007, p. 144).

Na medida em que o Judiciário reafirma-se com o compromisso constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, olvida-se, muitas vezes, do efeito multiplicador dessas decisões judiciais, bem como dos impactos no orçamento e na estruturação do Sistema Único de Saúde:

O que não se tem em conta é o reforço que essa lógica subliminarmente empreende a um sentimento inconfesso de ausência de vinculatividade dos instrumentos de planejamento orçamentários. Em nome da garantia pontual de uma ação reclamada judicialmente, tem-se o esvaziamento do instrumento constitucionalmente previsto de planejamento (orçamento público), abdicando de um *iter* de ação pública que foi constitucionalmente determinado. (VALLE, 2016, p. 147).

É possível verificar que no viés do ativismo judicial, os magistrados atuam não apenas para fazer cumprir a lei, mas assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos, reivindicando para si a competência para fixar tais conceitos abstratos e concretizá-los. Conferem, portanto, significado mais preciso a esses termos (ZIEGLER; GAUER, 2016).

Contudo, percebe-se a coerência da ideia da autocontenção judicial propagada pelo procedimentalismo fraco e o minimalismo judicial, cujo argumento principal é no sentido de que: diante de casos concretos que envolvam questões fundamentais, o Judiciário deve decidir conforme o que está estabelecido expressamente na Constituição e legislação infraconstitucional, deixando de invocar princípios e tecer novas interpretações e avaliações morais a respeito, evitando, assim, a “criação” de leis.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou estabelecer as premissas e os fatores que ensejaram a judicialização da política e o ativismo judicial, por meio da abordagem das teorias substancialista e procedimentalista.

A partir da vertente procedimentalista, notadamente, o minimalismo de Cass Sunstein, verifica-se que a expansão de atuação do Judiciário na interpretação de direitos fundamentais a partir de princípios constitucionais de textura aberta, ocasiona pontos de tensão com o Legislativo e o Executivo, por ser sua área de atuação.

Portanto, a discussão de questões de alta indagação valorativa, bem como a concretização de direitos fundamentais devem permanecer na esfera democrática - o Legislativo - legitimado para interferir na ordem de valores políticos substanciais.

Adotando-se uma postura de autocontenção, o Judiciário favorece o processo majoritário de formação da vontade política, o qual não pode ser substituído pelos tribunais, sob pena de estarmos diante de uma juristocracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Sancionado em 16 de março de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 670/ES. ESPÍRITO SANTO MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 25/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3999/DF. Distrito Federal Ação Direta De Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 12/11/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. MG - MINAS GERAIS. DÉCIMA SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Revisor(a): Min. MIN. EDSON FACHIN. Julgamento: 13/12/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750448322>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 4.277/DF. DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 18 ago. 2019.

- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERNANDES, Francis Ted. **O Sistema de Precedentes no CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248774,81042-O+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Renavam, 2001.
- JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de Araújo. Os parâmetros de ativismo judicial na conflituosa concessão de medicamentos de alto custo. *In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação.* v. 13, n. 1, pp. 204-234, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez.** Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho em términos das Teoria del Discurso. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.** Madrid: Marcial Pons, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários aos Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2008.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial.** São Paulo: Del Rey, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court,** Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZIEGLER, Joici Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. **Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein**: uma alternativa para a concretização da democracia. *In* Arquivo Jurídico. v. 3, n. 2, pp. 94-111, Terezina, 2016.