II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.

ACTIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y POLITIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL.

Claudia Aniceto Caetano Petuba

Resumo

Novos fenômenos detectados nos marcos do neoconstitucionalismo levantam questionamentos sobre a tradicional teoria de separação dos Poderes do Estado, suas competências e limites. O ativismo judicial, a judicialização da política e a politização do Judiciário são fenômenos que dividem a opinião de doutrinadores, operadores do direito e atores políticos. O presente estudo se debruçará sobre a evolução históricas, fatores promotores, argumentos de defesa e críticas acerca da expansão do Judiciário, a atuação política dos operadores do direito que antes apenas procediam com a subsunção dos fatos às normas, a produção de novo direito por Poder que não possui competência para tal.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Judicialização da política, Politização da judiciário, Neoconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Nuevos fenómenos detectados en los marcos del neoconstitucionalismo plantean cuestionamientos sobre la tradicional teoría de separación de los poderes del Estado, sus competencias y límites. El activismo judicial, la judicialización de la política y la politización del poder judicial son fenómenos que dividen la opinión de los adoctrinadores, los operadores del derecho y los actores políticos. El presente estudio se centrará en la evolución histórica, factores promotores, argumentos de defensa y críticas acerca de la expansión del Poder Judicial, la actuación política de los operadores del derecho que antes sólo procedían con la subsunción de los hechos a las normas, la producción de nuevo derecho por Poder que no tiene competencia para ello.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activismo judicial, Judicialización de la política, Politización de la judicatura, Neoconstitucionalismo

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte da análise de fenômenos contemporâneos detectados nos marcos do neoconstitucionalismo, marcado no mundo após a Segunda Guerra Mundial e advento de um conjunto de direitos universais denominados de Direitos Humanos; no Brasil, foi marcado pelo fim da Ditadura Militar e a promulgação de nova Constituição Federal em 1988.

A separação das funções do Estado na atualidade não é absoluta nos moldes da teoria clássica da separação dos Poderes, em que a segurança jurídica imperava no sentido de fazer o texto normativo incidir sem atuação de poder político. Com a perda de espaço do positivismo, a neutralidade do Judiciário cede espaço para a sua proatividade. É cada vez maior o número de defensores que abertamente defendem o engrandecimento do Judiciário frente os demais Poderes. Guardiãs das leis e do Direito, as estruturas judicantes passaram a inclinar o sistema de freios e contrapesos ao seu favor, ampliando seu poder discricionário e atuação política.

O ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos que surgiram após essas mudanças de concepções, alterando os limites clássicos da teoria tripartite do Estado que versa sobre a separação dos três Poderes, sem que uma nova teoria tenha sido concebida. No modelo clássico, o poder político se concentra no Legislativo e no Executivo, no cenário atual, o Judiciário passa a atuar também no campo das decisões políticas. Os críticos destes fenômenos o são, principalmente, pela atuação contramajoritária dos juízes para criar novo direito sem que tenham sido eleitos pelo povo.

Os recorrentes escândalos, a ineficiência dos gestores em dar respostas rápidas e eficientes para problemas cotidianos da população, a falta de universalidade na execução de serviços públicos que deveriam estar disponíveis e acessíveis a todos que dele necessitassem, o desrespeito à direitos fundamentais que deveriam ser assegurados à toda população contribuem para a manutenção de desigualdades sociais e econômicas e, consecutivamente, o crescimento do sentimento de injustiça no seio da sociedade, forte traço fisiológico e predominância da atuação para interesses corporativos e pessoais frente aos coletivos. São alguns dos fatores que contribuíram para o enfraquecimento do Executivo e do Legislativo perante a sociedade.

Além das limitações dessas instituições do Estado, Luiz Werneck Vianna acrescenta a influência ideológica do neoliberalismo, que com a reestruturação do sistema produtivo promovem a retração da vida sindical e da vida associativa no geral, como

consequência estimularam uma sociedade fragmentada sujeita às oscilações do mercado, "sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizaram para o interior do Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno".[1]

Essa crise de representatividade impulsionou o crescimento do Judiciário frente aos demais Poderes, analisemos os fenômenos a seguir para ao final avaliarmos se tal constatação se trata de uma positiva mutação da teoria que estrutura o Estado ou se trata de alguma violação.

Como metodologia, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema, investigando as obras, artigos e periódicos; como método o dedutivo.

1) A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

A expansão da atuação do Judiciário passou a ser objeto de pesquisas de forma mais recorrente na década de 90, através de temas como judicialização da política, ativismo judicial e politização da justiça. Encontraram forte resistência com a publicação do primeiro livro que se debruçou sobre o assunto em 1995, de C. N. Tate e T. Vallinder; desde então as resistências diminuem e se encontram em alta nos debates acadêmicos e políticos.

Antes mesmo desse período, vozes isoladas já anunciavam esses fenômenos, como a de Tocqueville, que em 1831 opinou que "não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas"[2].

Tal movimento ocorre nos marcos do constitucionalismo contemporâneo, para melhor compreensão, importante destacar seu contornos e características nesta fase, mais conhecida como neoconstitucionalismo. Para Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo possui como marco teórico (além dos marcos filosófico e histórico) a atribuição de força normativa à Constituição, crescimento da jurisdição constitucional e surgimento de uma nova interpretação constitucional[3]. Aponta, ainda, algumas transformações que afetaram o pensamento e prática do Direito: superação do formalismo jurídico, o Direito como interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar, sem soluções pré-definidas; advento de uma cultura jurídica pós-

---

[1] VIANNA, Apud ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. **Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil.**, p. 66.
[2] TOCQUEVILLE, Apud ELÓI; TEIXEIRA, **op. cit.,** p. 62.
[3] BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria,** p. 28.

positivista, a aproximação entre Direito e filosofia, valores na interpretação jurídica, reconhecimento da normatividade aos princípios e evolução de uma teoria dos direitos fundamentais orientada pela dignidade da pessoas humana; ascensão do direito público e centralidade da Constituição, crescimento das normas de ordem pública[4]. Consolidam-se os direitos fundamentais e a democracia como nucleares da nova perspectiva constitucional.

O crescimento do Judiciário e sua atuação política foram propiciadas, também, pela confluência de fatos históricos como o fim da União Soviética e regência do mundo de forma unipolar com o protagonismo dos EUA, berço da judicialização da política; a criação de Tribunais Constitucionais na Europa, estimulados pelo fim da segunda Guerra Mundial, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos individuais e a limitação de atos do Executivo; e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja execução demandou, em alguns casos, que juízes atuassem como legisladores implícitos[5]. Contribuem, ainda, fatores como a incidência de um sistema político democrático, a existência de um ordenamento que seja fundado na teoria da separação dos Poderes e a existência de uma Carta de direitos, o recurso ao Judiciário por grupos de interesse ou oposição, ineficiência de instituições majoritárias em impedir a atuação política das instituições judiciais, delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias às instituições judiciais, percepções negativas das instituições majoritárias. Escândalos, com representantes eleitos no epicentro, afetaram a confiança do povo em seus representantes, confiança transferida pelo povo ao Judiciário, consagrando-o como paladino.[6]

A expansão dos veículos de comunicação e ampliação do acesso à informação, atrelados ao fortalecimento dos meios de comunicação como estruturas privadas, com independência[7] (relativa) do Estado e posicionamentos políticos próprios, estimularam a propagação de escândalos envolvendo, principalmente, representantes políticos das instituições democráticas. Escândalos de fatos reais e escândalos construídos como

---

[4] **Ibid.**, p. 29-30.
[5] ELÓI; TEIXEIRA, **op. cit.,** p. 65.
[6] **Ibid.**, p. 60-61.
[7] A independência dos veículos de comunicação é relativa, pois a maioria possui como principais financiadores os Governos que, através de propagandas institucionais, representam boa parte do faturamento desse tipo de empresa. Financiamento que contribuiu para o êxito de estratégias políticas, como o caso da Rede Globo de Comunicações, principal monopólio da comunicação do Brasil, que apoio o Golpe Militar de 1964 e seu regime que se estendeu por mais de vinte anos, fato confirmado com o pedido de desculpa público deste veículo de comunicação, no histórico editorial de agosto de 2013, disponível em https://oglobo.globo.com/brasil/apoio-editorial-ao-golpe-de-64-foi-um-erro-9771604 em que fala também do envolvimento de outros veículos de comunicação, comprovando a atuação do denominado quarto Poder no sentido de desequilibrar disputas, construir estereótipos, forjar falsas verdades e mentiras.

estratégia de disputas políticas. Atuação do que transparece se um quarto Poder do Estado, ou comum dos Aparelhos Ideológicos de Estado, denominação de autoria de Louis Althusser, que realça o papel dos veículos de comunicação nas sociedades contemporâneas.

Barboza e Kozicki atribuem o crescimento da atividade do Poder Judiciário e sua atuação nas decisões políticas do Estado à implementação de regimes democráticos que adotaram Constituições democráticas e rígidas, com um catálogo de direitos fundamentais protegidos contra a atuação parlamentar[8]. A ampliação do poder político dos tribunais se intensifica após a reestruturação da democracia e do Estado de Direito em países da América Latina e Europa, após regimes ditatoriais.

As bases desse processo de judicialização estão na legislação que confere ao judiciário o controle de constitucionalidade de leis e textos normativos, na revisão judicial que confere poder político e que retira a neutralidade inicial que a teoria da separação dos três poderes destinava ao Judiciário, para então garantir maior protagonismo. Os textos que atribuem estas competências ao Judiciário geralmente se encontram nas cartas constitucionais, embora seja a maioria dos casos não é o caminho absoluto, à exemplo dos EUA em que a judicialização da política não decorreu da Constituição de 1787, mas de decisão da própria Suprema Corte norte-americana[9].

Há países em que o Judiciário pode vir a ser acionado para verificar o respeito à Constituição, nestes casos ele atua como um terceiro poder político do Estado, junto ao Executivo e ao Legislativo. Mas há outros países em que não existe essa função e o Judiciário se assemelha à um órgão público ordinário, com a responsabilidade de prestar justiça nos conflitos particulares ou entre instituições, mas são incapazes de desempenhar um papel político – ou melhor, desautorizados para tanto.[10]

No Brasil, o protagonismo contemporâneo do Judiciário teve início nos anos seguintes à promulgação da vigente Constituição Federal, em 1988, envolveu o esforço dos defensores do protagonismo do Judiciário, para que a teoria constitucional o fizesse assumir esse papel e garantisse a concretização efetiva dos princípios, regras e direitos insculpidos na Constituição recém promulgada. Para Barroso, o Judiciário, incluindo o

---

[8] BARBOZA, Estefânia de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**., p. 02.
[9] ELÓI; TEIXEIRA, **op. cit.**, p. 64.
[10] ARANTES, Apud ELÓI; TEIXEIRA, **op. cit.,** p. 63.

Supremo Tribunal Federal-STF, relutava em aceitar esse papel, quando nos anos 2000 essa postura disfuncional passou a ser progressivamente adotada pelo STF.[11]

No caso brasileiro, os contrários à existência destes fenômenos ou os que os reconhecem, mas os categorizam como positivo, a incidência destes se daria pela maior quantidade de instrumentos de proteção judicial que a promulgação da Constituição Federal de 1988 proporcionou, garantindo assim que os tribunais pudessem ter maior protagonismo[12].

O artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira vigente, trouxe o dispositivo de que "a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", diferente do artigo 94º da Constituição brasileira de 1937 que continha a orientação de que seria "vetado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente política".

Alguns autores, como Werneck Vianna, defendem que esta judicialização não incide apenas sobre as pautas de competência política, mas também nas pautas gerais como que vão da convivência social e direitos de grupos minoritários aos relacionamentos da esfera privada da vida, como a relação entre pais e filhos, o que ele define como a "invasão do Direito sobre o social".[13]

No campo da política, em determinadas questões, os próprios atores políticos judicializam causas quando um dos lados derrotado na seara política tenta reverter o desfecho do impasse sob a guarida do Judiciário. Esses atores habitualmente compõem a oposição de governos e minorias parlamentares.

Ao comentar sobre as pesquisas realizadas por Rogério Arantes e Luiz Werneck Vianna, pelo IDESP no final da década de 90, sobre a judicialização da política e o ativismo do Ministério Público (que classificam como voluntarista), Maciel e Koerner endossam a compreensão de que no caso brasileiro a combinação do controle concentrado da constitucionalidade com o difuso se desdobra em aspectos negativos, um modelo institucional híbrido que gera prejuízos para a governabilidade.

2) ATIVISMO JUDICIAL

Neste novo contexto constitucional, as organizações da sociedade civil e as minorias parlamentares intensificaram o uso desse caminho para implementar

[11] BARROSO, **op. cit.,** p. 27.
[12] MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da política: duas análises,** p. 115.
[13] VIANNA, Apud ELÓI; TEIXEIRA, **op. cit.,** p. 69.

instrumentos de proteção judicial garantidos pelo texto constitucional. Após a redemocratização, cresceram as demandas judiciais, delegando aos juízes e tribunais o desfecho para os variados casos das relações sociais. Situações para as quais, muitas vezes, as respostas não estavam dadas, necessitando da construção de alternativas, argumentadas à luz das normas vigentes constituídas pelo legislador.

O Direito saiu das suas zonas tradicionais, além de conservar e promover conquistas políticas importantes para o desenvolvimento da sociedade, o Judiciário passa, também, a assumir a função promocional. "Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções", descreve Barroso ao falar sobre a transição que passou o Judiciário, deixando de ser um departamento técnico especializado do governo para se transformar em um verdadeiro Poder político.[14]

O discreto limite entre selecionar normas já vigentes no ordenamento jurídico para produzir respostas que não estavam dadas na legislação e substituir o legislador ordinário ao produzir norma nova para responder aos casos concretos, fez com que o operador do direito em muitos casos deixasse de garantir a efetividade dos direitos existentes (ou impedir que eles fossem violados), para passar a produzir novo direito. Novas categorias jurídicas foram criadas, potencializadas pela crescente atribuição normativa aos princípios e emprego de técnicas de ponderação para o caso de colisão de princípios e normas. Para tal atuação do Judiciário se convencionou denominar de ativismo judicial.

Barroso argumenta que, como a solução para determinados conflitos sociais ou institucionais não está pré-pronta na norma, as decisões judiciais não conseguirão persistir se sustentando na fórmula tradicional da separação dos Poderes (ou melhor, já não conseguem há alguns anos); que o juiz não mais se limita a aplicar a solução que já se encontra expressa na norma, seja ela elaborada pelo constituinte ou legislador.

Importante distinguir discricionariedade judicial da criação de nova norma, ao fazer uso do poder discricionário o intérprete atua dentro de uma linha já definida pela norma, mas, ao invés de atuar de forma mecânica e formal ao submeter o fato à norma, ele explora os elementos subjetivos. No entanto, o juiz passou a ser coparticipante da criação do Direito, suas decisões passaram a ser legitimadas com a sua capacidade de argumentação jurídica, sendo pautadas pela racionalidade, senso de justiça e adequação constitucional. A atuação contramajoritária se transformou em um dos debates mais

[14] BARROSO, **op. cit.,** p. 28.

recorrentes da teoria constitucional contemporânea, no sentido de discutir a legitimidade de que o Judiciário possui para invalidar atos do Legislativo e Executivo, e para produzir novas normas.[15]

A crise de legitimidade, de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos, na opinião de Barroso, fez com que o Poder Judiciário se expandisse em diversos países do mundo, nos quais a democracia procurou novos mecanismos de expressão, um deles foi transferir o poder político para as cortes constitucionais, no caso brasileiro para o STF[16], bem como para as demais instâncias.

Para Elói e Teixeira, a democracia se relaciona com o povo, que decide as questões que avaliam como politicamente mais relevantes na sua comunidade, como o que conterá a Constituição do seu país, as normas e limites que influenciarão as instituições do governo, inclusive, os limites à própria soberania popular, para que alguns conteúdos da Constituição fiquem fora do alcance da decisão majoritária, bem como das deliberações democráticas[17].

Uma das formas de conciliar democracia com constitucionalismo, para Michelman, seria garantindo uma maior participação política do Poder Judiciário ao incluir os excluídos. Mauro Cappelletti defende que a estrita separação dos Poderes deixa o Judiciário débil e confinado aos conflitos privados, que para que ocorresse o necessário equilíbrio entre os três poderes seria necessário que o Judiciário crescesse; que o Legislativo e o Executivo cresceram com as democracias, restando duas alternativas ao Judiciário: permanecer dentro dos limites da função jurisdicional estipulados no século XVIII ou se elevar perante outros poderes e controlar o Legislativo e o Executivo.[18]

Perante o hipotético déficit democrático que envolve os representantes políticos, a doutrina reconhece que as dificuldades que pesavam contra a atuação contramajoritária dos tribunais constitucionais foram minimizadas. Ocorre que na democracia deliberativa a fundamentação de muitas decisões ainda ocorre pela via da legitimação discursiva, em que decisões políticas são produzidas após debate público promovido de forma livre e ampla. Tem-se afirmado que a democracia contemporânea é desenvolvida mediante votos e argumentos, para Robert Alexy, a corte constitucional é uma representante

[15] BARROSO, **op. cit.,** p. 36.
[16] **Ibid.**, p. 38-39.
[17] ELÓI; TEIXEIRA, **op. cit.,** p. 59.
[18] **Ibid.**, p. 59-60.

argumentativa da sociedade, em que a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia seria concebê-la como uma representação popular.[19]

Como exemplos brasileiros podemos citar os casos do nepotismo e do casamento homoafetivo que foram normatizados pelo Judiciário, mais recentemente, os casos do impedimento para nomear Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho do Governo Federal e a tentativa de afastar o senador Renan Calheiros da presidência do Senado Federal.

Em decisão monocrática, proferida poucas horas após o ajuizamento do pleito, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF 402, requerida pelo partido Rede Sustentabilidade; o ministro-relator Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal-STF, deliberou que o senador Renan Calheiros, então presidente do Senado Federal, deveria ser afastado da presidência daquele Poder como consequência do fato de ter se tornado réu numa ação penal. A decisão ocorreu em caráter cautelar, teve como fundamento principal uma decisão do Plenário do STF, tendo como relator o ministro Teori Zavascki, que no mesmo período afastou o então presidente da Câmara Federal, deputado Eduardo Cunha, por também ter se tornado réu numa ação penal, igualmente a partir de medida cautelar. A tese levantada é de que réus não poderiam estar na linha sucessória da Presidência da República, em virtude do impedimento que a Constituição Federal de 1988 traz no seu artigo 86, §1º, I, em que o Presidente da República ficará suspenso das suas funções pela prática de infrações penais comuns, se recebidas como denúncia ou queixa-crime pelo STF, quando o presidente tiver acusação admitida por dois terços da Câmara dos Deputados; proferindo o entendimento de "não poder réu ocupar cargo integrado à linha substituição do Presidente da República"[20].

Estar na linha sucessória da Presidência da República é uma das funções da presidência do Senado, tal espaço não possui apenas essa responsabilidade, existe principalmente para organizar um outro Poder que não o Executivo. A presidência de um Poder estar na linha sucessória da presidência de outro Poder se trata de um dos freios e contrapesos do Estado brasileiro; as principais obrigações da presidência de um Poder são para com o Poder que compõe, de maneira secundária se posicionam os outros Poderes. Impedir que uma função originária seja materializada pela possibilidade de numa circunstância futura uma das muitas possibilidades de atuação dessa função se materialize atenta contra suas funções originárias e principais para algo incerto quanto à existência

[19] BARROSO, **op. cit.,** p. 40-41.
[20] ADPF 402, rel. min. Marco Aurélio, DJU, 05 dez., 2016.

(vir a ter que assumir a presidência da República de fato, sendo provável que essa necessidade não ocorra) e o tempo (possibilidade que no período em que se esteja na presidência do Senado, sendo réu, o presidente da República não necessite se ausentar). Em havendo a necessidade, havendo impedimento do primeiro colocado na linha sucessória, que o segundo assuma a função, e assim sucessivamente. O impedimento é para que o réu não assuma a função o comando da República, não para que assuma outra função, não há nos textos normativos vigentes a previsão deste impedimento. Como foi a decisão do Plenário do STF, dois dias após a concessão de liminar: por seis votos à três se decidiu que o senador Renan Calheiros permaneceria na presidência do Senado, ficando impedido apenas de exercer a Presidência da República em caso de necessidade.

Outro exemplo recente aprofunda esta reflexão, o impedimento da deputada federal pelo estado do Rio de Janeiro, Cristiane Brasil, assumir o cargo de Ministra do Trabalho, do Governo Federal, após ser indicada pelo presidente da República, Michel Temer. Motivada por ação popular protocolada por três advogados, o juiz da 4ª Vara Federal de Niterói impediu a posse sob os argumentos de que a nomeação seria ilegal e inconstitucional, fundamentada no princípio da moralidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal, em virtude da deputada ter sido condenada em ação trabalhista.

Percebe-se neste caso o conflito entre princípio abstrato e norma objetiva, de um lado o princípio da moralidade, no outro o cerceamento de poderes conferidos ao Presidente da República através da Constituição Federal onde em seu artigo 87 constam apenas como critérios para a escolha de Ministro (a) de Estado a necessidade de ser brasileiro (a), possuir idade superior a 21 anos de idade e exercer seus direitos políticos. Seria possível a produção de norma nova em que ficaria impedido de assumir cargo de confiança na área trabalhista pessoa condenada na justiça trabalhista sem que previsão expressa para tanto ocorra em texto legal vigente? O que seria a moral? Vemos uma flagrante produção de norma nova, uma aparente emenda constitucional sem que o devido procedimento legal tenha sido percorrido para tal. Para uma gestão que defende a diminuição da carta de direitos trabalhista e promove legalmente a extinção de alguns deles, não se trataria de postura imoral, mas de opção por uma dada concepção ideológica do Estado e do Direito, cabe à população mediante o sufrágio secreto e universal decidir se aprova este tipo de concepção para a administração do Governo. As prerrogativas do (a) representante da República, cumuladas à supremacia da vontade popular se sobressaem às interpretações abstratas de norma subjetivas; o impedimento imposto ao Presidente da República é inconstitucional, desprovido de razão.

Para Whittington, os políticos toleram o ativismo do Judiciário porque alguns deles, em determinados momentos, não conseguem implementar sua agenda política e necessitam da simpatia do Judiciário para superar o *statu quo*[21].

O principal argumento de defesa do protagonismo político do Judiciário consiste no fato dos seus integrantes serem recrutados mediante concurso público, procedimento classificado como "árduo e competitivo, que exigem longa preparação"[22], em que seria possível que pessoas de diferentes origens sociais pudessem concorrer de forma equânime. Que tal seleção conferiria papel democratizador maior que o processo de seleção para ter acesso à uma vaga no Congresso, via eleições institucionais, que dependeria de elevado investimento financeiro e da influência de atores políticos e econômicos. Desta forma, defensores como Barroso apresentam que "juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade"[23].

Este argumento desconsidera a realidade socioeconômica brasileira, pois os concursos para carreiras jurídicas possuem elevada concorrência e a maioria dos casos de aprovação precedem/necessitam de longa preparação, muitas vezes dedicação exclusiva, e investimento financeiro – tamanho que fez surgir nova carreira no mercado, a dos *coaching* (treinadores) para concursos – condições mais acessíveis à determinadas classes econômicas, onde os menos favorecidos do ponto de vista econômico partem em desvantagem por não conseguirem dispor de tal investimento ou muitas vezes necessitarem conciliar longa jornada de trabalho com pequeno espaço de tempo para sua preparação. Este tipo de opinião inobserva, também, que a aprovação em concursos públicos mais depende da capacidade de armazenar informações sobre os textos legais que capacidade para lhes dar materialidade.

É grande o número de pessoas que classificam que inteligência e melhor capacidade de escolha estariam atribuídos àqueles que possuem formação acadêmica, fazendo um paralelo de que quanto maior o nível de escolaridade, maiores seriam essas qualidades; ocorre que existem muitos analfabetos que conseguiram tirar lições das experiências da vida e construíram sua sabedoria de forma nata, conseguindo dar respostas aos problemas com melhor desenvoltura que muitos diplomados que se limitaram a decorar e reproduzir teorias, mas quando postos para lidar com os problemas

[21] BARBOZA; KOZICKI, **op. cit.**, p. 05.
[22] BARROSO, **op. cit.,** p. 41.
[23] **Ibid.**, p. 40.

reais não conseguem responder[24]. Um preconceito velado à capacidade do povo, no caso brasileiro com baixa escolaridade, de escolher seus representantes.

Defensores argumentam que as Cortes podem agir com maior grau de efetividade e confiança, que os portadores de mandatos eletivos, garantir maior proteção e garantias às minorias políticas, propiciar um espaço de luta e debate democráticos não proporcionados pelos espaços parlamentares pela influência política. Uma tentativa de encobrir a forte articulação política nos bastidores das nomeações dos ministros que integram os Tribunais, pois os postulantes à ministro necessitam comprovar capacidade e experiência na atividade jurídica, bem como capacidade de articulação e acesso aos que ocupam os espaços de poder e decisão que determinarão as escolhas. A arte da política é praticada no cotidiano nas diversas esferas em que há relacionamento entre seres humanos, as tentativas de afastamento desta do Judiciário são vãs.

Argumenta-se, ainda, que a imensa maioria dos Ministros que integram as Cortes é oriunda de carreiras jurídicas, que além de terem passado por concursos públicos, possuiriam como garantia, para atuar de forma livre e autônoma, a vitaliciedade, não se sujeitariam à política eleitoral ou tentações populistas. Que as estruturas do Judiciário somente atuariam ao serem provocadas pelas partes, ficando impedidas de julgar além do pedido, tendo o dever de ouvir os interessados e envolvidos na lide para que as decisões judiciais possam ser motivadas e validada com a argumentação de dispositivos legais, vetado o ato de pura vontade discricionária.[25]

Quanto a vitaliciedade que gozam os atores do Judiciário, este aspecto não é positivo de forma absoluta, pois a mesma proteção que serve aos magistrados para afastá-los das investidas dos que querem viver sob o desrespeito das normas, protege-os de serem responsabilizados pelas consequências dos seus excessos e erros. Desta forma suas falhas são relativizadas, sabedores disso, diminuem a preocupação e alerta com o respeito aos limites da sua atuação ou se sentem mais encorajados a extrapolar esses limites já que a função lhes garante estabilidade funcional. De forma diferente, os representantes políticos necessitam se submeter com periodicidade ao crivo da vontade popular através das urnas, necessitam de maior vigilância quanto as suas argumentações e posturas, sob do risco de, em querendo, não conseguirem ser reconduzidos pela soberania popular aos postos eletivos.

---

[24] PETUBA, Claudia Aniceto Caetano. **Populismo.**
[25] BARROSO, **op. cit.,** p. 38.

3) JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Judicializar a política significa levar algo à juízo, fazer com que o Judiciário se posicione sobre um dado conflito que deveria ou poderia ser tratado na esfera política ou pelos seus agentes no exercício das suas funções por serem matérias de sua competência ordinária, ou pelos candidatos à agentes políticos nos processos eleitorais pela autonomia privada de livre associação e independência dos partidos políticos. A judicialização pode ocorrer tanto por parte do legislador, gestor, agentes políticos ou oposicionistas, bem como por parte de carreiras judiciais além da magistratura, como Ministério Público[26]. Importante destacar que o fenômeno da judicialização não se atem à seara política, mas a todos os tipos de relações sociais, sejam da esfera pública ou privada[27].

A politização da justiça ou do Judiciário, trata-se de tema diferente, significa agregar postura política ao Judiciário. Em algum sentido, Barroso defende a politização da justiça, numa zona de penumbra em que o direito autoriza o magistrado a escolher de acordo com a discricionariedade, porém, direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas[28].

Para Maciel e Koerner, a judicialização implica o risco de perda das diferenciações funcionais que existem entre os subsistemas do direito e da política, ao embaralhar esses subsistemas haveria a perda de caráter próprio por parte dos seus agentes, modos de decisão e linguagens, o que poderia significar uma tendência social crítica[29]. Compreendem, ainda, que "no sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado"[30].

Como apresentado no item que trata da expansão do Judiciário, estes fenômenos foram estimulados pela inclusão de questões políticas na Constituição e surgimento de outros textos legais como o que criou os Juizados Especiais, em que o demandante não necessita da assistência jurídica para litigar uma causa, e legislações especiais sobre consumo, criança e adolescente, idoso, violência doméstica, sistema de controle de

---

[26] Esta Instituição é tida por alguns doutrinadores, como Maciel e Koerner, como uma das principais promotoras da judicialização da política pelo uso excessivo das suas atribuições.

[27] O fenômeno da globalização, ascensão de valores neoliberais, expansão do consumismo, ampliação do acesso à informação (especialmente pelo advento da internet e redes sociais virtuais) e do acesso à justiça confluíram para um aumento significativo dos casos levados ao Judiciário, especialmente no campo do Direito Privado, seja em matéria de consumo ou família.

[28] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 14.

[29] MACIEL; KOERNER, **op. cit.,** p. 116.

[30] **Ibid.**, p. 117.

constitucionalidade misto (em que minorias atuam no controle difuso), dentre outros, que ampliaram o protagonismo do Judiciário nas questões sociais e de políticas públicas.

As Supremas Cortes foram transformadas no corpo de tomada de decisão política mais importante[31], com ajuda de partidos políticos e representantes eleitos que em diversos momentos transferiram parte das suas responsabilidade e competências para os Tribunais. Hodiernamente, muitos desses atores que criticam esta atuação politizada e usurpação das funções de um Poder por outro Poder, foram os mesmo que ajudaram a fortalecer este novo cenário.

Estudos de Howard Gillman analisam o período de 1875 à 1891 nos EUA, em que a jurisdição da Corte maior foi ampliada devido à atuação do Partido Republicano para desenvolver uma política econômica nacional, em virtude da vulnerabilidade dos partidos políticos ao tema naquele período[32]. Segundo estudos de Vianna, 60% das ADI's propostas entre 1988 e 2005 versaram sobre Administração Pública, 12,6% sobre política tributária e 11,6% sobre regulamentação da sociedade civil; que 87,1% das ADI's propostas por governadores tiveram como objetivo reverter leis estaduais que foram aprovadas porque perderam no espaço político, neste caso as Assembleias Legislativas; para Vianna o STF acaba atuando como Conselho de Estado em diversos casos[33].

Na década de 90, no Governo de Fernando Henrique, a maioria das ADIs propostas por partidos políticos foram por partidos de esquerda que faziam oposição à gestão do governo federal, quando parte destes partidos passou a apoiar a gestão seguinte (Governos Lula e Dilma) o número de ADIs propostas por estes diminuiu. A questão da fidelidade partidária foi proposta ao STF pelos partidos PPS, PSDB e DEM, reforçando a opinião de Barboza e Kozicki de que a judicialização da política seria um fenômeno político[34].

Crítica de Jeremy Waldron, discorda da ideia de que o procedimento legislativo estimularia tiranias das maiorias sobre as minorias, para ele não existe nenhuma razão para interpretar que o *judicial review* protegeria melhor os direitos que as legislaturas democráticas, do ponto de vista democrático o *judicial review* é ilegítimo, essa opinião independeria das manifestações históricas e seus efeitos particulares[35]. Para Canotilho "os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade

---

[31] BARBOZA; KOZICKI, **Op. Cit.**, p. 04.
[32] **Ibid.**, p. 05.
[33] **Ibid.**.
[34] BARBOZA; KOZICKI, **op. cit.**, p. 05-06.
[35] WALDRON Apud BARBOZA; KOZICKI, **op. cit.**, p. 04

das questões políticas”[36]. Os que discordam da atuação jurisdicional por entender que se consiste numa afronta à vontade da maioria, ficaram conhecidos como doutrina autocontenção, autolimitação ou autorrestrição judicial, internacionalmente conhecida como *self-restraint*.

CONCLUSÃO

A expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário é fenômeno detectado em diversos países, potencializado pelo neoconstitucionalismo e democracias modernas, no Brasil pela promulgação da vigente Constituição Federal em 1988. A ineficiência e falta de capacidade de erradicar os problemas concretos da sociedade por parte do Legislativo e do Executivo estimularam o ativismo judicial, a judicialização da política e a politização da justiça. Compreendemos que tais falhas, insuficiências e insatisfações com o Legislativo e o Executivo necessitam de atuação conjunta dos três Poderes para que o almejado ponto de equilíbrio entre eles e a satisfação da sociedade sejam alcançados, mas não são suficientes para justificar a expansão do Judiciário sobre outros Poderes, promovendo desequilíbrio teórico e prático.

Parte dos atores políticos que criticam na atualidade estes fenômenos são os mesmos atores que em outras conjunturas transferiram sua competência e atuação política para os operadores do direito quando derrotados em determinados embates travados na seara política. Embora delegada em alguns momentos, o papel do legislador ordinário na produção normativa é fundamental para o equilíbrio do Direito.

Embora alguns casos de judicialização sejam necessários para garantir direitos fundamentais preteridos e evitar ou minimizar graves lesões, os excessos são prejudiciais à garantia da ordem democrática e ao Estado de Direito, sepultam a teoria de separação dos Poderes do Estado para que algo surja sem que as condições para que se materializem estejam dadas.

A relativização dos excessos do Judiciário produz níveis de incertezas e insegurança jurídica maiores que os argumento positivos que possam ser apresentados. A soberania popular cede para que a soberania de um Poder, que não fora constituído pelo exercício dos direitos fundamentais de cidadania, com acúmulo menor de direitos prevaleça. Estimula instabilidades num cenário nebuloso que podem pavimentar caminho para modelo de sociedade caótico.

---

[36] CANOTILHO Apud BARBOZA; KOZICKI, **op. cit.,** p. 06.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 08, n. 01, jan. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&tlng=pt> Acesso em: 15 mai. 2018

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, n. 05, p. 24-50, 2015. Disponível em: <www.publicacoesacademicas.uniceub.br> Acesso em: 04 mar. 2018.

_____. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743> Acesso em: 30 mar. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-2106-5

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União nº 191, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/douconstituicao88.pdf> Acesso em: 01 mai. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 Distrito Federal**. Relator Min. Marco Aurélio. DJU, Brasília, 05 dez, 2016, p. 01-06. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoADPF402.pdf> Acesso em: 10 mai. 2018.

ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. **Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas, Serro, n. 10, p. 54-77, 2014. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549> Acesso em: 24 mar. 2018.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da política: duas análises.** Revista Lua Nova, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 28 mar. 2018.

PETUBA, Claudia Aniceto Caetano. **Populismo**. Cadaminuto, Maceió, 25 mar.2018. Disponível em <http://www.cadaminuto.com.br/noticia/318289/2018/03/25/populismo> Acesso em: 26 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. ISBN 978-85-392-0160-0