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

NOS LIMITES DA DEMOCRACIA: O DEBATE DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

IN THE LIMITS OF DEMOCRACY: THE DEBATE OF JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZILIAN LAW

Fábio José Silva de Assis

Resumo

O presente trabalho propõe um estudo quanto ao ativismo judicial, analisando as inter-relações entre as suas diversas concepções correntes no debate constitucional brasileiro e suas relações com a estruturação do Estado, levando em consideração o atual quadro do Brasil, que se encontra em um momento de redesenho das suas instituições. Neste quadro teórico, o objetivo do trabalho consiste em analisar a postura ativista do Supremo Tribunal Federal – STF, por meio do exame das suas diferenciadas posições hermenêuticas ao longo da história, que representam momentos e visões distintas da postura do Poder Judiciário diante das omissões legislativas e dos contextos sócio-políticos do país. A partir deste quadro de estudo, o objetivo do artigo é examinar o ativismo judicial do Constitucionalismo brasileiro, utilizando-se de pesquisa documental, jurisprudencial e de revisão bibliográfica no campo do direito constitucional.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Supremocracia, Desenhos institucionais

Abstract/Resumen/Résumé

The present work proposes a study on judicial activism, analyzing the interrelationships between its various current conceptions in the Brazilian constitutional debate and its relations with the structuring of the State, taking into account the current situation of Brazil, which is in a moment Of redesigning its institutions. In this theoretical framework, the objective of this work is to analyze the activist stance of the Federal Supreme Court (STF), through the examination of its different hermeneutical positions throughout history, which represent different moments and visions of the position of the Judiciary in the face of legislative omissions And socio-political contexts of the country. From this study, the purpose of this article is to examine the judicial activism of Brazilian Constitutionalism, using documentary, jurisprudential and bibliographical research in the field of constitutional law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Supremocracy, Institutional drawings

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 trouxe como um de seus pilares a instituição de um Estado Democrático de Direito, utilizando como ferramenta para manter o perfil democrático desse Estado o princípio da tripartição dos poderes. No entanto, foi se desenvolvendo o que se denomina de ativismo judicial, que embora não tenha um conceito unívoco, pode ser, a título introdutório, designado como uma postura proativa do Poder Judiciário, que passa a interferir de maneira regular e significativa nas relações sociais e nas opções políticas dos demais poderes.

Com isso, nas últimas décadas, houve um agigantamento das funções do Poder Judiciário, o levando a se manifestar em questões que antes eram de competência dos demais poderes do Estado. Diversos fatores levaram a esse agigantamento: a adoção pela CF/88 de um controle concentrado de constitucionalidade; a redemocratização do país; uma maior gama de direitos sendo constitucionalizados, incluindo direitos individuais, coletivos e difusos; a ampliação da legitimidade ativa dos atores coletivos; dentre outros.

É nesse contexto que o artigo analisa as inter-relações entre as diversas concepções de ativismo judicial correntes no debate constitucional brasileiro e suas relações com a estruturação do Estado. Se de um lado esse ativismo pode ser visto como uma forma de expandir o sentido e alcance das normas para a garantia de direitos e liberdades fundamentais, por meio de uma flexibilização do princípio da separação dos poderes; de outro, pode ser visto como uma postura do Judiciário, que passa a criar normas de forma deliberada, em detrimento da Constituição e do modelo democrático de Estado.

Essa dicotomia leva a uma reflexão sobre o Brasil, que nos últimos anos esteve em um momento de redesenho das suas instituições, com a abertura do poder Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, e com a participação mais ativa do Judiciário na arena política, motivo pelo qual é necessário definir o modelo de separação de poderes a ser adotado para a abertura de novas possibilidades e dinâmicas institucionais dentro desse cenário.

Embora o ativismo judicial tenha surgido historicamente para a garantia de direitos e liberdades fundamentais, por vezes, vê-se o instituto sendo utilizado não por

esse aspecto positivo, mas sim em um aspecto negativo, ao permitir a mitigação de direitos constitucionalmente estabelecidos, criando condições e limites para fatos sociais, reconhecidos como direitos, no âmbito constitucional. Essa perspectiva permite uma análise dos limites desse ativismo e do que hoje vem sendo denominado de Supremocracia.

1 O DEBATE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Antes de entrarmos nos conceitos de Ativismo Judicial e de Judicialização da Política, é importante visualizarmos os fatores que motivaram e originaram o surgimento desse processo e seu entrelaçamento com a Constituição e a Democracia. Para Barroso, o termo Judicialização, em sentido amplo, significa um aumento da esfera de decisões do Judiciário, em detrimento do Legislativo e do Executivo[1], tendo como espécies a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial[2].

As causas para essa Judicialização no Brasil seriam a redemocratização do país, que não só teria contribuído para que um maior número de cidadãos fossem buscar seus direitos perante o Judiciário, mas também teria possibilitado uma nova geração de ministros não comprometidos com a ordem autoritária que precedeu a Constituição; a Constitucionalização abrangente, característica da Constituição Federal de 1988, que trouxe diversas matérias políticas, sociais, culturais e econômicas para dentro da Constituição, permitindo que essas pudessem ser questionadas juridicamente[3]. Exemplo disso é a criação do direito subjetivo de acesso à educação, que permite que qualquer cidadão vá ao Judiciário exigir o referido direito. A terceira causa está no sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, um dos mais amplos do mundo e que permite um controle incidental (em que qualquer juiz ou Tribunal pode efetuar esse controle ao deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional) e um controle concentrado (por meio das ações diretas, que possibilitam que a discussão acerca da constitucionalidade de uma norma seja analisada diretamente pelo STF).

É possível citar ainda outras causas para o surgimento do ativismo judicial.

---

[1] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 15/10/2014.

[2] Importa esclarecer que dentre as diversas acepções que podem ser atribuídas a Judicialização e ao Ativismo Judicial, foram utilizadas a acepção de Luís Roberto Barroso, a título introdutório.

[3] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 15/10/2014.

Desde os anos de 1970, com a crise do *Welfare State* e a consequente emergência do neoliberalismo[4], as reformas neoliberais foram responsáveis por uma retração do Estado no que tange a direitos e setores sociais, bem como a vida sindical e a vida associativa em geral. Isso levou a uma sociedade fragmentada, em que "o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva", passando a depositar suas expectativas no Poder Judiciário[5]. Nesse sentido:

> [...] A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade[6].

Nesse contexto de crise do *Welfare State*, houve um agravamento no processo de perda de legitimidade do Legislativo, que fez com que houvesse um estímulo pela via da legislação para que o acesso ao Judiciário se tornasse uma política pública, assumindo papéis que antes eram do Legislativo ou do Executivo. Isso leva a uma invasão do direito sobre o social em setores mais vulneráveis da sociedade[7], dando

---

[4] "O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracteriza por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas: o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da política e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. Além disso, se não existirem mercados (...) estes devem ser criados, se necessário pela ação do Estado. Mas o Estado não deve aventurar-se para além dessas tarefas [HARVEY, DAVID. **O neoliberalismo: história e implicações.** São Paulo: Loyola, 2008, p.12].
A crise do Estado de bem-estar, iniciada já no fim dos anos 1960 e aprofundada pelas políticas neoliberais disseminadas a partir do final dos anos 1970, é multidimensional, mas interessa-nos que ela tenha desatado também a crise da ética do trabalho assalariado, nas três dimensões mencionadas: (i) sua potência nucleadora da construção da dignidade humana; (ii) seu papel de lastro das identidades individuais e coletivas; (iii) sua potência nucleadora da ação coletiva, mecanismo criador de solidariedade, criatividade e transformação social.
O neoliberalismo pode ser entendido nessa chave, ou seja, como um projeto e um conjunto de práticas cujo sentido mais profundo foi dissociar, uma vez mais, acumulação capitalista e ética do trabalho assalariado, desvalorizar esta última como elemento de uma ordem social derrotada, portanto do passado, e colocar no centro significativo da ordem as noções de desempenho, mérito e, sobretudo, empreendedorismo. Em lugar de solidariedade, competição. Em lugar de um senso de justiça associado à satisfação das necessidades e construção de segurança ontológica, outro calcado na recompensa meritocrática, sendo o mérito medido em termos de desempenho individual em favor da produtividade do sistema e do aprofundamento da acumulação. Nada de igualdade. A desigualdade é valorizada como potência criativa, combustível da competição e do crescimento econômico" [CARDOSO, Adalberto Moreira. **Para onde foram os sindicatos? Regulação do trabalho e instituições públicas**. José Dari Krein [et al.] (orgs.). São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013].

[5] Idem.

[6] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 251.

[7] Ibidem, p. 41.

cobertura a criança e ao adolescente, ao idoso e às pessoas com deficiência, em um claro processo de substituição do governo e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário.

Sem uma vida social organizada e independentemente de política e de partidos, o cidadão passou a utilizar os recursos criados pelo legislador para a defesa e conquista de direitos, o que colocou o juiz numa posição de protagonista das questões sociais. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou[8].

No Brasil, o período de redemocratização também fez com que grandes expectativas fossem depositadas no Judiciário, que passou a ser visto como um órgão guardião das promessas[9] de implementação de políticas públicas que o Estado social não cumpria.

Dentro desse contexto, a Judicialização da Política[10], exercida por meio das ferramentas trazidas pela CF/88, não estaria enfraquecendo o poder legislativo, mas sim o reforçando, na medida em que cria, no campo predominantemente do direito, meios de conexão entre a democracia representativa e a democracia participativa, como é o caso das ações públicas, que permitem que a cidadania seja exercida por meio de um processo judicial contra as instâncias do poder. Diante disso, esse processo não estaria nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário, mas sim na descoberta pela sociedade civil da obra do Poder Constituinte de 1988[11].

Em um país de democratização recente e com a criação de um controle de constitucionalidade tão abrangente, como é o caso do Brasil, o fortalecimento do Poder

---

[8] Idem.

[9] Antoine Garapon, jurista francês, em sua obra "O juiz e a democracia: o guardião de promessas", ao analisar a ampliação de poderes do Judiciário, o apresenta como uma instância de resgate dos ideais de Justiça, já que os juízes se tornam terceiros imparciais, o que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Em suas palavras: "O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'déficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos" [GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p.48].

[10] A judicialização da política significa um deslocamento do polo de decisão que tradicionalmente seria do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Retrata os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas [MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises**. Lua Nova, nº 57, p. 113, São Paulo ou Lua Nova, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 19/10/2014].

[11] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 43.

Judiciário passa a ser visto como uma forma de garantir a legitimidade democrática.

Por isso, em democracias emergentes e no contexto contemporâneo, com diferentes tipos de sociedade divididas por religião, etnia e língua, e com pouca experiência na manutenção de instituições livres, seria difícil obter bons resultados sem as cortes constitucionais[12]. Balkin argumenta que a importância das cortes constitucionais está na legitimidade que elas conferem às demais instituições, incluindo ao poder político, ao emitirem opiniões sobre o que é legal ou ilegal[13].

Em sentido contrário a essa necessidade de fortalecimentos dos Tribunais Constitucionais, Boaventura de Sousa Santos afirma que a criação de elevadas expectativas para que o Judiciário resolva problemas que o Poder Político não foi capaz, ao invés de uma solução, pode representar uma fonte de problemas, pois, na maior parte das vezes, o Judiciário não consegue corresponder a todas elas, se tornando alvo e refém dos meios de comunicação social, em um contexto em que o sistema judicial está em um momento de maior visibilidade[14].

Na contramão dos debates contemporâneos democráticos, uma doutrina constitucional brasileira mais tradicional traz uma visão mais restrita e crítica no que tange ao entrelaçamento entre o ativismo judicial e a democracia. Para Elival Ramos, o ativismo seria decorrente da escassa experiência democrática do país, em que a população vê o Judiciário como um meio de concretização de valores constitucionais, mas ignorando os limites estabelecidos pela própria Constituição[15].

Nessa mesma esteira, os defensores da Judicialização não desconhecem os riscos que o fenômeno pode trazer para a legitimidade democrática. Barroso, por exemplo, observa que os ministros do STF não tem o "batismo da vontade popular"[16], pois apesar de não serem agentes públicos eleitos, teriam o condão de invalidar atos dos

---

[12] Idem.
[13] Idem.
[14] SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 19.
[15] Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno [...]. Tenho para mim que se trata de arroubos reveladores de imaturidade institucional, próprios de um Estado com escassa experiência democrática e que vive as primeiras décadas de vigência de uma Constituição que sinalizou, efusivamente, para dias melhores, como é próprio das Constituições programáticas de nosso tempo [RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273].
[16] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 15/10/2014.

outros dois poderes, inclusive do Presidente da República, sufragado por mais de 40 milhões de votos, e do Congresso Nacional, cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular. Barroso justifica essa legitimidade do STF para invalidar decisões de membros que exercem seus mandatos por voto popular, trazendo duas justificativas. Uma de fundo normativo, com base na atribuição dada pela própria Constituição ao STF e ao fato de que quando os magistrados estão atuando, eles não emanam vontade política própria, mas tão somente aplicam a Constituição e as leis. A outra justificativa, de fundo filosófico, diz que em um conflito entre constitucionalismo e democracia, deve prevalecer o constitucionalismo, pois este tem como uma de suas funções a manutenção da democracia.

Outro risco trazido por Barroso é a de politização da Justiça[17]. Para o autor, é muito importante que haja uma linha divisória entre direito e política, embora nem sempre essa linha seja nítida e fixa. Ainda que a Constituição atue no mundo político, estabelecendo as regras que devem ser cumpridas, os juízes nunca poderão ser populistas ou decidir de acordo com a maioria, pois eles têm o dever de conservar e manter os direitos fundamentais para o funcionamento do constitucionalismo democrático[18].

Ademais, a judicialização traz o risco de um ativismo judicial que desconsidere as capacidades institucionais de cada poder que, segundo Barroso, "envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria"[19], devendo o Judiciário respeitar as decisões do Legislativo ou do Executivo, quando esses estiverem em melhores condições de proferir um juízo de razoabilidade para o caso. Deve-se, ainda, levar em consideração os efeitos sistêmicos gerados pelas decisões do Judiciário, de forma que haja uma análise do impacto que essas decisões podem gerar[20].

---

[17] Importa esclarecer que há divergências no conceito de politização da justiça, sendo trabalhado no presente estudo o conceito de Barroso, para quem tal fenômeno ocorreria quando o Judiciário intervém em questões políticas, visando a garantia de direitos fundamentais. Já para Débora Maciel e Andrei Koerner a politização da justiça seria constituída pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito) [MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei, 2002].

[18] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 15/10/2014.

[19] Idem.

[20] [...] Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui [BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e**

2 JUDICIALIZAÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DESENHOS INSTITUCIONAIS

Depois de duas décadas em um regime autoritário, comandado por uma ditadura militar, a CF/88 instaurou no Brasil um modelo democrático, com grandes avanços nos campos institucionais e sociais, com uma consequente expansão da atividade e criatividade judiciais. Para compreendermos essa expansão, é necessário analisarmos os fatores que levaram a esse novo texto constitucional.

A ditadura instaurada após um golpe de Estado em 1964 suprimiu direitos individuais, coletivos e políticos, por meio dos Atos Institucionais (AI), que começaram a perder sua força dez anos depois, no governo Geisel, como consequência do enfraquecimento da economia brasileira. Com o declínio do regime, iniciou-se um processo de abertura política e de redemocratização, que desencadeou na CF/88.

A vontade do legislador constituinte não se traduziu em uma ação hegemônica, mas da "composição e das soluções de compromisso entre forças díspares, cuja unidade se exercia melhor sobre temas tópicos do que na formulação de uma concepção sistemática e coerente de um novo projeto para o país"[21].

Essa nova Constituição não se limitou a uma promessa democrática, mas também a garantia de direitos fundamentais e a busca pela diminuição das desigualdades sociais. Dessa forma, a CF/88 foi responsável por extirpar do ordenamento os elementos autoritários tradicionalmente existentes nas demais cartas, implementando o liberalismo político e configurando a democracia política, dentre outras alterações[22].

Diante disso, vê-se que as causas do ativismo e da judicialização são de ordem estrutural, não apenas no Brasil, mas decorrentes do modelo constitucional adotado por cada país. No entanto, como veremos abaixo, esse ativismo decorre de tendências, práticas institucionais e atos de vontade característicos do momento histórico

---

Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 15/10/2014].

[21] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 49.

[22] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo soc., São Paulo, v. 19, n. 2, Nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em 19/10/2014, p. 42.

vivenciado no país[23].

Alguns fatores da nova constituição foram essenciais para o processo de judicialização no Brasil. O primeiro, abordado na introdução do capítulo 1, foi o contexto de redemocratização do país, tendo sido a CF/88 seu grande marco. Antes dessa redemocratização, o país vivia uma tradição de autoritarismo e de inexistência de direitos fundamentais, em que o Poder Judiciário ficava limitado a uma maquina estatal autoritária e burocrática, sem possibilidade de uma atuação mais abrangente e autônoma. A expansão da atividade jurisdicional e o consequente surgimento de institutos como a judicialização da política e do ativismo judicial, apenas foram possíveis com a emergência de uma nova ordem democrática, implementada pela CF/88.

A nova arquitetura institucional da CF/88, com a separação dos poderes e a criação do Ministério Público como órgão fiscalizador autônomo, foi outro fator relevante para a expansão do Judiciário. Em um contexto institucional sem separação e autonomia dos poderes, não seria possível que o Judiciário pudesse intervir autonomamente na defesa dos interesses sociais em cumprimento as determinações constitucionais.

Foi num contexto de difusão de direitos fundamentos, que a CF/88 ampliou o rol de legitimados para atuar perante os Tribunais e os instrumentos judiciais de acesso a justiça, de controle sobre as políticas públicas e de proteção de interesses coletivos e difusos. Dentre esses instrumentos, podemos citar os principais: o mandado de injunção, a ação popular, a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação civil pública.

Todos os elementos acima apresentados foram significativos para o desenvolvimento da Judicialização no Brasil. A nova estrutura constitucional, com sua gama de direitos fundamentais, com a separação e autonomia dos poderes, e com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, permitiram uma profunda modificação na atuação e intervenção do Judiciário na política do país.

O Judiciário, dentro desse novo contexto, não pode ficar completamente dissociado dos movimentos sociais na busca e proteção de direitos, embora também não

[23] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268.

possa se transformar em uma justiça providencial e assistencialista, pois isso não representaria a construção de uma democracia[24]. Como guardião dos direitos fundamentais, deve considerar todos os recursos trazidos pela CF/88 para sua manutenção, devendo os cidadãos também se adequar a essa nova malha de direitos e de acesso à justiça.

3 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

Neste ponto, em face dos temas apresentados, necessário se faz um exame do ativismo judicial e de sua relação com a separação de poderes. Isso porque o presente artigo não se limita a apresentar o ativismo judicial numa estruturação do Estado fundada em uma clássica noção de separação dos poderes, mas também em relacioná-lo com as novas delineações que lhe vêm sendo dadas devido ao agigantamento das funções do Judiciário e à preocupação com os ideais democráticos.

O sistema de separação de poderes[25] é a divisão funcional do poder político do Estado, com a delegação de cada atribuição governamental básica a um órgão independente e especializado[26]. Essa separação de poderes impede que um poder se sobreponha aos demais ou que utilize suas funções de maneira arbitrária[27].

No entanto, ainda que o princípio da tripartição de poderes seja uma garantia democrática, a partir do momento em que ele é visto de forma estática e inflexível, ele acaba obtendo o efeito contrário do pretendido. Diante disso, alguns autores, como Débora Maciel e Andrei Koerner, afirmam que, em um contexto de judicialização, o

---

[24] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 43-44.

[25] Importa esclarecer que a o poder estatal é uno e indivisível e, portanto, o que se divide não é o poder do Estado, mas sim as suas funções, motivo pelo qual há divergências sobre sua correta nomenclatura. No entanto, por essa distinção não ser matéria da presente dissertação, serão abordadas como sinônimos as terminologias "tripartição dos poderes", "separação dos poderes" ou "separação de funções estatais".

[26] No Brasil, a CF/88 trouxe a separação de poderes no seu art. 2º, que determina que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" e a elevou a categoria de cláusula pétrea, em seu art. 60, §4º , o que demonstra a importância que foi dada ao tema pelo constituinte originário.

[27] Nesse contexto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em leitura tradicional clássica e dogmática do direito constitucional brasileiro, afirma que a divisão do poder consiste em repartir o Exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes [FERREIRA FILHO, 1999, p. 131].

modelo de separação de poderes já estaria superado[28].

Com isso, a expansão da judicialização seria decorrente de uma luta da sociedade civil contra as leis, contra a Administração ou contra as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, que acabam impedindo direitos inerentes a própria cidadania. Essa nova visão seria consequência do desenvolvimento do constitucionalismo democrático, que diferentemente do constitucionalismo liberal, que primava pela defesa do individualismo racional, pela garantia limitada dos direitos civis e políticos e pela clara separação dos poderes, prioriza a dignidade humana e a solidariedade social, bem como redefine as relações entre os poderes do Estado[29].

Dentro dessa nova prioridade do constitucionalismo democrático, não pode o Estado se utilizar da separação dos poderes para frear os conflitos e transformações sociais, pois se estaria indo contra as prioridades estabelecidas nesse novo contexto constitucional.

Se nesse cenário apresentado, em que a omissão legislativa impede o exercício de garantias constitucionais e de direitos econômicos, sociais e culturais, o princípio da separação dos poderes vá servir para impedir que o Judiciário dê efeitos concretos para um direito que o Legislativo havia deixado de lado, isso acabaria servindo como uma forma de controle social, pois, diante de uma estrutura tão fechada, a sociedade apenas poderia aguardar a manifestação de um poder, enquanto os demais poderes obrigatoriamente ficariam silentes.

Para José Rodrigo Rodriguez[30], o Brasil se encontra em um momento de redesenho das suas instituições, com a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, e com a participação mais ativa do Judiciário na arena política, motivo pelo qual definir uma dinâmica institucional por meio de uma concepção de separação dos poderes impediria que a sociedade evoluísse e encontrasse novas possibilidades institucionais.

Com isso, têm-se concepções teóricas da separação de poderes em disputa, por meio de um debate no campo acadêmico. Se por um lado a separação de poderes é uma

---

[28] MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises**. Lua Nova, nº 57, p. 113, São Paulo ou Lua Nova, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 19/10/2014.

[29] Idem.

[30] NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas**. Novos Estudos, 2011, p. 13. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001> . Acesso em 10/11/2014

ferramenta democrática e em prol do povo, por outro ela é um obstáculo para transformações sociais, por impedir o avanço das forças progressistas[31]. Diante disso, o "significado da separação de poderes e, por conseguinte, o do conceito de Estado de direito, também precisam entrar em disputa"[32].

No constitucionalismo contemporâneo, há uma crise no princípio da separação dos poderes, em um momento em que o Estado tem como função intervir nas relações sociais e econômicas. Conter o Estado por meio de uma separação de poderes, ao mesmo tempo em que lhe são atribuídas funções de defesa de direitos fundamentais e interesses sociais, acabou obrigando uma releitura dessa tripartição de poderes, por meio de "*arranjos institucionais alternativos*", em que se enquadra o ativismo judicial[33].

Devido a ampliação das atividades do Estado contemporâneo, impôs-se uma nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, executivo e destes com o judiciário, em uma releitura do princípio da separação dos poderes, por meio de uma nova dinâmica, que poderia ser designada como "colaboração de poderes"[34].

Um dos motivos para essa releitura seria o recente processo de judicialização no Brasil. Antes, a tradição brasileira era de deferência perante o Poder Executivo, o que impedia que o STF utilizasse suas prerrogativas constitucionais e que promovesse uma revisão dos atos do Executivo[35].

Boaventura de Sousa Santos afirma que o Judiciário dos países latino

---

[31] [...] Nesse contexto, definir a priori a dinâmica institucional em termos normativos a partir de uma concepção modelar da separação de poderes antes bloqueia a compreensão e mesmo a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação. E acaba por obscurecer tanto o lugar e a função efetivos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como encobre as possibilidades institucionais concretas presentes no momento atual [RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, p. 170].

[32] Idem.

[33] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305.

[34] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.109.

[35] O processo de judicialização brasileiro é recente, mas fortemente significativo. A tradição brasileira, diferentemente da norte-americana, não implicou de saída nem uma estrutura de equilíbrio de poderes, nem em um sistema de revisão constitucional. O Supremo Tribunal Federal, tal como o conhecemos, é parte da institucionalidade criada com a proclamação da República, já que não podemos falar em governo misto durante o período do Império. No entanto, o STF demorou muito a assumir as prerrogativas de autonomia entre os poderes previstas na Constituição de 1891. [...] Em suma, a tradição brasileira anterior a 1988 é de fraca autonomia do Judiciário que, ao longo dos primeiros cem anos de República, diferentemente do caso norte-americano, não instituiu uma tradição de revisão dos atos do Executivo a partir da revisão constitucional. O Executivo na tradição política brasileira até 1988 é o poder mais ativo que atua sem um processo de equilíbrio das suas prerrogativas [AVRITZER, Leonardo. **Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo. et al. (Org.). Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 216].

americanos no século XX não era visto como um poder autônomo e independente, mas sim como uma parte da máquina burocrática do Estado controlada pelo Poder Político. O Juiz era uma figura inanimada com a única função de aplicar a letra da lei emprestada do modelo europeu[36].

Essa tradição foi modificada no Brasil com a CF/88, que expandiu as prerrogativas do Judiciário. Exemplos são os arts. 102 e 103 da CF/88, ao ampliarem o controle concentrado de constitucionalidade e o rol de legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e o art. 5º, LVIII da CF, ao definir a ação popular, permitindo que atores da sociedade civil possam argüir a inconstitucionalidade de atos dos poderes Executivo e Legislativo. Tais ferramentas teriam servido para equilibrar a relação dos poderes[37].

Isso tem gerado uma forte perda das prerrogativas do Congresso Nacional, impulsionando o STF a tomar decisões que acabam abalando o equilíbrio na separação dos poderes e levando a uma falta de legitimidade do Legislativo. Pode-se citar como exemplo a recente legalização da união homoafetiva que, para Avritzer, embora correta, deveria ter sua origem no Legislativo, e não no Judiciário. Para o autor, o Poder Legislativo deve recuperar suas prerrogativas para restabelecer um equilíbrio na separação dos poderes[38].

Bonavides também defende que o princípio da separação dos poderes estaria ultrapassado, pois os valores políticos que levaram a sua criação desapareceram ou estão em vias de desaparecer. Um exemplo da perda de importância da separação de poderes seria o exercício de funções atípicas exercidas pelos poderes, como quando o art. 52, I, da CF determina que compete ao Senado processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente por crimes de responsabilidade, função esta que seria tipicamente do Judiciário; ou quando o art. 84, XXVI da CF, determina que cabe ao Presidente editar medidas provisórias com força de lei, função típica do Legislativo[39].

CONCLUSÃO

---

[36] SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 11.
[37] AVRITZER, Leonardo. **Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo. et al. (Org.). Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 218.
[38] Ibidem, p. 219.
[39] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2010, p. 157.

Levando em consideração a democratização recente do Brasil, seu abrangente controle de constitucionalidade, sua pouca experiência na manutenção de instituições livres e os diferentes tipos de sociedade, divididas por religião, etnia e linguagem, o Judiciário, por meio do ativismo judicial, passou a ser visto como um garantidor da legitimidade democrática. O ativismo judicial passou a ser o meio utilizado para corrigir as deficiências encontradas no sistema democrático representativo.

Essa descrença brasileira em torno da democracia representativa, devido as omissões/ineficiências do executivo e do legislativo, encarregou o poder judiciário de consolidar direitos fundamentais, quer no Estado social, quer no Estado democrático de direito.

Todavia, ainda que o órgão jurisdicional tenha sido provocado a atuar quando os demais poderes não o fizeram, isso não significa que não deva haver participação popular no processo de normatização e efetivação do direito. Um ativismo judicial que ignora os anseios e movimentos populares na formação do direito é incompatível com um Estado Democrático de Direito, já que o poder legislativo, a quem incumbia a produção da norma, é escolhido por meio do sistema majoritário.

Por meio dos debates sobre judicialização e desenhos institucionais, é possível visualizar que estudar o ativismo judicial e suas características vai muito além dos limites do próprio direito. Envolve questões como democracia, ordem estatal e separação de poderes.

Nesse sentido, o ativismo judicial poderia ser utilizado com o fito de criar meios de impulsionar os demais poderes na garantia do exercício dos direitos questionados judicialmente, o que nem sempre vem sendo o caso do Judiciário brasileiro, já que o STF, por diversas, o utilizou para mitigar os direitos constitucionais em questão.

A ascendência do Supremo Tribunal Federal no âmbito de atuação dos demais poderes, embora por vezes possa ser necessária, também pode acabar impedindo a aplicação de um modelo de diálogos institucionais e engessando a atuação dos demais poderes e dos movimentos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo. **Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo. et al. (Org.). Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BALKIN, Jack M. **Why judicial review? Democratic legitimacy**. Disponível em < http://balkin.blogspot.com.br/2015/03/why-judicial-review-democratic-legtimacy.html>. Acesso em 10/02/2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil**, Boitempo, 2003.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HARVEY, DAVID. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2008.

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises**. Lua Nova, nº 57, p. 113, São Paulo ou Lua Nova, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 15/10/2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo soc., São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em 15/10/2014.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.