

UMA ANÁLISE RELATIVA À EXCEPCIONAL SITUAÇÃO CONTEMPORÂNEA DE ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E OS SEUS RISCOS

Marcos Felipe Dias Xavier¹
Anne Adelle Gonçalves De Aguiar²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo explicitar os fenômenos de judicialização e de ativismo judicial em observância com os contextos brasileiro e internacional, de forma a pontuar possíveis aspectos positivos e negativos, bem como tratar das eventuais causas e das possíveis conseqüências trazidas por tal ascensão institucional do Poder Judiciário.

Faz-se mister informar que a metodologia utilizada que vem a ser desenvolvida ao longo desta pesquisa acadêmica é de cunho essencialmente bibliográfico. A profundidade e grandiosidade do tema escolhido demonstram que somente a pesquisa bibliográfica poderá oferecer o melhor panorama possível para a análise do fenômeno da ascensão institucional do Poder Judiciário. A pesquisa transcorrerá por meio da utilização de diversos trabalhos científicos, como obras e artigos, baseados primordialmente no entendimento de renomeados autores contemporâneos.

A ascensão institucional do Poder Judiciário, objeto de crítica de grande parte de doutrinadores, estudiosos e intelectuais, é o tema recorrente neste exposto artigo, que problematiza o contexto em que se encontram países como Estados Unidos, Portugal e Espanha, e, especialmente, o Brasil. A supra-atividade da Corte Suprema brasileira como instância responsável pelo julgamento de inúmeras questões atinentes às demais esferas dos poderes é fenômeno atual que tem por objetivo suprimir os déficits dos demais poderes, com especial relevância o cenário carente de atuação do Poder Legislativo no processo de elaboração de leis.

O Supremo Tribunal Federal, grande guardião da Constituição, cada vez mais tem desempenhado um papel ativo no cenário político-jurídico brasileiro, atuando em decisões de temas controversos na sociedade em julgamentos transmitidos diretamente pela TV justiça. Grandes casos decididos pela Corte historicamente importantes para no cenário político-jurídico brasileiro podem ser citados: a decisão acerca da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a prisão por dívida civil, a demarcação de terras indígenas

na área conhecida como Raposa do Sol, a suspensão da Lei de Imprensa do regime militar, e, mais grandiosamente aplaudido, a decisão acerca da constitucionalidade da Lei Ficha Limpa.

Todos os casos supracitados representam, em última análise, questões que são efetivamente decididas pela Corte Suprema Brasileira, mais precisamente pelos seus onze representantes. Decisões estas indubitavelmente de grande repercussão no cenário brasileiro, decisões que acarretam conseqüências para uma coletividade. Tornar um grupo de cidadãos inelegíveis, alterar leis formuladas pelo Poder Legislativo, decidir sobre um dos maiores embates existentes entre Ciência e religião. O questionamento proposto induz a dúvida de qual seria a exata medida ainda saudavelmente democrática para esta atuação do Poder Judiciário e em quais questões poderia ele decidir.

Torna-se então, extremamente contundente, em nosso Estado Democrático de Direito, em observância ao princípio de tripartição dos poderes, analisarmos a ascensão institucional do Poder Judiciário a fim de constatar em que medida ela é positiva, e se constitui uma afronta ou fortalecimento de nosso Estado Democrático.

2 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A ascensão do Poder Judiciário vem ocorrendo de forma progressiva, desde datas que sugerem o início de tal processo com fim da Segunda Guerra Mundial. Consoante VIANNA (1996, p. 263),

(...) à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça.

O fenômeno ativista, bem com o processo de judicialização, vem ocorrendo nos mais diversos locais do mundo, e são relacionados ao processo conhecido como judicialização da política. A relação entre instituições judiciais e instituições políticas tem como enfoque fundamental as Cortes Supremas ao redor do mundo, as quais possuem composição política e atuação jurídica.

2.1 O FENÔMENO ATIVISTA AO REDOR DO MUNDO

A postura ativista, diga-se desde logo, não é adotada somente pelo Brasil. O fenômeno de judicialização da política é mundial, conforme aborda BARROSO (2008, p. 1):

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

Grandes decisões que foram tomadas pelas Supremas Cortes ao redor do mundo podem ser lembradas, *v.g.* a decisão da eleição presidencial norte americana no ano de 2000, caso Bush VS. Gore e no Canadá, acerca da constitucionalidade de os EUA realizarem testes com mísseis em solo canadense. Para além, a postura das Cortes existentes em Portugal, Estados Unidos e Espanha, nas mais diversas decisões, adotam posturas que explicitam sua super-atividade há algumas décadas. Entretanto, o fenômeno tem-se tornado efetivo com o recorrer dos últimos anos.

2.2 EXCEPCIONALIDADE: O CASO BRASILEIRO

A supra-atividade da Corte Suprema brasileira é apresentada em um contexto excepcional. Narra STRECK (2009) a origem do processo de intervenção do Poder Judiciário:

A Constituição é analítica em face do contexto histórico em que foi editada. A desconfiança para com o legislador ordinário e para com o próprio Poder Executivo fez com que fossem colocados no texto da Constituição direitos que até então o Brasil nem sonhava alcançar. Por isso, o processo constituinte foi ruptural. Ao lado de direitos em abundância, também foram aumentadas as formas de acesso à Justiça. Resultado: quanto mais detalhada a Constituição, menor a liberdade de conformação do legislador. E, na medida em que aumentam as demandas por direitos, cresce o papel do Judiciário. Numa palavra: a intervenção do Judiciário é produto do espaço concedido pela política.

A judicialização tem início com a redemocratização do país, essencialmente com a promulgação da Constituição de 1988. A Carta Magna moderna, ao tratar de inúmeras matérias antes atinentes ao poder político e legislação ordinária, evidencia o processo de constitucionalização abrangente. Contribui para este cenário a grande abrangência do nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis. A tendência mundial do fenômeno de judicialização, juntamente com tais peculiaridades do caso brasileiro, traz à cena a ascensão institucional do Poder Judiciário.

Nos últimos anos, foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal questões como a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias, a quebra de sigilo judicial por CPI, a demarcação de terras indígenas na região Raposa/Serra do Sol e uso de algemas. Também foram decididos casos relativos a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos e o papel do Ministério Público na investigação criminal,

entre diversos outros. A atuação da Corte Superior em todos estes casos, como fica explícito, não é uma postura – o STF tem o dever de julgar os casos que lhe são apresentados.

O ativismo judicial remonta ao direito norte-americano. É a postura adotada pelo Poder Judiciário de atrair para si decisões nas quais sua atuação não é determinada. Os casos brasileiros de postura pró-ativa, quase normativa do STF são aqui citados: a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, com expedição de súmula vinculante após a decisão de um caso somente e, o caso mais observável, o da distribuição de medicamentos e terapias mediante decisão judicial.

É nesse diapasão que nos cumpre diferenciar o ativismo judiciário do processo de judicialização.

3 DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: ATIVISMO JUDICIAL x JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização representa a atuação do Poder Judiciário em questões de grande repercussão política e social que, na verdade, deveriam ser objeto de órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo. O fenômeno tem como consequência a transferência exacerbada de poder para juízes e tribunais, que transformam questões atinentes às demais esferas de poder (v.g, ao Congresso Nacional) em discussões a serem realizadas por órgãos judiciários superiores.

O ativismo judicial, em contrapartida, é fenômeno relativo a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais. O posicionamento do STF é ativista quando aplica a Constituição diretamente em situações não expressamente contempladas em seu texto, quando declara a inconstitucionalidade de atos normativos provenientes do Legislativo e também quando impõe condutas e abstenções ao Poder Público para a efetivação de políticas públicas. Apesar de modernamente ter sido compreendido como fenômeno negativo, é postura decorrente de uma série de fatores que serão analisados a seguir.

Note-se que a judicialização e o ativismo judicial não são o mesmo fenômeno. A judicialização é decorrente do modelo constitucional adotado, e não uma postura adotada. Aqui o Judiciário entra em cena cumprindo o que era de fato necessário. O ativismo judicial, diferentemente, é a atitude de interpretar a Constituição pró-ativamente, expandindo seu sentido e o seu alcance.

4 OBJEÇÕES À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA BRASILEIRA

Os aspectos negativos trazidos pela situação de super-atividade da Suprema Corte brasileira podem ser enumerados em três principais críticas, que merecem destaque.

A primeira dela, de cunho essencialmente político-ideológico, diz respeito a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, que não é eleito pela população. Entende-se que deveria tal poder agir apenas mecanicamente; faltar-lhe-ia a característica de um poder político. Entretanto, é sabido que a Constituição e as leis não são aplicadas em um simples processo mecânico, mas requerem interpretação para uma aplicação adequada. É claro que a Constituição não pode suprir a vontade do povo, a política e o Poder Legislativo. Mas o Poder Judiciário é legítimo para aplicar as leis segundo o seu próprio entendimento, desde que baseados na Constituição e na legislação supraconstitucional.

A segunda grande objeção é o risco da politização da justiça. Direito, de fato, não é política; decisões jurídicas não podem ser denominadas meramente decisões políticas. A questão é que uma decisão judicial jamais será de livre escolha ou de discricionariedade plena. Deve o magistrado agir segundo as leis, e não por vontade própria, mesmo porque o poder que exerce deve estar em sintonia com o social – e isto inclui sintonia com a vontade do legislador. E tudo isto representa uma garantia ao funcionamento do constitucionalismo democrático.

Finalmente, é apontado como objeção à intervenção judicial a capacidade institucional do Poder Judiciário e seus limites.

A separação dos três poderes tem por finalidade atribuir exercícios a órgãos distintos e independentes entre si, impedindo assim o surgimento de uma instancia hegemônica. E, no caso de divergência de leis, cabe a última palavra ao Poder Judiciário. A capacidade institucional do Poder Judiciário envolve determinar se tal poder está mesmo habilitado a produzir decisões que envolvam temas técnicos e científicos.

Há ainda o aspecto dos efeitos sistêmicos imprevisíveis que podem decorrer de tal atividade do Poder Judiciário. Ao tomar decisões, ele realiza apenas uma micro justiça, o que o impede de analisar o impacto de determinadas decisões, como no caso de prestações de serviços públicos. Ao determinar o custeamento pelo Estado de tratamentos medicinais caríssimos, que muitas vezes não possuem resultados comprovados eficientes, juízes realizam a justiça de um caso concreto, que, entretanto, envolve indiretamente toda a política pública

de saúde, que sofre com a escassez de recursos. É nestes casos que fica evidente que nem sempre o Poder Judiciário deve adotar uma postura pró-ativa.

5 A POLÊMICA DOUTRINÁRIA

É extremamente controversa a postura dos doutrinadores e grandes estudiosos do Direito acerca da postura ativista do Poder Judiciário. Neste diapasão, torna-se importante mencionar a opinião propagada por SILVA RAMOS (2009):

É óbvio que o Judiciário não é panacéia. O problema é que muitos querem ver alguns “entraves” constitucionais resolvidos por meio de decisões mágicas de juízes não-eleitos. A questão da união estável entre homossexuais é um exemplo. Ao STF não é atribuída a função de criar uma constituição paralela, ou de revelar um “lado B” constitucional, como diz Streck. Dizer que o direito é um “interpretive concept” (Dworkin) baseado na filosofia da linguagem (Gadamer) não significa que se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, afastando texto e norma de acordo com as vontades pessoais. O texto constitucional é o limite interpretativo, e não há como “colmatar” lacunas do constituinte originário. Ignorar isso é perigoso para a democracia, pois concede a uma penca de juízes o poder de dizer “o que a sociedade quer” para um determinado caso, mesmo quando a constituição aponta para outra direção. Para o bem do Estado Democrático, algumas questões só podem ser resolvidas pela via adequada, isto é, pelo Legislativo.

Opinião divergente é a apontada por LEAL (2009), que assim afirma em diálogo:

Pinta-se um Supremo que avança no julgamento de questões sobre as quais não teria legitimidade para decidir. Mas ao estudar as decisões mais polêmicas do STF, percebe-se que não é isso que tem acontecido. Nós temos uma Constituição analítica, extensa, que atribui ao Supremo o papel de ser seu guardião. E é isso que o Supremo tem sido: um guardião de coragem da Constituição.

Em observância ao que tem ocorrido no caso brasileiro, há alguns anos, posiciona-se STRECK (2009),

A analiticidade da Constituição e as demandas por mais leis e pela realização imediata de direitos junto ao Judiciário tiveram e têm conseqüências cada vez maiores. Com isso, tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.

De facto, não se pode desconsiderar tal crítica — extremamente contundente — proferida pelo supracitado autor. Entretanto, o que se defende não é a elevação do Poder Judiciário. A judicialização analisada no contexto acima não decorre de uma postura ativista; ao contrário, é fruto desta. A decisão dos juízes somente atua como forma de substituir o

legislador porque este é ausente. A super-atividade judiciária somente encontra cenário para sua ascensão a partir do contexto de crise política que enfrenta o Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Poder Judiciário não deve ser permanente, mas é necessária, na medida em que os poderes Executivo e Legislativo encontram-se em uma disputa pelo poder, desconsiderando suas obrigações perante o povo que os elegeram. Conforme explica HABERLE (2010), em estudo comparativo com os demais países latinos, “sistemas presidencialistas em países jovens requerem o contrapeso de fortes tribunais constitucionais”. Insere-se o Brasil exatamente no contexto apresentado. Ainda para HABERLE (2010), em sua importante conceituação de “comunidade de intérpretes da Constituição”, deve a Carta Magna funcionar como um ponto de partida para a interpretação, e não como um fim. A Constituição faz parte da dinâmica da sociedade, e deve ser aplicada ao seu tempo.

A super-atividade da Corte Suprema brasileira abrange uma série de pontuações que merecem destaque: o Judiciário tem atendido demandas da sociedade que não puderam, de fato, serem satisfeitas pelo parlamento, em temas como a greve no serviço público ou as já citadas alterações das leis eleitorais. Em contrapartida, o processo, de certa forma, adia a reforma política tão necessária ao nosso país, na medida em que atua de forma a suprir a inatividade dos demais poderes. A classe política apresenta postura, nos dias atuais, claramente distante da realidade brasileira, e somente o Poder Judiciário oferece aos cidadãos uma forma de conquistar os direitos que lhes são devidos. Assim, decisões ativistas devem ser eventuais, em determinados momentos históricos. Não se pode haver uma democracia substancial quando inexistente atividade política e incredibilidade do Congresso Nacional.

Desta forma, apesar da existência dos riscos supramencionados, tais como a falta de legitimidade democrática, o risco de politização da justiça e a capacidade e o limite do Poder Judiciário, é claramente não só positiva, mas extremamente necessária a atuação da Corte Suprema de forma ativista. Deve-se ter por claro que o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição; assim, sua atuação deve dar-se sempre a favor da democracia, e nunca contra ela.

O ativismo judicial tem-se apresentado, até o presente momento, como solução para as lacunas existentes no cenário jurídico brasileiro. Conforme afirma BARROSO (2008):

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

É imperioso destacar que o Poder Judiciário atua na medida em que é convocado pela população. Não cabe a ele negar atender as demandas que lhe são propostas.

Os riscos para a legitimidade democrática não constituem óbice à atividade judiciária na medida em que as soluções a serem proferidas devem sempre pautar-se pela Carta Magna, nunca se distanciando desta e dos ideais democráticos. O fenômeno da politização da justiça é claramente perigoso; entretanto, não apresenta entrave a tal atuação, desde que esta seja sempre fiscalizada de modo a conferir justiça, segundo o determinado pelo Poder Legislativo, a todas as decisões. Maior destaque deve ser conferido aos limites da capacidade do Poder Judiciário, que se encontra, atualmente, sobrecarregado, e também aos efeitos sistêmicos imprevisíveis, que também se apresentam nas soluções judiciais, sempre direcionadas à realização da denominada ‘micro justiça’.

Pode-se concluir, portanto, que a ascensão do Poder Judiciário é, indubitavelmente, um reforço da lógica democrática. A enumeração dos diversos fatores que deram causa a super-atividade do Poder Judiciário torna visível que a sua atuação de forma ampliada não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, mas antes uma consequência e uma comprovação da real necessidade de uma reforma que restaure a representatividade, a legitimidade e a funcionalidade do Poderes Executivo e Judiciário.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=6> Acesso em: 12 out 2016

HÄBERLE, Peter. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>> Acesso em: 12 out. 2016

LEAL, Saul Tourinho. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-18/entrevista_saul_tourinho_leal_advogado_constitucionalista> Acesso em: 12 out. 2016

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007

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

_____. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>> Acesso em: 12 out. 2016

STRECK, Lênio Luiz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>> Acesso em: 12 out 2016

VALLE, V. L. et al. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.