

MARIA DE LOURDES COSTA XAVIER

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO E SUAS
CONSEQUÊNCIAS

BELO HORIZONTE

2017

RESUMO

O presente trabalho aborda a problemática em torno da judicialização da política e suas conseqüências para os três Poderes da República do Brasil, tendo como ponto de partida a idéia central de tripartição de poderes existente em nosso país e as atribuições de cada um deles. Com o fenômeno da chamada Constitucionalização do Direito e do neoconstitucionalismo, é possível verificar a existência de fatores que levaram a uma maior ingerência do Poder Judiciário em questões que antes eram adstritas às esferas Legislativa e Executiva, sendo que alguns autores avocam a tese de que estaria havendo uma crise institucional entre os três poderes, enquanto outros afirmam que isso seria uma mera conseqüência de um maior aprofundamento da democracia como sistema ideal. Em face disso, primeiramente será feita uma introdução acerca do conceito de judicialização da política para melhor compreensão do fenômeno aqui tratado. Posteriormente, haverá uma breve abordagem da separação de poderes e da forma como está a divisão de funções entre eles na atualidade. Passada essa fase, será realizada uma análise do fenômeno da judicialização, sendo destacadas as condições que levaram ao seu surgimento em nosso país e suas conseqüências, para então verificar-se se, de fato, está ocorrendo uma crise institucional ou se tal fenômeno é uma decorrência da maturidade democrática em nosso país.

PALAVRAS CHAVE: Judicialização da política. Poder Legislativo, Executivo, Judiciário. Crise Institucional.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the problem of judicialization of politics and its consequences to the three powers of the Brazilian Republic, having in mind the central point of the tripartition of powers in our country and its attributions. With the beginning of the phenomenon of the Constitutionalization of Law and the incoming of neoconstitucionalism, it is possible to identify the factors that lead to a bigger interference of Judicial Power in some aspects that were restrict to the Legislative and Executive Powers before. Some jurists argue the thesis that this would mean an institutional crisis among the three powers, meanwhile others say that this would be only a mere consequence of the increasing of democracy as the ideal system. Because of this, firstly will be realized a previous approach about the separation of powers and its characteristics in the present. Secondly, will be done an analysis of the phenomenon, emphasizing the conditions that took to it in our country and its consequences, in order to verify if actually we are having an institutional crisis or if it is a mere consequence of brazilian democratic maturity.

KEY WORDS: Judicialization of Politics. Legislative, Executive and Judicial Power. Institutional Crisis.

1 – INTRODUÇÃO :

A par da clássica teoria de Montesquieu acerca dos três poderes de um Estado com suas competências rigidamente definidas, é certo que, na atualidade, é possível falar-se em uma interação muito maior entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, fruto da evolução da própria organização dos Estados, de seu povo e também do próprio Direito Constitucional.

O que se vê é que, em detrimento das rígidas funções atribuídas aos referidos poderes, a atualidade tem demandado uma atuação de alguns destes, notadamente o Poder Judiciário, de forma mais protagonizada, sendo chamado a se pronunciar sobre assuntos que inicialmente fugiriam de sua competência, mas que, por força de instrumentos de que fora dotado e do caráter das Constituições atuais, acabam por chegar às portas da Justiça como um pedido por solução quando os demais poderes parecem falhar no exercício das atribuições que lhes foram inicialmente delegadas.

Em face desta conjuntura, fala-se no mundo inteiro acerca da ocorrência do fenômeno que foi denominado como “judicialização da política”, expressão que se refere à tendência existente nos regimes democráticos de que o Poder Judiciário interfira em questões que antes eram adstritas aos Poderes Executivo e Legislativo, proferindo decisões que podem afetar a conjuntura política do Estado como um todo.

Referido termo tornou-se conhecido após sua utilização pelos autores TATE e VALLINDER que, na obra “The Global Expansion of Judicial Power” (1995), definiram o fenômeno como “o processo pelo qual os tribunais e magistrados dominam, ou tendem a dominar, a produção de políticas públicas e de normas que eram previamente realizadas por outras instituições governamentais, especialmente o Legislativo e o Executivo (ou, ainda, quando era amplamente aceito que elas deveriam sê-lo).” (tradução nossa)¹

Tomando este conceito como base, o objetivo deste estudo é uma análise das condições que levaram à expansão do Poder Judiciário, bem como suas conseqüências, a fim de que se possa compreender o fenômeno que está ocorrendo no Brasil e verificar sua real dimensão.

¹ “The process by which courts and judges come to make or increasingly dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies.”

Para tanto, serão elencados elementos políticos, históricos e jurídicos que contribuíram para o surgimento da judicialização aqui estudada, além de verificar as conseqüências práticas de sua ocorrência para os três Poderes.

Com base em tais constatações, será possível verificar, posteriormente, se se trata de uma verdadeira crise institucional na atualidade ou se não passaria de uma mera acomodação das forças interessadas em uma modificação da arena de discussão política. Seria o prenuncio de uma fraqueza endêmica do Poder Legislativo, maculado pela heterogeneidade dominante, ou a esperteza de um outro poder que busca dar legitimidade às suas decisões a despeito de dispor de um corpo de membros que foi escolhido por outros critérios que não os eleitorais? É o que se propõe a discutir nas próximas linhas.

2 – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 – Visão Clássica

Em uma abordagem clássica, o princípio da separação dos poderes teve seu surgimento com o filósofo Aristóteles, que na antiguidade clássica já citava a existência das funções legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, somente com John Locke que referidos poderes tiveram seu campo de competências delimitado, ao referir-se aos Poderes Executivo, Legislativo e Federativo, sendo-lhes atribuídas competências para a coordenação da sociedade política. (LOCKE, 2001, p. 414).

Com os escritos de Montesquieu na sua obra “O espírito das leis”, inspirada em John Locke, é que a teoria da tripartição dos poderes teve seu apogeu, tendo sido aquele filósofo o responsável por falar em co-harmonia dos poderes e sobre a necessidade de limitação destes, com vistas a garantir a liberdade política. Segundo referido filósofo, cada poder deveria ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlada pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes seriam independentes, porém harmônicos entre si. (MONTESQUIEU, 1982)

Esta idéia foi consolidada com a posterior enumeração da divisão de poderes entre os direitos fundamentais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 16. (PEIXINHO, 2008, p. 15)

Na lição de Alexandre de Moraes:

“A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art.

16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.” (MORAES, 2007, p.385)

2.2 – Visão Contemporânea

Passados alguns séculos, Hans Kelsen cuidou de tecer algumas críticas à teoria da separação de poderes de Montesquieu, abordando-os de forma mais realística de acordo com o que ocorria nos países que a adotaram. Segundo referido autor, a divisão de competências entre os poderes não seria tão estática quanto se imaginava, pois, na prática cotidiana, era necessária uma interação entre estes por meio do chamado “sistema de freios e contrapesos”, com vistas a um melhor desempenho das funções estatais (KELSEN, 2000).

Já na era contemporânea, é possível observar, então, que as constituições atribuíram funções típicas e atípicas aos poderes, ocorrendo uma flexibilização ainda maior da teoria de Montesquieu. Desse modo, foram atribuídas competências residuais aos poderes, que anteriormente eram exercidas somente por um deles.

É possível a visualização desta mudança, citando-se o caso brasileiro, por meio do surgimento do instituto da Medida Provisória, introduzida em nossa Magna Carta de 1988, que permite o exercício de competência legislativa pelo Poder Executivo de modo extraordinário.²

Em nosso ordenamento jurídico atual, é possível vislumbrar a idéia de harmonia e independência dos três poderes no artigo 2º, da Constituição Federal de 1988,³ que se trata de um princípio fundamental ao qual foi conferido status de cláusula pétreia, nos termos do 60, § 4º, III, CF/88.⁴

Sobre a necessidade de harmonia e independência entre os poderes discorreu José Afonso da Silva:

² Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...)

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴ § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
III - a separação dos Poderes;

“A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demandado de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.” (SILVA, 2005, p. 110)

Já a divisão de competências de cada um destes poderes está descrita na Seção IV, que trata da Organização dos Poderes, tendo sido reservado um capítulo em separado para cada um dos três Poderes da República.

Cabível ressaltar, neste ponto, que, seguindo a tendência mundial de maior sintonia e de menor rigidez quanto às competências de cada poder, a Carta de 1988 elencou, além das funções típicas de cada poder, atribuições atípicas, a serem exercidas de modo extraordinário e que legitimam um determinado poder a exercer as funções próprias de outra esfera de poder.

Por outro lado, levando-se em consideração o “sistema de freios e contrapesos”, é certo que referido sistema, juntamente com a idéia contemporânea de Jurisdição Constitucional, atribuiu às cartas constitucionais força normativa suficiente para serem utilizadas como parâmetro de legalidade frente o Poder Judiciário, no conhecido controle de constitucionalidade.

No Brasil, referida idéia se fez presente na Carta de 1988, que trouxe em seu texto a previsão do controle de constitucionalidade em algumas modalidades, sendo por isso considerado híbrido, ao prever o controle difuso e concentrado.

De acordo com Gilmar Mendes:

“A Constituição de 1988 reduziu o significado do Controle de Constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma, marcante, a legitimação para propositura da ação direta de constitucionalidade, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.” (MENDES, 2005, p. 85)

Não obstante tal fato, pode-se dizer que o sistema de controle de constitucionalidade que hoje vigora em nosso país ainda é híbrido, pois, ainda que o Supremo Tribunal Federal detenha a maior parte da competência para julgar a constitucionalidade das leis, é certo que os tribunais inferiores ainda julgam alguns casos, havendo então a convivência dos sistemas difuso e concentrado de controle.

Com base em tais considerações, cabível falar que há muito tempo é reconhecida a idéia de que a teoria da separação de poderes é vista de um novo modo após o advento de uma Jurisdição Constitucional, que tem como atribuição o controle abstrato de normas e acaba por resolver conflitos de competência entre órgãos e resolver contestações às leis e decisões judiciais.

“É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.” (PEIXINHO, 2008, p. 18)

O Estado de Direito acaba, então, por sofrer profunda mudança no momento em que abandona a idéia de Estado exclusivamente legislativo, restrito à garantia da separação formal dos poderes e direitos liberais clássicos, e passa a considerar a Constituição como dotada de efetividade para concretizar direitos fundamentais.

Desse modo, na atualidade o princípio da separação dos poderes, aliado ao sistema de freios e contrapesos, não somente tem a função de assegurar a liberdade, como também de garantir a própria Constituição enquanto lei maior de um Estado. (STERN, 1987)

Ademais, a idéia acerca da necessidade de cooperação entre os poderes demonstra que houve uma mitigação do caráter rígido da teoria de Montesquieu com a idéia de que as funções dos poderes estritamente divididas, sendo esta mitigação um resultado das transformações ocorridas no Estado Contemporâneo, no qual novos valores foram acrescentados ao contexto político e social. (SILVA, 2011, p. 109)

3 – FATORES QUE LEVARAM AO SEU SURGIMENTO

Assim como todo e qualquer fenômeno que ocorra em uma sociedade e traga implicações diretas ao Direito, seja como necessidade de regulá-lo ou de simplesmente reprimi-lo, é certo que a judicialização não poderia ser estudada de modo isolado, pois se faz necessária a compreensão histórica dos fatores e condições que levaram ao seu surgimento e também ao modo como se dá em nosso país.

Segundo John Ferejohn, a idéia de judicialização mostra uma profunda mudança que vem acontecendo desde o fim da II Guerra Mundial:

(...) observa-se um profundo deslocamento do poder do Legislativo para tribunais e outras instituições jurídicas. Tal deslocamento - que recebeu o nome de judicialização - tem ocorrido em escala mais ou menos global. O espetáculo dos juízes italianos pondo abaixo o sistema de troca-troca de gabinetes estabelecido na Itália no pós-guerra, magistrados franceses caçando primeiros-ministros e presidentes, e até mesmo juízes tomando a iniciativa de prender e julgar ex-ditadores e líderes militares, são os aspectos mais visíveis dessa tendência. Mesmo a intervenção da Suprema Corte americana na disputa eleitoral em Bush v. Gore é outra manifestação bastante conhecida desta tendência” (FEREJOHN, 2003)

Daniel Sarmiento, por sua vez, indica o contexto histórico e político que serviu como pano de fundo para o surgimento do fenômeno aqui discutido, realçando os traços importantes da influência que a força normativa dada às Constituições provocou nos sistemas jurídicos em todo o mundo:

“Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. (...)”

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis.” (SARMENTO, 2009, p. 03/04)

Com efeito, o fenômeno aqui estudado como interferência do Poder Judiciário nas relações políticas e também nas relações sociais veio à tona nos anos 90 em nosso país, em razão do fortalecimento das instituições judiciais ocorrido no pós II Guerra Mundial com o objetivo de evitar novas tiranias, e também em função da crise de representação política ocorrida com os membros dos poderes Executivo e Legislativo, levando ao descrédito destes frente à população.

Ademais, a interpretação mais abrangente das normas constitucionais, proporcionada pelo fortalecimento do Poder Judiciário e também pelo advento dos diversos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, fez com que ocorresse a chamada constitucionalização da vida política, ou sua judicialização, uma vez que foi ampliada a influência da Constituição em todos os ramos do Direito, sendo esta invocada com maior frequência desde então.

A respeito deste tema, Luis Roberto Barroso fala em uma “doutrina da efetividade”:

“Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estreitando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma

miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.” (BARROSO, 2005, p. 76)

E em razão de tais fatos foi possível perceber um crescimento enorme da importância política do Poder Judiciário no cenário dos três poderes. Cada vez mais questões importantes e polêmicas são trazidas às mãos dos magistrados para decisões, especialmente nas Cortes Constitucionais, o que demonstra claramente essa idéia de judicialização das questões importantes de um país. (SHAPIRO e SWEET, 2002, p. 136/138)

Segundo TATE e VALLINDER, citados por VERONESE, os principais fatores que levaram ao surgimento da judicialização aqui estudada foram: expansão democrática, separação dos poderes, política em prol de direitos, uso dos tribunais por grupos de interesse, uso dos tribunais por oposições políticas, instituições políticas ineficazes para definição da vontade da maioria, percepção negativa das instituições de produções de políticas públicas e delegação de responsabilidade por parte das instituições. (VERONESE, 2009, p. 255/256)

Ora, de uma análise geral destes fatores e do contexto histórico da época, pode-se dizer que o rigor estabelecido pela clássica separação de poderes não se encaixava no modelo estrutural do Estado Liberal então vigente, no qual a burguesia clamava pela defesa de suas liberdades individuais, mas não possuía nenhuma alternativa material quanto a isso na medida em que o Estado não garantia efetivamente os direitos necessários à promoção da dignidade humana. (FACHIN, 2006, p. 195)

E foi justamente essa insatisfação com a falta de instrumentos que dessem efetividade aos direitos fundamentais que levou ao advento da constitucionalização do direito, no qual o Estado, antes relegado ao segundo plano, passou a atuar mais ativamente na concretização dos direitos sociais da população, sendo que essa expansão em prol dos direitos constitui um dos fatores que conduziram à ocorrência da judicialização da política.

Além disso, com o surgimento do Estado de bem-estar social e a posterior exposição de suas mazelas, em consequência do fato de que o Poder Público, embora responsável pela promoção e garantia dos direitos sociais assegurados à população, não foi capaz de assegurá-los a todos, é certo que a busca do Poder

Judiciário é mera consequência dessa necessidade de ver efetivados os direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Ainda segundo Luis Roberto Barroso:

“A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.” (BARROSO, 2010, p.31)

4 - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Com base no conceito apresentado inicialmente por TATE e VALLINDER, é possível verificar que, no último século, os mais diversos países passaram por transformações que propiciaram a ascensão do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, transformações estas desencadeadas tanto por fatores locais quanto por circunstâncias globais, como a tendência de Constitucionalização do Direito após o período da Segunda Guerra Mundial.

Boaventura de Souza Santos afirma que “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política.” (SANTOS, 2003).

Isso significa dizer que, no exercício da função judicante que lhe é própria, o Poder Judiciário acaba por tomar decisões, em detrimento daquelas tomadas por outras esferas a respeito do mesmo assunto, que não somente beneficiam uma das partes envolvidas na demanda, mas acabam por implicar em afetação, ainda de que de forma indireta, das competências dos Poderes Executivo e Legislativo, na medida em que modificam aspectos anteriormente definidos por estes poderes.

Segundo Marcos Faro Castro:

“A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.” (CASTRO, 1997)

Diz-se, então, que embora não seja um poder eminentemente político, já que seus membros não são escolhidos por meio de voto popular e não possuem mandato fixo, o Poder Judiciário passa a decidir questões com pano de fundo eminentemente político, na medida em que as demandas que lhe são trazidas, muito mais do que envolverem juízo de micro-justiça com efeitos *inter partes*, trazem consigo a necessidade de emissão de um juízo de valor que acaba por alcançar um contingente maior de cidadãos do que aqueles envolvidos na demanda, afetando aquilo que se chama de macro-justiça e podendo produzir um efeito *erga omnes*.

Ademais, este ativismo judicial que culmina na judicialização da política é fruto de uma ação mais intensa do Poder Judiciário no que diz respeito a questões sociais e políticas, que deveriam ter passado por um processo político majoritário, mas que, em virtude da demora do Parlamento e do Poder Executivo em responder os anseios da população, acabam provocando um rearranjo da clássica separação de poderes de Montesquieu no caso concreto. (GARCIA e ZACHARIAS, 2013)

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário pautada no fenômeno aqui estudado acaba por provocar, ainda que de modo indireto, uma substituição ou rearranjo das políticas públicas incumbidas a cada um dos três poderes, uma vez que o julgador determina sua modificação somente com base na sua interpretação valorativa restrita, sem levar em consideração os fatores utilizados para a elaboração de referidas políticas pelo ente competente.

E é neste ponto que reside aquilo que muitos dizem ser o maior problema da judicialização da política, pois não há simplesmente, por parte do julgador, uma decisão a ser imposta às partes, mas sim um verdadeiro comando aos demais poderes que os obriga a modificar ou remanejar políticas públicas anteriormente decididas com base no critério da coletividade.

A judicialização da política seria, desse modo, um destaque funcional do Poder Judiciário quando da decisão constante e rotineira de causas que, não dotadas de prévios limites na legislação, acabam por substituir os demais atos funcionais do Executivo e do Legislativo, provocando não só mal estar institucional, mas efetivas mudanças nas relações jurídicas que regulem fatos e conflitos, dos quais deveria se declarar incapaz.

Destarte, ao tomar decisões desta forma, o Poder Judiciário acaba por demonstrar uma efetiva aptidão em atender às demandas individuais que lhe são trazidas, mesmo que o faça afetando outros que não serão beneficiados, dando-lhe uma conotação de super poder, enquanto os demais poderes tem suas mazelas expostas, pois o Judiciário supostamente foi buscado em razão da ineficiência do Executivo ou do Legislativo.

E é aí que se encontra o que muitos chamam de crise da democracia com a judicialização da política, na medida em que não estaria havendo harmonia entre os poderes da República e se estaria, de fato, diante de um verdadeiro governo de juízes, não somente por conta da necessidade de um Judiciário neutro e não afeto à

questão das políticas públicas, mas pelo fato de que os magistrados, ao contrário do que ocorre com os representantes dos demais poderes, não foram eleitos pelo princípio majoritário nem possuem mandatos fixos, faltando-lhes a chamada representatividade popular. (APPIO, 2005, p. 158)

Noutro giro, é possível falar também que há uma relação de proporcionalidade entre esta expansão do Judiciário e a incerteza eleitoral, como já mencionado por TATE e VALLINDER quando citou o uso dos tribunais pela oposição como um dos fatores que levaram à judicialização da política.

É que quanto maior o medo dos grupos políticos de perda das eleições, mais tendentes serão à adoção da constitucionalização dos direitos e da judicialização, pois usarão o Poder Judiciário a seu favor e contra os que saírem vitoriosos nas eleições. Isso ocorre porque as Constituições analíticas, extensas em direitos fundamentais e sociais, acabam por impor limites materiais ao processo majoritário, que terá sua efetividade vigiada pelo Judiciário, o que evitará que o vencedor do jogo político leve consigo todo o poder disponível. (GINSBURG, 2003, p. 23)

Desse modo, o que se vê é que a necessidade de uma constituição analítica para constitucionalização de direitos anteriormente violados acabou expandindo o Poder Judiciário em demasia, na medida em que quanto mais abrangente a Constituição, maior será o espaço de atuação do Poder Judiciário e menor o do Poder Legislativo, pois todas as leis devem seguir o parâmetro constitucionalmente elaborado e cabe ao Judiciário zelar pela supremacia constitucional por meio do controle de constitucionalidade. Ora, sendo a Carta Constitucional norma de hierarquia superior às demais manifestações dos Poderes Legislativo e Executivo, é certo que, quanto mais amplo seu conteúdo, maior a quantidade de matérias que serão retiradas do alcance do legislador ordinário. (BRANDAO, 2013, p. 200)

5 – CONSEQUÊNCIAS

De uma análise do contexto aqui trazido e do fenômeno em si, é possível dizer que o Poder Judiciário, na atualidade, se transformou no centro das lamentações das sociedades contemporâneas, na medida em que todos os tipos de questões aparentemente se tornaram passíveis de serem levadas aos Tribunais para sua análise e possível mudança.

Entretanto, referido movimento acabou por trazer conseqüências ao ordenamento jurídico e ao arranjo institucional do Estado brasileiro que não se tinha em mente no momento em que foram previstos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis pelos Tribunais e no momento da elaboração da Constituição de 1988, abundante em direitos e garantias fundamentais, mas carecedora de efetividade em muitos pontos.

5.1 – Choque entre os Poderes e excessivo crescimento do Poder Judiciário

É certo que o fortalecimento do Judiciário, com a crescente demanda de questões que envolvem direitos fundamentais, possíveis violações à Constituição Federal em geral, pode provocar um esvaziamento dos juízos de conveniência já realizados pelos demais poderes quando da elaboração das políticas públicas e também um inchaço excessivo do próprio Poder Judiciário, que se vê recebendo em suas cortes as mais diversas demandas acerca de direitos que, ainda que indiretamente, estariam na Constituição.

Segundo Antoine Guarapon:

“O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. (...) 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.”. (GUARAPON, 1999, p.26)

De acordo com este eminente jurista francês, o juiz não é um novo ator político no cenário da judicialização, ele apenas é chamado a ocupar o espaço deixado por poderes executivo e legislativo enfraquecidos em razão de derrotas eleitorais, preocupados demais com questões de curto prazo para se atentarem com temas políticos maiores, razão pela qual os indivíduos buscam no Poder Judiciário a moral e a política que parecem perdidas nos demais poderes. (GUARAPON, 1999, p. 27)

Ora, o que se vê então é que os magistrados se vêem insuflados com as mais diversas demandas sobre as quais são obrigados a dizer qual o princípio constitucional mais aplicável ao caso, sendo que, além de decidir o caso concreto, estará também modificando uma política pública já implementada pelo Poder Executivo ou declarando uma lei elaborada pelo Legislativo como inconstitucional.

E é certo que o estímulo à judicialização das atividades legislativa e administrativa é o principal efeito desta hiperconstitucionalização da política, já que, com base em parâmetros excessivamente amplos, o Poder Judiciário pode controlar a constitucionalidade de atos estatais e extrair deveres de agir dos demais poderes. (MELO, 2007, p. 250)

E isso pode provocar um inevitável choque entre os poderes, na medida em que, por maior que seja a interação entre estes e a necessidade de controle e fiscalização uns dos outros, é certo que as políticas públicas e as leis implementadas pelos demais poderes são frutos de discussão prévia e também do juízo de conveniência inerente ao responsável por sua elaboração, não sendo factível que possa o Poder Judiciário se imiscuir na esfera deste, uma vez que sequer dispõe de elementos para tanto.

Ademais, não se pode esquecer a premissa de que, num sistema democrático, a atuação jurisdicional não pode simplesmente expressar a vontade própria do órgão julgador isoladamente, pois ela deve sempre se conduzir levando em consideração uma deliberação majoritária precedente, seja esta do legislador ou do administrador.

5.2 – Esvaziamento dos juízos de macro-justiça

Outra consequência advinda da judicialização da política é o esvaziamento dos juízos de macro-justiça existentes quando da opção dos Poderes Legislativo e Executivo por determinadas políticas públicas.

Ao promulgar uma lei ou determinar algum tipo de alocação de recurso público, é certo que referidos poderes levam em consideração circunstâncias que abarcam e influenciam a população do país em sua generalidade, buscando englobar a maior parcela de cidadãos possível dentro das possibilidades orçamentárias e das características e destinatários da medida.

Entretanto, ao decidir uma demanda que envolve uma modificação, de algum modo, de uma política pública, como, por exemplo, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário acaba provocando a individualização de um direito coletivo, contrapondo o interesse geral ao individual.

Assim, ao imiscuir-se nas políticas públicas, afetando-as, os magistrados efetivamente administram a escassez de recursos públicos, remanejando-os, ainda que de forma indireta, o que não é uma função que lhe tenha sido constitucionalmente atribuída.

Não obstante, há que se atentar para o fato de que, além de não possuir conhecimentos técnicos que possibilitem uma efetiva análise do caso em termos gerais, é certo que dentro da ótica da micro-justiça não é possível vislumbrar as consequências que a medida acarretará para o sistema como um todo.

Segundo Ana Paula Barcellos:

“Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. (BARCELLOS, 2006, p. 32)

6 – CONCLUSÃO

Não se desconhece que o ativismo judicial oriundo da judicialização da política acaba por transpor os limites da lei, adequando sua sistemática às particularidades do caso concreto, implicando, muitas vezes, em tomada de decisões políticas que não sem incluem na competência do Poder Judiciário, em razão da desnecessidade de reconhecimento popular para que este seja legítimo.

Entretanto, não se pode dizer que tal fato estaria gerando uma efetiva crise institucional entre os três Poderes da República. Trata-se, na verdade, de um dos desdobramentos da evolução democrática pela qual passa nosso país, na medida em que, após algumas décadas de ditadura, tem-se o começo da maturidade do sistema democrático brasileiro, ainda com muitas questões a serem resolvidas.

Neste sentido, embora a judicialização da política possa ser vista como uma conseqüência da falta de efetividade de algumas políticas públicas governamentais, tal fato deve ser positivamente visto como uma forma de propiciar uma maior discussão acerca destas políticas com vistas a modificá-las, levando a uma maior reflexão do arranjo institucional, numa clara demonstração da evolução democrática do país.

Ademais, a hipertrofia do Poder Judiciário nada mais é do que um reflexo do avanço da democracia, na medida em que, quanto maior o controle e fiscalização recíproca dos poderes, mais favorável o ambiente para desenvolvimento e consolidação do sistema democrático, pois se evita o risco de tirania por parte de um dos poderes.

“Assim, a melhor medida para a garantia de um Estado amplo, mas, ao mesmo tempo, respeitoso aos direitos individuais e à democracia, ou, em outras palavras, a solução da tensão entre *demandas pró-governo e antigoverno* se dá com a difusão do poder e dos instrumentos de fiscalização recíproca (dentre os quais se destaca o controle de constitucionalidade), permitindo diversas vias de acesso a grupos de interesse minoritários marginalizados no processo político.” (BRANDAO, 2013, p. 8/9)

Por outro lado, o que se vê também é que existe uma propensão natural de que Poder Judiciário e democracia avancem juntos. Ora, na medida em que há uma constitucionalização mais abrangente da vida pública, não se pode falar em paralisia

ou ingovernabilidade por parte dos Poderes Legislativo e Executivo. Pelo contrário, a judicialização da política faz com que estes poderes sejam impulsionados a rever seus atos com vistas à adequá-los aos anseios da população, garantindo o pleno funcionamento do sistema democrático vigente.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005. p.158.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de direito do Estado. 2006. p. 3/32.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: Temas de direito constitucional, Rio de Janeiro: Renovar. 2005. v.3, p. 76.

_____. A Constituição brasileira de 1988: uma introdução. *In* Tratado de Direito Constitucional. Vol. 1. Coordenação Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder Nascimento. São Paulo: Ed. Saraiva. 2010. p. 31.

BRANDAO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, maio/agosto 2013, p. 175-220.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n.34, 1997.

FACHIN, Zulmar. Teoria Geral do Direito Constitucional. 2ªed., Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006, p. 195

FEREJOHN, John. "Judicializing politics, politicizing law". Hoover Digest, nº 1. 2003.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999, p.26/27.

GARCIA, Lucyellen R. Dias e ZACHARIAS, Ricardo Almeida. Crise de legitimidade do Poder Legislativo e Ativismo Judicial: uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito. Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba em junho de 2013. Disponível em a [://conpedi.org.br](http://conpedi.org.br). Acessado em 18 de novembro de 2013.

GINSBURG, Tom. Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 23.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390-402.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 514-517.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional: Tomo II. Belo Horizonte:

Mandamentos, 2002.

MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel a tara (Orgs.). A Democracia Brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 250.

Mendes, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha – 5ª a. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Brasília. Brasília: Ed. UnB, 1982.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21ª a. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385.

PEIXINHO, Manoel Messias. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Judicialização da política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Publicado em 26/05/03. Acesso em 18/11/13.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista brasileira de estudos constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: [a ://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044](http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044). Acesso em: 18/11/2013.

SHAPIRO, Martin e SWEET, Alec Stone. On Law, Politics and Judicialization. New York: Oxford University Press. 2002. p. 136-208.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.110.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 109.

STERN, Klaus. Derecho a estado de a Republica Federal Alemana. Madrid: 1987.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995, p. 20/28.

VERONESE. Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa). V. 3, p. 255/256, 2009.