

39º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS
26 a 30 de outubro de 2015, Caxambu-MG

GT18 - Instituições judiciais, agentes e repercussão pública

**A ANÁLISE DA PERTINÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO
CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO**

Kaline Araújo Ferreira
(UFPI)

39º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS
GT18 - Instituições judiciais, agentes e repercussão pública

**A ANÁLISE DA PERTINÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO
CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO**

Kaline Araújo Ferreira¹

Resumo: O Poder Judiciário brasileiro, especialmente após a Constituição de 1988, tem interferido nas esferas de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa conduta do Judiciário se manifesta de formas diferenciadas: a judicialização da política e o ativismo judicial, que já produziram, e continuam a produzir, diversas decisões, precipuamente emitidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O presente trabalho tem como objeto a realização da judicialização da política pelo Judiciário brasileiro, especificamente em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que se possa verificar a pertinência de tal realização dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito. Os objetivos buscados são: a) diferenciar as duas formas de protagonismo do Judiciário brasileiro, denominadas “judicialização da política” e “ativismo judicial”; b) identificar uma das duas formas de atuação adotada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que se verificou a conduta ampliada do Judiciário; c) analisar a pertinência da atuação identificada, especificamente a judicialização da política, dentro dos princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Judicialização da política; Ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The Brazilian Judiciary, especially after the Constitution of 1988, has interfered in the spheres of activity of the legislative and executive rulings. This conduct of the judiciary manifests itself in different ways: the legalization of politics and the judicial activism, which have produced and continue to produce a number of decisions, primarily issued by the Federal Supreme Court (STF). This work has as object the achieve of the legalization of politics by the Brazilian judiciary, specifically in judgments of the Federal Supreme Court, to check the relevance of such an achievement within of perspective of Right Democratic State. The objectives searched are: a) differentiate between the two forms of leadership of the Brazilian Judiciary, called "judicialization of politics" and "judicial activism"; b) identify one of the two forms of action adopted in judgments of the Federal Supreme Court in which found the enlarged conduct of the judiciary; c) analyze the relevance of the identified actions, specifically the legalization of politics, within the principles and objectives of a Right Democratic State.

Key words: Legalization of politics; Judicial activism; Federal Supreme Court.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Piauí.

INTRODUÇÃO

Em todo o mundo, o Judiciário tem desenvolvido uma atuação mais política, confirmando sua posição como ator político. Diversas situações são apontadas como possíveis explicações para este comportamento, que envolve uma intervenção nas esferas em que atuam os Poderes Executivo e Legislativo. No Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, tem se verificado essa expansão judicial, em destaque para os julgamentos e posicionamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal.

É preciso reconhecer, para uma análise mais acertada, que essa conduta do Judiciário se manifesta de formas diferenciadas, fundamentalmente no que se refere ao objetivo e ao procedimento adotados. Este trabalho abordará duas dessas formas de protagonismo daquele Poder: a judicialização da política e o ativismo judicial.

As duas formas de agir evidenciam o Judiciário trabalhando como elite política, inserido em perspectivas direcionadas a políticas públicas e outras áreas dos interesses sociais. Por vezes, não só as decisões do Supremo Tribunal Federal, mas a aceitação para exame de um caso, os acontecimentos que envolvem os julgamentos e até mesmo a fala dos Ministros demonstram um excesso do tribunal, e caracterizam uma das maneiras como o Judiciário atua na arena política. Deve-se dizer que tal excesso não diz respeito somente aos assuntos costumeiramente próprios dos Poderes majoritários e envolve ainda temáticas sobre a vontade popular e regras de comportamento. Uma atuação mais ponderada também se encontra presente nos julgamentos mais amplos do tribunal, e representa a outra atitude do Judiciário em tais situações.

Este artigo tem como objeto a realização da judicialização da política pelo Judiciário brasileiro, especificamente em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que se possa verificar a pertinência de tal realização dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito. Os objetivos buscados são: a) diferenciar as duas formas de protagonismo do Judiciário brasileiro, denominadas “judicialização da política” e “ativismo judicial”; b) identificar uma das duas formas de atuação adotada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que se verificou a conduta ampliada do Judiciário; c) analisar a pertinência da atuação identificada, especificamente a judicialização da política, dentro dos princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito.

A metodologia utilizada possui uma abordagem qualitativa e busca, em bibliografia (física e virtual) sobre o assunto, as causas e implicações da judicialização da

política e do ativismo judicial, necessárias para a identificação de uma dessas formas de atuação do Judiciário nas decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas. O próprio site deste tribunal foi a fonte de pesquisa das decisões e demais aspectos dos julgamentos, o que não excluiu a visita a outros sítios disponíveis na internet.

A estrutura do texto corresponde à sequência lógica dos objetivos acima expostos. A apresentação das duas formas de atuação do Judiciário consiste em uma abordagem do que cada uma significa. Ao se voltar para a judicialização da política, o artigo delinea as causas que são relatadas como importantes e facilitadoras do fenômeno, que é diferenciado em relação ao ativismo judicial. Um critério de distinção das duas formas é estabelecido. Em seguida são analisados casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que a atuação desta Corte mostrou-se identificada em uma ou outra maneira de expansão judicial. Aborda-se a pertinência da judicialização da política, sendo a escrita finalizada por uma apresentação sucinta de considerações que se mostraram pertinentes ao fim deste estudo prévio.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: DUAS FORMAS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA POLÍTICA

Desde o século XVIII, o Poder Judiciário iniciou um movimento de atuação diferenciada de suas tradicionais atividades, que consiste em uma intervenção na esfera política, ou seja, nas áreas de atuação tipicamente próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Vários motivos foram levantados desde então para justificar este comportamento proativo dos juízes, e é claro, inúmeras críticas questionaram a pertinência e a validade de suas atuações neste sentido. Deve-se destacar que, a atuação mais ampla do Judiciário tem se desenvolvido de formas diferenciadas, porém tão parecidas que chegam a ser confundidas como uma só. Trata-se da judicialização da política e do ativismo judicial. Antes de se estabelecer a diferença, é preciso contextualizar como surgiu esse novo comportamento judiciário.

Os Estados Unidos, no século XVIII, encontrava-se penitenciado pela Revolução de 1776. Camponeses e proprietários eram obrigados a pagar altos tributos à classe de dirigentes, formada pelos grandes proprietários, que também constituíam o Poder Legislativo. Como tentativa de evitar a criação de leis que tornassem ainda mais onerosos os tributos, a classe dirigida buscou no Poder Judiciário a proteção de seus direitos.

Portanto, de certa forma, a sociedade incentivou uma interferência do Judiciário na arena política. Em 1957, uma reunião de artigos que buscavam o apoio do eleitorado novaiorquino à Constituição americana, intitulada “O Federalista”, fortaleceu apoio ao trabalho do Judiciário. É evidente que a classe dirigente não permaneceu silente aos novos acontecimentos, e opôs-se à ampliação das atividades judiciárias (GARGARELLA, 2011).

A nova forma de atuação do Judiciário estadunidense se dissipou pelo mundo, encontrando adeptos, que adequavam aquela maneira de agir a suas realidades e princípios, e Estados indiferentes ou opositores, que não vislumbravam bons resultados naquele novo jeito de trabalhar. A França é um exemplo deste último caso, em razão da desconfiança que o Estado possuía em relação ao Poder Judiciário, segundo Arantes (2007), oposta à credibilidade de que gozava o Poder Legislativo naquele país.

Cittadino (2002) enumera, em resumo, algumas situações que contribuíram para a ampliação da atividade do Judiciário na arena política, como a normatização de direitos coletivos, transições pós-autoritárias, especialmente ao se pensar na perspectiva das nações latinas, a elaboração de constituições democráticas e a melhoria na estruturação das instituições visando à proteção do Estado de Direito. O rol faz parte de uma lista mais extensa, previamente apresentada por Tate e Vallinder (1995), e que representa condições que facilitaram a expansão do poder judicial.

A primeira condição é a democracia, que pode ser observada em conjunto com a segunda condição, a separação dos poderes. Se a democracia, embasada na regra majoritária e na representatividade do povo por seus escolhidos pelo voto, a princípio, afastaria a possibilidade da ampliação da atividade judicial, por outro lado, ela garante. A democracia permite que haja um Judiciário independente, o que viabiliza a percepção desse Poder das suas funções e limites. Embora seus membros não sejam eleitos pelo povo, não parece ser uma violação ao Estado de Direito a atividade que encontra respaldo constitucional. Na perspectiva da separação de poderes, restaria ao Judiciário apenas a interpretação das leis, de forma que a sua interferência nas áreas mais propriamente voltadas às funções legislativa e executiva não deveria acontecer. De fato, acontece, a partir de uma distinção entre o que é interpretar e o que fazer leis, por exemplo, como salienta Tate e Vallinder (1995), que sustentam ser a separação dos poderes também essencial a um Judiciário independente para a realização da ampliação de suas atividades.

A terceira condição que os autores enumeram é a instituição de políticas de direitos. Não se trata, como eles alertam, da necessidade de uma constituição escrita, na qual estejam listados os direitos dos cidadãos, basta o respeito aos princípios que os protegem. A atuação dos juízes no aspecto de garantir esse respeito, essa proteção, é uma das maiores razões de se ver o Judiciário envolvido em ações que cuidem desses direitos, trabalhando em um espaço mais político.

Destaca-se condições que envolvem o uso das Cortes por grupos direcionados a interesses que não se voltam a princípios e valores específicos de um Estado Democrático de Direito. Trata-se da utilização do Judiciário, nesta inserção na arena política, para a aquisição de interesses políticos e econômicos próprios de grupos restritos, que, na análise de Tate e Vallinder (1995), podem manipular a ideia sobre direitos para alcançar seus objetivos. A oposição também pode usar o Judiciário para questionar, macular, enfraquecer políticas propostas pelo governo. De fato, verifica-se muito isso. Diversas pesquisas no Brasil apontam que os partidos de oposição possuem grande presença na titularidade de ações que contestam as práticas do governo em políticas públicas e diversas outras áreas.

Carvalho e Marona (2010) ressaltam algumas causas para a expansão judicial, e que se associam às condições acima comentadas. São elas: as mudanças sociais, que impulsionam o Poder Judiciário a participar de uma reestruturação dos conceitos e valores; os mecanismos de revisão judicial, que validam a intervenção e garantem a preservação da imparcialidade judicial; a crise do positivismo jurídico, suficiente para modificar os paradigmas de atuação das Cortes, permitindo uma proximidade com as perspectivas sociais; o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente na busca pelo Judiciário para proteção dos direitos e na organização de uma estrutura institucional voltada para a defesa dos direitos humanos; a construção do “Welfare State”, com o objetivo de se voltar para a melhoria das condições de vida e do respeito a elas, configuração em que o Judiciário possui papel ativo e de destaque.

Essa expansão judicial foi chamada de “judicialização da política”, pela primeira vez, na publicação da coletânea *The Global Expansion of Judicial Power*, de C. Neal Tate e de Torbjörn Vallinder, em 1995, e no Brasil, no artigo *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, de Marcos Faro de Castro, em 1997. Por ser um trabalho

inovador neste sentido conceitual, a coletânea acima mencionada é bastante usada como referencial na estruturação do conceito do fenômeno, o que será realizado neste trabalho.

A judicialização da política, conforme Tate e Vallinder (1995), significa a expansão da possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre assuntos que concernem previamente aos outros Poderes e, ainda, a extensão dos procedimentos que o Judiciário utiliza ao produzir decisões. Portanto, é uma atuação do Poder Judiciário em questões consideradas políticas, e ocorre a partir de duas perspectivas de acordo com o entendimento dos autores.

O fenômeno consiste em uma revisão e/ ou controle das ações legislativas e dos atos do Poder Executivo, por meio de uma comparação de tais atos ao que está previsto na Constituição do Estado. Portanto, o que for contrário à legislação constitucional, não deve produzir efeitos, e essa decisão deve ser tomada pelo Poder Judiciário. Arantes (2013, p.198-201), explana acerca da diferença entre revisão e controle. Revisão, conforme o autor, é revisar atos legislativos e executivos em casos específicos e, portanto, concretos, atividade comum no sistema judicial dos Estados Unidos. Em tais situações, os efeitos da revisão apenas serão sofridos pelas partes envolvidas na análise. O controle, no entanto, se refere a uma atividade própria de cortes constitucionais, segundo o autor, e que normalmente não se confundem com o Judiciário dos Estados. É uma perspectiva mais comum nos países europeus, e corresponde ao controle da constitucionalidade dos atos, o que ocorre em casos abstratos, com produção de efeitos para todos, portanto. No Brasil, a Constituição de 1988 prevê que o Supremo Tribunal Federal realize as duas perspectivas, a de revisar e a de controlar a constitucionalidade. Na maioria das vezes, os atos objeto de revisão ou de controle se referem a políticas públicas e a direitos fundamentais, dentre outros, normalmente atingindo, portanto, o povo de forma geral. Conforme Barbosa e Regis (2012), a Constituição de 1988, inicialmente, não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal uma atuação tão forte no cenário político, o que só aconteceu com o advento de dois acontecimentos posteriores à promulgação daquela, a aprovação da Emenda Constitucional nº 3, em 1993, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja regulamentação só aconteceu em 1999, e a Emenda Constitucional nº 45, ao criar a Súmula Vinculante, em 2004, regulamentada em 2006.

O outro aspecto da judicialização da política, segundo Tate e Vallinder (1995, p. 15), é o de que ela se manifesta no uso de procedimentos judiciais, ou quase judiciais, em

processos de tomadas de decisões que atingem a população, e que são realizados fora do espaço do Judiciário, e, portanto, nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo. Um exemplo que poderia ser citado, neste caso, é a Comissão Parlamentar de Inquérito, tão utilizada pelo Legislativo brasileiro.

Ao mesmo tempo em que a judicialização da política, surgiu o ativismo judicial. Esta forma de atuação do Poder Judiciário é bastante próxima da primeira, e, por isso, muito confundida com ela. Alguns autores trabalham os conceitos e buscam delimitar cada uma dessas maneiras de agir dos juízes.

Lopes (2013, p. 01) entende que a judicialização da política tem como motivo a redemocratização do país, a ampliação de assuntos abordados pela Constituição de 1988 e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Enquanto que o ativismo judicial deriva de uma inércia dos outros Poderes no que concerne a uma atuação em prol do bem comum, o que impulsiona o Judiciário a uma atitude de realizar o que não foi feito.

A judicialização da política para Silva (2014, p. 02) também decorre da Constituição Federal de 1988 e serve para proteger os direitos fundamentais, e, precipuamente, torná-los reais. Ao passo em que o ativismo judicial representa uma conduta ativa dos juízes em razão do não cumprimento de suas funções por parte dos Poderes majoritários, no que tange à aplicação dos preceitos constitucionais.

Barroso (2009) observa que o fenômeno da judicialização da política transfere poder aos juízes, que não possuem oportunidade de escolha, devem atuar quando a situação lhes for apresentada. O ativismo judicial, para ele, acontece quando as necessidades do povo não estão sendo resolvidas, satisfeitas pelos poderes que, por razões tradicionais, relacionadas à separação dos poderes, deveriam assim cumprir.

Nas palavras de Barroso (2009, p. 06), a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política é a seguinte:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo

específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Embora pareçam bem delimitadas, as duas atuações do Poder Judiciário são muito parecidas. Basta imaginar a dificuldade de se desenvolver uma análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal buscando identificar a qual tipo de atuação pertence cada voto. Trata-se de uma atividade com grande carga valorativa, o que exige a atribuição de um critério que se aproxime de uma perspectiva mais clara e neutra da temática. Parece razoável considerar o ativismo judicial uma postura do Judiciário de atuar em questões cuja interferência não lhe era exigida. É, portanto, uma atitude opcional. A judicialização da política, entretanto, é um fenômeno, em que o Judiciário se encontra obrigado a atuar, especialmente por consistir em uma tarefa constitucional, para que os direitos fundamentais, sociais sejam concretizados.

ANÁLISE DE JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: IDENTIFICAÇÃO DO COMPORTAMENTO DO JUDICIÁRIO

Os casos abaixo analisados foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos anos, e alguns constituem situações paradigmáticas dentro da concepção de judicialização da política e da própria área específica em que o caso se encontra. Foram ações apresentadas ao tribunal para que este realizasse a atividade de controle de constitucionalidade de leis ou atos, uma das facetas do fenômeno abordado neste trabalho.

Nesta análise, procurou-se, a partir da distinção das duas formas de atuação do Poder Judiciário que foram tratadas anteriormente, a judicialização da política e o ativismo judicial, identificar qual forma foi adotada em cada caso. Os votos dos Ministros não foram analisados em separado, foi feito um breve relato da situação e apresentado o resultado do julgamento. O critério utilizado foi o da percepção do respeito do Judiciário aos limites entre legislar, executar, julgar, aceitas as devidas adequações e necessidades de nova conjuntura social e política; e ainda, a observância do Judiciário ao espaço deixado pelo legislador para a realização de uma interpretação das leis no momento de sua aplicação no

julgamento de casos concretos, para que se evite uma ampliação excessiva do trabalho da Corte.

Os Mandados de Injunção 670, 708 e 712 foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal em 2007. Os três tratavam da inexistência de lei que cuidasse da greve de servidores públicos e reclamavam da omissão do Poder Legislativo em não regulamentar o artigo 37, VII, da Constituição Federal, que prevê a criação de lei que discorra sobre a greve de tais servidores. A Corte decidiu que, enquanto o Poder Legislativo não cumprisse com sua tarefa de legislar, os servidores não poderiam ter seu direito de greve desamparado, e, portanto, poderia ser aplicada a eles a lei que regulamenta a greve no setor privado (Lei nº 7.783/89). Parece que nesta situação, o Judiciário atuou na forma da judicialização da política, pois cuidou de questões sociais, restringindo-se a cumprir o que a Constituição Federal lhe determina, sem que legislasse ou executasse lei.

Em 2007, o Tribunal Superior Eleitoral foi consultado (Consulta nº 1.398) pelo antigo Partido da Frente Liberal, hoje DEM (Partido Democratas) acerca da titularidade dos mandatos eletivos do sistema proporcional. A consulta foi motivada pela grande quantidade de migrações partidárias que estavam acontecendo. O tribunal afirmou que a titularidade dos referidos mandatos não pertencia aos eleitos e sim aos partidos políticos dos quais eles migraram, e editou a Resolução nº 22.610/2007, regulamentando o procedimento de perda do mandato e outros aspectos. O Supremo Tribunal Federal foi procurado para se posicionar sobre o assunto, e no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.602, em 2007, e em seguida nos dos Mandados de Segurança nº 22.603 e 22.604, o tribunal confirmou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral e declarou a validade da Resolução nº 22.610/2007. Na ocasião, o órgão do Poder Judiciário contrariou seu entendimento acerca do transfuguismo, pois em 1989 havia decidido que os mandatos pertenciam aos eleitos, e vinha confirmando, ao longo dos anos, seu entendimento.

Além das modificações causadas a sua jurisprudência, que, de certa forma, abalam a confiança nas decisões emitidas, de um modo geral, a atitude do Supremo Tribunal Federal gerou críticas no sentido de que aquela era uma prática de ativismo judicial, e portanto, constituía uma interferência desnecessária do Judiciário nas esferas de atuação dos outros poderes. A investida do Judiciário na legislação eleitoral aconteceu de uma forma positiva, mas, principalmente negativa. Uma das justificativas para a criação e validade da Resolução referida é a existência do poder regulador na área eleitoral, o que

possibilita ao Poder Judiciário, em resoluções, regulamentar certas matérias. Há positividade neste aspecto, como de fato foi observado pelo Judiciário. Porém, o poder regulador não abarca situações tão abrangentes como a titularidade de um mandato, é um poder que, pode-se dizer de forma superficial, trata de aspectos mais administrativos. Além disso, um outro aspecto negativo da atitude do Judiciário foi, sem contar os efeitos da mudança jurisprudencial, a criação da sanção de perda de mandato para os que praticassem a “infidelidade partidária”. Exemplo de caso de ativismo judicial pela criação na legislação, e realização de atividade além das obrigações institucionais e constitucionalmente definidas.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 que buscava declarar proibido o uso de células-tronco embrionárias humanas. A ação questionava a lei de Biossegurança brasileira, que determina correspondência entre esse tipo de células e às células de embrião. Audiências públicas foram realizadas, nas quais foram ouvidos comitês científicos, membros de associações interessadas no desenrolar da questão, além da sociedade em geral. A utilização das células, especialmente do tipo de embriões humanos dos quais elas são obtidas também é regulamentada pela lei, e foi objeto de discussão naquela oportunidade.

O grande objeto da discussão era acerca do início da vida, o que ocorre com a fecundação. Se o zigoto é resultado da fecundação e após o zigoto viria o embrião, haveria eliminação da vida se houvesse uso das células originárias de embrião para pesquisas e outros fins especificados na lei. Desta forma, não poderia ser permitida a continuidade daquela legislação, segundo os defensores da ideia base da ação.

O tribunal entendeu que a utilização das referidas células não precisaria (ou até não poderia) ser proibida, tendo em vista que as pessoas naturais são, efetivamente, e segundo a legislação civil brasileira, as que sobrevivem ao parto, e que os direitos individuais protegidos pela Constituição são próprios de pessoas naturais. Alguns questionamentos surgiram entre os próprios Ministros sobre descarte, origem e fiscalização referente ao uso, porém, o resultado marcante e que restou publicado diz respeito a não proibição do uso das células-tronco.

Relevantes motivos para esta decisão, segundo os Ministros, foram os grandes benefícios que, em audiência pública foram ressaltados e também são de amplo

conhecimento, as pesquisas e o uso em tratamentos clínicos fornecem aos sujeitos envolvidos na utilização e para a sociedade, a nível mundial, inclusive.

Mas a decisão do Supremo Tribunal Federal representa que tipo de atuação do Judiciário? Percebe-se que a interpretação do conceito vida e do estabelecimento do momento em que ela se origina ocorreu a partir do que já estava determinado em lei, em comparação com a jurisprudência e com os aspectos jurídicos, científicos e sociais da temática no mundo. Não houve, ao que parece, uma realização, por parte do Judiciário, de criação de hipóteses ou da ampliação forçada de sentidos dos termos. Estabeleceu-se uma adequação à ideia de embriões, considerando-se que a legislação anterior entendia embrião como o naturalmente concebido, e a legislação questionada na ação o entendia também como o artificialmente gerado. Valores sociais precisaram ser defendidos, e já se encontravam definidos em lei, o tribunal não poderia deixar de analisar a questão e pronunciar-se sobre ela. Caso de judicialização da política.

Ainda no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.649, que buscava impedir a gratuidade no transporte interestadual a pessoas portadoras de deficiência e com comprovada carência financeira. A justificativa era a de que a gratuidade ofendia a isonomia entre as pessoas e a livre iniciativa, além do direito à propriedade. Pela interpretação da Corte, considerou-se que a solidariedade entre os cidadãos e para com os desfavorecidos, em especial, deveria ser observada em sociedade, e era um princípio valorizado constitucionalmente. Além disso, decidiu o tribunal que a livre iniciativa não pode ser vista singularmente, pois ela existe dentro de um quadro social de dignidade humana e de redução das desigualdades sociais. A interpretação desenvolvida para solucionar a questão proposta parece não ter violado os limites em que atuam os Poderes. De fato, pode-se perceber a essencialidade de se analisar as necessidades sociais dentro de um cotejamento de valores e de uma ponderação que provoque ou mantenha o equilíbrio social. Judicialização da política.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277 tratavam do mesmo assunto e foram julgadas conjuntamente pelo Supremo Tribunal Federal em 2011. As duas ações objetivavam que se fosse declarado possível o reconhecimento da união estável pessoas do mesmo sexo. O tribunal entendeu pela possibilidade de se reconhecer a união estável em

tal situação, por considerar que seu impedimento violaria direitos como a liberdade individual. Durante a discussão das ações, os Ministros debateram sobre o conceito de “família” dentro da legislação e, principalmente, da sociedade brasileira, pois a união estável se consolida a partir do interesse de duas pessoas unirem-se para constituir uma família. Analisar o que significa “família” era importante ao contexto pois a Constituição Federal de 1988 expressamente reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Portanto, a Constituição restringe o reconhecimento da união estável às que são estabelecidas entre homens e mulheres. Desta forma, os efeitos da união estável, como os referentes ao direito de família (divisão de bens em caso de separação, por exemplo) e de sucessões (herança, por exemplo), só eram declarados, aceitos quando quem formava a união estável era um homem e uma mulher. Entenda-se que, não havia proibição de que fossem estabelecidas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o que não acontecia era o reconhecimento dos direitos e deveres próprios dessa forma de associação familiar neste caso.

Quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência e a produção de efeitos válidos das uniões estáveis que ficaram conhecidas como “homoafetivas”, realizou uma interpretação que, segundo os Ministros que acordaram com esse entendimento, garantiria a proteção dos vários tipos de família que já existiam e continuariam a existir em uma sociedade tão diferente daquela em que vivia o constituinte. Assim, a Corte ampliou o conceito de “família” e de união estável.

Esta foi uma das grandes críticas sofridas por este julgamento conjunto daquelas duas ações. Não só interpretou a Constituição, o tribunal modificou conceitos estabelecidos em legislação constitucional, adentrando área concernente ao Poder Legislativo apenas. Talvez o principal problema dessa decisão, segundo seus opositores, seja a invasão do Judiciário em princípios e valores que pertencem ao povo, e que só o povo poderia modificar ou não, de tal forma que talvez nem mesmo o próprio Poder Legislativo, formado por representantes escolhidos pelo povo para representar seus interesses, não fosse quem devesse decidir sobre essa questão.

É importante ressaltar também que, o julgamento do Supremo Tribunal Federal priorizou entendimentos jurisprudenciais e realizou adequações de conceitos e realidades de uma maneira ampla demais, o suficiente para desmerecer o que está escrito na

Constituição. Não se trata de negar a justiça realizada com a decisão, e, portanto, de negar que os efeitos de uma união estável entre homem e mulher sejam estendidos a uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. A interferência excessiva do tribunal se revela na ação de reescrever a Constituição, de mudar o que ela prevê. Praticou ativismo judicial.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tratava da possibilidade de interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos. Na ação se pedia que não fosse considerado crime de aborto a referida interrupção, alegando-se que a possibilidade de vida de tais fetos era inexistente, e consistia na sobrevivência por algumas horas, sem atividade cerebral. Audiências públicas foram realizadas antes do julgamento, nas quais os Ministros ouviram pesquisadores, médicos, religiosos, uma vasta gama de profissionais e defensores de ambas as posições, contrária e favorável. O placar foi de 8 votos favoráveis ao entendimento de que não constitui aborto a interrupção de fetos anencéfalos contra 2 votos favoráveis ao entendimento de que constitui. Naquele momento, e posteriormente ainda se questiona, se o Supremo Tribunal Federal poderia atuar de tal forma, decidir aquela questão.

A dúvida se embasa no fato de que, ao decidir em caso positivo pela não existência de crime, como de fato aconteceu, a Corte geraria uma excludente de ilicitude ao crime de aborto. A excludente de ilicitude é uma situação que justifica o comportamento de quem nela se encontrava, por consistir na defesa de um direito seu ou de outra pessoa. As excludentes de ilicitude são previstas no Código Penal Brasileiro, e, portanto, ao decidir que a gravidez de feto anencéfalo é uma situação que justifica o aborto, o Supremo estaria prevendo, criando norma. Em contrapartida, defende-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal constituiu uma necessidade de se proteger direitos fundamentais que, encontravam-se desprotegidos em razão da inércia dos poderes majoritários. Mas em que tipo de atuação se encontra esta decisão da Corte? Parece ser esta uma manifestação do ativismo judicial, pois a decisão constituiu uma atividade legislativa de criação de nova situação de excludente de ilicitude, ou seja, houve um acréscimo na legislação.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PERTINÊNCIA OU EXCESSO?

Em um Estado Democrático de Direito, existe uma preocupação centralizada nos direitos fundamentais, nas liberdades civis. Vianna (2013) destaca a existência, nas

constituições democráticas, do que ele chama de “núcleo dogmático”, formado pelos princípios constitucionalmente protegidos, nos quais estão inseridos os valores defendidos em um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário foi inserido na política a partir, segundo o autor, da ampliação do núcleo dogmático constitucional. Entende-se, assim, que a perspectiva mostra uma responsabilidade dos juízes, como membros de uma instituição, de realizar a proteção e garantir a efetividade dos direitos, valores garantidos à sociedade. Ao se observar essa perspectiva, verifica-se uma justificativa para a forma de agir do Judiciário denominada judicialização da política.

Na verdade, a negativa de possibilidade de realização do fenômeno encontra seu maior argumento, como ainda afirma Vianna (2013), na separação de poderes e na valorização da vontade da maioria. Trata-se, é claro, da análise tradicional das divisões das funções ou atividades de cada Poder dentro da estrutura institucional. A construção da separação de poderes, da forma como normalmente se apresenta, possui uma rigidez que desarticula uma atuação mais avançada por parte de qualquer um dos Poderes, restringindo-os a suas esferas predeterminadas. Além disso, especificamente no que tange ao Poder Judiciário, ressalta-se, em contrariedade a uma atuação mais ampla, que este é um Poder cujos membros não são eleitos pelo povo, portanto, não devem envolver-se nas questões que notadamente se relacionam ao interesse popular.

Carvalho (2004) entende que o Judiciário pode fazer parte dos processos decisórios, e diante de sua observação quanto à existência de uma nova configuração constitucional, a partir de 1988, parece correto dizer que ele deve participar do cenário político. Porém, o autor destaca a importância de se estar atento aos limites de atuação desse Poder quando ele intervém na arena política, especialmente no que se refere a mudanças de leis e de outros atos.

Assim, a principal problemática parece se concentrar na forma como o Poder Judiciário exerce suas obrigações constitucionais de proteção aos direitos da sociedade, de forma individualizada ou coletiva. A questão da pertinência da judicialização da política, então, encontra-se, aparentemente, resolvida, restando necessária uma observação de como a intervenção dos juízes na área dos poderes majoritários interfere no jogo político, desde as articulações próprias do desenvolvimento do processo político até os resultados finais, que dizem respeito ao atendimento ou não dos interesses sociais.

O excesso parece se configurar na outra forma de atuação do Poder Judiciário, o ativismo judicial. A análise desta modalidade, e da maneira como ela se apresenta em

julgamentos do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, mostra-se tendenciosa a uma aceitação de que os juízes, neste caso mais específico no aspecto terminológico, os Ministros, avançam para um terreno que, se não agride, ameaça, a separação de poderes, seja ela em qual forma for desenhada.

Importante reconhecer ainda que, muitos casos em que se configura excesso na atuação judiciária recebem maior atenção da mídia e da sociedade como um todo, cujos procedimentos iniciais até seus julgamentos são envolvidos por construções de pensamentos e opiniões pautadas em senso comum ou em informações pouco ou nada verídicas. Não se trata de repudiar a participação da sociedade no desenvolvimento das atividades judiciárias, ao contrário, isso deve ser feito e instigado, em uma forma de “accountability judicial”. A preocupação é quanto aos efeitos que esse envolvimento pode gerar à própria atuação dos juízes. Muitas vezes, estes são vistos ou transformados pela sociedade em semideuses ou deuses protetores da verdade e a última esperança de se conseguir satisfazer as necessidades públicas, individuais ou coletivas, por vezes resultantes de uma atividade ineficaz dos poderes majoritários. É o poder da mídia e do clamor social por um herói.

Na verdade, entende-se melhor essa construção se se considerar a perspectiva pós-guerra, depois que a Segunda Guerra Mundial acabou, e que impulsionou a procura pelo Judiciário para a defesa dos direitos humanos e a especificidade das Cortes Constitucionais e de Tribunais que a nível internacional passaram a tratar da temática. Essa, inclusive, é uma condição apontada para a expansão judicial e que foi anteriormente exposta.

Todavia, é preciso considerar que os juízes são seres humanos, são passíveis de erro, e por mais que suas atividades lhes exijam neutralidade e imparcialidade, eles as executam acompanhados de seus vícios e de sua subjetividade que, embora precise ficar em segundo plano, não desaparece, até mesmo porque ainda é necessária, de forma contida, durante a interpretação e o julgamento dos casos que lhe são apresentados.

O momento histórico também possui influência na atitude jurisdicional, o que pode justificar ou incentivar o excesso. Nos casos analisados, e em muitos outros, os acontecimentos históricos e a percepção de que a evolução temporal e dos costumes mudou a sociedade foram relevantes na construção dos votos dos Ministros e na percepção que eles tiveram dos acontecimentos. A atividade de interpretar, realizada pelos juízes, exige esta soma de aspectos diretamente relacionados aos fatos para que se possa aplicar as leis,

porém, é essencial que a ponderação e a cautela na observação dessas circunstâncias sejam utilizadas.

No sentido do que foi explanado, evidencia-se o entendimento de Adeodato (2004):

Dentro desse debate sobre os limites à criatividade do Judiciário, pode-se considerar a preponderância da atividade judicante na concretização, sobretudo por parte das Cortes mais altas, como uma realidade prejudicial ao Estado Democrático de Direito, pois o Judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, ao invés de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de jusfilósofos como Ronald Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo ampliem-se a níveis preocupantes no contexto democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da política e o ativismo judicial são duas formas de atuação muito próximas e de difícil diferenciação em casos práticos. De forma bastante inicial, neste trabalho procurou-se ressaltar que a judicialização da política é uma realidade da qual o Poder Judiciário não pode se abster, e com a qual a sociedade precisa conviver. Entretanto, o ativismo judicial não.

De fato, é pernicioso a todo o sistema político que as instituições desrespeitem um dos principais fundamentos da estrutura do Estado, a separação dos poderes. A justificativa desta afirmação corresponde à própria justificativa de existência dessa forma de divisão das funções entre os Poderes. Quando o Judiciário se excede em suas tarefas, ameaça o equilíbrio de uma engenharia voltada, acima de tudo, para o atendimento das necessidades dos cidadãos.

Neste trabalho se buscou analisar decisões do Supremo Tribunal Federal para classificar a atuação da Corte em uma de suas duas formas de atuação: a judicialização da política e o ativismo judicial. O critério utilizado foi a observação, pelos Ministros, dos limites de intervenção no cenário político para a realização dos deveres concernentes ao Judiciário no que tange à defesa constitucional. Verificou-se, a partir desta análise, que o ativismo judicial é muito realizado pelo Judiciário brasileiro, o que configura um excesso das suas atribuições e um perigo à estrutura estatal.

É preciso esclarecer que as análises neste artigo foram realizadas a partir da aceitação da necessidade de que o Judiciário atue como sujeito político que é dentro da concepção

social e para resolver as necessidades sociais que lhe são apresentadas por diversos motivos, dentre os quais se destaca a inexistência de legislação que cuide dos interesses que são objeto das incursões judiciais. Em nenhum momento, entretanto, pode-se afirmar que esta atividade do Judiciário representa a definição do que é moralmente certo ou a decretação dos caminhos que devem ser seguidos. Criou-se uma posição midiática para o Poder Judiciário, especialmente em razão de vários julgamentos analisados neste trabalho, em que ele figura como o protetor dos direitos dos indivíduos e da coletividade em geral, aquele a quem se recorre diante da falta de atuação ou da ineficaz atuação dos outros Poderes. Este é um olhar equivocado.

Da mesma forma como se entende a necessidade de este Poder realizar a judicialização da política, é importante aceitar que esta atuação nada mais é do que uma obrigação institucional determinada pela Constituição e derivada dos princípios e valores de um Estado Democrático de Direito. Não é bondade de seus membros, é cumprimento de dever constitucional.

Deve-se estar atento para observar as atuações invasivas, aquelas que demonstram, talvez, outras perspectivas desta temática. Quais são os interesses que motivam um membro do Poder Judiciário, ou corpo do tribunal em si, a realizar determinada decisão? O que os faz mudar a ideia anteriormente apresentada pelo tribunal, e até consolidada, muitas vezes, diante de caso semelhante? Que tipo de interferência política ou ideológica, se existir, pode ser percebida no voto dos Ministros?

Esses questionamentos retratam uma preocupação para a qual se devem voltar as pesquisas acerca do comportamento político do Judiciário brasileiro. Trata-se de uma necessidade de investigação dos interesses de se adentrar o debate político, de questões que estão intrinsecamente voltadas para os valores sociais. As implicações das formas como atua o Judiciário podem evidenciar interesses mais abrangentes do que os claramente mostrados no jogo político.

Além disso, verifica-se uma inevitável análise da separação de poderes sob uma ótica menos tradicional. A perspectiva atual se volta para um trabalho mais conjunto das instituições, em que os limites se tornem menos rígidos, porém, presentes e firmes. Os fins a serem atingidos continuam a ser os mesmos, entretanto, a configuração social e política tornou-se diferenciada, mais exigente e urgente.

Estas são as considerações finais deste artigo que, servirão como base para pesquisa futura sobre a temática, envolvendo uma observação maior em relação ao número de casos

e à abordagem dos fatos neles contidos, para que se possa produzir uma análise quantitativa e mais precisa dos dados que possam ser colhidos nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Buscou-se aqui uma imersão nas formas de atuação do Judiciário brasileiro, especificamente em julgados de sua Corte, com a organização de resultados iniciais que farão parte de uma pesquisa maior, e que, poderão ser contestados ou confirmados a partir de outras observações.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 178. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/68489>>. Acesso em 19 de julho de 2015.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antônio Octávio. Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2ª edição revisada e ampliada. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Fundação Konrad Adenauer e Editora UNESP, 2007. Cap. 3, p.81-108.

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. In AVRITZER, Leonardo [et al] (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

AVRITZER, Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In AVRITZER, Leonardo [et al] (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; REGIS, André. Por que o Supremo Tribunal Federal é tão poderoso? Uma análise sobre a agenda Executivo-Legislativo. **In VIII ENCONTRO DA ABCP**, Gramado-RS, 2012. Anais. Gramado-RS: ABCP, 2012. p. 1-19.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa Especializada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?>>. Acesso em 23 agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Partidos. Fidelidade Partidária**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/fidelidade-partidaria>>. Acesso em 24 de julho de 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **In IV ENCONTRO NACIONAL DA ABCP**, Rio de Janeiro-RJ, 2004. Anais. Rio de Janeiro-RJ: ABCP, 2004.

CARVALHO, Ernani Rodrigues; MARONA, Marjorie Côrrea. Por um conceito operacional de judicialização da política. **In VII ENCONTRO DA ABCP**, Recife-PE, 2010. Anais. Recife-PE: ABCP, 2010. p.1-30.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 12 (34), 1997.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacazes, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. 1ª reimp. Quito, Ecquador. Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3) 294 p.; 15x21 cm + CD-ROM.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. **ÂMBITO JURÍDICO**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em 11 de julho de 2015.

LEITE, Gisele. **Judicialização e democracia**. JUS BRASIL. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <<http://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/138167858/judicializacao-e-democracia>>. Acesso em 10 de julho de 2015.

LOPES, Leonardo Gomes. **Contradição entre judicialização e ativismo judicial**. DEBATES CULTURAIS: DEBATES DE IDEIAS E OPINIÕES. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <<http://www.debatesculturais.com.br/contradicao-entre-judicializacao-e-ativismo-judicial/>>. Acesso em 26 de agosto de 2015.

MADISON, J.. HAMILTON, A.. JAY, John. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

MELO, Carlos Ranulfo Felix. **Partidos e migração partidária na Câmara dos deputados**. *Dados*[online]. 2000, vol.43, n.2, pp. 00-00. ISSN 0011-5258. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000200001>>. Acesso em 10 de julho de 2015.

SILVA, Valdeonne Dias da. **Ativismo judicial e judicialização da política: meios de concretização dos direitos fundamentais**. **JUS NAVIGANDI**. Teresina, ano 19, n. 4002, 16 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28333>>. Acesso em 23 de agosto de 2015.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann and SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. *Tempo soc.*[online]. 2007, vol.19, n.2, pp. 39-85. ISSN 1809-4554. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em 26 de julho de 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política. In AVRITZER, Leonardo [et al] (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.