

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO ARRANJO CONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES ESTATAIS

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONSTITUTIONAL ARRANGEMENT OF STATE FUNCTIONS

*Carla Graziela Costantino de Araújo **

RESUMO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário vem ganhando, paulatinamente, um lugar de destaque no campo social. Especialmente nos últimos 15 anos, seu papel entrou na pauta diária, sobretudo nas discussões sobre judicialização da política, ativismo judicial e respeito da função jurisdicional às funções executiva e legislativa, ainda que sob o uso de terminologias nem sempre afetas ao Direito. O presente *paper* destina-se, à luz da bibliografia sobre o tema, investigar o assunto, com o propósito de compreender se existe, em alguma medida, conflito entre a expansão da função jurisdicional e o princípio da separação dos poderes, consagrado na Constituição Federal como cláusula pétrea, analisando, com esse escopo, as razões, os efeitos e os limites do crescimento do Poder Judiciário, sem os sentimentos de vilanismo e heroísmo correntes e com o compromisso de iluminar a compreensão sobre a matéria.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Aluna Especial da disciplina Temas Especiais de Direito do Estado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, e-mail cgcostantinoaraujo@gmail.com.

Palavras-chaves: poder judiciário; política; função jurisdicional; judicialização; ativismo judicial; expansão; riscos; limites; separação de poderes; freios e contrapesos.

ABSTRACT

Since the enactment of the Federal Constitution of 1988, the Judiciary has gradually gained a prominent place in the social field. Especially in the last 15 years, its function has entered the daily agenda, especially in discussions about the judicialization of politics, judicial activism and respect of the jurisdictional function for the executive and legislative functions, although using terminologies not always typical of law. This paper aims, in the light of the bibliography on the subject, to investigate the subject, with the purpose of understanding whether there is, to some extent, a conflict between the expansion of the jurisdictional function and the principle of separation of powers, enshrined in the Federal Constitution as an immutable clause, analyzing, with this purpose, the reasons, effects and limits of the Judiciary, without the current feelings of villainy and heroism, and with a commitment to enlighten understanding on the subject.

Keywords: judicial power; policy; jurisdictional function; judicialization; judicial activism; expansion; scratches; limits; separation of powers; check and balances.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de governo adotado no Brasil pressupõe a constituição dos Poderes Executivo e Legislativo a partir do voto popular e a do Poder Judiciário, em regra, por meio de concurso público, excepcionalmente, por meio de nomeação do Chefe do Poder Executivo de pessoas de notável saber jurídico vindas da Advocacia e do Ministério Público e, para o provimento das cadeiras

do Supremo Tribunal Federal (STF), em específico, sem nenhuma origem institucional vinculada. Aos três Poderes foram atribuídas pela Constituição funções predominantes que se revelam por seus próprios nomes - ao Legislativo, de legislar; ao Executivo, de administrar, e ao Judiciário, de julgar -, o que não significa de modo algum que eles estejam rigidamente separados entre si. Ao contrário, o Sistema de Tripartição dos Poderes adotado pelo Brasil, absorvendo o modelo desenhado nos Estados Unidos da América, prevê uma dinâmica de articulação entre os três Poderes por meio do qual cada um tem, a um só tempo, o dever de restringir suas atividades à sua própria função, bem como de controlar os demais, de forma a evitar reciprocamente abusos por ação ou omissão, e promover, assim, o equilíbrio da balança estatal, que, atipicamente, é composta não por dois, mas por três pratos. A este sistema foi dado o nome, no seu nascedouro, de *check and balances*, e, no Brasil, de freios e contrapesos.

A extensão das funções inerentes a cada poder e também dos mecanismos de controle de um Poder em relação aos demais está delineada na Constituição Federal. O Brasil, saindo de um longo período de ditadura (1964-1985), quando da edição e promulgação da Constituição Federal de 1988², temeroso e desconfiado de si mesmo, por meio de seus constituintes, de forma inovadora, ao menos na sua história, optou por consagrar no corpo da Carta Cidadã, de um lado, vastíssimo número de direitos individuais e coletivos fundamentais, promovendo uma verdadeira constitucionalização do Direito, e, de outro, também vastíssimo leque de mecanismos de controle dos atos praticados especialmente pelos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, agigantando as funções deste que, ao fim, restou responsável também por seu próprio controle por meio de órgãos administrativos de correição. É exatamente neste contexto que surge e cresce, com o passar dos anos, o questionamento sobre a extensão das funções do Poder Judiciário ou, em termos talvez mais próprios, sobre a extensão do poder da função jurisdicional.

Ao longo deste trabalho, se estudará em que medida se dá tal expansão e qual a sua repercussão no Sistema Tripartite adotado

² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/07/2022.

pela Constituição Federal Brasileira. Num primeiro momento, serão analisadas as bases para o que vem se chamando de judicialização da política, consistente no processo de massiva submissão das contendas políticas à apreciação judicial. Num segundo, serão analisadas as consequências de tal expansão, sobretudo à luz do ativismo judicial, fenômeno correlato à judicialização, mas dele distinto, caracterizado pela atividade de maximização da interpretação dos textos legais por parte de juízes e tribunais, a ponto de, conforme parte da doutrina, ultrapassar os limites da função de julgar para adentrar nas funções de administrar e legislar. E, ao final, serão analisadas as nuances da expansão da função jurisdicional à luz da sua relação com as demais funções estatais, isto é, da função executiva e da função jurisdicional, buscando apurar se existe desequilíbrio atualmente entre elas e quais os limites para que o alinhamento entre os Poderes desenhado pelo Constituinte seja respeitado.

2 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

“Protagonismo”, “proeminência” e “expansão” são signos corriqueiramente relacionados, na literatura e no noticiário, à atuação do Poder Judiciário no cenário social recente brasileiro. À revelia da boa ou má imagem construída, o Poder Judiciário, ao longo dos anos, vem inegavelmente se tornando mais acessível e conhecido da população e isso se deve a uma série de fatores históricos, sociais e econômicos.

Numa perspectiva global, desde o final da Segunda Guerra Mundial, vive-se o que Norberto Bobbio chamou de “Era dos Direitos”, isto é, a crescente proteção dos direitos fundamentais, por meio de instrumentos legais internos e internacionais³. Numa perspectiva local, no Brasil, especialmente com o processo de redemocratização, foi promulgada uma nova Constituição Federal analítica e dirigente, que regulou uma série de matérias antes res-

³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. In: *Palestra Diálogos com o Supremo*. 2009. Programa de Mestrado em Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>. Acesso em: 05/07/2022.

tritas ao campo de deliberação do Poder Executivo ou do Poder Legislativo⁴.

Oscar Vilhena Vieira, tratando sobre o fenômeno da hiperconstitucionalização, marcante, de um modo geral, em todo o Ocidente desde meados de Século XX, ponderou que “muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislador e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte”⁵, o que parece ter acontecido exatamente com o Brasil. De fato, a desconfiança e a busca pela segurança da Democracia que se instituiu, num momento de resgate da cidadania, levou a Assembleia Constituinte a reforçar o alcance da Constituição Federal e, com isso, o papel do Direito e do Poder Judiciário.

Neste sentido, em primeiro lugar, a Constituição Federal Brasileira promoveu uma imensa ampliação dos direitos por ela protegidos, civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, de sobrevivência coletiva e ainda mais, viabilizando o debate jurídico em torno de todos eles, com o que se tornou cada vez mais frequente, por exemplo, a propositura de demandas judiciais contra os entes públicos, para assegurar a concessão de medicamentos, no campo da saúde, vagas em creches escolares, no campo da educação, ou a observância do devido processo legal, nos procedimentos extrajudiciais, assuntos cuja resolução ficava antes delimitada à esfera de atuação da Administração Pública.

Em segundo, estabeleceu novos mecanismos judiciais destinados ao controle e à contestação das condutas praticadas pelos demais poderes, como o Mandado de Injunção, instrumento hábil à provocação judicial do suprimento das omissões legislativas, e as Ações de Controle de Constitucionalidade, instrumentos hábeis à apuração judicial da compatibilidade dos atos normativos editados pela Administração Pública ou pelo Parlamento em relação à Carta Magna e eventual afastamento de tais atos.

E, por fim, criou e fortaleceu instituições públicas encarregadas de patrocinar a defesa de tais direitos perante o Poder

4 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional*. ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), págs. 17-32. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 05/07/2022.

5 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*. São Paulo, Jul-Dez 2008, 441-464 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9674>. Acesso em: 05/07/2022.

Judiciário, como a Defensoria Pública, para orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos aos necessitados, e o Ministério Público, para a promoção da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse novo panorama de robusta proteção jurídica, o Poder Judiciário, ao menos do ponto de vista teórico, conforme o desenho delineado pela Constituição Federal, passou a figurar como uma espécie “guardador de promessas”, expressão cunhada por Antoine Garapon ao tratar sobre Justiça e Democracia⁶. “Guardador de promessas”, diga-se, no sentido de encarregado de assumir o papel de último refúgio para onde o cidadão, as organizações e mesmo os entes públicos podem se dirigir diante dos conflitos cuja solução não foi socialmente possível construir, não cabendo neste trabalho discutir o grau de concretização das promessas confiadas ao Poder Judiciário.

Não é difícil imaginar que ante a tanto haveria uma massiva judicialização da vida.

A chamada “judicialização” consiste no processo de intensa submissão das controvérsias ao crivo do Poder Judiciário, para que este, substituindo a vontade das partes, emita sua decisão, de modo a resolver tecnicamente o conflito e pacificar a relação litigiosa. Ainda que numa primeira leitura tal conceito pareça simples, a verdade é que o tema guarda nuances de grande relevância para o entendimento da sociedade, especialmente quando se trata da judicialização da política, não apenas no sentido político-partidário ou eleitoral, mas de toda a política de definição dos elementos de identidade e construção do país.

Para Ran Hirschl, renomado professor de Ciência Política e Direito, a judicialização da política abrange três vertentes. A primeira delas se caracteriza pelo espraiamento da linguagem, dos conceitos e métodos jurídicos à vida social, com o uso de jargões e procedimentos antes típicos apenas ao Direito nas mais variadas searas, com a exigência, por exemplo, de contraditório e decisões escritas fundamentadas nos processos que tramitam não apenas

⁶ BRASIL, R. Deilton. O deslocamento do eixo da democracia e o ativismo judicial: o guardador de promessas de Antoine Garapon. In: *Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line]*; Adriana Silva Maillart, Suzana Henriques da Costa (coord). Florianópolis. FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=173>. Acesso em: 05/07/2023.

no Poder Judiciário, mas também no Legislativo e no Executivo. A segunda, por seu turno, se caracteriza pelo controle judicial de políticas públicas, sobretudo quando relacionados aos direitos fundamentais, o que ocorre, exemplificativamente, nas já citadas ações de saúde e educação destinadas a compelir os entes públicos à satisfação da pretensão dos cidadãos, com a fatal modificação dos rumos estatais, inclusive de seus orçamentos. E a terceira, e também mais melindrosa, em arremate, se caracteriza pela submissão ao Poder Judiciário do que ele chama de “megapolítica”, expressão de difícil conceituação, mas que, numa síntese possível, deve ser compreendida como a soma dos fatores políticos e morais definidores de uma nação, sem resposta jurídica clara, e capazes de alcançar não só indivíduos específicos, mas toda a coletividade⁷.

Enquanto a primeira vertente promove um reforço do processo democrático das deliberações adotadas em âmbito público, na medida em que exige maior participação dos atores envolvidos na apresentação de suas teses e antíteses para a construção das sínteses em todos os poderes constituídos, a segunda e a terceira vertentes despertam reflexão quanto a um possível enfraquecimento das instituições representativas (Executivo e Legislativo), com o deslocamento da responsabilidade por grandes temas ao único Poder que não conta diretamente com a participação pública para a sua constituição, considerando que o Poder Judiciário se forma predominantemente a partir da aprovação dos juízes em concursos públicos e, excepcionalmente, nos tribunais, por indicação política.

Isto porque, quando se fala em judicialização das políticas públicas (segunda vertente), é adequado pensar na judicialização como produto da contradição entre a robustez do patrimônio de direitos e a insuficiência do suporte estatal a eles. Nessa ótica, a má implementação ou mesmo a não implementação dos direitos fundamentais por parte do Poder Executivo repercute na intensificação da busca pelo Poder Judiciário para que, pela via da decisão judicial, tais direitos se concretizem, demonstrando que a judicialização é fruto não apenas da conquista de um maior estofo de proteção legal dos indivíduos e da coletividade, mas muito da

⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 07/07/2023.

fissura gerada pelas opções sociais e econômicas marcadamente dissonantes entre si adotadas pelo Estado desde a redemocratização.

E, quando se fala em judicialização da megapolítica (terceira vertente), cabe também pensar na judicialização como resultado da omissão, deliberada ou não, no enfrentamento de assuntos tão relevantes quanto espinhosos por parte do Poder Executivo e mais ainda do Poder Legislativo. Não é difícil chegar a essa constatação diante do fato de que, nos últimos anos, temas como pesquisa em células-tronco, união homoafetiva, aborto, racismo e financiamento de campanha houveram de ser regulados a partir de decisões judiciais, quando caberia idealmente ao Poder Legislativo fazê-lo. Nesse sentido, Yago Santos assevera, com razão, que a faceta política da judicialização resulta da “mobilização de certos agentes ou partidos políticos que, para se escusar do ônus eleitoral da deliberação acerca de determinados temas, preferem levá-los até os tribunais”⁸.

É justamente o vislumbre do processo de deslocamento de responsabilidades pensadas para ser dos Poderes Executivo e Legislativo em direção ao Poder Judiciário que faz o sinal de alerta se acender para chamar a atenção para quais os efeitos exacerbção da função jurisdicional no cenário social, assim como de seus limites.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL

O tema da judicialização traz consigo, inequivocamente, o tema do “ativismo judicial”. Enquanto o primeiro é observado sobretudo na perspectiva da entrega de atribuições ao Poder Judiciário, isto é, do quanto tem sido levado a ele, o ativismo é observado na perspectiva dos limites do Poder Judiciário, isto é, de até onde ele pode ir no exercício de suas funções, dentro do cenário democrático

8 SANTOS, Yago C.N. Freios e Contrapesos e Backlash: Uma análise dos dissensos entre o Legislativo e o Judiciário no desenvolvimento da atual crise político-institucional brasileira. In: Barreiros Neto, Jaime; Santiago, Marta Cristina Jesus (Org.). *Direito Eleitoral e Democracia/ Tribunal Regional Eleitoral da Bahia*, Escola Judiciária Eleitoral Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021. ISBN Eletrônico n. 978-65-87981-02-4. Disponível em: https://cje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/15413/mod_page/content/64/LivroDIGITAL_%20DIREITO%20ELEITORAL%20e%20DEMOCRACIA.pdf?time=1638207696214. Acesso em: 05/07/2023.

tripartite; em outros termos, enquanto no primeiro o Poder Judiciário assume uma posição passiva, no segundo, como já denota a expressão “ativista”, é o Poder Judiciário quem assume a ação.

Corriqueiramente, define-se ativismo judicial como a prática de juízes e tribunais expandirem ao máximo o sentido das normas jurídicas, chegando muitas vezes, de acordo com alguns autores, a ir além das barreiras da função de julgar conforme o Direito para adentrar em questões adstritas à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo a fim de decidir os processos judiciais que lhe são submetidos. Não há consenso, porém, em relação à segunda parte da definição apresentada. Enquanto o Ministro Barroso, mais contido, se restringe a definir o ativismo judicial como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”⁹, a autora Clarissa Tassinari, mais contundente, o define como “a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”¹⁰ e, no mesmo sentido, o autor Elival da Silva Ramos, como sendo o “desrespeito aos limites normativos da função jurisdicional”¹¹.

A análise do ativismo judicial atravessa, necessariamente, uma questão de interpretação do Direito posto. No Brasil, o constituinte e o legislador não apenas asseguraram uma vastíssima gama de direitos e princípios, como o fizeram por meio do uso de conceitos abertos e cláusulas gerais, como “boa-fé” e “dignidade da pessoa humana”, que atribuem ao destinatário imensa margem de interpretação. Sem dúvida, o emprego de expressões dotadas de tal vagueza confere ao Direito louvável flexibilidade para adaptar-se às imprevisíveis situações da vida, para as quais, mesmo não havendo necessariamente uma resposta exata no ordenamento, há de haver uma diretriz. Por outro lado, tal emprego relega aos jurisdicionados uma posição de incerteza e insegurança, ao tempo em que atribui aos juízes, na qualidade de intérpretes, grandes poderes.

Preocupada com o alcance de tais poderes, a professora de

9 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional*. ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), págs. 17-32. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 05/07/2022

10 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. E-book, posição 484 de 4071.

11 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 138.

Ciência Política Ingeborg Maus apresenta, no artigo “Judiciário como Superego da Sociedade”, uma profunda reflexão, numa perspectiva psicanalítica, sobre o risco de uma “sociedade órfã” ser conduzida à crença infantil e quase religiosa quanto à existência de um Poder Judiciário onipotente, ao qual caberia dar a última palavra sobre os assuntos mais relevantes de uma nação, definindo os padrões de correção desta. Nesta perspectiva, a Constituição deixaria “de ser compreendida como documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais”, para ser “um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduzir[i]am diretamente todos os valores e comportamentos corretos”¹². Seguindo na análise, a autora aponta que a apropriação pelo Poder Judiciário da “missão” de deliberar sobre as vontades políticas e morais da sociedade propiciaria, ao fim, uma pobre retroalimentação: quanto maior o reconhecimento pelos juízes da condição de “sacerdotes” da “nova divindade” para dar a correta interpretação da Constituição, maior também o esgarçamento da base social.

Muito embora no Brasil nem de longe tal processo de endeu-samento religioso venha acontecendo perante o Poder Judiciário de forma ampla, a preocupação apontada não é vã.

Com efeito, pesquisa realizada junto a cidadãos, advogados, defensores e membros do Ministério Público durante os meses de abril a maio de 2022 indica, de forma lastimável, que a maioria dos pesquisados encontra-se “muito insatisfeita” (maior categoria de insatisfação entre as possíveis nos questionamentos) com os serviços prestados pelos servidores dos fóruns de tribunais e pelos magistrados, bem como já deixou de ajuizar ações por reputar o serviço caro e complicado¹³. Ao mesmo tempo que se observa esse quadro de descontentamento, é preciso reconhecer que, sobretudo nos últimos 15 anos, o país atravessou um processo de descredibilização da política-partidária e intensa judicialização de condutas praticadas nas eleições ou no exercício de mandatos,

12 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666563/mod_resource/content/1/MAUS_Ingeborg_O_Judiciario_como_Superego.pdf. Acesso em: 08/07/2023.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa sobre Percepção e Avaliação do Poder Judiciário Brasileiro*. CNJ. 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjo1NjlkNzA4OTItMzE4MS00M-TA0LTk2MzMtOWI2MTBIOGY0YjkiIiwidCI6ImFkOTE5MGU2LWw0NWQtNDYwMCIiYzYzVjLWVjY-TU1NGNjZjQ5NyIsImMiOjY9&pageName=ReportSectioncb7fa7221a4b45505385>. Acesso em: 08/07/2022.

alçando os julgadores, desde juízes de primeiro grau e ministros, a uma posição de reconhecimento antes jamais vista, e muitas vezes paradoxalmente à posição de heróis nacionais, num claro exemplo de sobrevalorização das personalidades do Direito e depreciação da política¹⁴.

Na análise do ativismo judicial, tão relevante quanto enfrentar o citado problema da interpretação do texto legal é delimitar qual o campo insondável ao Poder Judiciário ou, em outros termos, quais as matérias formadoras do “mínimo existencial” intocável dos Poderes Executivo e Legislativo, no qual não cabe aos julgadores adentrar. Nesta perspectiva, o já citado autor Ran Hirsch afirma que “questões como a legitimidade de um regime político, a identidade coletiva de uma nação ou o enfrentamento de um passado do qual a comunidade não se orgulha refletem dilemas primordialmente políticos, e não jurídicos”. Com essa ponderação, sustenta que as questões políticas deveriam ser contempladas e decididas pela própria população, por meio de seus representantes eleitos politicamente, e não por meio de juízes, como vem acontecendo em escala progressiva, embora reconheça não haver resposta simples para a pergunta “o que é política?”¹⁵.

A Constituição Federal Brasileira de 1934, no seu art. 68, previa ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”¹⁶, dispositivo que não foi reproduzido nas constituições posteriores. A previsão constitucional objetivava assegurar a insindicabilidade do Poder Judiciário sobre determinados assuntos, em relação aos quais, a bem da verdade, até hoje não existe um perfeito consenso. A busca pela fixação dessa barreira não se mostrou plenamente frutífera, prevalecendo hoje, todavia, o entendimento de que não existem matérias propriamente ditas como políticas, mas sim aspectos dentro de cada matéria caracterizados pelo binômio conveniência-e-oportunidade, em relação aos quais os Administradores Públicos e também os Legisladores, cada um em sua seara, tem ampla liberdade, não cabendo ao Poder Judiciário

14 SEMER, Marcelo. *Os paradoxos da Justiça: judiciário e política no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 77.

15 HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 07/07/2023.

16 BRASIL. Constituição Federal de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao34.htm. Acesso em: 08/07/2022.

intervir, salvo quando houver, sob a escusa da discricionariedade, flagrante e arbitrária violação de direitos fundamentais.

Ao fim e ao cabo, tanto pela vagueza de um sem número de expressões legais e princípios como pela difícil delimitação do espectro de insindicabilidade pelo Poder Judiciário, a incerteza quanto aos limites da função jurisdicional segue despertando discussões sobre o avanço do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

4 DA FUNÇÃO JURISDICIONAL AO LADO DAS DEMAIS FUNÇÕES ESTATAIS

As ponderações apresentadas no tópico anterior dão a linha do que se pretende explorar neste momento. Muito embora a judicialização da política e o ativismo judicial levem à produção de numerosos trabalhos a respeito de um hipotético “governo de juízes”, caracterizado pela sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, uma análise do arcabouço constitucional e do cenário brasileiro permite vislumbrar que (i) a expansão da atividade jurisdicional não decorre de uma ação orquestrada de juízes e tribunais sobre o Executivo e o Legislativo, mas da própria dinâmica de relacionamento entre os três Poderes, à luz do sistema de freios e contrapesos e (ii) impera a necessidade de um refinamento da compreensão da Constituição entre todos os estudiosos e operadores do Direito, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, para que o processo de interpretação não se subverta em mero ato de vontade do julgador, em contrariedade à técnica legal.

No rastro do assunto da judicialização da política e do ativismo judicial, é comum se falar num suposto intento de construção de um governo hegemônico de juízes ou, em outros termos, numa ditadura de juízes. Sem dúvida, juízes e tribunais ao redor do país acumulam cada vez mais deveres e poderes, à medida que crescem as situações que lhe são submetidas a jugo. Contra os atos judiciais, não cabe controle por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, mas apenas a interposição de recursos perante as mais elevadas instâncias do próprio Poder Judiciário ou reclamações administrativas perante seus órgãos correicionais. Tratando-se de julgamento proferido pelo STF, nem recurso nem reclamação ad-

ministrativa perante outras instâncias são vias possíveis. Diante de tanto aparente poder, é natural que, sobretudo entre leigos, se torne corrente o questionamento sobre os limites da função jurisdicional e até mesmo sobre uma possível ameaça de “ditadura de juízes”, “juristocracia” ou “supremocracia”.

Na realidade brasileira, porém, mesmo se reconhecendo a existência de situações eventuais em que juízes e tribunais tenham rompido as fronteiras da função de assegurar liberdades e direitos fundamentais para efetivamente atuar como administradores ou legisladores positivos, o temor de uma hegemonia de juízes não parece fazer sentido.

Objetivamente, como é natural do sistema, há de se reconhecer, antes de qualquer coisa, que o Poder Judiciário não age de ofício, isto é, não age sem provocação, a tornar pouco crível a possibilidade de se organizar para avançar sobre os demais Poderes. Mesmo quando instado a deliberar sobre assuntos afetos às funções executiva e legislativa, encontra entraves de difícil transposição: havendo atos comissivos dos Poderes Executivo e Judiciário ilegais ou inconstitucionais, de fato, não há maiores dificuldades em afastá-los; por outro lado, havendo atos omissivos, isto é, a falta do Poder Executivo ou Legislativo, ainda que seja relativamente simples proferir decisões que determinem o suprimento de tais faltas, mostra-se extremamente difícil adotar medidas hábeis a forçar o cumprimento delas, o que se verifica sobremaneira nas ações civis públicas movidas com vistas a compelir o Poder Público a executar variadas obrigações, desde reformar penitenciárias a substituir os antigos lixões por aterros sanitários, demandas muito corriqueiras de norte a sul do país. Para quem observa de dentro a função jurisdicional, outrossim, é inegável que a imensa maior parte dos processos têm efeitos de micro escala, restritos a poucos destinatários, sendo excepcionais os processos hábeis a gerar decisões com efeitos amplos. Do ponto de vista de sua estrutura, ainda, o Poder Judiciário, além de não ter orçamento próprio, não obstante se componha, no âmbito da primeira instância, de juízes necessariamente aprovados em concurso público, a partir da segunda instância, se compõe também de desembargadores e ministros nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, chegando a, no STF, sua instância superior, ser composto exclusivamente de

ministros nomeados pelo Chefe de Poder Executivo, o que coloca em cheque a real possibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor sobre os demais, mesmo tendo sua função expandida.

Mas não são os apontados aspectos os mais relevantes nesta análise.

Aqui, impende ponderar como, na realidade, o exercício da função jurisdicional não se dá, regra geral, sobre os Poderes Executivo e Legislativo, mas em razão da atuação destes, ora se retraindo e ora se expandindo, como resultado da dinâmica de freios e contrapesos inerente à tripartição dos poderes adotada em nossa Carta Magna.

O Princípio da Separação dos Poderes, adotado pela Constituição Federal Brasileira com caráter de cláusula pétrea, estabelece que são Poderes independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Em linhas simples, tal princípio atribui a cada Poder uma função essencial e tem como objetivo evitar o despotismo que a concentração de todo o poder em uma só figura ou um só núcleo seria capaz de gerar¹⁷.

A função essencial de cada Poder é a sua função predominante, mas, é bom que se diga, jamais a única. No Legislativo, a função predominante é a de editar leis, mas, em caráter secundário, também se exercem as funções de executar atos administrativos e julgar, o que se dá, por exemplo, respectivamente, na realização de concurso público para admissão de servidores públicos em sua esfera e no processamento e julgamento do Chefe do Poder Executivo por crimes de responsabilidade. No Executivo, igualmente, a função predominante é a de executar as leis, administrando o ente público, mas, de forma lateral, também se exercem as funções de legislar e julgar, como, por exemplo, na edição de Medidas Provisórias e no julgamento de Processos Administrativos Disciplinares instaurados em desfavor de seus próprios servidores públicos. E, por fim, no Judiciário, a função predominante é a de processar e julgar as contendas que lhe são submetidas, mas, em segundo plano, também se exercem as funções de legislar e executar, na edição de atos normativos internos e na administração dos tribunais que o compõem, por exemplo.

¹⁷ BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia “parlamentarismo versus presidencialismo”*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 9-15.

De tal separação, duas consequências exsurgem: a primeira é a necessidade de que cada um dos Poderes se concentre em suas próprias funções, sem se imiscuir nas funções dos demais de forma a provocar um desequilíbrio no arranjo político, e a segunda é a necessidade que, mesmo independentes entre si, os três se relacionem e controlem mutuamente, na medida em que constituem, ao fim, representações do mesmo Estado. A interface entre, de um lado, a imposição da autolimitação e, de outro, a imposição do controle mútuo, é o que veio a se chamar de Sistema de Freios e Contrapesos, segundo o qual os três Poderes são distintos entre si, mas devem estar em equilíbrio, sendo certo que eventual avanço ou retração de um para além da permissão constitucional exigirá a resposta correspondente do outro, como forma de restabelecer o citado alinhamento.

A pensar na judicialização à luz do sistema de freios e contrapesos, é natural concluir que a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização de direitos fundamentais provocaria a intensificação da procura pelo Poder Judiciário, como terceiro prato da balança constitucional. E, uma vez ajuizada uma ação judicial, o Poder Judiciário tem não apenas o dever de julgar (em razão do princípio da vedação ao *non liquet*), mas também o dever de, no seu julgamento, extirpar ações e omissões dolosas, com vistas a fazer sair do papel os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ainda que neste julgamento tenha de adentrar em matérias afetas à Administração Pública e ao Legislativo. Assim, conforme aponta Marcelo Semer, “o ativismo judicial tem como limite o cumprimento dos direitos fundamentais, ou seja, a Constituição no que tem de mais essencial”, não podendo o Poder Judiciário ir além da Constituição Federal, nem tampouco, sob a escusa da autocontenção, simplesmente abster-se de dar-lhe eficácia¹⁸.

Nesta perspectiva, é possível concluir pela inexistência de uma contradição entre a expansão da função jurisdicional e o Princípio da Separação dos Poderes, sendo a primeira, na verdade, apenas um elemento inerente ao funcionamento do segundo, devendo-se reconhecer o mencionado princípio não como um fim em si mesmo, mas como um meio para o balanceamento entre os Poderes

18 SEMER, Marcelo. *Os paradoxos da Justiça: judiciário e política no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 72.

Constituídos, a fim de promover o atendimento das demandas contemporâneas. Como bem coloca o Professor Dirley da Cunha Júnior, ao menos como regra, há de se ter que “o Judiciário não invade o espaço político dos demais Poderes, pela simples razão de que não há espaço político exclusivo num regime de cooperação”. Ainda nas palavras dele, o Princípio da Separação dos Poderes há de ser lido “sob as vestes do novo Estado de Bem-Estar Social (...) a fim de que possibilite o atendimento das reivindicações da sociedade contemporânea, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido”¹⁹.

A compatibilidade entre a expansão da função jurisdicional e o Princípio da Separação dos Poderes não impede, todavia, infelizmente, que o Poder Judiciário, eventualmente, seja capaz de ultrapassar a fronteira de sua função para invadir o território dos demais Poderes. Infelizmente, o próprio STF, em numerosos julgamentos, esteve justamente no território fronteiriço, ou mesmo ultrapassou suas barreiras, colocando em risco o equilíbrio do sistema, há de se reconhecer, por mais que os objetivos então buscados fossem louváveis e os julgamentos tenham preenchido vácuos notáveis no cenário social. Isso aconteceu, por exemplo, nos julgamentos sobre regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (Mandados de Injunção n. 712 e 708), fixação do número de vereadores do Município de Mira Estrela (Recurso Extraordinário n. 197.917 SP), imposição de fidelidade partidária (Mandados de Segurança n. 26.603/DF e 26.604-0/DF), reconhecimento da união homoafetiva (Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e 178/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF), reconhecimento do direito da interrupção da gravidez de feto anencefálico (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54), entre tantos outros, sobre os quais, aqui, não cabe uma análise minuciosa ou a apresentação de um juízo de valor.

O que resulta sobremaneira complexo, quando observados tais julgamentos, é fixar até que ponto a interpretação do texto legal feita pelo Poder Judiciário é legítima e a partir de que ponto passa a representar uma afronta ao arranjo constitucional. Por certo, não

19 JÚNIOR, Dirley da Cunha. A judicialização da Política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26, n. 28, 2016, p. 149-169. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274>. Acesso em: 10/07/2023.

é tempo mais de sustentar a figura do juiz como um mero executor da lei, sem capacidade criativa, impondo-se hoje o dever de tomar como ponto de partida no estudo do presente assunto tanto a aceitação da abertura da lei à criação, como o reconhecimento de uma relação umbilical entre Direito e Política. Há de se ter em vista, todavia, que a atividade interpretativa deve buscar constante e esmeradamente a concretização dos direitos e liberdades fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário, no exercício da sua auto vigília, não se deixar tomar pelos encantos do poder²⁰ para fazer da indolência dos Poderes Executivo e Legislativo o móvel para impor socialmente seus padrões particulares de correção ou mesmo se deixar utilizar como instrumento daqueles que ou querem passivamente transferir as suas tarefas ou não se resignam com os resultados democráticos, submetendo-os constantemente à revisão judicial, como forma de enfraquecer o regime representativo.

Não existem critérios precisos que delimitem a interpretação judicial. Nem por isso, juízes podem “lavar suas mãos”, exonerando-se de sua responsabilidade. Impõe-se, neste cenário, a idealização de um modelo mínimo capaz de nortear a função jurisdicional, assentada em pressupostos democráticos, a fim de minimizar a discricionariedade e o grau de incerteza e permitir que se chegue, senão à única decisão correta, àquela mais adequada diante das peculiaridades de cada caso concreto, em respeito à tripartição dos Poderes. Neste escopo, à luz sobretudo do trabalho de Rodrigo Augusto de Oliveira²¹, é possível apontar como referências para a interpretação judicial a adstrição às possibilidades extraíveis da literalidade da norma, o acatamento dos instrumentos legislativos destinados à pormenorização dos princípios, a obrigatoriedade de argumentação jurídica racional e sólida, a observância da liberdade dos Poderes Executivos e Legislativo, sempre com a advertência, como lembra Lênio Streck, de que as amarras que impedem a corrupção pelas tentações estão todas na Constituição Federal,

20 STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Brasil Vicente; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito* Jul.-Dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 10/07/2023.

21 OLIVEIRA, Rodrigo Augusto. O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea. In: *Escola Paulista da Magistratura, 30 anos*, v. 1, p. 359-421, 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/16-federalismo.pdf?d=63700624774866622>. Acesso em: 10/07/2023.

cujo profundo conhecimento é exigível²².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão da função jurisdicional é um fenômeno inconteste desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Embora a intensidade da judicialização da política esteja fora do âmbito de controle do Poder Judiciário, o modo de operação do ativismo judicial praticado (para além ou não da típica função de julgar) é matéria que está ao seu alcance e exige atenção, para que não haja rompimento do equilíbrio das funções estatais. Por tudo que foi dito ao longo do trabalho, não se vê conflito entre a expansão da função jurisdicional e o arranjo constitucional de separação das três funções estatais. À luz da finalidade primordial dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que é a concretização da Constituição Federal, o que se tem, na realidade, é que a expansão e a retração de cada um se dá como resultado da correspondente retração e da expansão do outro, como numa viagem em que os três tripulantes precisam juntos balancear o barco em que navegam. Isto não significa que o Poder Judiciário seja incapaz de invadir o terreno dos demais Poderes. A bem da verdade, a complexidade do estabelecimento da fronteira que os separa demanda de todos, e especialmente do Poder Judiciário, a quem, em última instância, cabe o controle dos demais, auto vigília constante e argumentação racional exaustiva, para que os acenos do poder não permitam que o ato de julgar se subverta na prática de atos de mera vontade pautados em visões particulares. O mapa para o conhecimento está traçado na Constituição Federal. Cabe a cada operador do Direito estudá-lo e decifrá-lo com afinco para garantir o sucesso da viagem.

22 STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Brasil Vicente; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Op. cit.* Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 10/07/2023.

REFERÊNCIAS

BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia “parlamentarismo versus presidencialismo”*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In: Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional*. ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), págs. 17-32. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 05/07/2022.

BRASIL, R. Deilton. O deslocamento do eixo da democracia e o ativismo judicial: o guardador de promessas de Antoine Garapon. *In: Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line]*; Adriana Silva Maillart, Suzana Henriques da Costa (coord). Florianópolis. FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=173>. Acesso em: 05/07/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisa sobre Percepção e Avaliação do Poder Judiciário Brasileiro, CNJ, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojNjlkNzA4OTItMzE4MS00MTA0LTk2MzMtOWI2MTBIOGY0Yjk1IiwidCI6ImFkO-TE5MGU2LWM0NWQtNDYwMC1iYzVjLWVjYTU1NGNjZjQ5NyIsImMiOiJ9&pageName=ReportSectioncb7fa7221a4b45505385>. Acesso em: 08/07/2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08/07/2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/07/2022.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *In: Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 07/07/2023.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. A judicialização da Política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26, n. 28, 2016, p. 149-169. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274>. Acesso em: 10/07/2023.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. *In: Palestra Diálogos com o Supremo*. 2009. Programa de Mestrado em Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>. Acesso em: 05/07/2022.

MARMELSTEIN, George. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>. Acesso em: 07/07/2023.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *In: Revista Novos Estudos CEBRAP* n. 58, nov. 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666563/mod_resource/content/1/MAUS_Ingeborg_O_Judiciario_como_Superego.pdf. Acesso em: 08/07/2023.

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto. O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea. *In: Escola Paulista da Magistratura*, 30 anos, v. 1, p. 359-421, 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/16-federalismo.pdf?d=637006247774866622>. Acesso em: 10/07/2023.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 138.

SANTOS, Yago C.N. Freios e Contrapesos e Backlash: Uma análise dos dissensos entre o Legislativo e o Judiciário no desenvolvimento da atual crise político-institucional brasileira. *In: Barreiros Neto, Jaime; Santiago, Marta Cristina Jesus (Org.). Direito Eleitoral e Democracia/ Tribunal Regional Eleitoral da Bahia*, Escola Judiciária Eleitoral - Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021. ISBN Eletrônico n. 978-65-87981-02-4. Disponível em: https://ejetre-ba.jus.br/pluginfile.php/15413/mod_page/content/64/LivroDIGITAL_%20DIREITO%20ELEITORAL%20e%20DEMOCRACIA.pdf?time=1638207696214. Acesso em: 05/07/2023.

SEMER, Marcelo. *Os paradoxos da Justiça: judiciário e política no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 77.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Brasil Vicente; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito* Jul.-Dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 10/07/2023.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. E-book.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *In: Revista Direito GV*. São Paulo, Jul-Dez 2008, 441-464 p. Disponível em: <https://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/handle/10438/9674>. Acesso em: 05/07/2022.