

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luana da Silva Demski¹
Renato Tinti Herbella²

RESUMO: o presente estudo tem como finalidade analisar os dois fenômenos destaques no mundo jurídico atualmente, quais seja, o ativismo judicial e a judicialização da política, ambos representando uma expansão do Poder Judiciário sobre os demais poderes estatais, analisando através do princípio da separação dos poderes, serão apontados os reflexos do ativismo judicial na democracia, bem como as influências no neoconstitucionalismo pós Constituição Federal de 1988 para efetuação da judicialização da política. Também se objetivará uma conceituação dos fenômenos, esclarecendo seus limites e intersecções, apontando dentro de casos práticos seus principais pontos positivos e negativos para a sociedade e para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Judicialização da Política. Mandado de Injunção. Neoconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos em uma sociedade cada vez mais moderna e atualizada, se torna normal o surgimento cada vez maior de conflitos entre os indivíduos, seja devido ao avanço da tecnologia, estarem cada vez menos informados sobre seus direitos ou por simplesmente a modernidade trazer consigo a incapacidade social dos indivíduos.

Fato é que esses conflitos, na maior parte das vezes, vão parar na mão do Poder Judiciário, diretamente através das partes ou pelo próprio Poder Legislativo que, devido à baixa confiança popular, ao tentar solucionar os conflitos regulando através da lei, opta por encaminhar ao Poder Judiciário para que este, pelo seu maior conhecimento técnico do Direito e segurança de cargo, confira maior credibilidade aquela lei ao declarar ou não sua constitucionalidade.

Em razão disso, nos últimos anos vêm se destacando dois fenômenos corriqueiros no Poder Judiciário, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal que, se aproveitando dessas situações de instabilidade jurídica e social, acaba

¹ Discente do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: luana.demski@hotmail.com

³ Docente do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do Trabalho.

exacerbando seu poder na sociedade, tais fenômenos são o ativismo judicial e a judicialização da política. Comumente confundidos em razão do seu conteúdo, mas distintos em sua essência e origem.

O estudo visa destrinchar as distinções entre o ativismo judicial e a judicialização da política, e ao mesmo tempo, analisar suas aplicações práticas no Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal e suas prováveis consequências, como sendo fenômenos geradores de dúvidas para a preservação do Estado Democrático de Direito, ameaça aos demais poderes, causando o enfraquecimento destes ou se não uma garantia à ordem constitucional, por conferir uma maior legitimidade às leis.

Ante tais premissas, o presente estudo se valeu de pesquisas bibliográficas, de autores nas áreas de Direito Constitucional, Sociologia do Direito e Teoria Geral do Estado, bem como profissionais que estão inseridos nessa realidade, com Luis Roberto Barroso, Ministro do STF que atualmente é um dos maiores e mais renomados escritores sobre o referido tema no Brasil.

1 APONTAMENTOS SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes originou-se de Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, seguindo a visão aristotélica, que já previa essa divisão, porém apenas no plano funcional, onde as três funções eram exercidas pelo soberano. Visando combater o absolutismo e o conseqüente abuso de poder, Montesquieu decidiu dividir os três poderes não mais em um plano apenas funcional, mas também em um plano orgânico, onde cada órgão, autônomo e independente e exerce uma das funções, consagrando, deste modo, a liberdade individual e o Estado Democrático de Direito (LIMA, Lucas Rodrigues de, 2016, s.p.).

Porém, antes disso já haviam autores que também se posicionavam pelo fim do absolutismo, sendo Locke um grande exemplo, a qual defendia a instituição de um parlamento que por conseguinte, romperia com o poder absoluto através da representação popular. Entretanto, segundo ele o poder federativo que era deliberativo, era superior aos demais devido ao fato de criar leis que deveriam ser obedecidas tanto pelos outros poderes, como pelo povo (LIMA, Lucas Rodrigues de, 2016, s.p.).

Em razão disso a teoria mais bem aceita e aplicada hoje é a de Montesquieu, que defendia a existência de três poderes harmônicos e independentes entre si, que gerou a ideia do constitucionalismo. Influenciado pelo Liberalismo, sua teoria esclarecia o perigo da concentração dos poderes em apenas um órgão ou indivíduo, e defendia uma separação equilibrada e sobretudo limitada dos órgãos estatais (LIMA, 2016, s.p.).

O primeiro país a adotar o sistema da separação dos poderes como uma positivação da obra de Montesquieu foi o Estados Unidos, na declaração de 4 de julho de 1776, com o fim da guerra pela independência das treze colônias, houve também a superação do modelo monárquico e a instituição de um modelo constitucional com ideal democrático, que era fundado na separação dos poderes (PIRES, Ana Carolina Fernandes, 2014, s.p.).

Em um contexto de separação dos poderes atual no Estado brasileiro, cada órgão exerce sua função típica, ou seja, constitucionalmente prevista como de sua competência. O Poder Legislativo possui como função típica a criação e edição de leis; o Poder Executivo, a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração; e o Poder Judiciário, a função jurisdicional, ou seja, julgar dizendo o direito no caso concreto. Mas também existe a função atípica, onde um órgão exerce as funções inerentes aos demais. Importante ressaltar que isso não fere o princípio da separação dos poderes, pois há previsão por parte do legislador constituinte (PIRES, Ana Carolina Fernandes, 2014, s.p.).

A isso se dá o nome de sistema de freios e contrapesos, onde há um equilíbrio e harmonia entre os poderes, ocorrendo uma fiscalização entre ambos. Também originado na obra de Montesquieu (PIRES, Ana Carolina Fernandes, 2014, s.p.).

O problema começa quando se analisa até onde um poder tem competência para se inserir nas competências de outro poder. Nesse sentido, existe o princípio da indelegabilidade de atribuições, por meio do qual um órgão só poderá exercer as atribuições de outro quando houver expressa previsão legal (PIRES, Ana Carolina Fernandes, 2014, s.p.).

Nas Constituições anteriores, era prevista a vedação dos órgãos em delegar suas atribuições a outro (CF/1891, artigo 79; CF/94, artigo 3º, §§1º e 2º; CF/46, artigo 3º, §§1º e 2º e CF/67, artigo 6º, parágrafo único). Na CF/88 não há

mais previsão legal, porém não deixa de ser aplicável, pois, caso contrário não teria mais utilidade o princípio da separação dos poderes.

Nos dias de hoje, um órgão que vem se destacando na mídia e nas redes sociais justamente por ultrapassar esse limite, se tornando o protagonista da história é o Poder Judiciário. Para o ex-Procurador da República, ex-Senador e atual Governador do Estado Pedro Taques a divisão clássica de Montesquieu, precisa sofrer uma revisitação, pois se até determinado momento o magistrado tinha a função de retirar sentido do que estava na lei, hoje ele possui outra função: dar sentido ao que está escrito no texto legal (LIMA, 2016, s.p.).

Ao mencionar isso, Pedro Taques se refere a um dos temas abordados neste estudo, qual seja, o ativismo judicial, que um dos fenômenos responsáveis pela invasão do Poder Judiciário nos demais poderes e que será devidamente tratado a seguir:

1.1 O Ativismo Judicial

O surgimento do ativismo judicial teve como principal marco os julgamentos da Suprema Corte norte-americana, conhecida como Corte Warren (1953 – 1969), a qual se tornou mundialmente conhecida por suas decisões em busca da efetivação de direitos fundamentais, mais especificamente sobre o caso *Brown X Board of Education*, de 1954, na qual seu julgamento acabou por tornar inconstitucional a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos. Considerada constitucional desde 1868, onde os mesmos membros do Congresso que instituíram o princípio à igualdade na Constituição pela quarta emenda adotaram o regime da segregação em escolas na mesma legislatura (MORO, 2001, p. 05-07).

Tempos depois, os mesmos juízes da Suprema Corte declararam inconstitucional a segregação racial em estabelecimentos públicos e de leis estaduais que proibiam casamentos entre diferentes raças. Assim, disseminando gradativamente a segregação racial em todo o território nacional (MORO, 2001, p. 05-07).

Além do caso acima mencionado, a Corte Warren com seu comportamento ativista também abriu portas para a efetivação de direitos não previstos na Constituição da época. A título de exemplo, se pode mencionar o caso

Griswold X Connecticut, de 1965, na qual a Corte invalidou a lei estadual que proibia o uso de anticoncepcionais pelas mulheres, se embasando no direito à privacidade (MORO, 2001, p. 11-14).

A título criminal, o caso *Miranda X Arizona*, de 1966, decidiu pela vedação da autoincriminação nos julgados das instâncias inferiores. Proibindo as torturas físicas e coerções psicológicas em suspeitos criminais (MORO, 2001, p. 15-17).

Sem dúvidas estas foram importantes decisões que influenciaram tanto nas decisões posteriores dos Estados Unidos quanto no mundo inteiro, abrindo portas para a criação e efetivação de diversos direitos fundamentais, nas Constituições ou nos julgados ativistas, com a finalidade de suprir essas lacunas no texto de lei.

1.2 O Ativismo Judicial Como Ameaça à Democracia

Em um primeiro momento é necessário abordar o conceito de democracia, e para isso Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017, p. 233) traz um conceito bem exemplificativo:

A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja: 1) ela tem o povo como fonte de todo o poder – princípio da soberania popular; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – princípio representativo – embora excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos – princípio da limitação do poder.

A Constituição de 1988 foi um marco importante para a democracia – trazendo uma vasta cartilha de direitos que anos depois se encontram engessados, longe da participação popular, ou exercícios por meio do controle judicial de constitucionalidade preponderantemente abstrato e concentrado, ainda que em certo ponto aceite a participação popular por meio do *amicus curiae*, a realização de audiências públicas e pela ampliação de legitimados ativos.

Nesse sentido, expressa o autor Jorge Octávio Lavocat Galvão (2011, p. 391):

Relativamente ao Brasil, no começo de sua experiência democrática, uma Corte Constitucional com amplos poderes fazia-se necessária para fortalecer o compromisso com os direitos fundamentais e aniquilar os espectros da ditadura. Vinte anos depois, entretanto, a população depara-se com a possibilidade de ter restringida sua participação na tomada de decisões político-sociais.

É nesse afastamento da população na tomada de dessas decisões proferidas pelo Judiciário, sobre desenvolvimento e na apuração da interpretação da Constituição, que se encontra a primeira e principal problemática entre o ativismo judicial e a democracia. Principalmente quando o Supremo Tribunal Federal assume a tarefa de interpretar e ressignificar o texto da constituição no que se refere aos direitos fundamentais da sociedade.

Basta acompanhar a mídia e as redes sociais para perceber que, a maioria das questões que afetam a maior parte da sociedade tem sido decididas fora do debate político democrático dos parlamentares, mas sim nas Supremas Cortes ao redor do mundo.

O presente estudo não contrapõe o fato de que a atribuição do Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição, e que suas funções são cuidar e zelar para que esta seja cumprida, mas entende que o Tribunal deve restringir-se apenas a esses parâmetros, de fazer com que o que está efetivamente escrito no texto constitucional seja cumprido, e que não deve alterar seu sentido e a vontade do legislador constituinte com base em sua vontade subjetiva e fazer com que esta seja cumprida coercitivamente.

Mesmo diante de uma certa tentativa da Suprema Corte em abrir os debates decisórios para uma participação popular mais ampla, através de vários institutos como: *amicus curiae*, realização de audiências públicas e ampliação do rol de legitimados ativos, ainda se mostra insuficiente para o fim que se deseja, sendo o correto que estas questões sejam debatidas no âmbito do Congresso Nacional, onde há maior ampliação deliberativa e maior possibilidade de participação popular:

É certo e evidente que o Supremo Tribunal Federal é composto por juízes dotados de notório conhecimento jurídico, o que lhes confere um grau de argumentação e de raciocínio muito elevado das questões jurídicas, gerando uma maior eficácia das decisões proferidas. Entretanto, no quesito democrático em que a essência é a participação popular direta ou indiretamente nas leis editadas, o órgão mais capacitado para isso é o Poder Legislativo.

O ex-Procurador da Fazenda e da República e atual professor e doutrinador Daniel Sarmiento questionando a legitimidade de uma sociedade democrática: “amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação de normas constitucionais, sobretudo diante da constatação que o grande “agente” desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente pelo povo” (SARMENTO, 2006, *apud* FERREIRA, 2014, p. 120).

Importante ressaltar também, que o Brasil é um Estado de Direito, que se configura pela prévia edição de leis para a regulamentação da sociedade e dos conflitos que dela possam surgir. É através disso que os cidadãos administram sua convivência, na garantia de que podem agir ou deixar de agir de acordo com o que está previsto no texto legal. Com a conduta ativista do Tribunal, essa segurança política-jurídica fica comprometida, em razão da incerteza de que a próxima decisão a ser tomada possa extinguir ou ao menos limitar determinadas situações que a sociedade segue por obediência à lei. Lei esta que, como diz o autor Humberto D’Ávila: “cabe a sua edição ao Poder Legislativo e sua aplicação ao Poder Judiciário” (ÁVILA, 2009 *apud* FERREIRA, 2014, p. 121).

Por fim, o presente estudo entende que deve haver mudanças no sistema de interpretação constitucional realizado pelo Poder Judiciário, pois segundo o professor Elival da Silva Ramos, tal prática pode violar o Estado de Direito, e como consequência, a democracia (FERREIRA, 2014, p. 123).

1.3 A Judicialização da Política e o Neoconstitucionalismo

Em outro cenário, quando se fala do fenômeno da judicialização da política, não se fala mais em uma conduta originada e proativa do Poder Judiciário, e sim de um surgimento advindo da própria Constituição, possuindo como base o neoconstitucionalismo, que, por ser um movimento com vistas à concretização dos direitos fundamentais e de princípios jurídicos, torna necessário uma hermenêutica jurídica mais aprofundada da norma positivada para que essa concretização ocorra de fato. Há entendimentos no sentido de que a própria Constituição prevê que os poderes Legislativo e Executivo, enviem seus projetos de lei para o Poder Judiciário, para que este os interprete ou ajuste conforme as premissas estabelecidas pelo neoconstitucionalismo e não por um sentido estritamente legal.

Antes de abordar os reflexos do neoconstitucionalismo no contexto da judicialização, primeiramente é preciso abordar de uma forma sintética, as concepções de constitucionalismo e sua evolução até o neoconstitucionalismo e seu consequente resultado.

O constitucionalismo tem como função primordial regular o Estado, através de normas destinadas ao Poder Público e suas funções. Através dos anos sua finalidade discretamente se alterou, mas a essência continua a mesma. Segundo o autor Karl Loewenstein, em um primeiro momento, mais especificamente com a entrada do liberalismo a constitucionalização serviu como “limitação do poder absoluto e a proteção dos destinatários do poder contra a arbitrariedade e a falta de medida dos detentores do poder”. (LOEWENSTEIN, 1976, *apud* TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 07).

Hoje se pode dizer que as funções do constitucionalismo são três “a) limitar o poder público; b) expressar os interesses e bens da comunidade política e c) integrar a população dos processos deliberativos do Estado (MADURO, 2006, *apud* TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 07).

Importante ressaltar que no passado o constitucionalismo era vislumbrado apenas como normas dogmáticas e cogentes que deveriam ser seguidas, observado apenas o disposto em lei. Entretanto, houve uma evolução na qual surgiram estudiosos adeptos à teoria de que as leis supremas deveriam ser mais do que apenas regular o Estado, seus órgãos, sua estrutura e seus procedimentos. Deveriam abranger os direitos inerentes ao cidadão, por ser estes muito valiosos. Por essa razão as constituições com fundamentos neoconstitucionalistas possuem como objetivo a regulação dos direitos fundamentais do cidadão (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 07).

Uma característica marcante do neoconstitucionalismo é o surgimento dos princípios jurídicos, onde através de uma profunda análise é possível aplicá-los ao caso concreto, suprimindo, em muita das vezes, a própria legislação positivada, se observado que garante uma maior efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Segundo Ronald Dworkin (2009, p. 15-16): “a argumentação jurídica parte, antes de tudo, de concepções morais e políticas que influenciam o intérprete

da definição *in concreto* do conteúdo objetivo de normas jurídicas de elevado grau de abstração, como ocorre com os princípios jurídicos”.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a população passou a tomar um conhecimento ainda mais profundo de seus devidos direitos, sobretudo os fundamentais. Com isto, houve um aumento gigantesco da judicialização dessas causas sociais, ou seja, indivíduos procurando o judiciário para a efetivação de seus direitos constitucionalmente previstos. Pois, mesmo que o Poder Legislativo tenha aberto as portas para essa nova era neoconstitucional e pró-direitos, não possuía meios para efetivá-los nos casos em concreto que passariam a se enquadrar nessas situações, e aí que entra o papel do Poder Judiciário.

Apesar da positivação de diversos direitos, muitos casos ainda não encontram solução dentro das normas, sendo necessária uma análise valorativa de um órgão com conhecimento técnico mais aprofundado do direito.

Corroborando com o exposto, destaca Luiz Werneck Vianna (1999, p. 22):

o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça.

Dito isto, é necessário destacar que a partir do neoconstitucionalismo, a própria Constituição de 1988 abriu alas para que determinados assuntos relacionados aos direitos fundamentais fossem decididos no Poder Judiciário. Isto porque, devido à elevada superioridade conferida a esses direitos e o maior conhecimento técnico e jurídico dos magistrados, a chance de alguma norma infraconstitucional violar algum direito constitucionalmente previsto se torna muito menor.

Pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição, a partir do momento em que estas questões são trazidas para essa alçada, abrem-se alas para que sejam discutidas por seus membros, para que ocorra sua maior efetivação. E por esta razão, se pode dizer que foi o próprio legislador constituinte que permitiu a judicialização da política, ao transferir matérias que, a priori seriam de sua competência, para a competência do Poder Judiciário inserindo-as na Constituição.

Outro grande motivo para a expansão da judicialização seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, por meio do qual, pela teoria americana incidental, ao entender o juiz que referida norma é inconstitucional, poderia deixar de aplicá-la de plano em seu julgamento individual. E pela teoria europeia do controle de ação direta, “permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente para o Supremo Tribunal Federal”, observado o disposto no artigo 103 da CF, que elenca os legitimados ativos para a propositura da referida ação. E segundo Luís Roberto Barroso, “neste cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF” (BARROSO, 2011, p. 04).

1.4 Ativismo Judicial e a Judicialização da Política: Limites E Intersecções

Com a grande repercussão do assunto nos últimos anos, que tem como base o protagonismo no Supremo Tribunal Federal no Brasil após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política acabam sendo comumente confundidos pela mídia, por próprios juristas ou por meros debatedores do tema.

Porém é importante ressaltar que são fenômenos distintos, e que apesar de se confundirem em razão do seu conteúdo, devem ser diferenciados em sua respectiva origem e essência. Sendo assim, o presente estudo tentará, a seguir, fazer uma sistematização dos temas.

A começar pela judicialização da política, como já tratado anteriormente, se intensificou com o neoconstitucionalismo, que teve por origem a Constituição de 1988. Em uma abordagem mais conceitual, o ministro Luis Roberto Barroso (2011, p. 07) faz uma bela explicação da matéria:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão jurídica e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade

Pode-se dizer também que a judicialização da política é um fenômeno da qual o Poder Judiciário não tem culpa, visto que o simples fato de alguém entrar com uma demanda para solução de seu caso em concreto, já faz com que a

máquina judiciária tenha que politizar aquela causa, ao exercer a jurisdição naquele caso concreto.

A judicialização é um gênero, na qual se subdivide em duas espécies, a judicialização da política e a judicialização das políticas públicas. A primeira trata da relação institucional do Estado e de sua relação com os poderes, sob um ângulo estritamente político. Já a segunda trata da judicialização das causas sociais que envolvem a sociedade. Esta última vem sendo a maior causa da judicialização no Brasil, pois cada vez mais o cidadão procura o judiciário para efetivação de seus direitos sociais, previstos no art. 6º da CF, quais sejam a “educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados”.

Essa judicialização não é gerada apenas pela procura dos cidadãos – conhecida como judicialização “vinda de baixo”, mas sim pelo próprio Poder Legislativo – definida como judicialização “vinda de cima”, que pelo medo da reação popular frente às suas deliberações nesse sentido, se vale do Supremo Tribunal Federal para resolver a situação, visto que uma de suas garantias é a vitaliciedade, ou seja, não podem perder sua função em razão do que julgaram, o que não ocorre com os legisladores, que dependem da satisfação popular para sua reeleição.

Corroborando o exposto, afirma Felipe Albertini Nani Viaro (2012, p. 06-07):

A expressão ‘judicialização das relações sociais’ refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial no âmbito das relações socioeconômicas, caracterizado pelo aumento geral de regulação e pela incorporação dos métodos e estruturas tipicamente associadas ao Poder Judiciário no seio da vida privada e das organizações particulares, bem como pelo incremento da interferência ou da efetiva transferência, para o Poder Judiciário, de deliberações de questões particulares, como o aumento da demanda por serviços judiciários.

Em se tratando do ativismo judicial, como já mencionado, surgiu na Suprema Corte norte-americana e é caracterizado por ser uma conduta proativa do Poder Judiciário, fenômeno oposto a autorrestrrição ou autocontenção judicial, na qual os juízes se limitam a julgar com base no que está estritamente previsto em lei.

Diferentemente da judicialização da política que é um fato imposto por nosso modelo constitucional e evolutivo na qual os juízes acabam, por vezes, não tendo escolha quanto a sua prática. O ativismo judicial não é pré-estabelecido, é

uma simples escolha do juiz, um modo proativo de exercer a jurisdição, expandindo o alcance da Constituição em casos concretos, mas que de uma maneira ativista o juiz desloca para a alçada constitucional ou mesmo principiológica para fundamentar sua decisão da maneira que mais lhe convém.

Ora, diga-se, ao lançar sua decisão para o mundo dos princípios constitucionais, tudo é possível fundamentar lá. A título de exemplo, em uma mesma sentença de um caso concreto, o juiz pode julgar procedente tanto para o autor quanto para o réu, não se importando em que está certo ou errado, apenas julgando com base em sua convicção pessoal, invocando qualquer princípio quando o que deseja não se prevê na letra da lei. Às vezes, o mesmo princípio serve para fundamentar decisões completamente opostas, a depender da criatividade do jurisdicionante.

Outro aspecto importante é o fato de que o ministro naquele caso, é apto para julgar o caso com base nas informações trazidas aos autos, assim como, por sua experiência profissional e jurídica para aplicar o direito naquele caso concreto. Entretanto, ressalta-se que um juiz, na maioria das vezes é formado apenas em Direito, não é formado em Economia, Medicina, Engenharia, etc., ou seja, não tem conhecimentos técnicos específicos acerca de uma determinada área profissional, que pode acabar gerando graves prejuízos nos efeitos de sua decisão.

Por fim, outro problema que envolve esta questão, como afirma Luis Roberto Barros, é que trazer questões políticas para dentro do Judiciário, abre espaço para que também adentrem “paixões” nos Tribunais, lugar onde questões deveriam ser solucionadas com racionalidade, o que acaba por politizar os ministros, a qual, posteriormente, ao debaterem sobre o assunto com a mídia, é nítido que não falam como seres imparciais, mais sim como seres humanos ligados emocionalmente com aquela causa.

Após todo o exposto, se faz importante demonstrar alguns casos práticos, exemplos da referida judicialização no Supremo Tribunal Federal, para melhor exemplificar o estudo

A começar por um dos processos mais famosos do STF, com repercussão nacional que, à época, dividiu opiniões em todo o Brasil. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que discutiu a antecipação do parto de fetos anencéfalos. Este, foi um grande exemplo de que o

STF, ao discutir uma matéria de grande relevância, tentou se aproximar ao máximo de um modelo democrático, permitindo a participação de 29 pessoas na audiência pública para a discussão do caso, entre eles, religiosos, médicos, especialistas no assunto e pessoas que vivenciaram a terrível experiência de gestação de um feto anencéfalo.

O relator do processo foi o Ministro Marco Aurélio, que liminarmente decidiu favoravelmente acerca da interrupção da gravidez nestes casos, ocorrendo assim a paralisação de todas as ações judiciais nesse sentido. Posteriormente fora revogada a liminar, por maioria de 7 (sete) a 4 (quatro) votos.

Apenas anos depois foi declarada a admissibilidade da ADFP e reconhecida a pertinência da realização de uma audiência pública, ressalta-se a 3ª realizada no STF. E outros anos depois, foi deliberado acerca do assunto, com decisão favorável à antecipação do parto por maioria de 8 (oito) à 2 (dois) votos.

O voto do ministro Marco Aurélio teve como fundamento favorável a interrupção da gravidez, demonstrando a impossibilidade de doação de órgãos de um bebe anencéfalo e a liberdade da mulher, que nestes casos, sofre uma terrível tortura psicológica, sabendo que esse feto, embora chegue a ter alguns minutos de vida, certamente morrerá.

Uma frase que se destacou na referida audiência pública, foi dita pela documentarista Débora Diniz, no sentido de que aquela existência, diga-se, a necessidade de providências para casos de gravidez de fetos anencéfalos era uma “existência que a abstração da lei acredita poder ignorar”. Tal frase remete ao fato de que provavelmente a judicialização da política se faça necessária em casos como este, sem, contudo, inclinar para uma postura ativista dos julgadores (FRAGALE FILHO, 2015, p. 04).

Outro julgamento importante no contexto da judicialização das políticas públicas foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, que se referia a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, mais especificamente, se tratando das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Deliberação ocorrida no dia 29 de maio de 2008, a qual foi deliberado pela constitucionalidade do referido artigo. Alguns ministros votaram pela total constitucionalidade, outros estabeleceram algumas ressalvas, porém nenhum votou para inconstitucionalidade do artigo.

Entre os argumentos totalmente favoráveis, incluindo neste rol o julgamento do relator do processo Ministro Carlos Ayres Britto, expressava que as pesquisas com células-tronco não violam o direito a vida, pelo contrário, ajudam na descoberta, prevenção e cura de doenças, logo estão alinhados ao direito a vida e conseqüentemente à dignidade da pessoa humana.

Algumas ressalvas destacadas pela minoria são no sentido de que as pesquisas não poderiam retirar do embrião a viabilidade de vida, ou seja, não poderia deixá-los inviáveis, pois isso seria uma violação do direito a vida. Mas esse argumento foi contrastado pelo argumento do Ministro Marco Aurélio, ao observar que “o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana”.

Ainda sobre o voto do ministro Marco Aurélio, há uma consideração importante feita ali sobre o tema deste estudo. Segundo ele a Lei de Biossegurança foi aprovada no Congresso Nacional com o apoio de 96% dos Senadores e 85% dos Deputados Federais, o que para ele, demonstra a “razoabilidade” da lei. Esse posicionamento foi importante, pois demonstrou o respeito do ministro pela Teoria da Separação dos Poderes, mais ainda, pelo poder decisivo dos legisladores.

Os casos acima expostos são exemplos de casos em que a judicialização da política serviu para melhorias no país e, conseqüentemente, para o cidadão, porém há diversos casos em que significou um retrocesso estatal e da lei.

Um exemplo disso é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.889, que derrubou a lei do então eleito, presidente Jair Messias Bolsonaro (PSL) que autorizada o voto impresso.

Por óbvio, isso abriu margens para se pensar os reais motivos desta decisão, pois muito se sabe que o Brasil hoje está tomado de corrupção, e para que isto ocorra muitos parlamentares e até ex-presidentes tiveram de se socorrer em decisões advindas do STF, o que provavelmente acarretou em “favores” e diversos segredos entre os mesmos.

Com ressalva de dois ministros, diga-se, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, todos os demais deliberaram pela procedência da ADI, sustentado que a lei geraria um risco de violação ao sigilo do voto. Isso, no entanto, não possui lógica por dois motivos. Primeiro que há muitos anos o Brasil vem sofrendo com a insegurança que a urna eletrônica traz, ainda mais por ser um dos únicos países a adotar esse

sistema de voto, que pode facilmente ser violado, aumentando os índices de corrupção já existentes. Segundo porque, pelo que consta na lei, o eleitor ao votar em sua respectiva urna e ela imprimindo o voto, ele mesmo conferiria a veracidade deste e colocaria em uma caixa lacrada.

Portanto, não restam margens de dúvidas acerca da parcialidade dos ministros nesta ADI, sendo que, para muitos juristas, a referida lei se tratava de um manifesto contra a corrupção e a favor da democracia, que é um dos principais objetos deste estudo.

2 CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política são completamente distintos em sua origem, o primeiro surgindo em casos concretos importantes da Suprema Corte norte-americana. Já o segundo, através do neoconstitucionalismo e pela própria estipulação do constituinte.

Quanto a sua essência os fenômenos também não se confundem, sendo o ativismo judicial uma atitude proativa do Poder Judiciário, na qual por vontade própria julgam os casos concretos fora do que está previsto em lei, embasados somente em suas convicções subjetivas.

Já a judicialização da política ocorre através da busca popular ao judiciário para a efetivação de seus direitos constitucionalmente previstos, a qual acaba por fazer desse fenômeno um ótimo instrumento nas mãos dos ministros, que podem utilizá-los como verdadeira medida de justiça para os cidadãos.

Também através do próprio legislador que envia os temas de debates políticos para solução no Judiciário, devido à sua baixa confiança popular e devido as garantias conferidas aos ministros, por estarem inseridos na magistratura.

Entretanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal seja cauteloso ao se valer deste instituto, para que não extrapole os limites e cometa uma invasão nos demais poderes, sobretudo, ao Poder Legislativo. Pois, isso ocorrendo, torna-se o STF uma instância hegemônica, na qual, devido a todas as garantias constitucionalmente previstas aos ministros, praticamente impossível se torna a reversão de alguma deliberação ali proferida.

Já o fenômeno do ativismo judicial, entende o presente estudo, se faz totalmente inadequada sua aplicação. Pois ao se deparar com determinado caso concreto, em que por convicções própria entendam de determinada maneira, nada impede o Tribunal de se valer do fenômeno do ativismo judicial para impor sua vontade sobre os demais, pautando suas decisões em princípios abstratos, que podem servir para fundamentação de qualquer matéria ou em uma hermenêutica subjetiva feita da própria Constituição, a qual por garantir diversos direitos para efetivação da dignidade da pessoa humana, acabam por se tornar muito indefinidos.

Portanto, não se nega o fato de que medidas devem ser tomadas para a efetivação de direitos ou garantias constitucionais. Pois, devida a grande massa de projetos para a votação no Congresso Nacional e pela insegurança que determinados parlamentares causam à população, o mais correto é que se decidam no Poder Judiciário. Mas estas medidas devem obedecer o princípio da separação dos poderes minuciosamente. Caso contrário, o Poder Judiciário se sobressai sobre os demais, o reaproximando do absolutismo e com isso, violando gravemente o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito UNESP: 2011. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 05 mai. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAGALE FILHO, Roberto. **Audiências Públicas e seu Impacto no Processo Decisório: A ADPF 54 como estudo de caso**. Direito & Praxis: 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230/14049>. Acesso em: 08 mai. 2019.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stielmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LIMA, Lucas Rodrigues de. **Ativismo Judicial e a Separação de Poderes**. BrasilEscola. 2016. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/ativismo-judicial-separacao-dos-poderes.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

MORO, Sergio Fernando. **A Corte Exemplar: Considerações sobre a corte de Warren**. Revista da Faculdade de Direito da UTFPR, v. 26, 2001. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/32961-41218-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PIRES, Ana Carolina Fernandes Pires. **Conceito Histórico de Separação de Poderes**. Jusbrasil. 2014. Disponível em:

<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 08 abr. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. **As Influências do Neoconstitucionalismo nos Fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política no Brasil**. JFRJ, 2011. Disponível em:

<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/490-2258-2-pb.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2019.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Judicialização, Ativismo Judicial e Interpretação Constitucional**. TJSP: 2015. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 05 mai. 2019.