

Politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos

Joyce Santi¹

¹Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo no ano de 2005. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Integrante do Grupo de Estudos “Democracia: compreensão teórica e questões atuais do regime democrático”, coordenado pelo prof. José Levi Mello do Amaral Junior.

Resumo: O presente artigo traz uma reflexão acerca dos contornos do fenômeno não muito recente, mas ainda em construção da Politização do Poder Judiciário, cujo excesso virá a resultar no chamado ativismo judicial.

Esse ativismo judicial terá como principal ator o Supremo Tribunal Federal (STF) que, através de decisões excessivamente criativas, poderá vir a desrespeitar o Princípio da Separação dos Poderes, haja vista a invasão nos Poderes Legislativo e Executivo, bem como afrontará a questão da legitimidade democrática, uma vez que os representantes do Judiciário não são eleitos.

Diante dessa visível e gritante inserção do Judiciário na arena política, a preocupação latente e que se impõe é a de vislumbrar a necessidade de impor limites para essa atuação, sob pena de adentrarmos no perigoso terreno do discurso onde tudo é possível.

Palavras-chave: Politização do Poder Judiciário; efetivação dos direitos sociais; ativismo judicial; conceito; casos; atuação criativa do STF.

A organização constitucional do Poder Judiciário no Brasil atual se mostra bastante atuante e inserida no contexto político e social, assumindo cada vez mais novos papéis e repensando suas estratégias como ator não só jurídico, mas também político.

Essa nova roupagem do Judiciário reflete uma profunda mudança nas relações dentro do Estado, caracterizada por uma constante transferência de poder para os tribunais e outras instituições jurídicas¹; a esse fenômeno podemos chamar de politização do poder judiciário ou judicialização da política.

Por papel político, entende-se não uma atuação em prol de interesses partidários, mas uma participação ativa na conformação da ordem constitucional, da ordem jurídica infraconstitucional e também na definição de rumos administrativos, nisto incluídas as políticas públicas.²

É de extrema importância atentarmos-nos para o fato de que esse fenômeno não se atine somente ao importante papel que o judiciário vem desempenhando na elaboração e concretização de políticas públicas, mas, como menciona Alceu Maurício Junior: a judicialização, envolve o processo geral pelo qual o discurso jurídico penetra e é absorvido pelo discurso político. Políticas judicializadas são políticas exercitadas pelo menos em parte através do médium do discurso jurídico³.

Podemos apontar como marco histórico resultante dessa nova feição do Judiciário a democratização social e a instituição da democracia política, cuja origem remonta à derrota do nazi-fascismo e após os anos 1990, com o fim dos regimes autoritários-corporativos do mundo europeu e americano, emergindo constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais.⁴

Como podemos observar, o fenômeno da judicialização da política origina-se a partir da adoção de constituições escritas, no momento em que começa a haver uma preocupação com a igualdade e principalmente com a positivação dos direitos fundamentais, o que conseqüentemente trará a inquietação em não apenas normatizar e positivar esses direitos, mas principalmente garanti-los e efetivá-los.

Ademais, outro marco a ser considerado como precursor desse novo processo institucional de uma judicialização da política foi a adoção pela Carta Magna de 1988, do controle de constitucionalidade híbrido ou misto, o qual combina o controle por via incidental (inspirado no sistema americano), com o controle por via principal e abstrato (inspirado no sistema europeu).

No que tange ao controle difuso (incidental), este prevê a nulidade absoluta do ato inconstitucional que, em sendo assim declarado, por sentença, deverá ter seus efeitos desconstituídos *ex tunc* (de forma retroativa).
4 VIANA, CARVALHO, MELO, BURGOS, 1999, p. 22.

1 JUNIOR, 2008, p. 125.

2 FERREIRA FILHO, 2008, p. 86.

3 JUNIOR, 2008, p. 127.

Tal circunstância evidencia e colabora para uma atuação política do judiciário, uma vez que faz do Supremo Tribunal Federal um legislador negativo⁵.

Referente a esse efeito *ex tunc*, é mister alertar, contudo, que o STF já entendeu que mesmo no controle difuso, poderá ser dado efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.⁶

Outro ponto relevante, trazido pelo texto da Carta Magna de 1988, bem como pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e que impulsionou o papel político do judiciário, diz respeito à ampliação dos legitimados para a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), haja vista que houve um considerável aumento na propositura dessas ações, o que acabou por estender o papel de legislador negativo da nossa Corte Suprema.

Além disso, a multiplicação na propositura das Adins acabaria levando o Supremo Tribunal Federal (STF) a assumir novos papéis, vez que o tribunal começa a migrar silenciosamente de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana⁷.

5 FERREIRA FILHO, 2008, p. 87.

6 Nesse sentido, o *leading case* foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 09 e determinou que a referida decisão só atingisse a próxima legislatura (cf. íntegra do voto em Inf. 341/STF, Rel. Min. Maurício Corrêa).

7 VIANA, CARVALHO, MELO, BURGOS, 1999,

Esse novo cenário, de uma Corte Suprema extremamente atuante e preocupada em efetivar os direitos sociais, reflete uma inquietação, na qual reside um dos principais, senão o principal papel e função de uma Constituição, qual seja proteger valores e direitos fundamentais⁸.

Os direitos sociais, também denominados direitos de segunda dimensão, se constituem como “obrigações positivas cuja satisfação consiste num *facere*, uma ação positiva a cargo dos poderes públicos”⁹, ou seja, consistem e impõem a exigência de uma prestação estatal; diferentemente do que ocorria com os chamados direitos de primeira dimensão, referentes às liberdades individuais, cuja principal finalidade era justamente o contrário, isto é, a inação - a não interferência do Estado.

Sendo assim, a concretização e efetivação dos direitos sociais, como v.g. o direito à saúde, embora sejam direitos dotados de aplicabilidade imediata, conforme dispõe e resguarda o § 1º do artigo 5º da CF/88, não se concretizam na prática, exigindo para tanto uma atuação conjunta entre Legislativo e Executivo. O primeiro através da normatização infraconstitucional dará os contornos a serem seguidos pelo segundo, sendo este - Executivo - precipuamente o responsável pela formulação e implementação de políticas públicas, que se configuram como o principal instrumento hábil e capaz de efetivar os direitos sociais.

p. 53.

8 BARROSO, 2008, p. 12.

9 QUEIROZ, 2006, p. 25.

A partir da constatação de que a efetivação dos direitos sociais está necessariamente atrelada a esses dois atores, Executivo e Legislativo, insta indagarmos: diante da importância e urgência no atendimento aos direitos fundamentais, e tendo em vista que a efetivação e a proteção desses direitos impõem omissões e ações estatais, é possível o protagonismo do Judiciário no controle dessas ações e omissões, traduzidas e formalizadas por meio de políticas públicas?

Inevitavelmente nos vemos diante de um difícil paradoxo, já que de um lado o STF, sendo guardião da Constituição, deve primar pelo alcance e efetividade dos direitos sociais, mas ao mesmo tempo não pode, através de sua atuação, se sobrepor nem adentrar ilimitadamente na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de ferir, dentre outros, o Princípio da Separação dos Poderes.

Nesse ponto reside uma das grandes, senão a maior preocupação e crítica, atinente ao fenômeno da politização do judiciário, qual seja, a atuação e configuração do Judiciário como um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”¹⁰; o excesso dessa postura ativa do Judiciário virá a resultar no chamado ativismo judicial.

Por ativismo judicial deve se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe institucionalmente ao

Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)¹¹.

Por essa definição, podemos extrair que a configuração de ativismo judicial está relacionada à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e até mesmo da função de governo¹².

De maneira bem objetiva, a definição de ativismo judicial está ligada à descaracterização da função típica do Poder Judiciário, passando este a imiscuir-se de modo desproporcional e desmotivado nas esferas e limites de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes. Nas palavras do professor Elival da Silva Ramos: “(...) Não se trata do exercício desabrido da legiferação, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída as outros poderes”¹³.

Podemos identificar dois pontos que devem ser observados no tocante às implicações que o ativismo suscita. O primeiro diz respeito à separação dos poderes, reconhecida como cláusula pétreia pela Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º, inc.

10 VIANA, CARVALHO, MELO, BURGOS, 1999, p. 47.

11 VIANA, CARVALHO, MELO, BURGOS; 1999, p. 22.

12 VIANA, CARVALHO, MELO, BURGOS; 1999, p. 88.

13 RAMOS, 2009, p. 88.

III); neste sentido cabe indagarmo-nos sobre a legitimidade do Judiciário para impor ações e políticas ao Executivo, desprezando os critérios a este constitucionalmente estabelecidos, como, por exemplo, cláusulas orçamentárias e limites de despesas¹⁴.

O outro ponto refere-se à questão da legitimidade democrática do Judiciário para exercer esse papel político, tendo em vista que os seus representantes não são eleitos, falta-lhes o caráter essencial da representatividade, característica precípua do Poder Legislativo.

Tendo sido traçado o contexto histórico e os caminhos que permeiam a politização do judiciário, bem como exposto o conceito de ativismo judicial, cabe-nos pensar e indagar como esses dois conceitos e fenômenos se relacionam; seria perguntar: de que forma se exterioriza e se evidencia esse chamado ativismo judicial?

Para Elival da Silva Ramos, não se pode deixar de registrar que o fenômeno do ativismo golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas¹⁵.

O principal ator a se destacar e adentrar nesse cenário político é o Supremo

Tribunal Federal, o qual tem sido levado não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias¹⁶.

Um exemplo de atuação do STF que configura ativismo judicial, equivalendo a uma integração do ordenamento infraconstitucional pelo Judiciário, é o caso da fidelidade partidária, discutida nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604.

Neste caso da fidelidade partidária, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi invocado para responder às consultas nºs 1.398 e 1.407¹⁷, tendo que analisar a difícil questão da relação entre o partido e aqueles que, sob sua legenda, se elegeram. A dúvida que insurgia era se os eleitos por um partido perderiam o mandato caso o deixassem.

Quanto a essa dúvida, a qual não possui qualquer menção ou norma explícita na Constituição, o TSE entendeu que mesmo que a Constituição não disponha sobre a sanção do abandono do partido, tal sanção, que seria a perda do mandato, salvo motivo justo, estaria implícita na própria constituição.

16 VIEIRA, 2008, p. 443.

17 Referente a deputados que deixaram o partido pelo qual se tinham elegido: TSE Consulta nº 1.398, Rel. Min. César Asfor Rocha. Sobre os eleitos em eleição majoritária: TSE Consulta nº 1407, Rel. Min. Carlos Britto.

14 FERREIRA FILHO, 2008, p. 90.

15 RAMOS, 2009, p. 100.

Esse entendimento foi confirmado pelo STF, o qual entendeu que deveria haver a perda do mandato dos eleitos pelo sistema proporcional que tinham abandonado o partido pelo qual haviam se elegido. Referido entendimento ficou evidenciado no voto proferido pelo Relator Ministro Celso de Mello, que assim se manifestou:

(...) O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de “fundamento constitucional autônomo”, identificado tanto no art. 1º, § 3º, inciso V, quanto no art. 45 *caput* (...)¹⁸.

Posteriormente, o TSE editou a Resolução nº 22.610, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Nesse caso, da fidelidade partidária, por ter havido a edição dessa Resolução, cuja natureza jurídica é de ato normativo, que irá disciplinar a matéria, insurge-nos fazer alguns questionamentos.

Em primeiro lugar, insta indagarmos: qual foi o fundamento para a edição desta Resolução? Conforme já mencionado

e inclusive ilustrado no voto do Ministro Celso de Mello, o fundamento foi tirado diretamente do texto da Constituição. Diante disso, e tendo em vista a Resolução ser um ato normativo, ou seja, equivalente a uma lei, poderia o TSE, bem como o STF - posteriormente -, buscarem o fundamento para sua edição diretamente na Constituição? Podemos dizer que o TSE e o STF legislaram? Em outras palavras, mais do que exercerem a interpretação criativa, eles inovaram, criaram a lei.

Sem o intuito de chegarmos a uma resposta definitiva, o que podemos vislumbrar quanto à questão da fidelidade partidária, é a expansão da atividade legiferante do Supremo, principalmente naquela de impacto constitucional; trocando em miúdos, o que vemos é o Judiciário passar do campo da autoridade para o campo do poder¹⁹.

Outro exemplo que pode ser apontado como ativismo é o processo de julgamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, analisado pela Adin 3.510-0. Discutiremos a postura ativista do STF, através do trecho enunciado no voto do Ministro Gilmar Mendes, que assim se manifestou:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-maioritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático

18 Voto proferido no julgamento do MS 26.603-1.

19 VIEIRA, 2008, p. 451.

não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...)

(...) Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais²⁰.

O ativismo encontrado nesse trecho é classificado por William P. Marshall como sendo ativismo contra-majoritário, definido por esse autor como “a relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos”²¹.

Esse ativismo acima exposto é identificado na teoria constitucional como dificuldade contra-majoritária²² e reside na hipótese de um órgão, como o Supremo Tribunal Federal, sobrepor-se a uma decisão do Chefe do Executivo - sufragado por mais de 40 milhões de votos - ou do Congresso - cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular.

É visível que, através do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes está assumindo um posicionamento ativista, ao criticar, por exemplo, a condição do Tribunal Constitucional como somente legislador negativo. Em síntese, a Corte Suprema não se encon-

20 MENDES, ADIN 3.510, p. 02.

21 SILVA, MEDEIROS, PESSANHA, CHALOUB, VIEIRA, 2008, p. 69.

22 BARROSO, 2008, p. 16.

tra constrangida, segundo esse entendimento, pelas decisões provenientes dos poderes democraticamente eleitos, podendo assim, julgá-las inconstitucionais em um caso extremo, mas também, ao adotar sentenças de perfil aditivo, modificá-las, corrigi-las ou, nas palavras do Ministro, “repará-las”²³.

Salta aos olhos o embate que essa postura ativista (adotada pelo Ministro) trava com a Democracia. Afinal, se considerarmos que em última análise é a Corte Constitucional que decidirá sobre a regularidade dos atos parlamentares, isso não implicará no enfraquecimento da soberania popular? Como bem conclui Conrado Hubner Mendes: “Se entendemos que numa democracia devemos ter algum papel na tomada das decisões que diretamente nos afetam, é contraintuitivo que juízes possam revogá-la”²⁴.

Conclusão

O presente artigo propôs uma reflexão acerca dos contornos do fenômeno não muito recente, mas ainda em construção da Politização do Judiciário, bem como acerca da necessidade de impor limites à essa atuação excessivamente política, que se manifesta essencialmente através da atividade criativa dos Tribunais, nesse âmbito, especificamente do STF.

À guisa de conclusão, vale destacarmos que essa atuação do STF, que cada vez mais

23 SILVA, MEDEIROS, PESSANHA, CHALOUB, VIEIRA, 2008, p. 69.

24 MENDES, 2008, p. 3.

assume novos papéis, entre eles o de ator político, advém do próprio desenho institucional vigente, ou seja, foi a própria CF/1988, que previu e regulamentou o exercício da jurisdição constitucional, exercido principalmente por meio do controle de constitucionalidade das leis.

A partir das considerações feitas, vemos que o grande problema reside em uma crise do Direito e da política, a qual se manifesta precipuamente através da atividade de interpretação constitucional, resultando num embate entre os adeptos do neoconstitucionalismo (dentre eles, os professores Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento) e os adeptos a um positivismo renovado (tendo como principal expoente o professor Elival da Silva Ramos).

Sendo assim, e diante da visível e gritante inserção do Judiciário na arena política, seja através do caráter político de suas decisões, seja pela inserção de assuntos cada vez mais abrangentes e afeitos à sociedade, como a questão da fidelidade partidária e da Lei de Biossegurança, anteriormente analisadas, a preocupação latente e que nos move é a de vislumbrar a necessidade de impor limites para essa atuação, sob pena de adentrarmos no perigoso terreno do discurso onde tudo é possível.

Portanto, é preciso que pensemos como impor esses limites, isto é, através de que instrumentos e mecanismos. Seria possível, por exemplo, impor limites à racionalidade, à atividade criativa do Judiciário, ou seria o caso de, conforme propôs o professor Ma-

noel Gonçalves Ferreira Filho, “despolitizar o Judiciário comum, criando-se uma Justiça Constitucional, esta sim voltada para os problemas políticos”²⁵.

A partir dessa nova estruturação do Direito, em que o mesmo passa a ser construído não só a partir da lei, mas pela interpretação, pela atividade de criação dos Tribunais - especificamente do STF -, a pergunta que se impõe e para a qual devemos voltar os olhares é a seguinte: como democratizar o Direito, não o deixando virar uma espécie de “nobreza de toga”²⁶?

Talvez, uma das maneiras de viabilizar essa questão seja democratizar o processo de construção do Direito, ou seja, essas questões de cunho e repercussão social, que vem sendo discutidas no STF, devem estar abertas à sociedade, mas não só através do produto de uma mídia influenciada e arbitrária, mas de uma efetiva participação, por exemplo, através de audiências públicas, como já ocorreu na discussão da Adin 3.510 (células-tronco), e da participação dos *amicus curiae*.

A questão que se coloca, e com a qual encerraremos o artigo, é que, além de viabilizar essa abertura à sociedade²⁷, é preciso criar mecanismos institucionais

25 FILHO, 2008, p. 90.

26 *Ibid*, p. 90.

27 Neste sentido, vale a pena à leitura da obra HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: constituição para e Procedimental da Constituição. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

para que o Supremo Tribunal Federal tenha consciência de seus novos desafios, e principalmente, possa ser cobrado pelas

consequências de seus atos²⁸.

28 VIEIRA, 2008, p. 453.

BIBLIOGRAFIA

1. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 09/06/2011.
2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Distrito Federal. Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: Presidente da República e outros, Relator: Min. Ayres Brito, D.J. 29/05/2008, p.134-659.
3. _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603-1*. Distrito Federal. Impetrante: Partido da Social Democracia (PSDB), Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados, Litisconsortes: Partido Socialista Brasileiro (PSB) e outros, Relator: Min. Celso de Mello, D.J. 04/10/2007, p.318-665.
4. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. *Revista do Advogado*, v.28, n.99, p.86-91. São Paulo, 2008.
5. JUNIOR, Alceu Mauricio. Judicialização da política e a crise do Direito Constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n.10, p.125-142, abr/jun 2008.
6. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da constituição.
7. MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
8. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais - Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.
9. RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. São Paulo, 2009. Tese (professor titular junto ao departamento de Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
10. SILVA, Alexandre Garrido da; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; PESSANHA, Daniella dos Santos; CHALOUB, Jorge Gomes de Souza; VIEIRA, José Ribas. Delimitando as categorias de judicialização da política e de ativismo judicial: o caso da manipulação das células-tronco embrionárias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v.36, p. 53-78, 2008.
11. VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; MELO, Cunha; BURGOS, Marcelo Bauman. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
12. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV São Paulo*, v.4, n.2, p. 441-464, jul/dez 2008.