



## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

Bruno Thiago Krieger\*  
Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira\*\*

**Resumo:** O escopo deste estudo, em suma, consiste em efetuar uma análise quanto à judicialização da política e do ativismo judicial. Para tanto, são resgatadas as principais considerações acerca da formação do próprio Estado Democrático de Direito, não obstante se compreenda a impossibilidade de um olhar evolutivo meramente linear, eis que se sabe que a construção de institutos desta estirpe se dá por meio de continuidades e rupturas. Com o fim de diferenciar a judicialização da política e o ativismo judicial, é destacada a questão do princípio da separação dos poderes, o qual é essencial para a compreensão da temática discutida.

**Palavras-chave:** Judicialização da política; ativismo judicial; separação dos poderes; Estado Democrático de Direito; Constitucionalismo Democrático.

### JUDICIALIZATION OF POLITICS AND JUDICIAL ACTIVISM: A NECESSARY DIFFERENTIATION

**Abstract:** The purpose of this article is to carry out an analysis regarding the judicialization of politics and judicial activism. Therefore, the main considerations about the formation of the Democratic State of Law are recovered, although it is understood that it is impossible to have a purely linear evolutionary view, since it is known that the construction of institutes of this kind occurs by means of continuities and ruptures. In order to distinguish judicialization from politics and judicial activism, is highlighted the discussion of the principle of separation of powers, which is absolutely essential for understanding the subject matter discussed here.

**Key words:** Judicialization of politics; judicial activism; separation of powers; Democratic state; Democratic Constitutionalism.

## 1 INTRODUÇÃO

\* Mestrando em Direito na linha de pesquisa “Teoria e História da Jurisdição” na Uninter. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor Substituto da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado. Pesquisador do Projeto de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo judiciário e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política” – PPGD UNINTER e Coordenado pelo Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros. Advogado. E-mail: bruno@krmrk.adv.br.

\*\* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor Substituto da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado. E-mail: felipe@krmrk.adv.br.



É evidente que houve, nos últimos séculos, uma considerável mudança na perspectiva do conceito e das atribuições do Estado, em especial após a chegada da modernidade. Com isso, houve o fortalecimento do princípio da Separação dos Poderes, o qual, aparentemente, está em declínio dentro dos modelos constitucionais contemporâneos, uma vez que temos acompanhado, diariamente, a ascensão do Poder Judiciário em temas que são, naturalmente, políticos.

Nesse cenário, o que se tem observado é um enfraquecimento dos Poderes Políticos, para um fortalecimento de um Poder Jurídico. Referida troca de protagonismo é facilmente perceptível em nossos noticiários e não é uma característica exclusiva do Brasil. Há quem diga e, obviamente, pode ser em nível de senso comum, uma vez que seria necessária uma pesquisa para comprovar esta fala, que durante a última Copa do Mundo, haveria mais brasileiros sabendo dizer quem são os onze ministros do Supremo Tribunal Federal, do que brasileiros conseguindo escalar os onze jogadores titulares da seleção brasileira. Isto seria um nítido sinal de uma mudança de comportamento no “país do futebol”.

Em que pese a ironia desta fala, é perceptível como se tem mudado o status do Poder Judiciário e esta ascensão requer uma mudança no modo de ser fazer pesquisa acadêmica, sendo necessário que a academia proceda a necessária crítica dessas decisões judiciais, a fim de se constranger os abusos de um Poder Judiciário que, inclusive, tem se proclamado de vanguarda iluminista, servindo como propulsor da história.

Para a realização deste estudo, lançou-se mão do método indutivo de abordagem. O método de procedimento adotado, ao seu turno, foi o monográfico, enquanto que a técnica de pesquisa utilizada foi a de consulta à documentação indireta, constituída por fontes teóricas e outras que se fizeram pertinentes para instruir a pesquisa.

Diante disso, este artigo tem como objetivo demonstrar a necessária diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. De tal modo, primeiramente se faz um pequeno resgate, até simplório, da mudança de concepção do Estado Moderno, após, busca-se uma classificação do princípio da Separação dos Poderes e, por fim, destina-se a demonstrar a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL



A discussão sobre a judicialização da política ganha contornos relevantes nos dias atuais, uma vez que a atual conjuntura constitucional, com um alargamento de direitos subjetivos, criando, assim, uma possibilidade de judicializar as pretensões de diversos grupos, leva a um aumento de discussões na esfera do Poder Judiciário.

No entanto, isto acaba trazendo para a discussão o papel do Poder Judiciário diante de um sistema democrático, razão pela qual, faz-se necessária essa discussão sobre a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Para tanto, deve-se revisitar alguns pontos importantes, em especial a formação de nosso modelo de Estado, bem como, o princípio da Separação de Poderes.

## **2.1 UMA BREVE NOTA SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Para a compreensão do Estado Democrático de Direito é imprescindível uma análise da sua formação, com um olhar nos modelos que o antecederam, sem tentar criar um olhar evolutivo linear, uma vez que se sabe que a construção dos institutos se dá através de continuidades e rupturas. Ainda, mostra-se pertinente efetuar um corte metodológico, a fim de evitar maiores considerações sobre fases estatais anteriores ao Estado de Direito Liberal, o que pouco contribuiria para a construção deste trabalho.

É possível compreender com Jorge Reis Novais que o surgimento do Estado de Direito Liberal tem como causa principal a ascensão da burguesia, uma vez que o interesse no momento era proteger-se das arbitrariedades e da falta de previsibilidade do Estado de Polícia (NOVAIS, 2013, p. 73/76). O surgimento deste modelo de Estado, portanto, tem como escopo principal garantir alguns direitos fundamentais, em especial aqueles pautados na liberdade e na propriedade, buscando, deste modo, garantir o funcionamento do sistema capitalista.

Nesta linha, cabe a lição de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 55):

(...) o liberalismo como uma doutrina que foi se forjando nas marchas e contramarchas contra o absolutismo, onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal.



O que se buscava naquele momento histórico era ter previsibilidade da ação estatal. O meio para alcançar tal pleito veio pelo império da lei – e não mais da autoridade (rei) –, além da necessidade de vinculação do Poder Executivo ao princípio da legalidade. Porém, apenas dizer isso não garantia à burguesia a efetividade deste sistema. Era, então, necessário pensar em um sistema de controle, o que foi feito a partir da separação dos poderes estatais, dando supremacia ao Parlamento em razão do império da lei, como já dito. (DALLARI, 2010, p. 99-111).

De tal modo, a existência de Direitos Fundamentais e a Separação dos Poderes tornam-se características necessárias ao Estado de Direito Liberal, conforme, inclusive, restou proclamado no art. 16 da Declaração de Direitos de 1789. Por óbvio, estas não são características exclusivas do Estado Liberal, mas sim de toda a forma de Estado de Direito (NOVAIS, 2013, p. 73/76).

Neste primeiro momento do Estado de Direito reconhecia-se, tão somente, os direitos individuais, aqueles que se garantiam com um não agir do Estado, o que é comumente chamado de Estado Mínimo. Ou seja, não cabia aos cidadãos exigir qualquer ação do Estado, porquanto este servia apenas para permitir o encontro das autonomias individuais, o que gerava uma sociedade apolítica, a qual se desenvolveria sem qualquer intervenção política. (NOVAIS, 2013, p. 76/81).

No século XVIII houve a ascensão da burguesia ao poder, com a limitação do poder real, porém, este não era um modelo de Estado que agradava a todas as classes sociais. Aquele Estado permitiu o desenvolvimento das indústrias, a construção de um sentimento individualista ao extremo e a formação do proletariado com a sua organização. Estes fatos acabaram culminando, no final do século XIX e início do século XX, com o crescimento da classe operária, seja em número, como em poder, em especial a partir da Revolução Industrial. Teve-se como necessária a mudança da função do Estado, a fim de evitar o rompimento com o modelo econômico vigente (o capitalismo). (STRECK; MORAIS, 2014, p. 68/80).

A partir desta nova concepção de Estado, o qual quebra com a lógica liberal-burguesa, o Estado possui a atribuição de garantir certos direitos sociais. Ressalta-se que essas foram concessões feitas pela burguesia em favor do proletariado, a fim de não correr o risco



de perder todo o seu poder: é a máxima desse período de que iam-se os anéis, para que se protegessem os dedos. (DALLARI, 2010, p. 119/139).

No Estado de Direito Liberal se acreditava que não deveria haver grandes intervenções do Estado na Sociedade, uma vez que estas iriam interferir na autonomia individual das pessoas. E, de fato, tal entendimento teve sucesso por um tempo, porém, tal modelo permitiu a concentração de capital e o controle monopolístico dos mercados, gerando uma concorrência desenfreada no âmbito econômico, seja pelos agentes econômicos, seja pelos próprios Estados nacionais, o que acabou desencadeando uma crise global e a ocorrência da Primeira Guerra Mundial. (NOVAIS, 2013, p. 179/187).

Reconhecia-se, neste momento, a necessidade de mudança na concepção do Estado, cujo escopo deveria ser o de buscar uma justiça social, a fim de integrar as camadas marginalizadas (DALLARI, 2010, p. 119/139), o que não seria possível dentro do modelo liberal de Estado.

O Estado representativo liberal era incapaz de responder a estes estímulos e corresponder às novas necessidades a partir da mera correção da postura de separação das instâncias política e social; o que a nova época exigia era, não apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceber as suas relações com a sociedade. Constatando o perecimento da crença na auto-suficiência da esfera social, tratava-se agora de proclamar um novo ethos político: a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social. (NOVAIS, 2013, p. 183).

Assim, o Estado passa a ter como objetivo a redistribuição do produto social, o que faz com que se inicie um processo de interferência na economia, não necessariamente com a aquisição de empresas, ou com o controle destas, mas moldando as suas ações conforme os interesses sociais e os objetivos políticos definidos por este mesmo ente estatal. (BARROSO, 2011, p. 88/89).

Nesta nova perspectiva, cabe ao Estado fornecer meios aos cidadãos para que consigam obter a sua liberdade plena, uma vez que o modelo anterior permitia a liberdade perante o Estado, sendo que este novo modelo vem trazer a liberdade através do Estado.

Deste modo, supera-se o pensamento de que o homem seria autossuficiente, reconhecendo-se a sua própria limitação:

Assim, à medida que toma consciência desta realidade – e as situações de guerra evidenciam-na sobremaneira -, o homem actual interioriza psicologicamente o seu estatuto de dependência e sublima-o numa



reinvidicação de actividade assistencial, numa posição essencialmente utilitarista face ao Estado, onde a resistência às pretensões do Estado se mescla, frequentemente de forma ingénua, com a expectativa de ajudas estatais de todo o tipo; o homem moderno, a quem foi subtraído o controlo da sua existência, não vive apenas *no Estado*, mas sobretudo *do Estado*. (NOVAIS, 2013, p. 186).

Neste patamar, surgem os chamados direitos sociais, os quais passam a ser entendidos como parte integrante daqueles direitos fundamentais trazidos no Estado de Direito Liberal. Assim, a nova perspectiva era no sentido de que antes o Estado não deveria interferir nas relações sociais, sendo que neste momento ele deveria regular essas relações (MENDES, 2012, p. 155/157). Trata-se do grande diferencial deste modelo de Estado.

Ainda, em uma reação do liberalismo, houve quem sustentasse que o Estado Social seria incompatível com o Estado de Direito, uma vez que aquele interferiria no núcleo deste: a liberdade e a propriedade. O que estes críticos não percebiam é que esta não era a concepção do Estado de Direito, mas sim do Estado Liberal. Com o Estado Social, evidentemente essa compreensão mudava, uma vez que o centro da questão não era mais um não agir do Estado, mas sim, um agir na busca da justiça social, tendo como ponto nevrálgico a dignidade da pessoa humana.

É preciso compreender que, em nome desta justiça social, foram feitas inúmeras atrocidades na história da humanidade. Afinal de contas, foi sob este modelo estatal que surgiram os modelos fascista e nazista. Assim, era preciso que não se confiasse demasiadamente na vontade do legislador, eis que referidos regimes ascenderam sob o prisma da legalidade.

E foi esta percepção que permitiu uma mudança de paradigma no Estado Social acabando por desvalorizar a lei, uma vez que não é mais ela que dita as regras totais do Estado, haja vista que surgia um novo grupo de normas (as regras e os princípios constitucionais). Pois bem, e o que isso interferiria para o legislador? É que neste momento seu poder também era limitado, entrando em cena o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade. (DALLARI, 2010, p. 316/320).

Havendo o enfraquecimento da lei, o que até certo ponto é compensado pela força normativa que é dada a Constituição neste momento, é através da democracia que o Estado de Direito vai incorporar o princípio social, sem que lhe gere uma perda de legitimidade. (NOVAIS, 2013, p. 207/209).



Assim sendo, na atualidade podemos falar de um novo modelo de Estado: o Estado Social e Democrático de Direito. É que a democracia é parte indissolúvel do Estado Social de Direito, muito embora não se admita uma ditadura da maioria, vez que deve se colocar a dignidade da pessoa humana no centro de todo o ordenamento jurídico. (FERRAJOLI, 2015, p. 31/37).

Ou seja, a colocação da ordem económica e social à disposição da atividade conformadora do Estado democraticamente constituído só pode ser entendida, justificada e determinada em função da promoção das esferas individuais e da criação das condições objectivas da sua realização. Por sua vez o Estado social e democrático de Direito não eleva a vontade popular democraticamente expressa a fonte incondicionada de poder absoluto, na medida em que acolhe a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário do seu poder e valor vital e indisponível da ordem comunitária. (NOVAIS, 2013, p. 211/212).

Deste modo, o Estado Social e Democrático de Direito pressupõe a existência de Direitos anteriores a ele, que encontram o seu centro na dignidade da pessoa humana. Ele tem por si só uma finalidade, que é justamente preservar ou criar as condições necessárias para a existência desta dignidade. Assim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é, neste modelo de Estado, inclusive, superior ao Poder Constituinte Originário. (NOVAIS, 2013, p. 210/218).

Aliás, é este o modelo estatal adotado pelo Brasil (art. 1º da Constituição Federal), o qual tem como principal característica a força normativa da constituição, sendo esta entendida como documento que subordina todo o ordenamento jurídico.

Pontua-se que a constituição não deve ser plataforma de partido político, nem tampouco o documento onde a classe dominante demonstra suas culpas ao prometer o paraíso aos dominados (BARROSO, 2013, p. 59). A partir dessa afirmação, pode-se entender a constituição como documento jurídico com compromissos estatais definidos e que devem nortear a ação estatal.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes encontra-se consagrado no Direito Brasileiro, no artigo 2º da Constituição Federal: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*.





E, para a sua correta compreensão, faz-se necessário entender o contexto histórico em que tal teoria foi pensada, em especial no mundo moderno com Montesquieu. Porém, se conhece da sua formulação desde a Grécia Antiga com algumas reflexões de Aristóteles.

A teoria da separação dos poderes, pensada por Montesquieu no livro “O espírito das leis”, datado de 1748. Neste momento histórico que antecedia as revoluções burguesas do século XVIII, em que se vivia uma monarquia com poderes absolutos.

Naquele período, percebia-se que para a construção de uma sociedade mais paritária, era necessária a limitação do poder do monarca. Para tanto, era imprescindível superar o governo dos homens, pautado na centralidade e na concentração do poder pelo Rei, para um governo de leis, estas que eram formuladas por um Poder Legislativo, executadas por um Poder Executivo e que tinham a sua mera aplicação garantida pelo Poder Judiciário.

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para preservação da liberdade individual contra os abusos do Estado. A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo. A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder. O exercício do poder segundo os ditames das leis distinguiria a república do governo despótico. (SADEK, 2013, p. 11).

Na perspectiva de Montesquieu, os juízes até ganhavam certa referência, porém eram vistos como um ente sem emoções, seres inanimados que não transfeririam nenhuma experiência de vida para o ato de julgar, situação na qual ganhou força a expressão “juiz boca da lei”. De tal modo, não cabia ao juiz verificar a validade da lei, mas, tão somente, a sua integral aplicação (SADEK, 2013, p. 1-32).

Igualmente, não cabia aos julgamentos a opinião particular do juiz, limitando sua atuação, tão somente, uma reprodução precisa da lei. Uma premissa baseada na ideia de que cabia aos cidadãos viverem em uma sociedade na qual se soubesse as regras as quais estariam submetidos, não ficando ao livre arbítrio do juiz. (MONTESQUIEU, 2010, p. 169/171).

Assim, Montesquieu defendia que nenhum poder poderia ser excessivo, pois para qualquer dos lados que pendesse existiria alguma forma de arbítrio:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.





Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares. (MONTESQUIEU, 2010, p. 169).

Deve-se lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu preceito XVI, trouxe o princípio da Separação dos Poderes como elemento fundamental de uma Constituição. Afirmando, inclusive, que uma sociedade que não garante direitos e onde não é observada a separação dos poderes, não tem uma Constituição. Cria-se, deste modo, um vínculo indissolúvel entre a separação dos poderes e o Estado Constitucional. (STRECK; OLIVEIRA, 2013, p. 142/146).

É perceptível que a teoria da separação dos poderes tinha como escopo central garantir a liberdade, sendo esta um Direito Fundamental. Na compreensão de Andreas Krell, não se poderia, na atualidade, utilizar esta teoria para barrar a concretização de outros direitos, igualmente, fundamentais. Pensar deste modo seria distorcer o pensamento de Montesquieu:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal. (KRELL, 2002, p. 88).

A compreensão da teoria da separação dos poderes não pode ser entendida como absoluta, até porque, atualmente, vivemos em um Estado Democrático de Direito com um forte viés de Estado Social, ou seja, que possui promessas constitucionais que devem ser efetivadas com o passar do tempo.

Dito isso, deve-se lembrar que, no século XVIII, o único objetivo do Direito Constitucional era limitar o poder do Estado, enquanto na atualidade ele impõe deveres a este Estado. De tal modo que cada um dos poderes serve como um mecanismo de impulsos-freios-contrapesos. Nas palavras de Flávio Pansieri (2012, p. 139): “Assim se compreende a Separação dos Poderes como um conjunto de atribuições distribuídas a órgãos distintos, com atribuições múltiplas e com a obrigação de limitar e impulsionar a atividade dos demais órgãos, por meio de mecanismos legais previamente definidos”.

É importante que se perceba esta evolução na teoria da separação dos poderes, onde, atualmente, se permite um avanço no controle de um poder sobre o outro. No entanto, deve-se respeitar as suas possibilidades legítimas de atos discricionários aceitos pelo Direito, ou respostas adequadas constitucionalmente. (STRECK; OLIVEIRA, 2013, p. 142/146).



O princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma acentuada mudança, e, assim, a separação de poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito. Discricionariedade, nesse sentido, também não se confunde com “discricionariedade interpretativa”, valendo sempre lembrar a aguda crítica de Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, aplicável ao decisionismo de Hans Kelsen. Possível, de todo modo, a investigação do juízo discricionário ou, a rigor, do alegado juízo discricionário no intuito de apurar se há mais de uma atitude abrigada pelo sistema jurídico e se a adotada está entre elas. Há, destarte, uma reengenharia da separação dos poderes, com o judiciário promovendo a sindicância de hipóteses até pouco tempo consideradas proibidas. (STRECK; OLIVEIRA, 2013, p. 145).

Com esta mudança, reconhece-se um novo juiz, o qual não é mais a boca da lei, uma vez que a sentença não é um ato declaratório pronto, mas sim um ato criativo. Isto não quer dizer que se permite total liberdade aos magistrados, os quais tem o dever de pronunciar um julgamento coeso com o texto normativo. Aqui, ainda, é relevante dizer que em que pese a teoria ser conhecida como separação dos poderes, trata-se de uma separação das funções do Estado, uma vez que se sabe que o poder é uno. (STRECK; OLIVEIRA, 2013, p. 142/146).

Por fim, é importante compreender que este princípio tem uma leitura diferenciada conforme o país em que se está, até porque a sua concepção se diferencia conforme a forma de governo escolhida, sendo importante diferenciá-lo nas duas principais formas de governos, o presidencialismo e o parlamentarismo.

O modelo presidencialista, que surgiu nos Estados Unidos da América, teve como principal preocupação combater o poder por si mesmo, uma vez que se entendia que este era, potencialmente, arbitrário. Assim, buscava-se a eliminação da concentração de poderes e, de tal modo, a teoria pensada por Montesquieu adequou-se perfeitamente a este modelo, na qual se propuseram várias fontes de poderes com possibilidade de controle de um sobre o outro, reconhecendo-se o sistema de freios e contrapesos. (SADEK, 2013, p. 1/32).

Já no sistema Parlamentarista, há uma transferência do poder do monarca para o Parlamento, que com o passar do tempo, deixa de ser um órgão consultivo para se tornar deliberativo, de modo que todo o poder fica concentrado no Poder Legislativo. (SADEK, 2013, p. 1/32).



O Parlamento como expressão da vontade popular converte-se em sede exclusiva de poder. O Parlamento adquire o poder de modificar qualquer lei, sem que qualquer autoridade possa vir a declarar nulo ou invalidar um ato parlamentar. O Executivo, por sua vez, nasce do Legislativo e é dividido – com um chefe de Estado e um chefe de governo. O governo depende de uma maioria no Legislativo e é formado a partir dessa maioria. O espaço reservado para o Judiciário é restrito. Cabe à instituição prestar um serviço público: aplicar a lei para a solução de conflitos e a garantia de direitos. Mas, na esfera pública, a palavra final é exclusivamente do Parlamento. O Judiciário não é um poder de Estado. Trata-se de uma instituição pública com atribuições voltadas à garantia de direitos e à resolução de conflitos. Funções primordiais, sem dúvida. Sem capacidade, contudo, de conferir ao Judiciário o estatuto de poder estatal. (SADEK, 2013, p. 6).

Assim, percebe-se que o princípio da Separação dos Poderes vem se modificando com o passar do tempo, devendo se adaptar as mudanças sociais que ocorrem, bem como que se diferencia conforme o modelo de governo adotado por cada país.

De tal modo, o princípio da Separação dos Poderes compreende um Judiciário que tem certa área de atuação sobre as decisões políticas do país. Vale lembrar que esta participação não admite voluntarismos deste órgão, o qual encontra limite no texto constitucional e deve respeitar as autonomias dos demais poderes, desde que estes produzam atos adequados a ordem constitucional.

### **2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL – UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO**

É perceptível que o Poder Judiciário tem se tornado o centro das principais discussões políticas do país. Entre as que foram pautadas pelo Supremo Tribunal Federal, podemos destacar: a possibilidade de aborto para fetos com anencefalia, a permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, o reconhecimento das uniões homoafetivas, entre outras.

Essa nova realidade vem mudando o centro das mais relevantes discussões políticas, deslocando o eixo central dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, o que tem sido chamado de judicialização da política. De tal modo, a decisão final de questões relevantes da sociedade, sejam do ponto de vista político, social ou moral, tem ficado reservadas ao Poder Judiciário. (BARROSO, 2012, p. 366/369).

Neste modelo que revela um Judiciário atuante, tem-se que a linha que separa o direito da política é muito tênue. Havendo, deste modo, diversas críticas fundamentadas no



excesso de algumas decisões, questionando os limites da interpretação. (BARROSO, 2012, p. 366/369).

É nesse cenário que se faz necessário compreender a jurisdição constitucional, que para Luís Roberto Barroso:

*Jurisdição Constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentida a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional. (BARROSO, 2012, p. 25).

Por óbvio que esta jurisdição é importante e que é decorrente do modelo constitucional adotado, inclusive pelo reconhecimento da força normativa da constituição, que já restou abordada. E o crescimento da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, da judicialização da política está, intrinsecamente, ligado ao conteúdo da constituição, quanto mais esta for analítica, em tese, mais tende a expandir a jurisdição constitucional. (BARROSO, 2012, p. 366/369).

Entre as causas para essa ascensão do Poder Judiciário com uma maior judicialização da política, Luís Roberto Barroso elenca três como principais:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países de América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há um terceiro: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Como isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção da gestação ou demarcação de terras indígenas. (BARROSO, 2012, p. 367/368).

Clarissa Tassinari (2013, p. 28/33) apresenta uma visão em que a judicialização da política é vista a partir da interação de Direito, Política e Judiciário. E vai fazer essa análise a partir da própria compreensão de constitucionalismo, o que teria como centro a organização dos poderes do Estado e a proteção dos direitos fundamentais. Nas suas palavras: o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.

De tal forma, resta claro que a judicialização da política decorre de questões sociais que vivemos atualmente. O excesso de direitos trazidos pelas Constituições, promove uma



modificação na atuação do Poder Judiciário, mas não por uma vontade ativa ou negativa de seus atores e sim por uma escolha constitucional da competência desta instituição, bem como da necessária garantia dos direitos consagrados. (TASSINARI, 2013, p. 28/33).

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em uma maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – características da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. (TASSINARI, 2013, p. 32/33).

De tal modo, a judicialização da política pode ser compreendida como a busca dos cidadãos em efetivar seus direitos, em especial os constitucionalmente reconhecidos, através do Poder Judiciário, quando os demais órgãos do poder público se omitem. Fato este que vem crescendo em razão do amplo rol de direitos garantidos.

Assim, sendo a judicialização da política um fator social decorrente do modelo de Constituição adotada, deve-se entender o outro viés deste tópico, qual seja, o ativismo judicial. Para Luís Roberto Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2012, p. 369/371).

Para a compreensão de como o conceito é polêmico e com falta de consenso na doutrina, verifica-se que nem mesmo quanto a sua origem há um entendimento pacificado, uma vez que para Lenio Luiz Streck teve um início em sentido contrário, impedindo a concretização de direitos humanos fundamentais.

Do mesmo modo, também o termo *ativismo judicial* vindo sendo empregado no Brasil de um modo *tabula rasa*. Note-se: nos Estados Unidos – e está é/foi a terceira recepção equivocada -, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de 200 anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado,



que ativismo judicial dos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt. As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juízes e não de um *sentimento constitucional* acerca dessa problemática. (STRECK, 2011, p. 51).

Assim, não havendo consenso doutrinário nem sobre o início do ativismo judicial, por óbvio que não se pode esperar um posicionamento pacífico em relação ao seu conceito.

Essa atuação que é dita por Luís Roberto Barroso, em especial nos espaços vazios, tem muito mais uma característica de judicialização da política do que de ativismo judicial propriamente dito. Isto porque, pode-se entender, a partir de Lenio Luiz Streck, que o ativismo judicial causa um rompimento constitucional, que deriva de uma decisão que ultrapassa os limites da norma escrita. (STRECK, 2011, p. 51/55).

Para ilustrar o referido problema, Lenio Luiz Streck traz um exemplo:

Um exemplo que bem retrata como essa discussão não tem sido feita satisfatoriamente no Brasil pode ser retirado da Reclamação 4.335/AC (de consignar que a medida perdeu seu objeto com a edição da Lei n. 11.464/2007; todavia o debate que sustentava a reclamação sempre volta à baila no campo jurídico brasileiro, e sua validade ilustrativa permanece inalterada). Com efeito, essa medida foi interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre no intuito de fazer valer entendimento do STF exarado em controle difuso de constitucionalidade (no caso, o problema da progressão de regime nos crimes hediondos). Como se sabe, a medida da reclamação é restritiva para fazer cumprir decisões da corte que estejam revestidas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, como ocorre no âmbito do controle concentrado. Nos casos de pronunciamento da corte em controle difuso, a Constituição, por força do art. 52, X, condiciona a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF à intervenção do Senado. Ocorre que parte dos Ministros entendeu que – em virtude de uma tendência à “concentração” do controle de constitucionalidade, visualizada nas mudanças operadas no texto da Constituição e nas várias leis infraconstitucionais – estaria ocorrendo uma *mutação constitucional* e que, por isso, no lugar em que a Constituição fala que ao Senado cabe *suspender a execução da lei*, deveria ser lido *dar publicidade à lei declarada, no todo ou em parte, inconstitucional pelo STF*. (STRECK, 2011, p. 51/52).

A discussão gira em torno dos limites da interpretação. Assim, para uma melhor compreensão sobre estes limites, Lenio Luiz Streck propõe uma necessária diferenciação, entre alteração formal da Constituição e mutação constitucional.

Lenio Luiz Streck (2011, p. 51/55) entende que a alteração formal é realizada pelas maiorias parlamentares, através do processo de emenda à Constituição, de modo que altera o





texto constitucional. Enquanto a mutação constitucional não altera o texto, mas, tão somente, o seu sentido, ou seja, a norma constitucional sem alteração textual.

De tal modo, pode-se entender que a área de atuação do Poder Judiciário seria na esfera da mutação constitucional, ou seja, atualizar determinado conceito da norma, sem, no entanto, alterar o texto constitucional. Assim, quando o Poder Judiciário ultrapassa este limite ele provoca, na verdade, um rompimento com o texto constitucional. (STRECK, 2011, p. 51/55). O que é apontado por Lenio Luiz Streck no exemplo já referido.

Assim, o que acontece no âmbito da proposta de mutação constitucional do art. 52, X? Não há uma alteração de significado da norma; pretende(ra)m mudar não o sentido da interpretação do texto, mas mudar a própria dicção do art. 52, X. Se vingar a tese defendida por parte dos ministros do STF, estar-se-á a alterar radicalmente o texto (ao invés de “suspender”, querem escrever “publicar”). Desse modo, tem-se um verdadeiro *rompimento constitucional*, pois, sem alterar o texto formal (por meio do devido processo legislativo constitucional), é como se o tivessem feito, mas pelo próprio Poder Judiciário. Nesse caso, não há *mutação*, mas *rompimento*. Por isso, o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2011, p. 53).

Desta forma, a jurisdição constitucional mostra, através do ativismo judicial, a sua faceta antidemocrática. Se por um lado permitiu a concretização de Direitos Fundamentais, por outro, em excesso e sem limites, pode corroer o pacto democrático, esvaziando os demais poderes e permitindo o surgimento de uma juristocracia. (TASSINARI, 2013, p. 49/54).

Clarissa Tassinari (2013, p. 49/54), ainda, aponta que, no Brasil, a ascensão institucional do Poder Judiciário, além de diversos outros motivos, encontra como seus principais pilares na tensão causada com os demais poderes e, conseqüentemente, em uma crise da democracia.

Essa crença demasiada no Poder Judiciário acaba por distanciar a sociedade dos poderes que são legitimamente eleitos (Executivo e Legislativo), criando-se até uma certa descrença nestes, o que abala a democracia em seu centro. (TASSINARI, 2013, p. 49/54).

Isto porque, apesar de se conhecer que democracia, na atualidade, não significa, tão somente, a vontade da maioria e servindo os Tribunais como formas de controle dos demais poderes quando desvirtuem o sentimento constitucional, não se pode admitir que ele, Poder Judiciário, traía tais premissas.

Entretanto, resta claro também que, por mais que se tenha avançado no modo de conceber a democracia, agregando ao seu conteúdo o contramajoritarismo, não era previsível que se fosse vivenciar na contemporaneidade duas conseqüências tão graves para a relação Direito e Política: o sentimento de acomodação/apatia política (e cívica) e o apelo permanente à jurisdição, fatores que inviabilizam o cumprimento





da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de “um sistema em que a sociedade é parte ativa”. Assim, a centralidade atribuída no âmbito jurisdicional acaba gerando “fissuras no pacto democrático” para além do imaginado. Isso porque, levado às últimas consequências, este processo de recrudescimento do ambiente democrático em face de uma crescente judicialização também abriu espaço para vias alternativas de decidir litígios. (TASSINARI, 2013, p. 53).

Diante disso, parece que a atual discussão da democracia passa pela ideal compreensão dos fenômenos da ascensão do Poder Judiciário, da judicialização da política e do ativismo judicial. Enquanto os dois primeiros são consequências do modelo constitucional adotado e revelam-se importantes em razão da compreensão da faceta antimajoritária da democracia, o último conceito está atrelado a um voluntarismo do Poder Judiciário, que certas vezes, conforme visto, até, age de forma contrária ao comando constitucional.

E, neste momento, deve-se frisar que a concentração de poder no órgão jurisdicional vai de encontro com toda a ideologia do constitucionalismo, a qual, conforme já dito, tem por principal fundamento, o repilo da concentração do poder.

Assim, neste momento histórico, cabe a reflexão da sociedade se é mais coerente confiar mais nos Poderes (Executivo e Legislativo) que ela mesma elege e vota com periodicidade ou no outro Poder (Judiciário) em que seus representantes são aprovados em concurso público e desfrutam de vitaliciedade. Importante dizer que não se discorda deste modelo de ascensão a cargo do Poder Judiciário, mas questiona-se se são esses os agentes públicos legítimos a determinar quais os rumos da sociedade.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante se expôs no transcorrer desta pesquisa, é nítido o avanço do Poder Judiciário em temas que, em princípio, diriam respeito ao Poder Legislativo. Com isso, o que se nota é que o Judiciário, inobstante não ter sido eleito pelo povo, acaba por imiscuir-se em discussões que, salvo melhor juízo, deveriam ficar a cargo do Legislativo (ou, a depender, do Executivo).

É evidente, tal qual já se elencou, que não há o propósito de uma crítica vazia ao Judiciário, que exerce relevantíssimo papel social e cuja existência é, no modelo atual, absolutamente indispensável. O que se pretende, sim, é trazer à tona a discussão quanto a quem seriam os agentes públicos legítimos – e legitimados – a escolherem os caminhos que a coletividade irá tomar.



Logo, não há como conceber qualquer análise minimamente séria sobre a democracia nos dias atuais sem que se discuta o papel do Poder Judiciário nesse contexto. Teme-se veementemente que a recente “crença” no Judiciário como a panaceia para todos os problemas brasileiros acabe por retirar a força dos Poderes Executivo e Legislativo, algo que evidentemente afunda o conceito democrático como o conhecemos.

Tal crise não se dá somente pela tensão que ela própria causa entre os três poderes, mas principalmente em relação à visão dos cidadãos quanto à existência de cada uma das esferas de poder da República. Por fim, destaca-se: não é possível que concebamos um Estado que se diz Democrático de Direito sem que, na prática, haja verdadeira diferenciação entre os Poderes constituídos. Que haja, pois, ciência da Academia de Direito no sentido de sua responsabilidade em toda essa discussão.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. p. 31-37.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais : reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo : Saraiva, 2012.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Fábio de. Comentários ao art. 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2011.

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