

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ARTHUR TEODORO RAMOS FREILE

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: LEGITIMIDADE E CRÍTICAS AO
ESQUADRO CONSTITUCIONAL

São Paulo

2020

ARTHUR TEODORO RAMOS FREILE

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. ALESSANDRO DE OLIVEIRA SOARES

São Paulo

2020

ARTHUR TEODORO RAMOS FREILE

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: LEGITIMIDADE E CRÍTICAS AO
ESQUADRO CONSTITUCIONAL

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: LEGITIMIDADE E CRÍTICAS AO ESQUADRO CONSTITUCIONAL

Arthur Teodoro Ramos Freile

Resumo: Marcada por características neoconstitucionalistas, a Constituição Federal de 1988 mudou a forma de atuação do Poder Judiciário. Com a previsão de uma ampla gama de direitos fundamentais no texto constitucional, o Judiciário começou a ser instado a decidir questões moralmente relevantes e de cunho político. A partir dessa atuação dos Tribunais, muitas críticas começaram a surgir acerca do tema, sendo que a principal se refere à legitimidade do Judiciário para apreciar questões de cunho político. Por meio de uma análise qualitativa do conteúdo científico já produzido, este artigo tem por objetivo demonstrar que em razão do esquadro institucional desenhado pela Carta Magna de 1988, o Poder Judiciário não só pode, como deve apreciar essas questões, mas que, embora legitimado para tanto, a adequação da judicialização ao modelo atual não a exime de críticas, nem significa que o instituto esteja funcionando perfeitamente e sem quaisquer problemas

Palavras chaves: neoconstitucionalismo, judicialização da política, legitimidade, ativismo judicial

Abstract: Marked by neoconstitutionalist characteristics, the Federal Constitution of 1988 changed Judiciary's activities. Containing a wide range of fundamental rights in the constitutional text, the Judiciary started to be urged to decide morally relevant topics and political matters. As a result of the Courts' actions, many criticisms began to arise, the main one referring to a lack of legitimacy of the Judiciary to appreciate issues of a political nature. Through a qualitative analysis of scientific content already produced, this article aims to demonstrate that because of the institutional framework designed by the Federal Constitution of 1988, the Judiciary not only can, but must, appreciate political matters, but although legitimized for this, the adequacy of judicialization to the current model does not exempt it from criticism, nor does it mean that the institute is working perfectly and without any problems.

Key words: neoconstitutionalism, judicialization of politics, legitimacy, judicial activism

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto histórico: o neoconstitucionalismo e a judicialização da política. 3. A legitimidade da judicialização da política e as principais diferenças do fenômeno em relação ao ativismo judicial. 4. Principais críticas à judicialização da política. 4.1. A prevalência do Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo. 4.2. A falta de aptidão organizacional do Judiciário. 4.3. O risco de subjetividade excessiva na aplicação da ponderação. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

Com o advento do neoconstitucionalismo, e conseqüentemente da Constituição Federal Brasileira de 1988, a atuação do Poder Judiciário foi alterada de maneira

significativa no que tange às decisões de cunho político-jurídico. A Constituição, que antes servia de inspiração aos legisladores, passou a fazer parte do cotidiano dos aplicadores do direito.

Como efeito dessas transformações, as mais diversas questões políticas e moralmente relevantes à sociedade passaram a ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Essa interferência massiva do Judiciário em questões de grande relevância ao país, banaliza ainda mais a comoção – positiva ou negativa – da população, e resgata a necessidade de discussão do tema sob perspectiva técnica, orientada pela seguinte pergunta: A atuação do Judiciário em questões puramente políticas é legítima?

Dada a relevância do tema, faz-se necessária análise minuciosa sobre as origens, os conceitos e as críticas da judicialização da política.

A compreensão das causas e origens da judicialização da política, que se deu no Brasil por meio dos reflexos do neoconstitucionalismo sobre o legislador constituinte originário, é fundamental para a compreensão da matéria, razão pela qual o neoconstitucionalismo e seus efeitos será objeto do primeiro capítulo deste estudo.

Considerando que o tema ganhou certa notoriedade ao longo do tempo, muitos dos conceitos essenciais para responder à problemática da maneira mais adequada são confundidos constantemente. Portanto, serão traçadas também algumas diferenças entre a judicialização da política e o ativismo judicial.

A partir daí será respondida à pergunta problema, demonstrando que a judicialização da política é legitimada por meio do modelo adotado na Carta Magna de 1988, cujo esquadro institucional e ampla previsão de direitos fundamentais não só permitem, mas tornam necessária a apreciação destas questões pelo Judiciário.

Por fim, será tecida uma análise crítica do modelo constitucional atual, e dos problemas inerentes à judicialização da política, tais como a expansão do Judiciário em relação aos outros Poderes, a falta de aptidão organizacional para melhor decidir sobre certos temas, e o risco de utilização excessiva de critérios subjetivos em decisões.

É importante ressaltar que, embora o objetivo do estudo seja demonstrar a legitimidade do Judiciário para apreciar questões políticas, os tópicos escolhidos para compor o trabalho não esgotam o tema, mas possuem o propósito de engendrar e difundir conhecimento.

Para elaboração do artigo será empregado o método de pesquisa básica, tendo como meio a análise qualitativa de conteúdo científico já produzido por outros autores. Para tanto, será utilizada a pesquisa bibliográfica. Os dados obtidos por meio do conteúdo

acadêmico coletado serão usados para fundamentar e desenvolver as hipóteses levantadas.

2. Contexto histórico: o neoconstitucionalismo e a judicialização da política.

Antes de iniciar uma análise sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, para melhor cognição do tema é essencial abordar – ainda que de maneira superficial – o contexto histórico responsável pela anunciação da judicialização.

Por mais estranho que pareça, até meados do século XX os textos constitucionais não gozavam de praticamente nenhuma força normativa. Tratando individualmente do Brasil, em que pese as antigas constituições dispusessem sobre a garantia de direitos fundamentais, a efetivação deles dependia muito mais da edição de leis e decretos específicos, pois, como explica Daniel Sarmiento “Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei”.¹

Esse cenário de falta de supremacia das Constituições foi superado no Ocidente da Europa após a segunda guerra mundial, e no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988. O movimento que deu força à ideia de Constituição como norma jurídica dotada de maior força normativa ficou conhecido mais tarde como neoconstitucionalismo.²

De acordo com Barroso, o neoconstitucionalismo pode ser caracterizado como uma série de transformações históricas, filosóficas e teóricas responsáveis pela constitucionalização do direito.³

Em que pese não seja tão enfático na divisão da seara das transformações quanto Barroso, Humberto Ávila⁴ também elenca as principais mutações originadas pelo movimento:

Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais — ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade — desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção

¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

⁴ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009

(ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

Uma perspectiva comum que se pode obter por meio da análise das obras de Barroso e Sarmiento, é que o neoconstitucionalismo não é uma doutrina dotada de singularidade, pelo contrário, por elencar uma série de fenômenos distintos, ela não pode ser entendida como um instituto propriamente dito, e sim uma espécie de movimento ou arranjo.

Outro paralelo que podemos traçar, dessa vez não só com base nos autores supracitados, mas também em diversas outras doutrinas escritas sobre o tema, é que, ao normatizar uma série de princípios predominantemente baseados em valores – podemos citar como exemplo a positivação dos direitos fundamentais na CF/88 – o neoconstitucionalismo reaproxima a ciência jurídica da axiologia.

Nesse diapasão, Sarmiento⁵ afirma que a forma como alguns autores positivistas, como Luigi Ferrajoli e Ricardo Guastini, encaram o tema diverge bastante da lógica adotada entre os mais propensos às interpretações axiológicas, como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ao passo em que os positivistas refutam qualquer conexão entre a moral e o direito que não seja derivada da positivação de valores, os não-positivistas aderem firmemente ao pensamento de invalidade de normas consideradas injustas e que não resguardem qualquer relação com a moral.

Embora a discussão seja válida, ela perde um pouco a importância com a chegada das novas constituições, “pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Trata-se do chamado positivismo inclusivo”⁶, teoria que foi pioneiramente defendida por Jules Coleman⁷ em 2001.

É importante dizer que esse arranjo não trata somente da inserção de valores e princípios na carta constitucional, mas sim de uma nova maneira de entender a organização do direito.

⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 113-146, 2009

⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 113-146, 2009.

⁷ COLEMAN, Jules L. et al. **The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

O neoconstitucionalismo foi o responsável por tornar a Constituição a lei suprema da organização do Estado brasileiro, fazendo com que ela deixasse de ser vista como um mero conjunto de ideias políticas inoperacionais, para se tornar a lei maior, que pode e deve ser invocada no Judiciário para a defesa de direitos.

Considerando que as disposições constitucionais serviam anteriormente muito mais como “um apanhado de prognósticos inatos e inertes que, no mais das vezes, norteavam a atuação dos poderes públicos”⁸, não seria errado dizer que houve uma verdadeira operacionalização do direito constitucional, que passou a ser amplamente utilizado pelo Poder Judiciário. O autor Daniel Sarmiento⁹ elenca algumas das principais características geradas pelo texto constitucional de 1988, vejamos:

A Assembléia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade.

O processo de redemocratização do país apresentado por Sarmiento está diretamente relacionado à judicialização da política, e conseqüentemente ao ativismo judicial.

O fortalecimento do Poder Judiciário deve ser entendido como um processo natural ao advento da Constituição de 1988, pois a ampliação do rol de garantias e o fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e do próprio papel do Judiciário culminam na busca da população à este poder para dar efetividade aos direitos fundamentais e nortear as relações sociais¹⁰.

No que tange à incorporação dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 seguiu os exemplos dos países europeus ao inserir em seu texto uma ampla gama de direitos fundamentais.

⁸ CRUZ, Danilo Nascimento. Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 22, n. 4, 2010.

⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 14, 2009.

¹⁰ Neto, André Perin Schmidt. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil (Resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna). **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 84, 2009.

Ana Paula de Barcellos¹¹ leciona que esse comportamento é um reflexo direto do contexto histórico vivido anteriormente. Com regimes políticos anteriores em modelos ditatoriais, a exemplo do fascismo e nazismo, vislumbrou-se a possibilidade de inserção de determinadas garantias (direitos fundamentais) que constituíssem um conjunto mínimo de ideias que – por gozarem de caráter supralegal, com superioridade hierárquica a qualquer outra regra do ordenamento jurídico – deveriam ser respeitadas a qualquer custo.

Verifica-se, portanto, que houve uma verdadeira constitucionalização da política. Explica-se: A Constituição atual é abrangente, e abarca uma série de tópicos que antes eram reservados aos processos majoritários, como o Poder Legislativo.

Pode-se dizer que esse processo de redemocratização do país, com a constitucionalização abrangente, ou seja, a previsão constitucional de uma ampla gama de direitos tidos como fundamentais exerce forte influência na judicialização da política.

Nas palavras de Barroso, conforme um “direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”¹².

Portanto, a partir do momento em que há uma previsão constitucional sobre a universalização da saúde e da educação, por exemplo, é possível levar à apreciação do Judiciário quaisquer lides que envolvam o tema.

É necessário pensar também na importância que essa implantação de políticas públicas goza em um cenário de desenvolvimento do país. Se os objetivos da carta de 1988 possuem como base a concreção dos direitos fundamentais coletivos e individuais, essa tarefa precisa ser efetivada em alguma medida.

Com base nesse pensamento é possível aferir – livre de juízo de valor – que o Judiciário só vem ganhando essa força em razão do sumiço dos outros Poderes. Dada a aparente falta de gerência do Poder Executivo, e a incapacidade do Poder Legislativo em formar maiorias consistentes para priorizar e aprovar normas cujo resultado seja a garantia de efetividade aos direitos fundamentais concebidos na Constituição, a atuação do Judiciário se intensifica¹³.

¹¹ DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 04, 2012.

¹³ SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019.

A exemplo do fenômeno que acontece na Itália, descrito por Cappelletti¹⁴, em um cenário de omissões e incapacidades dos demais Poderes, a sociedade é tomada por um constante sentimento de descrença e desconfiança, gerando assim um aumento de demanda ao Judiciário para que dê efetividade às políticas públicas.

Esse cenário de crise de representação institucional pode ser apontado como uma das maiores causas da judicialização da política, bem como um problema democrático que pode gerar instabilidades, conforme será abordado mais a frente nesta pesquisa.

Os autores André Karam Trindade, e Rafael Tomaz de Oliveira¹⁵ dão bons exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal em que fica concretizado o sentimento de que a atuação do Judiciário está acontecendo em razão da omissão dos outros Poderes, vejamos:

[...] ADPF n. 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. [...] ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário. [...] Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659, iniciado no segundo semestre de 2015 sobre a descriminalização do porte de drogas, no qual um dos ministros que já proferiu voto (Luís Roberto Barroso) chegou a sugerir a quantia de droga que deveria ser tolerada pela lei penal a título de porte, com a finalidade de criar um critério objetivo para distingui-lo das hipóteses de tráfico (nesse caso, parece nítido que, mais além de discutir que tipo de comportamento deve ser tolerado pela lei penal, o ministro Barroso avançou na análise de uma questão cujo locus adequado seria/é o Congresso Nacional). [...] Outro ponto que está contido nesse âmbito de análise – e que merece igual destaque – diz respeito às interpretações que o Supremo Tribunal fixou recentemente a respeito de alguns dos “direitos abstratos” (para usar uma expressão de Ronald Dworkin), previstos na Constituição de 1988. Nesse particular, o caso de maior impacto certamente diz respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5o. LVII da Constituição de 1988) e a decisão exarada no Habeas Corpus (HC) 126.292. Sem embargo das inúmeras discussões jurídicas que podem ser entabuladas a partir desse HC, o fato que importa para estas reflexões diz respeito à contradição que existe entre o entendimento assentado pela Corte e o texto constitucional. A garantia constitucional da presunção de inocência exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o condenado possa ser recolhido à prisão. No HC 126.292, o Supremo Tribunal entendeu que o julgamento em segunda instância já satisfazia as exigências desse princípio constitucional, permitindo a execução provisória da pena. No caso, o

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Juízes legisladores?**. SA Fabris Editor, 1999.

¹⁵ TRINDADE, André Karam; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 752, 2016. (Exemplo retirado da obra SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019.)

Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional, contrariando o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 1988.

Como deveria ou não se dar a intervenção do Poder Judiciário não é uma seara a ser abordada neste artigo, entretanto, o que resta claro da análise do contexto histórico, e dos exemplos citados, é que a crise de representatividade existe, e exerce grande influência sobre o crescimento da judicialização da política no Brasil.

Outro fator demonstrado pelos autores como principal causa do aumento da judicialização da política é o sistema de controle de constitucionalidade, que, embora já existisse antes da Constituição Federal de 1988, teve seu rol de legitimados para propositura de ação ampliado pelo artigo 103, possibilitando que órgãos e entidades públicas e privadas ajuízem ações diretas.

Verifica-se portanto, que o nosso sistema de controle de constitucionalidade é extremamente abrangente, pois além do controle incidental e difuso que pode ser realizado por juízes de primeira instância caso considerem qualquer lei inconstitucional, temos também o controle por ação direta, exemplificado no parágrafo acima, que permite o ingresso de ações relativas à determinados assuntos diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Barroso¹⁶ aponta que o nosso sistema de controle é uma combinação do americano com o europeu, vejamos:

o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, portanto, que praticamente qualquer questão relevante ou política pode ser levada à apreciação do Judiciário em razão do modelo atual. Combinando os três fatores elencados, quais sejam (i) ampla gama de direitos fundamentais previstos no texto constitucional; (ii) crise de representatividade vivida no Estado Democrático, e (iii) sistema de constitucionalidade abrangente, torna-se mais simples entender o motivo pelo

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 04, 2012.

qual as questões políticas vem sendo judicializadas com frequência. Ao mínimo cenário de desconfiança em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, o problema pode ser levado à alçada dos Tribunais.

3. A legitimidade da judicialização da política e as principais diferenças do fenômeno em relação ao ativismo judicial

A judicialização da política pode ser conceituada como o chamamento do Poder Judiciário para resolução de temas políticos polêmicos e/ou relevantes, tais como as questões envolvendo religião, liberdade de expressão, justiça criminal, educação, saúde, dentre outras.¹⁷

Nessa seara, é interessante definir também o conceito de políticas públicas, uma série de autores como Celina Souza¹⁸, Elenaldo Celso Teixeira¹⁹ e Maria Paula Dallari Bucci²⁰ abordam o tema de maneira magistral, mas em razão do objetivo deste estudo, utilizaremos o entendimento de Ana Paula de Barcellos²¹, vejamos:

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo* (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

Essa ampla difusão de garantias de direitos fundamentais no texto constitucional da carta de 1988 também é chamada de “constitucionalização do direito” por Virgílio Afonso da Silva²², e, como abordado no capítulo anterior, é uma das causadoras da judicialização da política.

¹⁷ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham L. Rev.**, v. 75, p. 721, 2006.

¹⁸ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, n. 16, p. 20-45, 2006.

¹⁹ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **Salvador: AATR**, v. 200, 2002.

²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva**, p. 1-49, 2006.

²¹ DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 09, 2005.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Edição do autor, 2004. in VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

A partir da análise do pensamento de Ana Paula Barcellos, pode-se introduzir o tema principal desta pesquisa, e que possui embates polêmicos como pano de fundo, que é a legitimidade do Poder Judiciário para apreciar questões puramente políticas.

Antes de responder essa questão, é necessário definir alguns conceitos, e traçar algumas diferenças. Não é difícil notar a atribuição de ilegitimidade à judicialização por desconhecimento da diferença entre ativismo judicial e judicialização, o que faz com que muitas vezes jornalistas e escritores utilizem o termo ativismo judicial, de maneira errônea.

Por não se tratar de um tema com concepções unânimes entre a doutrina, serão elencadas posições distintas com o objetivo de enriquecer o debate, mas sem pretensão alguma de esgotar todo o entendimento doutrinário acerca do tema.

De acordo com Barroso, a “judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.”²³. Segundo o entendimento do professor, a judicialização da política não passa do exercício de uma atividade prevista constitucionalmente, ao passo em que o ativismo é uma escolha de interpretação do texto constitucional.

Nessa linha de pensamento, por exemplo, o Judiciário toma suas decisões em casos em que a política foi judicializada porque é o que lhe cabe ao momento, tendo em vista que, uma vez procurado para solucionar uma pretensão cujo exame lhe é constitucionalmente atribuído, o órgão não possui outra escolha, que não decidir.

O entendimento do Professor Lenio Streck²⁴ a respeito da judicialização da política é semelhante. O jurista assevera a percepção de que, com o modelo constitucional vigente, “Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado”.

Dentre os autores que se preocupam em traçar essa diferença entre judicialização e ativismo, é possível notar que não há grandes desentendimentos sobre o conceito de judicialização, haja vista que, conforme já demonstrado, ela é apenas um reflexo do modelo constitucional brasileiro.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) thesis, v. 5, n. 1, p. 06, 2012.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, v.7, n. 01, 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/sensoincomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 03 nov. 2020.

O mesmo não ocorre ao analisar do que se trata o ativismo judicial. Ao passo em que Streck vislumbra o ativismo como um fenômeno extremamente prejudicial à democracia com base no entendimento de que “a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo), Barroso, por outro lado, entende que o ativismo “tem sido parte da solução, e não do problema.”.

Sarmiento²⁵ entende de maneira similar à Barroso:

Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo ethos profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.

A divergência de posicionamento de Streck e Barroso, e o principal posicionamento de outros autores, como Humberto Ávila, Werneck Vianna e Daniel Sarmiento está diretamente relacionada à legitimidade do Poder Judiciário para contornar uma função que teria sido atribuída especificamente à outros poderes.

É importante dizer que, embora tenha uma posição um pouco diferente, Barroso²⁶ também faz questão de elencar algumas opiniões contrárias ao ativismo em seu posicionamento, entretanto, as críticas dos autores ao modelo neoconstitucionalista serão abordadas no próximo capítulo.

Ao analisar as causas elencadas no capítulo anterior para a explosão do fenômeno de judicialização da política, é possível verificar que todas estão diretamente ligadas ao modelo constitucional atual, tais como (i) o amplo rol de direitos fundamentais na carta constitucional, (ii) a extensa gama de legitimados para propor ações de controle de constitucionalidade, bem como (iii) a crise de representação democrática vivida no país.

Dessa maneira, não há que se dizer que o Judiciário não está legitimado a apreciar questões puramente políticas, pois ele é instado a fazê-lo em decorrência do esquadro institucional brasileiro, não restando a ele outra opção.

²⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 30, 2009.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

De acordo com Canotilho²⁷ não é possível fugir da subsunção do poder político às regras jurídicas, especialmente se considerarmos um Estado de Direito constitucional regido por uma Constituição rígida, essa “submissão será ainda mais ampla. Isso porque, mesmo em um Estado de Direito. O poder político poderá, valendo-se dos procedimentos adequados, alterar as regras jurídicas a que está submetido.”²⁸

Dessa maneira, ao passo em que a judicialização da política é fruto direto do esquadro político-jurídico do Estado de Direito brasileiro, o ativismo não é, haja vista a manifestação de vontade do juiz.

A crítica da legitimidade recai, portanto, ao ativismo judicial, pois é uma atitude proativa dos julgadores, que, embora possam decidir sobre o tema, devem fazê-lo com parcimônia, sem intensificar sobremaneira a atuação do Judiciário de maneira que cause interferência nos outros poderes, ainda que em um cenário de retração do executivo e do legislativo sobre determinado assunto.

A essa postura oposta ao ativismo, em que o Judiciário tenta diminuir sua interferência nos outros poderes, deu-se o nome de auto-contenção judicial. Vejamos o entendimento de Barroso²⁹ sobre tema:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Destrinchados os conceitos, e estabelecidas as diferenças, é possível dizer que o Poder Judiciário está legitimado a apreciar questões políticas, pois a Constituição o autoriza para tanto.

Da solução que deve ser dada à judicialização da política podem sair decisões equilibradas, ativistas ou com uma postura de auto-contenção do Judiciário, cujas

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.

²⁸ DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 09, 2005.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 07, 2012.

interpretações de benefícios e malefícios de cada um desses fenômenos varia de autor para autor, e não se pretenderá aqui alcançar um consenso sobre o tema.

De todo modo, em que pese esteja legitimado a desempenhar tal papel, isso não exime a judicialização de críticas, conforme será abordado no capítulo a seguir.

4. Principais críticas à judicialização da política

É importante ressaltar que, a adequação da judicialização ao modelo atual não o exime de críticas, nem significa que o instituto esteja funcionando perfeitamente e sem quaisquer problemas.

O modelo constitucional atual sofre inúmeras críticas relevantes, mas por limitação de espaço, e até em razão dos objetivos especificados na introdução deste trabalho, serão abordadas, de maneira breve, apenas três críticas: 4.1. A prevalência do Judiciário sobre o legislativo; 4.2. A falta de aptidão organizacional do Judiciário; e 4.3. O risco da subjetividade excessiva na aplicação da ponderação

4.1 A prevalência do Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo

Uma das principais – senão a principal – críticas ao modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil, é que, ao conferir tamanho poder ao Judiciário, haveria uma violação à Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu³⁰, haja vista que, com a crescente judicialização da política, aconteceria uma transferência de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário.

Ao tratar do tema em 2006, Ran Hirschl³¹ aborda que, levando em consideração que o controle de constitucionalidade – uma das causas elencadas anteriormente – havia sido instituído há quase duzentos anos, os tribunais americanos estariam exercendo intervenção significativa na política há muito tempo.

Tanto é que, na década de 90, um dos precursores das críticas ferrenhas à judicialização da política e do modelo jurisdicional advindo da ideia de Constituição como força maior, foi o jurista Alexander Bickel.

³⁰ MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007

³¹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham L. Rev.**, v. 75, p. 721, 2006.

Bickel³² chamou de dificuldade contramajoritária o fato de que o modelo de jurisdição constitucional legitima o Poder Judiciário a justapor decisões tomadas pelos demais poderes em revisão judicial.

Veja que a expressão utilizada não foi escolhida ordinariamente. Ao contrário do que acontece com os membros do parlamento e chefes do executivo, os membros do Judiciário não foram democraticamente eleitos, portanto, não representam a maioria, tida aqui como a população responsável pela eleição, e daí surge a principal crítica à legitimidade do Judiciário para tomar decisões políticas importantes.

Barroso³³ contrapõe essa teoria justificando que a democracia não se resume ao princípio majoritário, e que a Constituição teria dois papéis, quais sejam (i) estabelecer as regras da democracia; e (ii) proteger direitos fundamentais³⁴.

Ocorre que, ainda que a proteção de valores fundamentais não contraponha a teoria da separação dos poderes, essa não é o único problema democrático enfrentado pela jurisdição constitucional.

Sarmiento³⁵ aborda de maneira clara a outra agrura do sistema:

O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito

Conforme já abordado, da diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial, pode-se pressupor que, embora sejam fenômenos distintos, os dois estão intimamente relacionados.

Não é possível falar em ativismo judicial, por exemplo, sem a existência prévia da judicialização da política. Isso porque, com base nos conceitos estudados, o ativismo surge como uma resposta do Judiciário à judicialização de temas em que os demais poderes estariam ausentes.

³² BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986, p. 16-18

³³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

³⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 26, 2009

De todo modo, ainda que as principais escolhas relacionadas às políticas públicas, e a própria criação delas seja papel dos Poderes Executivo e Legislativo, isso não significa que o Judiciário seja irrelevante, mas sim que os demais poderes também merecem ser alçados, estando todos em um mesmo patamar, cada qual com sua respectiva função no Estado Democrático de Direito.³⁶

4.2 A falta de aptidão organizacional do Judiciário

A segunda crítica que tem ganhado força nas discussões entre os doutrinadores, é a de a falta de aptidão do Poder Judiciário para analisar questões mais técnicas que sejam judicializadas.

Conforme exposto anteriormente, no arranjo constitucional atual, com a judicialização das questões políticas, recai sobre o Judiciário a revisão final sobre eventual interpretação normativa.

Nesse diapasão, é necessário entender que, como guardião da Constituição, e conseqüentemente das políticas públicas constitucionalizadas em forma de garantias fundamentais, o Judiciário exerce um papel importantíssimo para manutenção da democracia no país.

O problema a ser levantado é que, em que pese o órgão tenha a capacidade para tomar decisões, nem sempre ele é o mais adequado para tanto. Ana Paula Barcellos³⁷ retrata bem o motivo dessa afirmação, ao dizer que o Poder Judiciário não dispõe de técnicas e informações suficientes para a tomada de decisões que afetem a população como um todo sem deturpar a política.

O incômodo retratado constitui uma análise bastante séria de um dos vícios gerados pelo modelo institucional atual, pois confere ao Judiciário a capacidade de deliberar sobre valores que outros órgãos do Governo podem ter muito mais *know-how* para lidar.

Barcellos³⁸ ainda continua:

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado

³⁶ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009

³⁷ DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 22, 2005

³⁸ DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 22, 2005

com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça.

O que a autora supracitada define como micro-justiça são as decisões tomadas pelos tribunais que afetam exclusivamente as partes, ao passo que a macro-justiça refere-se a todas as decisões que, de alguma forma, tenham o poder de influenciar a população como um todo.

Da análise do texto, verifica-se também que faz sentido observar tal problema sob um viés econômico-operacional. Isso porque, em que pese o Judiciário tenha ampla liberdade para decidir dentro de suas prerrogativas, pode, por muitas vezes, deixar de considerar as limitações econômicas do Estado ao decidir sobre temas de políticas públicas.

Conforme já dito, em razão da carta analítica e abrangente de 1988, houve uma grande constitucionalização de garantias fundamentais, e basta levar em consideração a necessidade de efetivação desses direitos por meio das políticas públicas para perceber a dimensão da quantidade de demandas de macro-justiça existentes.

Posto isso, verifica-se o problema de equalização enfrentado pelo Judiciário, entre recursos (financeiros) limitados e demandas (de políticas públicas) ilimitadas, referenciado por Ana Barcellos.

4.3 O risco da subjetividade excessiva na aplicação da ponderação

Por último, mas não menos importante, há que se falar também da importante crítica de excessiva ponderação e utilização de princípios pelo Judiciário, até mesmo em casos em que havia possibilidade de subsunção em Lei.

No Brasil, essa crítica é, principalmente, cunhada pelos juristas Humberto Ávila e Daniel Sarmiento.

Vejamos o que entende o professor Ávila³⁹:

Ao se admitir o uso de princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do poder Legislativo.

³⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 08, 2009

A hipótese levantada pelo professor é de que a carta constitucional de 1988 atribui ao Poder Legislativo a prerrogativa de edição de normas, e, exercendo o Legislativo essa competência, a atuação do Judiciário que desconsidere tal conclusão ultrapassa os limites da prerrogativa concedida pela constituição.

Nessa linha, podemos dizer que embora o Judiciário detenha o papel de revisor e guardião da constituição, isso não o autorizaria a utilizar-se de princípios em detrimento da subsunção sempre que o convenha, simplesmente para “otimizar” certa lei ou interpretação.

A crítica, portanto, gira em torno da subjetividade concedida aos juízes, que podem se utilizar de princípios para interpretação de certa norma sempre que não houver convergência com seus interesses pessoais.

Em que pese Barroso⁴⁰ venha em defesa do modelo, aduzindo que, ao interpretar de maneira x ou y, os magistrados estariam apenas cumprindo com a função destinada a eles pela constituição, ele mesmo alerta que tal afirmação deve ser aceita “com temperamentos”.

Isso porque, apenas em um mundo utópico os juízes poderiam ser tidos como seres desprovidos de pensamentos e desejos próprios, que aplicassem somente uma função mecânica ao exercer sua profissão.

Já Sarmiento⁴¹, entende de maneira semelhante à Ávila, e vai contra o entendimento de inexistência de vontades próprias nos magistrados, vejamos:

Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.

Da análise do trecho transcrito, é possível adentrar em uma discussão ainda mais profunda, sobre o ativismo judicial não para satisfação pessoal de entendimentos dos magistrados, mas sim para beneficiar alguém/ uma classe em específica, podendo se eximir totalmente do positivismo, e com fulcro em princípios genéricos, que se amoldam

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 33, 2009

a praticamente qualquer caso concreto a depender da interpretação concedida, não há muitos óbices para que isso aconteça. Entretanto, como esse não é o escopo deste estudo, esse tema não será aprofundado.

Após analisar as três críticas tecidas à judicialização da política, é possível perceber que elas não são voltadas à judicialização por si só – pois, como já demonstrado, trata-se de um fenômeno amparado pela Constituição Federal – mas sim aos efeitos que ela gera, como o enfraquecimento dos outros poderes, possíveis decisões desprovidas da qualidade técnica necessária para resolver problemas de temas mais específicos, bem como uma ampla subjetividade na tomada de decisão pelos julgadores.

Ao analisar as três críticas, é possível notar que todas se relacionam de alguma maneira com a crise institucional de representatividade vivida pelo Estado de Direito, haja vista a corrente transferência da responsabilidade de decisão dos problemas políticos para o Judiciário.

O nível de interferência que os Tribunais podem ou não exercer sobre os outros Poderes é questão subjetiva que varia de autor para autor, mas o que se pode dizer é que a judicialização deve ser entendida como uma resposta que deve ser dada pelo Judiciário em razão do mal funcionamento dos outros Poderes.

5. Considerações finais

Do início desta pesquisa, constatou-se que a atuação do Poder Judiciário em questões moralmente relevantes e assuntos políticos merecia ser estudada com um enfoque mais técnico, haja vista a grande comoção social que vem sendo causada por esse fenômeno.

Diante disso, o trabalho teve como objetivo geral demonstrar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário em assuntos puramente políticos. Após a análise do contexto histórico, e do modelo constitucional instituído pela Carta Magna de 1988, constatou-se verdadeira a legitimidade de atuação do Judiciário.

Assim que a Constituição Federal prevê um direito, ele pode ser exigido judicialmente, de maneira que, ao positivizar uma ampla gama de direitos fundamentais, como saúde, educação, dentre outros assuntos, a carta legítima que pretensões jurídicas sejam formuladas para dar efetividade a esses direitos, e uma vez provocado, o Judiciário deve decidir sobre o tema.

Para chegar à essa conclusão, foram analisados os aspectos históricos que levaram à previsão dos direitos fundamentais no texto constitucional, bem como outras

causas que influenciam diretamente na quantidade de assuntos judicializados, como o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, que possui um rol extenso de legitimados para propor ações, e a crise institucional vivida pelo Estado Democrático, uma vez que na ausência dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário é visto como única instituição confiável, e é instado a resolver problemas moralmente relevantes ou puramente políticos.

Ao longo da pesquisa verificou-se necessária a diferenciação dos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial, haja vista a grande confusão dos dois conceitos até mesmo por parte de alguns doutrinadores. Diante disso, observou-se que a problemática de legitimidade em relação ao ativismo judicial não possui certo consenso, como ocorre com a judicialização da política, de forma que boa parte dos autores refuta a ideia de que o ativismo tenha alguma serventia que não a interferência nos outros poderes, ao passo que outros acreditam piamente que o ativismo é atuação legítima em face da crise institucional vivida pelo Estado.

De todo modo, por não ser o objeto principal desta pesquisa, não se pretendeu alcançar consenso ou defender algum ponto em específico sobre o ativismo judicial, mas a pesquisa sobre ele foi essencial para entender que as principais críticas à judicialização da política estão de alguma forma relacionadas ao fato de ela poder originar em algum momento uma atitude ativista por parte dos julgadores.

Embora houvesse mais problemáticas sobre o tema que pudessem ser abordadas neste estudo, em razão de limitações de espaço, foram escolhidas apenas três das críticas mais frequentes ao modelo. A partir da análise das críticas à judicialização da política percebe-se que, em que pese não haja qualquer ilegitimidade dos tribunais em apreciar questões puramente políticas, o sistema atual está longe de ser perfeito.

Foi demonstrado que, da judicialização da política surgem alguns possíveis problemas, como (i) o enfraquecimento dos outros Poderes em razão da expansão do Judiciário; (ii) A falta de capacidade institucional do Judiciário para deliberar sobre determinados assuntos que demandam expertise técnica, e que poderiam ter decisões melhores de outros órgãos; e (iii) a utilização excessiva de princípios e ponderação, até mesmo em casos em que há a possibilidade de subsunção da Lei.

A partir de toda a pesquisa realizada sobre o tema, foi possível compreender que o Poder Judiciário não só pode, como deve apreciar questões políticas, uma vez que por estarem previstas na Constituição, cabe ao Judiciário a tarefa de dar plena efetividade aos direitos fundamentais.

Confirmada a hipótese apresentada na introdução, foi possível perceber que, a judicialização da política trata-se de uma manifestação legítima do Poder Judiciário face ao esquadro institucional do país, e deve ser entendida como uma resposta que deve ser dada pelo Judiciário em razão do mal funcionamento dos outros Poderes.

Ademais, na inquirição de respostas à pergunta problema foi possível notar que a verdadeira agrura do sistema é revelada quando se percebe a existência de uma grave crise de representação democrática por parte do Poder Legislativo, que, por não conseguir legislar, interfere de maneira negativa nos outros Poderes, como apresentado nas críticas abordadas.

Por fim, ressalta-se que de maneira nenhuma a intenção desta pesquisa foi de perquirição de todo o arcabouço doutrinário acerca do tema, ou de pretensão de alcance de consenso, especialmente em tema tão polêmico, mas sim de fomento de discussão do assunto e difusão do saber.

6. Referências

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009

COLEMAN, Jules L. et al. **The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CRUZ, Danilo Nascimento. Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 22, n. 4, 2010.

NETO, André Perin Schmidt. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil (Resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna). **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 84, 2009.

DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 04, 2012.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Juízes legisladores?**. SA Fabris Editor, 1999.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham L. Rev.**, v. 75, p. 721, 2006.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, n. 16, p. 20-45, 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **Salvador: AATR**, v. 200, 2002

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva**, p. 1-49, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Edição do autor, 2004. in VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, v.7, n. 01, 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/sensoincomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986, p. 16-18



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, *Arthur Teodoro Ramos Freire*, portador de RG *50.970.428-1*
e do CPF *479.032.218-64*

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº *31661701*, Período *10ª*, Turma *R*,

tendo realizado o TCC com o título: *Atualização da política: legitimidade e críticas ao equívoco constitucional*
sob a orientação do(a) professor(a): *Alexandro Soares*

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de 11 de 2020

Arthur Teodoro

Assinatura do discente