

O protagonismo do judiciário brasileiro e a Constituição Federal: notas sobre judicialização e ativismo

*Gil Ferreira de Mesquita*¹

Resumo: há uma certa preocupação da sociedade brasileira em relação ao protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, na tomada de decisões que, em análise superficial, estaria invadindo a competência dos demais poderes. O presente ensaio tem por objetivo analisar os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial e a partir deles elaborar uma justificativa para o comportamento dos órgãos do judiciário brasileiro e apresentar algumas ponderações a respeito dos problemas trazidos por essa atuação.

Sumário: 1. Uma realidade de nosso tempo; 2. A tripartição dos Poderes; 3. A judicialização da política; 4. O ativismo judicial; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Poder Judiciário; política; judicialização; ativismo judicial.

1. Uma realidade de nosso tempo

No último dia 4 de abril de 2018 o Brasil praticamente parou para acompanhar, via internet ou TV, ao julgamento do *habeas corpus* de um ex-Presidente da República que pretendia não ser preso para iniciar o cumprimento de uma sentença condenatória. Apenas para lembrar, o autor do pedido foi condenado em primeira instância por um juiz federal, a sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal e, segundo o entendimento até então majoritário do Supremo Tribunal Federal, a pena poderia ser executada provisoriamente já que os recursos ordinários se esgotaram.

A discussão nesse *habeas corpus* – em síntese – gira em torno do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que afirma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Se assim está escrito, em primeira análise deveria qualquer réu aguardar o esgotamento de todas as possibilidades recursais, pois ainda restavam os recursos Especial (para o Superior Tribunal de Justiça) e o Extraordinário (para o próprio Supremo Tribunal Federal). Não é, pelo menos até o momento em que essas linhas são escritas, o que o colegiado do tribunal máximo brasileiro entende como mais adequado².

¹ Advogado e Mestre em Direito. Professor e Gestor do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: contato@gilmesquita.com.

² Veja o trecho essencial da ementa desse julgamento HC 152752-PR: "(...) 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na

Esse julgamento teve início em 22 de março, mas depois de uma reviravolta jurídica que poderia ser parte de um roteiro cinematográfico³, foi suspenso para retornar apenas em abril. Nesse julgamento final os votos dos Ministros do STF ocuparam quase onze horas do tempo da TV e de todos os brasileiros que assistiam àquele espetáculo. Mas, a espera não foi de todo inútil, pois no penúltimo voto, do Ministro Celso Mello, os espectadores foram coroados com a invocação do Pentateuco⁴ para justificar seu voto contrário ao início do cumprimento da sentença!

Talvez o leitor esteja se perguntando se o presente texto é para discussão de alguma questão político-partidária. Ou ainda, se o texto é sobre direito, sobre política ou sobre ambos. E a resposta está intimamente relacionada ao tempo em que vivemos, porque o exemplo acima, apenas para iniciar a conversa, envolve tudo isso em um emaranhado de vertentes, teses, causas e efeitos que não se consegue explicar com facilidade, reverberando de forma negativa no seio da sociedade que não está acostumada aos temas jurídicos.

No exemplo citado, estaria o Supremo Tribunal Federal julgando segundo as convicções jurídicas de cada Ministro ou a questão política estaria interferindo diretamente no resultado? Sem dúvida, essa pergunta não encontra resposta fácil, até mesmo porque nosso tribunal máximo e inúmeros outros órgãos do Poder Judiciário têm participado da vida jurídico-política do brasileiro de forma cada vez mais intensa. Por isso, esse pequeno ensaio objetiva apresentar e discutir algumas questões envolvidas na relação próxima entre política e Direito, ou ainda, entre a política e a atuação do Poder Judiciário no Brasil, alçado à condição de protagonista das grandes decisões nacionais nos últimos dez anos.

2. A tripartição dos Poderes

seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido exposto da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada".

³ Eis a decisão: "Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do habeas corpus. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste *habeas corpus*, que se dará na sessão de 04.04.2018. Falaram: pelo paciente, o Dr. José Roberto Batochio; e, pela Procuradoria-Geral da República - PGR, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Plenário, 22.3.2018".

⁴ Assim considerado o conjunto dos cinco primeiros livros da Bíblia Sagrada. A expressão "foram coroados" é irônica nesse texto, apenas para demonstrar a desnecessária erudição após dez horas de julgamento acompanhado por brasileiros de todos os níveis de escolaridade. E, convenhamos, um voto que ocupou três ou quatro vezes mais do que o necessário para uma fundamentação suficiente, conforme exige a Constituição Federal (art. 93, IX).

A Constituição Federal adota expressamente, em seu art. 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se da concepção secular cunhada por Montesquieu, que em seu livro *O Espírito das Leis* (1748) sistematizou de forma definitiva a estrutura adotada pelos estados modernos.

Essa obra teve o mérito de “erigir as divagações filosóficas dos seus predecessores em uma doutrina sólida, que foi desde logo acolhida como dogma dos Estados liberais e que permanece até hoje sem alterações substanciais”, a ponto de ser possível afirmar que a “separação dos poderes é a primeira condição de um povo livre”, pois sem ela resulta o resultado é a concentração dos poderes em um só órgão e isso equivale à definição de tirania (MALUF, 1991, p. 206).

A tripartição do poder uno e indivisível dos estados – *a soberania* – na verdade é uma divisão de funções, cujo resultado é um sistema em que um dos “poderes” atua em uma frente e a soma de todas essas atuações representa a manifestação completa do poder. Essa independência, no entanto, não significa a total e ilimitada atuação, pois ainda há um modelo de autogestão em que as três esferas do poder soberano se subordinam mutuamente através de um *sistema de freios e contrapesos*, criação dos constitucionalistas norte-americanos, realizado o que se convencionou chamar de “contenção do poder pelo poder”.

Portanto, a atuação do Legislativo não se deve resumir à criação de leis, pois está autorizado também a atuar na fiscalização dos atos do Executivo; este por sua vez atua na administração do patrimônio público e propositura de políticas para o bem-estar da população, mas também tem iniciativa para criação de novas leis e é o responsável pela nomeação de alguns magistrados de tribunais superiores; já o Poder Judiciário não apenas aplica o direito aos casos concretos, mas também interfere diretamente na vida do cidadão ao obrigar outro “poder” a concretizar algo em favor daquele que acionou o judiciário, seja o Executivo, seja o Legislativo.

Trazendo essa ideia para situação cotidiana que vivemos no Brasil, estaria o Judiciário interferindo na esfera legítima de atuação de outros Poderes quando emite decisão obrigando-os a praticar ou deixar de praticar determinado ato em favor daquele que buscou na justiça a concretização de um direito do qual alega ser o titular? Estaria interferindo quando dá a uma norma jurídica interpretação que aparentemente cria entendimento diverso da “vontade do legislador”?

Para responder a essas questões e àquelas feitas no final do tópico anterior é preciso abordar dois temas muito importantes nas discussões não somente do direito constitucional contemporâneo, mas também para a Ciência Política: a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*, salientando desde logo que a primeira leva ao segundo.

3. A judicialização da política

Importante destacar que desde o fim da Segunda Guerra Mundial é possível observar um avanço da atuação do Judiciário sobre o espaço da *política majoritária*, ou seja, aquela exercida pelo Legislativo e do Executivo, diga-se de passagem, legitimados pelo voto popular, diferentemente dos ocupantes de cargos judiciários.

Há inúmeros exemplos de cortes supremas atuando diretamente na vida dos cidadãos evidenciando que entre política e justiça a fronteira é muito fluida, mas nada que

se compare ao volume e peculiaridade do que acontece atualmente no Brasil, especialmente com a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos (BARROSO, 2012, p. 23).

A primeira explicação para o fenômeno deve ser buscada na *judicialização da política*, que significa que o Judiciário tem assumido o papel de protagonista em questões políticas e sociais que antes deveriam ser objeto de interesse do Congresso ou do Executivo, transferindo o poder para juízes e tribunais e muitas vezes causando no imaginário de uma população pouco informada uma estranheza perigosa, pois a sensação de insegurança é um risco que um Estado democrático não deveria correr.

No entanto, há explicação para o fenômeno baseada em três grandes pilares que os autores dedicados ao tema apontam em uníssono:

a) a *redemocratização do país*, culminando com a promulgação da Constituição de 1988 traçou um novo perfil para o Judiciário brasileiro, antes destinado a aplicar o direito com pouquíssimo propósito crítico. Não se deve esquecer também que esse perfil foi incentivado pela expansão da noção de cidadania, levando a população cada vez mais a procurar os órgãos do Judiciário para fazer valer seus direitos com apoio, por exemplo, da atuação mais efetiva das defensorias públicas, a proliferação de escolas jurídicas que contribuem para a disseminação de e uma mentalidade cidadã e a atuação de órgãos públicos em áreas específicas, como no direito do consumidor.

Também devemos anotar que o Ministério Público teve o seu papel ampliado exponencialmente com a nova Constituição, transformando aquele que detinha a legitimidade para as ações penais (e praticamente limitava-se a tanto) em defensor de direitos difusos e coletivos nos mais variados âmbitos, como na seara ambiental, consumerista, criança e adolescente, populações indígenas, dentre outras⁵.

E mesmo na esfera penal a atuação do *parquet* tem sido ampliada nas inúmeras operações de combate ao crime organizado, possível especialmente porque a instituição se modernizou e está aparelhada com pessoal especializado, acordos de cooperação internacional e tecnologias que permitem a apuração de delitos antes destinados à impunidade pela extrema dificuldade de produção de provas.

b) a *constitucionalização abrangente* contribuiu para que matérias antes destinadas à atuação do processo político majoritário (governo e legislador ordinário) viessem para o texto constitucional. Basta citar o ineditismo de mandamentos como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e de que a defesa do consumidor é um dos pilares que disciplinam a Ordem Econômica (art. 170). Em ambos os casos a Constituição anterior era omissa.

Mesmo no âmbito dos princípios fundamentais a Constituição de 1988 inovou e foi bastante abrangente, bastando citar como exemplo a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º,

⁵ O art. 129, da Constituição Federal é que estabelece as funções institucionais do Ministério Público, dentre elas: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle externo da atividade policial etc.

III) prevista de forma inédita⁶ e que, por sua generalidade, legitima a propositura de ações envolvendo as mais diversas pretensões, especialmente aquelas cuja norma material ainda não traz disciplina, tendo por fundamento a ideia da ação como direito abstrato e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

Portanto, imperioso concluir que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”, como diz Luís Roberto Barroso (2012, p. 24). Ao ser acionado para decidir não estará mais o Judiciário, nessas questões, decidindo questões meramente jurídicas, mas com fortíssimo conteúdo político.

Essa característica da norma constitucional como sendo de índole política é facilmente observada se pensarmos que ela organiza o Estado, distribui as competências entre os poderes, disciplina os direitos fundamentais, disciplina o comportamento dos órgãos estatais e até impõe uma pauta para as ações governamentais, pois não se pode delas descuidar quando se propõe cumprir as funções públicas. Daí a advertência de Paulo Bonavides de que “o erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional” é distanciá-la de seu manancial político e ideológico, “das nascentes da vontade política fundamental”, do sentido dinâmico e renovador que há de acompanhá-la (2000, p. 420).

c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é a terceira causa da judicialização, pois não somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para considerar que uma norma é ou não constitucional, porque os demais juízes e tribunais poderão fazê-lo em casos concretos. Isso permite que todo e qualquer magistrado possa em determinado momento emitir juízo de valor a respeito de uma norma jurídica, tenha ela sido originada do Legislativo ou do Executivo.

Trata-se de um sistema híbrido, com a junção de características do sistema norte-americano (controle difuso, feito por qualquer magistrado, com decisão de efeito *inter partes*) e do sistema europeu (controle concentrado, feito pelos tribunais, com decisão de efeito *erga omnes*).

Por fim, apenas para reafirmar o quanto o sistema brasileiro é amplo, lembremos que há quatro mecanismos junto ao Supremo Tribunal Federal para a tutela da Constituição Federal: arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e, por fim, o mandado de injunção, tendo vários legitimados ativos.

4. O ativismo judicial

Em decorrência do atual modelo constitucional brasileiro o Poder Judiciário passou a ser acionado para se manifestar em situações que antes ficavam distantes de seu âmbito decisório (*judicialização da política*), mas oportunizou também uma postura proativa, uma atitude expansiva voltada à interpretação da Constituição, permitindo o efetivo atendimento às demandas sociais oportunizadas, em grande parte, pela omissão dos poderes majoritários responsáveis por elas.

Diante desse cenário de omissão do Legislativo, que não cria normas jurídicas para solução das questões da vida cotidiana do cidadão brasileiro, e da negligência do

⁶ Na Constituição de 1967 a ideia de dignidade humana é usada apenas no art. 157, que disciplina a ordem econômica. Segundo o dispositivo ela tem por fim a realização da justiça social, tendo como um de seus princípios a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” (inciso II).

Executivo, que não cria políticas públicas capazes de efetivar as garantias individuais e coletivas previstas no texto constitucional, inaugura-se a possibilidade de o Judiciário fazê-lo através do que convencionou-se chamar de *ativismo judicial*.

Esse ativismo é, antes de tudo, uma postura proativa dos magistrados brasileiros, que na busca pela efetividade de suas decisões entregam ao jurisdicionado uma resposta que possa ser útil, da qual possam usufruir, pois atacam diretamente o problema em discussão, substituindo por essa via indireta as políticas que deveriam ser levadas a cabo por outras esferas públicas.

Embora as decisões judiciais em casos assim sejam regularmente fundamentadas, como exige a Constituição Federal (art. 93, IX), há riscos importantes a serem considerados.

O primeiro diz respeito à possibilidade de *decisões excessivamente criativas*, aquelas que terminam por criar uma regra jurídica não estabelecida pela via ordinária do Legislativo, como aconteceu na questão da fidelidade partidária discutida pelo STF, entendendo que o mandato “pertence ao partido” e não ao eleito. Se há desfiliação tem o partido o direito de ocupar a vaga, uma solução criada pelo Judiciário sem qualquer norma jurídica eleitoral que a anteceda, entendimento apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081, julgada em 27/05/2015, cuja tese fixada foi a seguinte: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.

Também pode ser incluída nesse rol a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada no julgamento da constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina os casos de “nepotismo” no âmbito do Judiciário⁷. No entanto, o tribunal máximo brasileiro entendeu que a vedação deveria, também, ser estendida aos cargos do Legislativo e Executivo, ainda que não fosse objeto da ação proposta (ADC 12/2008)⁸.

Na mesma data houve julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, onde se lê na ementa que “embora restrita ao âmbito do Judiciário a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita”. E, logo em seguida: “a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática”, por se tratar de uma “proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF/1988.

No dia seguinte editou-se súmula vinculante⁹ para disciplinar a matéria de forma muito mais ampla do que se pediu inicialmente na ADC 12, com o julgamento de apenas

⁷ Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

⁸ Vejamos o trecho inicial da notícia publicada no site do STF: “No dia 20 de agosto de 2008, uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou uma mudança drástica no sistema de contratação para o serviço público nacional. Ao julgar procedente, por unanimidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12, o Plenário da Suprema Corte pôs fim à prática do nepotismo no Poder Judiciário do país, decisão aplaudida por toda a sociedade brasileira. O efeito da determinação também alcançou os poderes Legislativo e Executivo, com a edição, no dia seguinte, da Súmula Vinculante nº 13”.

⁹ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos

um caso, assumindo uma “conotação quase-normativa”, extraindo uma vedação não explicitada no texto constitucional em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade (BARROSO, 2012, p. 26).

O segundo risco está ligado à própria *separação dos poderes*, estremecida a cada interferência do Judiciário na esfera de atribuição dos outros dois. Nesses casos os juízes comportam-se participando ativamente na “elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições”, vindo a “substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições” (SILVA, 1996, p. 57).

Os exemplos mais comuns dessa atitude ativista do Judiciário têm como fundamento a garantia de direitos sociais que escapam às políticas públicas, como nos casos em que as decisões judiciais obrigam o Poder Público a custear tratamentos médicos ou fornecer medicamentos, muitas vezes com custos milionários aos cofres públicos, tratamentos realizados no exterior, bem como terapias e fármacos que sequer constam do rol reconhecido pelo Ministério da Saúde¹⁰.

Dados do Tribunal de Contas da União mostram que em sete anos as despesas ministeriais aumentaram 1.300%, saindo de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015. Esse salto, em grande parte, é resultado de determinações judiciais envolvendo medicamentos sem registro na Anvisa, ou seja, não podem ser vendidos no Brasil e distribuídos pelo SUS. Mesmo assim, o Judiciário determina o seu fornecimento¹¹.

Em termos de legitimidade passiva, inclusive, há uma interpretação flexível no sentido de indicar de quem é a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento ou terapia, pois o STF já proferiu decisão em sede de repercussão geral. Entendeu o tribunal que o tratamento médico se insere no rol dos deveres do Estado, sendo solidária a responsabilidade dos entes federados.

poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

¹⁰ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina considera como requisitos para concessão judicial de medicamento ou procedimento não padronizado pelo SUS: (1) hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial); (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível (IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000).

¹¹ As conclusões são de uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), que apresenta um panorama da chamada judicialização da saúde no País – quando o cidadão, não atendido pela saúde pública, busca apoio nos tribunais. O trabalho mostra que, de um total de R\$ 2,7 bilhões gastos entre 2010 e 2015 pela pasta, por ordem de juízes, 54% correspondem à compra de apenas três medicamentos, demandados para o cuidado de pacientes com doenças raras. Trata-se do Naglazyme e do Elaprase, para o tratamento de mucopolissacaridoses (MPS), as enfermidades degenerativas; além do Soliris, usado contra a hemoglobínúria paroxística noturna (HPN) e a síndrome hemolítico urémico atípico (SHUa). O Soliris, embora aceito nos Estados Unidos, não tinha registro na Anvisa até março deste ano. A compra desses remédios para um único paciente pode chegar a R\$ 1 milhão por ano – cada dose custa R\$ 21 mil (FABRINI; FORMENTI, 2017).

Desse modo, podem figurar no polo passivo da ação os três entes da federação (União, estado e município), isoladamente ou conjuntamente, não havendo políticas públicas definidas, o que parece ser grande parte dos casos (RE 855.178 RG-SE)¹².

O terceiro risco liga-se à falta de *legitimidade democrática do Judiciário*, pois seus integrantes não são eleitos pelo voto popular e interferem de forma muito intensa na vida do cidadão, que não necessariamente vê nesses órgãos uma força a representá-los, mas a última via a ser buscada para a concretização de seus direitos.

A respeito desse último tópico, observando com o mesmo olhar da população em geral, conclui-se que a segurança em relação às instituições fica comprometida. Talvez por isso as pesquisas venham registrando queda na confiabilidade da Justiça perante a população brasileira. Estudos indicam que entre 2013 e 2017 houve queda de 10% nessa confiança, passando o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, a gozar de um índice de confiança bastante reduzido, na casa dos 24% (FGV, 2017).

E, por último, um risco muito em voga quando se analisa a atuação de tribunais: a *politização do Judiciário*. Primeiro importa realçar que “direito é política”, não no sentido de escolhas tendenciosas ou partidárias, mas na exata noção de que sua aplicação está sempre ligada da realidade política, de seus efeitos no meio social e na expectativa gerada nos cidadãos.

Por isso preocupa tanto a atuação de integrantes do Judiciário, especialmente dos Tribunais, cujos membros são nomeados pelo chefe do Executivo, no sentido de aproximarem suas decisões da ideologia ou interesses do grupo representado pelos que legitimamente os nomeiam, mesmo que autorizados pela Constituição Federal.

Evidentemente cada magistrado possui ideologia própria e isso se reflete nas decisões tomadas. O que gera problema é a condenável confusão entre uma decisão jurídica e uma decisão contaminada exclusivamente por ideais político-partidários. Cumpre lembrar, apenas para citar um exemplo, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados livremente pelo Presidente da República, bastando atender aos requisitos contidos no art. 101, da Constituição Federal, não havendo qualquer impedimento para uma nomeação ligada aos interesses de determinado grupo político.

5. Considerações finais

A judicialização da política é um fenômeno ligado ao sistema jurídico brasileiro, enquanto o ativismo judicial expressa, no dizer de Barroso (2012, p. 31), “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.

Sob o ponto de vista da necessária efetivação de direitos individuais e coletivos previstos constitucionalmente, a postura ativista do Judiciário brasileiro tem razão de ser em virtude da inércia do legislador ou de políticas públicas inexistentes. E, admitamos, recebe acolhida positiva de muitos setores da sociedade.

¹² “Havendo políticas públicas de repartição da competência, estas devem prevalecer, contudo, na ausência delas, a responsabilidade passa a ser solidária” (TJMG – AI nº 1.0000.17.051221-4/002). Trecho do voto divergente do Des. Renato Dresch.

No entanto, em alguns casos essa mesma sociedade critica os magistrados por estarem tomando decisões que deveriam estar à cargo dos outros dois poderes. Aqui, a atividade proativa do Judiciário passa a ser vista como perigosa e tendente à proteção da classe política ou de algum setor influente.

Como defendem alguns autores, essa desconfiança da população revela uma crise de *legitimidade democrática do Judiciário*, para exercer esse papel político, pois seus representantes não são eleitos pelo voto popular, ausente aqui o “caráter essencial da representatividade” (SANTI, p. 46).

Ao buscar uma solução rápida e precisa para o problema, não a encontramos, já que pelas razões expostas o próprio sistema jurídico brasileiro colabora para esse quadro. Embora legítima a atuação do Judiciário, preocupa essa “invasão” nas atribuições de Legislativo e Executivo, embora essas duas esferas sejam em parte responsáveis pelo fenômeno em razão de sua inércia.

Exemplos temos em profusão. Em 2012 o STF autorizou a interrupção da gravidez em caso de anencefalia¹³, ampliando as hipóteses já previstas no Código Penal de 1940. Já se passaram seis anos e o Legislativo não se dignou em criar norma a respeito, e desde então outra discussão já foi iniciada no âmbito do tribunal para discutir a autorização ou não do aborto até a 12ª semana de gestação. Diante da omissão e total inércia do legislador, o Judiciário interfere na vida do brasileiro de maneira definitiva.

Em breve discussões envolvendo a descriminalização da maconha e a criminalização da homofobia virão à tona, mais uma vez em razão da inoperante atuação do Legislativo que cruza os braços para as grandes questões, muito mais preocupado com a manutenção do poder e em salvar a própria reputação em inúmeros escândalos.

Então, a única medida capaz de mitigar esse avanço do Judiciário sobre as grandes questões que deveriam estar na agenda dos outros poderes é uma *ampla reforma política*, tão declamada pelos candidatos e detentores de mandatos eletivos, mas totalmente esquecida na prática. Pontos como o financiamento público de campanha, a vedação ou limite para a reeleição, o voto distrital e tantas outras questões discutidas há décadas – sem praticamente sairmos do lugar – são fundamentais para que a engrenagem funcione de maneira mais eficiente.

A atuação do Judiciário nos termos apresentados nesse ensaio é importante ferramenta para a manutenção do *status* democrático do Estado brasileiro, mas não pode ser a única efetivamente atuante nas grandes questões de efetivação dos direitos. É preciso não somente fazer melhores escolhas nos pleitos eleitorais, mas também criar meios estruturais para afastar de nossa realidade, definitivamente, essa crise de representatividade que parece não ter fim. Reformas são urgentes e imprescindíveis!

¹³ A discussão veio à tona na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez em casos de anencefalia é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. A decisão foi por maioria em julgamento ocorrido no dia 12 de abril de 2012.

6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **SynThesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 12-DF, Relator Min. Ayres Britto, j. 20.08.2008, DJE 18.12.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752-PR, Tribunal Pleno, Relator Min. Edson Fachin, DJE 6 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951-RN, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.08.2008, DJE de 24.10.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178 RG-SE, Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux, j. 5 mar. 2015, DJE 16 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.051221-4/002, Relatora Des. Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, j. 1 fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, Relator Des. Ronei Danielli, j. 9 nov. 2016.

FABRINI, Fábio; FORMENTI, Lígia. Gastos 'judiciais' com tratamento médico sobem 1.300% em 7 anos. **O Estado de S. Paulo**, 21 ago. 2017. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gastos-judiciais-com-tratamento-medico-sobem-1300-em-7-anos,70001943830>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **ICJBrasil 2017**: confiança da população nas instituições cai. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>>. Acesso em 06 ago. 2018.

JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro. **Status Libertatis**, Campo Grande, v. 1, n. 1, pl. 64-79, 2018.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTI, Joyce. Politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos. **Cadernos de Iniciação Científica**, São Bernardo do Campo, n. 8, p. 42-51, 2011.

SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Verba Juris**, João Pessoa, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008.