

Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo
Escola Pós-Graduada de Ciências Sociais
Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão e Políticas Públicas

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL:

**Uma avaliação da interferência do Judiciário no controle e na execução de
políticas públicas**

ANDRÉ CASOTTI LOUZADA

São Paulo

2014

ANDRÉ CASOTTI LOUZADA

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL:

**Uma avaliação da interferência do Judiciário no controle e na execução de
políticas públicas**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Comissão Avaliadora como exigência parcial para obtenção do certificado de conclusão do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão e Políticas Públicas, pela Escola Pós-Graduada de Ciências Sociais, da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

Orientadora: Prof^a D^{ra} Maria Cristina Briani

São Paulo

2014

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO.....	3
2) ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....	5
2.1) Separação de Poderes: histórico, aperfeiçoamento e superação do conceito.....	5
2.2) Judicialização da Política ou Politização da Justiça.....	7
2.3) Ativismo Judicial.....	11
3) HIPÓTESES PARA ENTENDIMENTO DO CENÁRIO ATUAL NO BRASIL.....	12
3.1) A expansão do neoliberalismo e da ideia de Estado mínimo. Ausência de provimento pelo Estado das Políticas Públicas.....	12
3.2) Conservadorismo e falta de diálogo entre os Poderes.....	17
3.3) As deficiências na formação jurídica brasileira.....	20
4) ESTUDOS DE CASOS.....	25
4.1) A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	25
4.1.1) Aborto de fetos anencefálicos.....	25
4.1.2) Demarcação de terras indígenas. O caso da Reserva Raposa Serra do Sol.....	27
4.1.3) O Julgamento da Ação Penal 470.....	28
4.2) O controle de políticas públicas na área de saúde.....	30
4.3) A interferência dos juízes e promotores na Política de Assistência Social.....	31
5) CONCLUSÃO.....	33
6) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

1) INTRODUÇÃO

São cada vez mais comuns as hipóteses e casos concretos de atuação dos poderes legalmente constituídos em substituição aos demais. Exemplos não faltam de situações em que o Judiciário atua como Legislativo ou Executivo, ou ainda situações em que o Legislativo age como órgão julgador ou o Executivo atua como legislador. Todo esse contexto faz com que a tradicional ideia de separação de poderes, um dos pilares fundamentais do Estado Moderno, esteja há muito superada, pelo menos naquela concepção cunhada por Montesquieu.

Decorrente lógica dessa superação, surge um fenômeno cada vez mais frequente conhecido como judicialização da política, através do qual o Judiciário é provocado a atuar, seja como legislador, seja como administrador público, entendido aqui num conceito mais amplo.

Mas, em que medida esse protagonismo dos juízes pode ser considerado como prejudicial para a consolidação do Estado Democrático de Direito? Corremos o risco do estabelecimento de um “governo de juízes”? Como se controlar a ação exacerbada dos magistrados? Qual legitimidade teriam pessoas que não são eleitas pelo voto direto para agir na produção de leis ou na execução de políticas públicas?

Esses questionamentos serão tratados ao longo deste trabalho, de modo a avaliar de que maneira se deu a expansão do fenômeno da judicialização no Brasil nas últimas décadas, sobretudo após a entrada em vigor da Constituição de 1988 e de que modo a forma de atuação, como protagonista, dos juízes pode ser prejudicial à democracia.

Além disso, passaremos a cogitar, sem qualquer tipo de pretensão de encerrar o debate, muito pelo contrário, as causas que contribuem para que a judicialização da política encontre no Brasil um, digamos, “terreno fértil” para sua proliferação. Entre essas hipóteses consideramos aquela segundo a qual anos de neoliberalismo no país, desde a década de 1990, fizeram com que a ideia do estado mínimo tenha esvaziado as políticas públicas, fazendo com que a única alternativa para uma gama enorme de pessoas e movimentos sociais seja a da via judicial para dirimir a ausência do Estado.

Outra possibilidade que desenvolvemos é aquela segundo a qual há uma grande deficiência na formação jurídica brasileira, que privilegia o conflito, sem uma preocupação com uma cultura interdisciplinar. Por outro lado, segue o Judiciário como um poder extremamente fechado, autoritário e conservador e a cada dia temos novas provas disso.

Em outro momento do estudo, realizamos um levantamento de casos que marcaram a trajetória recente do Supremo Tribunal Federal, maior instância do Judiciário brasileiro, e que demonstram de que modo se dá, na prática judiciária, um maior protagonismo dos magistrados nas definições que envolvem a nação.

Para tanto, selecionamos casos de controle de constitucionalidade e também um caso recente de julgamento de ação penal de competência originária da Corte Suprema, este último que revela uma nova faceta da judicialização que tem total e direta relação com o conceito, que entendemos bastante prejudicial, de criminalização da atividade política.

A análise das questões relativas ao controle judicial não se restringe aos tribunais superiores, e deve ser tratada também no âmbito de outras esferas do Poder Judiciário. Uma realidade cada vez mais comum é aquela da interferência deste poder na política de saúde, fato que nos levou a dedicar uma parte do trabalho para algumas considerações acerca dessa atuação.

Por fim, teceremos alguns comentários sobre uma recente, porém intrigante e preocupante realidade, que tem relação com uma forma de agir de magistrados e integrantes do Ministério Público, em quase todos os casos de forma indevida, na Política de Assistência Social. A cada dia são mais comuns requisições, com imposições de sanções, para que profissionais da assistência prestem serviços para órgãos do sistema de justiça, de modo a suprir carências deles.

Todas essas considerações mostram que o tema da judicialização da política é cada vez mais necessário de ser debatido no Brasil, seja no campo do Direito, da Ciência Política e de outras áreas do conhecimento, de modo a se estabelecer uma noção de que não se trata necessariamente de um problema o maior protagonismo do Judiciário, desde que certos limites sejam respeitados, principalmente de modo a não se prejudicar o pleno exercício da democracia.

2) ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

2.1) Separação de Poderes: histórico, aperfeiçoamento e superação do conceito

Ideia que serve de base para a formação dos Estados Modernos, a separação de poderes constitui um dos conceitos fundamentais da Ciência Política. Embora não haja na literatura um consenso acerca do surgimento dessa importante noção, atribui-se a Montesquieu, pensador francês do século XVIII, a formulação de uma teoria sobre o tema na clássica obra “O Espírito das Leis”.

Partindo da premissa de que, no caso das monarquias absolutistas, aquele que faz as leis também as julga e executa, é preciso que haja um sistema que defina muito bem as funções e competências dentro do Estado, de modo a garantir que as liberdades individuais prevaleçam.

Segundo Bittar (2011:203),

Os riscos são incalculáveis para o governo do Estado, ao cumularemos as funções de julgar, de legislar e de executar leis os mesmos homens, sejam eles nobres, sejam eles homens do povo, ou quem quer que seja. Os riscos são decorrência da própria parcialidade defensiva de seus interesses a que estão submetidos todos os que se encontram em uma das três pilastras do poder do Estado.

Decorrência lógica dessa teoria é a percepção de que, para além da simples separação de poderes ou funções, deve haver um equilíbrio de relações entre eles, por meio de um controle que um pode exercer sobre os demais, mas sem que com isso haja obrigatoriamente uma quebra na independência e autonomia dos outros. Surge aí aquilo que ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), tendo como premissa principal o fato de que os mecanismos de exercício do poder estatal são a mais pura representação da sociedade, levando à contenção de abusos e excessos pelos demais, uma vez que todos detêm a mesma legitimidade conferida por meio da representação popular (De Paula, 2013). Importante notar que esse cânone é amplamente consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, logo em seu artigo 1º, Parágrafo único, ao asseverar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Veja-se como decorrência desse mecanismo de controle a fiscalização de contas exercida pelo Legislativo aos demais poderes, através do auxílio dos tribunais de contas. Ou ainda, o controle feito pelo Executivo de atos do Legislativo através do veto ou da sanção de leis. Ademais, podemos mencionar que o Judiciário controla os demais, principalmente o Legislativo no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Todavia, essa separação tradicional e estanque não faz mais qualquer sentido no atual estágio do Estado Democrático de Direito, o qual podemos denominar de Estado Democrático Constitucional, dada a prevalência deste mecanismo legislativo nas democracias modernas ao redor do mundo.

Apenas para citarmos alguns exemplos utilizando o caso brasileiro, vamos perceber, sempre a partir de uma interpretação do texto constitucional, que há casos em que os poderes exercem funções que, ao menos em tese, seriam dos outros.

Assim, o Poder Legislativo age como Judiciário quando julga seus membros ou outros cidadãos por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito e atua como Executivo quando dispõe sobre organização, funcionamento e polícia interna.

Por outro lado, o Executivo pratica atos e funções legislativas quando edita medidas provisórias ou leis delegadas. Há também casos em que exerce função típica do Judiciário ao conceder indulto ou comutar penas.

Finalmente, exerce o Judiciário atos do Legislativo ao formular o regimento interno dos tribunais ou propor projetos de lei que tratam da organização judiciária. Agirá como Executivo na definição de atribuições de seus servidores, bem como no provimento de cargos públicos, seja por concurso ou por nomeação de cargos de confiança.

Destarte, é que concluímos, citando Zanetti Júnior (2007:120), quando assegura que,

A doutrina da separação rígida tornou-se assim um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. O poder estatal, residente na soberania popular e na Constituição, é uno e indivisível, por essência e natureza. Daí sobressai um dos aspectos mais profundos da teoria da unidade narrativa da Constituição. A Constituição vale tanto para o legislador, quanto para o cidadão e os grupos que compõem a sociedade. Obriga o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e a maioria popular, que não pode, sem um processo traumático de revolução, alterar-lhe o núcleo intangível das cláusulas pétreas.

2.2) Judicialização da Política ou Politização da Justiça

Podemos perceber ao longo das últimas décadas um deslocamento cada vez maior do poder das esferas representativas do Estado (Legislativo e Executivo) para o âmbito das instâncias judiciárias (tanto no plano internacional quanto no plano nacional). Desse movimento é que surge uma ampliação do número de nações que aderiram ao constitucionalismo, sobretudo com inspiração estadunidense, levando ao cenário que temos hoje com mais de uma centena de países com regimes democráticos. Essa tendência mundial tem uma de suas principais demonstrações na judicialização da política, que podemos considerar inicialmente como uma grande confiança nas instituições jurídicas formalmente estabelecidas para dirimir as mais diversas questões (Hirschl, 2012).

Mas de que forma esse fenômeno global, que ganha contornos preocupantes no Brasil pode ser conceituado? E mais, em que medida esse cenário contribui para um processo a cada dia mais acentuado de criminalização da atividade política, já que se adota um entendimento de que apenas o que sai do Judiciário é válido?

Utilizamos, para iniciar uma contextualização, o conceito bastante didático de Vianna (2013:207), quando nos ensina que,

Em sentido estrito, tem-se chamado de judicialização da política o exercício por parte dos tribunais ou de cortes de justiça, sempre por provocação da sociedade, do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo. Esse processo, que hoje se afirma nos sistemas políticos ocidentais, tem importado uma efetiva mutação institucional na cena republicana, na medida em que afeta as relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o cânon republicano quanto império da vontade da maioria. As duas grandes famílias jurídicas – a da *civil law* e a da *common law* – o admitem, no caso da segunda desde 1803, no célebre caso *Marbury versus Madison*, quando a Suprema Corte americana fixou jurisprudência em favor do *judicial review* para os casos em que a lei atentasse contra a Constituição, e, no da primeira, a partir da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, e com o ciclo das constituições democráticas subsequentes, entre as quais as da Alemanha e da Itália, recém-saídas de regimes nazistas e fascistas, embora somente tenham

adquirido forma e substância nas décadas seguintes, em particular nos anos 1970.

Seguindo a linha de raciocínio podemos assegurar que judicializar significa dar um tratamento judicial a uma determinada demanda, através de um julgamento ou decisão. Aqui cabe destacar que sempre que nos referimos a julgamento, estamos a falar de um poder legalmente constituído com esta função precípua, sem considerarmos modos outros de resolução de conflitos, tal como ocorre no “direito de Pasárgada”, para utilizarmos a definição de Santos (1988).

Nesse sentido, citamos Vallinder (2012:15), para quem a judicialização da política pode ter, em linhas gerais, duas acepções, significando:

- 1 – a expansão da seara dos tribunais ou dos juízes à custas de políticos e/ou administradores, isto é, a transferência dos direitos decisórios do legislativo, do executivo ou do serviço público para os tribunais, ou, pelo menos,
- 2 – a difusão de métodos decisórios judiciais fora da seara judicial propriamente dita. Resumindo, poderíamos dizer que a judicialização envolve, essencialmente, transformar algo em uma forma de processo judicial.

Outras caracterizações também são feitas relacionando o fenómeno da judicialização da política aos casos de corrupção que chegam aos tribunais. Nessa toada, podemos notar que há mais do que uma judicialização da política propriamente dita, uma politização dos tribunais, fato que é ainda mais recente, considerando que tradicionalmente (e ainda majoritariamente) a justiça, sobretudo na esfera criminal, é restrita às classes subalternas.

Sintetizando essa ideia, podemos assegurar que,

[...] há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política. Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por atividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou função que a sua posição social destacada lhes confere; e outra de alta intensidade, quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais de distribuição de recursos do sistema

político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente. (Santos, 2011:29)

Porém, no caso brasileiro, faceta mais comum dessa manifestação que estamos a tratar nesse ponto do trabalho, se dá quando ocorre uma inércia dos poderes que, regra geral, deveriam cuidar de determinadas funções, fazendo com que o Judiciário seja chamado a dirimir questões, seja atuando como verdadeiro legislador (por exemplo, no caso em que o Supremo Tribunal Federal determinou a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos) ou agindo como executor de políticas públicas (as decisões corriqueiras que obrigam o fornecimento de medicamentos são apenas uma das vertentes dessa atuação).

Ademais, são nesses momentos que acabamos de mencionar que haverá a maior parte dos questionamentos, críticas, embates acadêmicos e políticos, além das controvérsias que envolvem a atuação de juízes. Pretendemos aprofundar essa discussão mais à frente, quando tratarmos de casos simbólicos de atuação do Poder Judiciário em substituição aos demais poderes.

Por ora, cabe aqui uma reflexão bastante comum que tem a ver com a legitimidade dos juízes para funcionarem como legisladores ou, principalmente, como administradores, uma vez que haveria nesse modo de agir um “[...] suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo” (Sarmiento, 2013:97).

Também merece destaque o fato de que acreditamos não haver uma distinção entre o conceito que aqui tratamos e a politização do Judiciário, já que essa última pode ser tratada como um processo no qual a Justiça passa a resolver disputas que envolvem, essencialmente, debates da política, ou seja, em nada difere de uma postura de levar ao tratamento pelo Judiciário de situações afetas aos demais poderes.

Por fim, à guisa de conclusão dessas breves linhas sobre esse conceito contemporâneo, convém falar um pouco sobre sua evolução no Brasil. Para tanto, não encontramos lições mais precisas que as de Zanetti Júnior (2007:149), ao identificar que

A politização da Justiça [e já dissemos acima que não vemos diferenciação entre esse conceito e o de judicialização da política], entendida como

ativismo coordenado na realização de políticas públicas, não representava uma realidade premente antes da atual Constituição brasileira, sendo esporádica e não significativa, pelo menos no Brasil, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade. O Judiciário mantinha-se inerte, ligado à justiça retributiva. Apenas algumas decisões em ações populares (com alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em atividade judiciária distributiva no Brasil.

A Constituição brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou assim institutos como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX, da CF/88), criando a Advocacia Geral da União, e subdividiu as competências dos tribunais, de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “precípua” do Texto Constitucional.

E prossegue o mesmo autor:

Essas radicais mudanças transformaram o papel do Judiciário que, de espectador passivo no paradigma legalista, passou a ser chamado a opinar em questões de dimensão política e social antes jamais imaginadas, que em razão dos novos direitos materiais surgidos no quadro da nova Carta Magna, quer em razão da própria dimensão alargada dos instrumentos processuais postos à disposição da cidadania para garantir a efetividade desses direitos (com aumento da legitimidade nas ações de controle de constitucionalidade das normas, criação de novos *writs* e recepção das ações coletivas para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*).

Portanto, podemos finalizar asseverando que a judicialização da política é um processo que vem crescendo ao longo dos últimos anos no Brasil e que tem seus aspectos positivos quando permitem a garantia de direitos, mas também tem um lado pernicioso quando a atuação do Judiciário de forma exacerbada pode significar uma possibilidade de rompimento com o princípio democrático. Por isso é que se faz necessário que haja certos

limites para esse modo de agir e é esse aspecto que pretendemos tratar com mais detalhes ao longo do desenvolvimento desse trabalho.

2.3) Ativismo Judicial

Por mais que alguns autores não façam qualquer tipo de diferenciação entre os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial, considerando-os como praticamente sinônimos, há, e fazemos questão de firmar bem isso, uma singela distinção entre eles.

Podemos então distinguir os dois conceitos, fundamentalmente pelo fato de que na judicialização a atuação dos juízes estará restrita aos limites pelos quais eles foram provocados a agir. Já no caso do ativismo, haverá uma exacerbação no *modus operandi* do Poder Judiciário, de modo a suprir determinadas lacunas deixadas principalmente pelo legislador.

Dessa forma, “[...] a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial” (Barroso, 2013:233).

Todavia, conforme se pode apurar de leituras mais acuradas da experiência norteamericana e também da prática jurisprudencial brasileira, vemos que há casos nos quais não ocorre confronto, mas sim uma tomada de posição para preencher espaços vazios. Destarte, o conceito de ativismo está ligado a uma atuação mais firme e constante do Judiciário na garantia dos objetivos fundamentais do texto constitucional, sempre ligada a uma maior interferência no âmbito dos demais poderes. (Barroso, 2013:233)

3) HIPÓTESES PARA ENTENDIMENTO DO CENÁRIO ATUAL NO BRASIL

Fixadas algumas premissas que consideramos fundamentais para o entendimento da temática abordada nesse trabalho, entendemos primordial a especulação sobre alguns motivos pelos quais houve e ainda há um crescimento da interferência (seja boa ou má) do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes. Aqui cabe ressaltar que usamos os termos hipóteses e especulação, uma vez que as linhas que passaremos a traçar não possuem ainda uma comprovação fática, não se baseando em dados, mas tão somente em interpretações que fazemos da literatura jurídica e política nacional e internacional acerca do tema.

Sabemos que o fenômeno da judicialização da política tem raízes seculares e se desenvolveu em várias partes do mundo. Porém, com vistas a facilitar nosso estudo, achamos por bem delimitar a avaliação para o âmbito brasileiro, mormente a partir do final da década de 1980.

Assim é que surgiram basicamente as três hipóteses que a seguir delinearemos, como forma de explicar como a judicialização ganhou espaço no Brasil, ao mesmo tempo em que tentaremos expor algumas das razões das tensões que são geradas a partir desse crescimento e ainda propor uma forma de atenuar um pouco das críticas que a atuação exacerbada dos juízes acaba por gerar.

3.1) A expansão do neoliberalismo e da ideia de Estado mínimo. Ausência de provimento pelo Estado das Políticas Públicas

A partir da década de 1990 ganha força no Brasil um ideário que até hoje deixa marcas em nossa sociedade. A ascensão do neoliberalismo contrasta com o cenário de consolidação de garantias fundamentais expressas desde a Constituição de 1988, fazendo com que a concretização de uma série de direitos seja bastante dificultada, sobretudo no campo das políticas públicas sociais.

O domínio do neoliberalismo no Brasil vai significar um completo desmonte do Estado, que passa ser cada vez menos influente na economia, caracterizado pelas privatizações. Uma boa síntese do que foi o período pode ser identificada com base naquilo que ficou conhecido como Consenso de Washington. Segundo Mattoso (2010:34),

[...] Suas propostas corresponderam a um conjunto de políticas de desregulação dos mercados, de abertura comercial e financeira e de redução do tamanho e do papel do Estado. O *Consenso de Washington* ignorou as questões sociais e os problemas históricos da América Latina, tais como a distribuição de renda e a pobreza. Mas não por esquecimento, pois segundo eles, a distribuição de renda e a eliminação da pobreza deveriam emergir como passe de mágica, exclusivamente como resultado tanto do jogo das forças da oferta e da procura em um mercado autorregulável, quanto da soberania absoluta de mercados desregulados.

Se esse conjunto de dez políticas não tivesse se tornado o receituário proposto e monitorado (ou imposto) por agências internacionais por ocasião da concessão de crédito, talvez não passasse de mais uma proposta acadêmica em meio à dominância e euforia da orientação neoliberal. No entanto, tornou-se algo mais, quando os países que necessitavam dos empréstimos do FMI passaram a ser obrigados a adequar suas economias às novas regras estabelecidas no *Consenso de Washington*, bem como se deixar monitorar pela instituição que concedia o financiamento.

[...] Praticamente todos os países latino-americanos que, de uma forma ou de outra, se dobraram aos ditames do *Consenso de Washington* apresentaram crescimento medíocre e elevação do desemprego e da miséria. Este foi o caso brasileiro nos anos 1990.

Todo esse cenário, por terrível ironia, coincide com o início da entrada em vigor de uma das legislações mais avançadas do ponto de vista da garantia de direitos em nosso país. A Carta Constitucional de 1988 estabelece uma série de garantias individuais e coletivas, com o estabelecimento de direitos sociais, de um sistema público de seguridade social, dentre vários outros. Assim, ao mesmo tempo em que se consolida no campo legal um modelo de sociedade que podemos considerar próximo do ideal, caminhando no sentido da promoção da cidadania, no campo econômico e político há um enorme esvaziamento das funções estatais, de modo a tornar a máquina pública insuficiente para dar conta de todas as demandas que a partir de 1988 ganharam *status* constitucional.

Nesse sentido é precisa a definição de Netto e Braz (2008:226), para os quais,

[...] O que se pode denominar *ideologia neoliberal* compreende uma concepção de homem (considerado atomisticamente como possessivo,

competitivo e calculista), uma concepção de sociedade (tomada como um agregado fortuito, meio de o indivíduo realizar seus propósitos privados), fundada na ideia da *natural e necessária desigualdade* entre os homens e uma noção rasteira da liberdade (vista com função da lide de *mercado*). Vulgarizando as formulações de Hayek, a ideologia neoliberal, maciçamente generalizada pelos meios de comunicação social a partir dos anos oitenta do século passado, conformou uma espécie de *senso comum* entre os serviços do capital (entre os quais se contam engenheiros, economistas, administradores, gerentes, jornalistas etc) e mesmo entre significativos setores da população dos países centrais e periféricos.

Essa ideologia legitima precisamente o projeto do capital monopolista de romper com as restrições sociopolíticas que limitam a sua liberdade de movimento. Seu primeiro alvo foi constituído pela intervenção do Estado na economia: o Estado foi demonizado pelos neoliberais e apresentado como um trambolho anacrônico que deveria ser reformado – e, pela primeira vez na história do capitalismo, a palavra *reforma* perdeu o seu sentido tradicional de conjunto de mudanças para ampliar direitos; *a partir dos anos oitenta do século XX, sob o rótulo de reforma(s) o que vem sendo conduzido pelo grande capital é um gigantesco processo de contra-reforma(s), destinado à supressão ou redução de direitos e garantias sociais.*

A ideologia neoliberal, sustentando a necessidade de “diminuir” o Estado e cortar as suas “gorduras”, justifica o ataque que o grande capital vem movendo contra as *dimensões democráticas* da intervenção do Estado na economia [...] (grifos no original).

Mas onde encaixaria então a ideia de que o crescimento da influência do Judiciário na execução e controle de políticas públicas tem a ver com esse processo fortalecimento do neoliberalismo? Nossa hipótese é a de que quanto mais fraco o Estado, maior é a necessidade de que o Poder Judiciário intervenha para garantir direitos à população, sobretudo aquela que mais carece de políticas públicas. Na lógica neoliberal, as políticas públicas devem ser restritas e privatizadas (veja-se, por exemplo, o crescimento da demanda por planos de saúde e de previdência fornecidos pela iniciativa privada).

Na esteira dessas nossas observações, podemos estabelecer uma relação direta entre ausência de políticas públicas garantidas pelo Estado e aumento das demandas a serem resolvidas pelo Judiciário, já que:

[...] Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.). A Suécia, provavelmente detentora do melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial; a Holanda é, também, um dos países com uma das mais baixas taxas de litigação na Europa. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação.

Esse movimento também se verifica nos países semiperiféricos, como é o caso do Brasil. O Brasil, sem ter um Estado-providência muito denso, tem vindo a consolidar políticas sociais, algumas mais fortes, outras mais débeis, ainda que todas elas muito selectivas. Por outro lado, a Constituição de 1988, símbolo da redemocratização brasileira, foi responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, económicos, sociais e culturais, como também dos chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor.

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crónica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. Acresce o fato de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições pelas das quais se pode lançar mão para invocar os tribunais [...]. A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a ação popular e ação civil pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988. Um caso exemplar do recurso à intervenção judiciária para tentar impedir o desmantelamento do Estado desenvolvimentista brasileiro foi o das várias ações judiciais propostas para anular os editais de privatização das empresas estatais, sobretudo durante o governo Fernando Henrique Cardoso (Santos, 2011:24).

A partir de 2003, com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao Governo Central, nota-se uma mudança na lógica de gestão da máquina pública, com um gradativo aumento da influência do Estado na execução de políticas públicas e também uma maior intervenção do ponto de vista econômico. Ainda que não haja um consenso na literatura sobre a caracterização deste período, sendo certo que alguns falam, ao contrário do que pensamos, em continuidade do modelo neoliberal, e outros tantos asseveram uma ruptura, sobretudo no que concerne às políticas sociais, é possível identificarmos sinais óbvios de alteração nos paradigmas.

Todo esse cenário de modificações faz com que alguns autores classifiquem o período iniciado em 2003 como pós-neoliberal. Nesse sentido, imperioso citarmos as lições de Pochmann (2013:157), quando ensina que.

[...] Nos governos Lula e Dilma, o Brasil tem conseguido, pela primeira vez, combinar maior ampliação da renda por habitante com redução no grau de desigualdade na distribuição pessoal da renda do trabalho. Recuperou-se também a participação do rendimento do trabalho na renda nacional e houve um quadro geral de melhora da situação do exercício do trabalho, com a diminuição do desemprego e o crescimento do emprego formal.

A dinâmica das mudanças sociais encontra-se associada às transformações na estrutura produtiva, com crescente impulso do setor terciário, sobretudo na geração de postos de trabalho. De maneira geral, o maior saldo líquido das ocupações abertas na década de 2000 concentrou-se naquelas de salário de base, ou seja, ao redor do salário-mínimo nacional, o que abriu inegável horizonte de oportunidades de trabalho e renda a um enorme segmento social esquecido secularmente.

Combinado com a recuperação do valor real do salário-mínimo nacional, a recente expansão das vagas de salário de base permitiram absorver enormes parcelas de trabalhadores na base da pirâmide social, reduzindo sensivelmente a taxa de pobreza em todo o país. Ao reduzir em mais de três pontos percentuais do PIB os gastos com juros da dívida pública, um resultado da transição da macroeconomia da financeirização da riqueza para a lógica da produção e do consumo, ocorreu o fortalecimento da política social de sustentação da renda e proteção na base da pirâmide social.

Tudo isso indica o quanto a inflexão brasileira a partir da primeira década do século XXI resulta da adoção de uma inegável estratégia de mudanças sociais

substanciais. Não há dúvida de que o Brasil segue o seu caminho próprio após a grande noite neoliberal de regressão social e econômica do país.

Todavia, não se observa uma mudança significativa no contexto da judicialização da política no Brasil, sendo notório que ainda há muita intromissão, muitas vezes indevida, do Judiciário no campo da política. Não se trata do objetivo principal do trabalho levantarmos hipóteses para justificarmos essa tendência, mas podemos assegurar que ainda há, mesmo com os avanços dos últimos dez anos, muito a ser feito no sentido de consolidar as instituições e também no caminho para fortalecimento do Estado como indutor de políticas públicas.

3.2) Conservadorismo e falta de diálogo entre os Poderes

Se acima especulamos sobre a influência do neoliberalismo nas relações entre os poderes no Brasil, ou seja, tratamos de um processo recente, nesse item trataremos de uma realidade que é presente na estrutura do Estado brasileiro desde suas origens e que não teve grandes modificações ao longo de nossa história, mesmo nos períodos republicanos e ditos democráticos.

Assim, é certo que a formação política da nação brasileira se deu de forma a resguardar os interesses de uma elite econômica, patriarcal, oligárquica e extremamente conservadora. Esses fatores têm reflexos diretos com o tema que aqui relatamos, uma vez que, no maior parte das vezes, a atuação do Poder Judiciário se dá de forma a manter os mecanismos de concentração de terras, rendas e poderes.

Nesse contexto, não é de estranhar, ainda que possamos discordar veementemente, quando juízes questionam a validade de leis que estabelecem formas de combate à violência contra as mulheres, caso da “Lei Maria da Penha”, que não foi cumprida por magistrados de alguns estados¹, ou mesmo de decisões de tribunais que negam a importância das políticas

¹ Citamos como exemplo o caso do Juiz de Direito da Comarca de Sete Lagoas (MG), Edilson Rumbelsperger Rodrigues, que, em 2007, se recusou a aplicar as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sob a alegação de que a lei era inconstitucional por privilegiar mulheres, além de utilizar argumentos religiosos e discriminatórios (“o mundo é e deve continuar a ser masculino”) e considerar a lei como “conjunto normativo de regras diabólicas” e “monstrengo tihoso”.

afirmativas para afrodescendentes, a exemplo do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em recente decisão que declarou inconstitucional lei de reserva de vagas em concurso público².

Diversos casos poderiam ser mencionados e denotam, de forma incontestada, que o Judiciário tem lado e este não é, na maioria dos casos, o das classes menos favorecidas. Essa conjuntura leva alguns a considerarem que o Direito é um instrumento de dominação e manutenção de determinada classe sobre outra. Outros preferem caracterizar que o espaço jurídico é o local privilegiado para o estabelecimento de profundas mudanças sociais, assumindo, portanto, uma visão otimista acerca do uso das regras jurídicas.

Vejamos a lição de Clève (2012:73),

O tema é apanhado com o sentido de afirmação positiva da relação entre o direito e a transformação social. Neste passo, comunga-se do sensato otimismo que contamina parte da crítica do direito desenvolvida no Brasil. Nem por isso, porém, as advertências que o discurso cético tem lançado esporadicamente são esquecidas. Ou seja, não posso desconsiderar o fato de que o direito, em certo sentido, constitui superestrutura legitimadora do Estado. Aqueles que demonstram o fato não estão equivocados. Nem por isso estão totalmente corretos, na medida em que ocultam, olvidam, ignoram, silenciam (sobre) outros tantos dados que justificam uma análise mais complexa do fenômeno jurídico.

[...]

Considero também as experiências concretas que justificaram uma visão pessimista do direito (enquanto possibilitador da mudança social). E tal é o caso de Eduardo Novoa Monreal, ex-ministro do Governo Allende, deposto pelo violento golpe militar de Pinochet, golpe que pôs fim a uma experiência de transformação social por via da legalidade. Pois bem, como todos sabem, esta amarga experiência justificou a produção, pelo autor citado, de um livro, também publicado no Brasil, cujo título bem demonstra o seu significado: *O direito como obstáculo à transformação social*.

Mas nem por isso deixo de ver o direito como instância viabilizadora da mudança social. Vejo o direito, com temperada dose de otimismo.

² Trata-se de ação de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo questionando a Lei Municipal de Vitória que fixou reserva de 30% das vagas nos concursos públicos para afrodescendentes. O Tribunal de Justiça declarou que a lei fere o princípio da isonomia e mesmo já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado de maneira favorável às ações afirmativas, resolveu suspender a eficácia da referida norma.

E prossegue o mesmo autor, com o qual concordamos, a dizer que,

O direito, então, substancia uma instância de regulação social. É o político institucionalizado. Daí porque constitui, igualmente, um espaço. Um espaço responsivo de mediação de conflitos entre classes sociais e grupos. Assim, aberto, apresenta-se, como espaço de confrontos entre as forças sociais que se manifestam para reclamar direitos e de condensação de relações de forças entre classes e/ou frações delas e grupos que produzem normas jurídicas. Espaço onde as forças sociais se manifestam para impor suas particulares ideias de justiça, daí porque é de confronto. Espaço de condensação, porque as normas jurídicas são também o resultado dos confrontos, das correlações de força estabelecidas em cada momento histórico. Neste passo, o direito produz a cada momento a síntese entre o singular (o direito posto, instituído) e o plural (os direitos instituintes, as reivindicações novas). E o direito será tanto mais democrático quanto menor for a assimetria na relação entre as classes que participam do jogo político.

Dois aspectos consideramos fundamentais nas palavras acima transcritas. O primeiro deles se refere ao exemplo do nosso vizinho Chile, que vivenciou uma experiência fantástica de transformação social por meio da legalidade, que foi brutalmente interrompida por um golpe militar. Aqui, cabe refletirmos sobre a forma como governos com viés de esquerda são tratados pelas elites dominantes mundo afora. No caso do Brasil, como já dissemos alhures, houve uma profunda mudança social a partir de 2003, com enormes resistências das classes dominantes e também dos mecanismos institucionais, dentre os quais o Poder Judiciário.

Mesmo que tenha havido nos últimos anos decisões paradigmáticas de nossos tribunais no sentido de reconhecimento de pautas progressistas, o modo de agir da maior parte dos magistrados caminha no sentido de barrar iniciativas que vão ao encontro da maioria da população, dificultando um maior avanço no sentido de modificar a estrutura social brasileira, representando um verdadeiro entrave aos governos de esquerda.

O segundo ponto que merece destaque na citação que fizemos é a caracterização de que o abismo entre as classes sociais torna o direito menos democrático. Sabemos que a história do Brasil é marcada por grandes períodos nos quais prevaleceram ditaduras, cada qual com seu estilo próprio. Ademais, é público e notório que a realidade do Brasil, ainda que tenham sofrido alterações na última década, é por demais, desigual.

Somando-se o déficit democrático, a desigualdade social e o caráter de classe do aparato judicial, temos um cenário deveras conturbado e que possibilita uma série de espaços nos quais o Judiciário pode adentrar, muitas vezes de forma equivocada.

For fim, cabe destacar que a velha noção de separação de poderes e a cultura autoritária que ainda impera, formam um campo propício para que não haja, salvo raras e honrosas exceções, qualquer tipo de diálogo entre os poderes, em todas as esferas. Isso leva a certos absurdos como os casos em que juízes tomam decisões em processos sem sequer tentarem conversar com administradores públicos ou trabalhadores de órgãos estatais, de modo a procurar entender determinada demanda que acaba desaguando no judiciário mas, que, por muitas vezes, poderia ser solucionada com um simples telefonema.

Parte desses problemas passou a ser resolvida com adoção, cada vez mais frequente, da metodologia das audiências públicas por órgãos do Poder Judiciário em vários estados e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Apenas para citarmos alguns exemplos, no caso do órgão máximo da justiça brasileira, tivemos a realização desses espaços prévios ao julgamento para discutir o uso terapêutico de células tronco embrionárias, a questão do aborto em casos de anencefalia, as ações afirmativas para afrodescendentes, dentre outras.

Assim, abre-se um espaço interessante e ainda pouco estudado de aproximação do Judiciário com o conceito de democracia participativa, que tudo tem a ver com a experiência de governos de esquerda, na medida em que possibilita uma construção dialética coletiva para atingir um resultado mais próximo da vontade da maioria. Possibilita ainda uma maior aproximação dos magistrados da realidade dos fatos por eles julgados, uma vez que muitas vezes há conceitos técnicos envolvidos nas demandas judiciais que necessitam de um tratamento por especialistas na área, assunto que abordaremos de forma mais detalhada no item a seguir.

3.3) As deficiências na formação jurídica brasileira

A partir do momento em que os juízes passam a ser protagonistas na execução da política pública, agora nesse momento sem entrarmos no mérito de como se dá essa interferência, problemas começam a ocorrer, na medida em que boa parte dos magistrados brasileiros é formada em condições que não favorecem sua atuação de forma mais ligada à política.

Registre-se, desde logo, que aqui não estamos a discutir o pouco conhecimento dos operadores do direito no que concerne a temas que não envolvem discussões essencialmente jurídicas. Citemos como exemplo um caso que envolva conhecimentos técnicos da área médica: não se cobra do julgador que conheça qual tipo de medicamento deve ser aplicado a determinado paciente que possua certo tipo de enfermidade.

Sabemos que esse cenário é, a cada dia, mais intransponível, pois, como alerta Valle (2009:102),

[...] a objeção relacionada à ausência de *expertise* nas áreas técnicas que possam influir ou determinar políticas públicas – e portanto, fragilidade funcional do poder Judiciário para o seu controle – tem gerado mais dificuldade na sua superação, dentre outros motivos, também pela expansão da importância da técnica no mundo da vida, o que conduz a discussão de vários temas a uma seara em que ela ocupa o centro da compreensão, e o direito só se apresenta de forma ancilar. Aberto o debate e provocada a jurisdição, surge aqui e ali a pronúncia jurisdicional que adentra ao campo das políticas públicas, inclusive com a afirmação de que seja possível uma atuação jurisdicional que, substituindo-se ao administrador e/ou ao legislador, formular políticas públicas.

Dissemos acima que, além de vários outros caminhos, a busca pela realização de audiências públicas que contem com a participação de especialistas, é uma das formas de minimizar os problemas que possam decorrer nesses casos.

Mas o que nos leva a dedicarmos um ponto do nosso trabalho para essa reflexão tem relação com outro tipo de deficiência na formação jurídica e se refere aos cursos de Direito propriamente ditos. Em que medida um ensino que não dialoga com outros saberes e favorece apenas uma cultura de litigância, em detrimento da busca pelo diálogo e pelas formas alternativas de solução de conflitos, contribui para o surgimento de problemas quando da atuação dos juízes no campo das políticas públicas?

A formação jurídica brasileira, que teve seu início nas faculdades de Olinda e São Paulo nos idos de 1827, é inegável, surgiu com o intuito de atender aos interesses do Império e da classe dominante, baseou-se, desde os primórdios, no modelo de formação europeia, essencialmente tecnicista e dissociada dos problemas nacionais.

Destarte, percebe-se que as escolas de Direito brasileiras, a partir de seu surgimento, eram na verdade espaços de poder e não necessariamente de saber. Desde a Constituição do Império, é notória a necessidade da formação de bacharéis para a composição das classes sociais dominantes. Assim, temos, como bem definiu Adorno (1988), a emersão do “principal intelectual da sociedade brasileira durante o século XIX: o bacharel”.

Ao longo dos séculos XIX e XX, pouca coisa mudou nas diretrizes curriculares dos cursos jurídicos, consolidando-se as faculdades de direito como espaço extremamente fechado e de pouco diálogo com outras disciplinas como a Sociologia, a Ciência Política, a Antropologia, a Filosofia, dentre tantas outras. Apenas a partir de 1994, com a edição de portaria pelo Ministério da Educação é que esse cenário passa a sofrer alterações mais significativas.

Não é coincidência o fato de que esse lapso temporal tem a ver com o a promulgação, anos antes, da Carta Constitucional de 1988, que, como já foi destacado em outros momentos deste estudo, passou a incluir novos direitos e a tratar de novas questões vinculadas ao exercício democrático, reclamando dos juristas – aqui compreendidos em seu sentido mais amplo – uma atuação mais condizente com a nova realidade social que o Brasil passou a vivenciar.

Fez-se, portanto, necessária uma ampla reforma no modo pelo qual eram (e ainda são) formados os estudantes de Direito no país. Nesse sentido, Alvim (2000:159) diz que,

[...] a reforma foi estruturada a partir da constatação de que o padrão de formação do curso de Direito não conseguia dar respostas adequadas aos problemas cada vez mais complexos formulados pela sociedade. Dito de outra forma: a sociedade apresentava demandas cada vez mais complexas que não podiam ser resolvidas com o instrumental clássico responsável pela formação dos operadores do Direito. Podemos dar dois exemplos concretos ilustrativos dessa situação.

Como discutir hoje a questão de novas formas de aquisição da propriedade como colocada pelo Movimento dos Sem Terra (MST) sem que não tenhamos de ir além dos padrões clássicos e tradicionais do Direito Civil? Como podemos pensar hoje a questão das transformações do trabalho sem que não tenhamos de ir além dos padrões de ensino e compreensão veiculados nessa temática pelo Direito do Trabalho?

Ainda que tenha havido um enorme esforço no sentido de abrir as portas do ensino jurídico brasileiro a outras realidades, permanece no seio das academias, com graves reflexos nos profissionais, uma cultura essencialmente tecnicista que não dialoga com outros saberes, favorecendo um contexto de atuação do Judiciário de forma desconexa da realidade. E esse atual estado de coisas vai refletir de forma negativa na atuação dos juízes a partir do momento em que eles, formados de forma deficiente, passam a agir como verdadeiros agentes políticos, expressão aqui tomada em seu sentido mais restrito.

Uma modificação deste cenário só é possível através de mudanças na forma como se leciona o Direito no Brasil, pois como já se disse, não são discutidos nos cursos de direito, salvo raras e honrosas exceções, problemas como distribuição de renda, concentração fundiária, violências diversas contra setores historicamente oprimidos, dentre outros. Como esperar que julgadores formados nesse contexto possam se envolver com funções típicas de outros poderes sem que fiquem marcas negativas dessa atuação?

Segundo Nalini (2008:286), a adoção exacerbada do tecnicismo em detrimento da reflexão filosófica,

[...] converteu o direito em instrumento de resolução de problemas. Como todo instrumento, o direito depende do uso que dele se faz. A ênfase no processo, que ganhou o cotejo com a substância, fez com que as escolas de direito – em sua expressiva maioria – se preocupassem com a formação de profissionais do litígio.

Descuidou-se da ética, da lógica, da filosofia, da psicologia, assim como da história. Desde o primeiro ano o alunado se interessa por litigar, por propor ações, por mover processos. Não é incentivado a negociar, a conciliar, a propiciar o entendimento. A cultura jurídica é essencialmente adversarial. Todas as questões hão de ser levadas a um Tribunal e o mundo haverá de ser convertido num fórum imenso, com um juiz em cada esquina para resolver qualquer espécie de problema.

E prossegue o mesmo autor, que aqui utilizamos de modo a nos auxiliar como forma de concluir o trabalho nesse ponto, uma vez que entendemos que uma das soluções para as questões por nós levantadas, ao menos no sentido de amenizar os efeitos colaterais que advém da judicialização em massa, passa por uma melhor qualificação dos nossos magistrados.

A sociedade brasileira precisa de mais justiça e menos de direito. Não é paradoxo afirmar-se que a técnica levada às suas últimas consequências, a erudição e o trato asséptico das normas jurídicas é responsável por infindáveis injustiças. Pois sistema de mercado-lógico de poder atuante, o direito resguarda toda potencialidade do injusto, e sua aplicação – num círculo vicioso – reafirma esse injusto, caso a caso. Há uma dinâmica constante de ratificação do sistema, mediada pela retórica institucional.

O apego às formas, ao rito e ao procedimentalismo, persegue a busca de uma solução lógica. Nem sempre justa. Quase sempre, por sinal, com grande dose de iniquidade. O importante, para a base do ensino jurídico, é institucionalizar o conflito, dar-lhe forma prevista no ordenamento, observar seus trâmites também preordenados no sistema e fazê-lo culminar em resposta insuscetível de mácula técnica.

O justo formal abandona o justo real. Por isso é que não se parte mais da equidade, a variante preferível da justiça – segundo Aristóteles – exatamente porque o sistema não permite senão que o raciocínio construa um silogismo, cuja premissa é sempre o discurso institucional. O equitativo não é isso que hoje se relega a uma técnica subsidiária de aplicação da lei, mas a solução virtual na própria aporia.

Cuida o aparato do ensino jurídico de perpetuar a situação de profunda desigualdade entre as pessoas, ao considerar o direito uma técnica de apropriação reservada a poucos iniciados. A sofisticação do direito desserve a convertê-lo em bem da vida manejável por qualquer ser humano. Os litígios passam a obedecer a regras e ritos complexos, cuja inobservância põe em risco o cerne da controvérsia. Mais vale a forma do que o conteúdo. Em lugar de merecer solução, os conflitos se institucionalizam. A própria longevidade das demandas processuais impõe um ritmo de resignação a qualquer protagonista da tragédia judicial. Tudo de maneira a transformar uma dor real numa cena virtual, que é a do processo.

4) ESTUDOS DE CASOS

4.1) A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Nesse momento do trabalho, pretendemos trazer casos de modo a avaliar a forma de atuação do Judiciário brasileiro em situações paradigmáticas que ocorreram nos últimos anos e que demonstram a forma como os juízes podem atuar nas atribuições específicas de outros poderes.

Para tanto, utilizaremos três exemplos de julgamentos célebres do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Poder Judiciário em nosso país e que, por determinação constitucional, tem a função precípua de fazer aquilo que se chama no Direito como Controle de Constitucionalidade, este entendido como uma atuação da justiça no sentido de preencher lacunas legislativas e ainda dizer que atos normativos estão de acordo com a Constituição.

Assim, o STF assume relevância a partir de 1988, uma vez que passa a definir o que está conforme a Carta Constitucional e ainda, com a evolução do ativismo judicial e da judicialização, sofre uma série de provocações da sociedade no sentido de agir na competência dos demais poderes.

4.1.1) Aborto de fetos anencefálicos

Preliminarmente, cabe tecer breves comentários sobre o conceito de anencefalia, que vem a ser o mais comum dentre os casos de má-formação fetal incompatível com a vida, e que se caracteriza por um defeito no tubo neural que impossibilita a formação da cabeça, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Em 2005, estimava-se que já tinham sido proferidas mais de 3.000 (três mil) autorizações judiciais permitindo a interrupção da gravidez nesses casos (Fernandes, 2007:111-113).

Em junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs junto ao STF ação conhecida como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54), na qual pretendia o reconhecimento judicial de que as interrupções de gravidez, nos casos de anencefalia, não violam o Código Penal e a Constituição.

Valle (2012:75) nos ajuda a entender a situação,

Partindo da premissa da comprovação científica de que o feto não tem potencialidade de vida extrauterina, a tese autoral pretendia a interpretação constitucional da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplicaria aos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia, com a ressalva da certificação por médico habilitado.

Destacados na inicial como fundamentos constitucionais à demanda, a vulnerabilidade dos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, da Constituição), liberdade extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição) e direito à saúde (arts. 6º e 196 da Constituição).

Registre-se que nesse caso concreto houve uma intensa mobilização popular, já que envolvidos na discussão uma série de preceitos políticos, jurídicos e também religiosos, levando o STF a promover audiências públicas que contaram com a participação de entidades científicas, episcopais, governamentais e também de movimentos sociais, que defendiam as duas teses envolvidas na ação.

Assim, o Poder Judiciário se viu envolvido no seguinte dilema: até que ponto podem os juízes suprir uma atribuição exclusiva, ao menos em tese, do Poder Legislativo? Explicamos. Como se sabe, os casos previstos de possibilidade de aborto no Brasil são aqueles do Código Penal, quais sejam, nos casos em que há risco à vida da gestante ou nas situações em que a gravidez é resultante de estupro. Assim, mudar essa previsão legal seria de competência dos legisladores, através de reformas na legislação penal. Todavia, é notório também que há diversas propostas de modificação na regulamentação do aborto, algumas até no sentido da sua completa descriminalização, todas paradas no Congresso Nacional há vários anos. Ademais, como já dito, milhares de decisões judiciais já haviam sido proferidas no sentido de se garantir a interrupção da gravidez nesses casos.

Por todas essas razões, decidiu o STF, já no ano de 2012, por maioria de votos, no sentido de garantir, no ordenamento jurídico nacional, mais uma possibilidade de aborto sem a incidência de crime, que vem a ser aquela nos casos de anencefalia devidamente comprovada por laudo médico. Portanto, o Judiciário supriu a lacuna deixada por vários anos pelo Congresso Nacional e acabou por, em típico caso de judicialização, exercer atividade legislativa, em caso que consideramos de grande necessidade, por tudo aquilo que expomos acima.

Apenas a título exemplificativo e como forma de conclusão, vejamos o que constou na decisão final do Tribunal no julgamento da ação, que foi relatada pelo Ministro Marco Aurélio.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

4.1.2) Demarcação de terras indígenas. O caso da Reserva Raposa Serra do Sol

Aqui nesse ponto temos um caso de decisão judicial que se refere a controle de atividade do Poder Executivo. Em 2005, usando de sua prerrogativa constitucional, o Presidente Lula expediu decreto no qual homologou a reserva indígena Raposa Serra do Sol, em terra contínua, e determinou a saída dos não índios dessa área de 1,7 milhão de hectares, na fronteira do estado de Roraima com a Guiana e a Venezuela.

O decreto presidencial foi contestado judicialmente, sendo questionada a constitucionalidade da medida, em ação relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Uma das principais controvérsias da demanda residia no fato de que a área demarcada contava com a presença de produtores agrícolas, sobretudo de arroz, instalados na região há muitos anos e que apostaram na inércia do Estado para resolver a situação e contaram que poderiam ocupar as terras indígenas.

Após longos e intensos debates, o Plenário do STF decidiu pela constitucionalidade da demarcação e impondo uma série de condições para utilização da área da reserva, dentre as quais, a garantia da propriedade das terras para a União, garantindo-se o usufruto para os índios, a proibição dos indígenas de explorar recursos energéticos, garimpar, cobrar tarifas ou pedágios e de arrendar terras. Além disso, a presença de não índios nas áreas demarcadas deverá obedecer a normas da Funai, e em nenhuma hipótese eles poderão caçar, pescar ou exercer ali atividades agropecuárias.

Destarte, entendemos que nesse caso o Judiciário agiu de forma prudente e dentro dos limites, resolvendo uma situação que poderia gerar graves conflitos fundiários entre índios e

outros povos, além de colocar em xeque a autoridade do Poder Executivo, que editou norma regulamentando a situação.

4.1.3) O Julgamento da Ação Penal 470

O caso do julgamento da Ação Penal 470, popularmente conhecido como “mensalão” representou uma total quebra de paradigmas jurisprudenciais da Suprema Corte brasileira. Por determinação constitucional, autoridades do primeiro escalão do poder federal possuem a prerrogativa de serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Como no caso havia a presença de deputados federais e outras autoridades, coube o STF julgar a ação penal.

Assim, ficamos diante de um quadro daquilo que Boaventura de Sousa Santos, em citação que já fizemos anteriormente, chama de judicialização de baixa intensidade, esta representada pelo julgamento de supostos crimes cometidos pela classe política e de que modo esses julgamentos representam uma tentativa de criminalizar a atividade política como um todo.

Não temos aqui a intenção e nem a pretensão de avaliar o mérito da ação penal, não nos importando, pelo menos aqui nesse trabalho, perquirir tais e quais crimes foram cometidos e que réus foram culpados ou não. Nos cabe nesse ponto avaliar de que maneira a atuação do STF contribuiu para disseminar na sociedade uma ideia, que consideramos totalmente equivocada, de que a política é uma atividade essencialmente ligada à prática criminosa.

A partir do momento em que o órgão máximo do Judiciário nacional passa a se preocupar em condenar a qualquer custo, deixando de lado uma série de garantias previstas na Constituição de 1988, em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e também todo o histórico de julgamentos da corte, temos um enorme risco para a democracia.

Um primeiro indicativo desse desprezo do tribunal pelas garantias dos acusados se deu logo no início do julgamento, que foi amplamente transmitido pela televisão e pela internet. Logo de cara o tribunal negou aos acusados que não dispunham do chamado foro privilegiado a possibilidade de serem julgados por juízes de primeira instância. Tal decisão, contrariando várias decisões anteriores e legislações de âmbito supranacional, como o Pacto de San Jose da Costa Rica, violou o direito básico que qualquer cidadão possui de ver sua

condenação submetida a um outro tribunal ou órgão julgador (direito ao duplo grau de jurisdição).

É fato notório que o relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, que depois veio a se tornar Presidente do STF, assumiu uma postura muito mais de justiceiro do que de magistrado, adotando práticas autoritárias na condução dos trabalhos. Ao optar pelo uso da teoria do domínio do fato para justificar a condenação de alguns acusados o STF ignorou inclusive o próprio autor da tese, o jurista alemão Claus Roxin, conforme ficou comprovado posteriormente em entrevista concedida por ele, quando de sua passagem pelo Brasil³.

Outra conclusão do Tribunal que deixou perplexos vários especialistas e também leigos no assunto foi a de que caberia aos réus o ônus de provar sua inocência, numa completa inversão de valores, que atenta contra do Estado Democrático de Direito. Vários ministros citaram em seus votos, sem qualquer tipo de constrangimento, a opção que fizeram pela desconsideração do princípio de presunção da inocência, garantido em várias legislações ao redor do mundo.

Passada a fase de condenação dos réus, a aplicação das penas também ficou marcada por uma série de distorções, que geraram insatisfações da comunidade jurídica em geral. Na execução das penas mais uma vez ficou demonstrado o caráter de exceção do julgamento, uma vez que os condenados tiveram várias garantias negadas, como por exemplo o direito de trabalharem fora da prisão, situação que só foi revertida pelo Plenário do STF recentemente.

Dessa forma, entendemos que esse julgamento representou uma tentativa de criminalização de um projeto político, protagonizado pelo Partido dos Trabalhadores, caracterizando-se por uma ofensiva forte e apoiada pelos meios de comunicação.

Essa situação se torna mais evidente quando notamos que o julgamento de crimes semelhantes cometidos por representantes de partidos da oposição encontra-se em ritmo lento nos tribunais, ainda que tenham sido praticados em datas anteriores àqueles da ação penal 470.

Por isso é que caracterizamos esse episódio como um exemplo negativo de judicialização da política, ainda que se trate de caso típico de atuação do Poder Judiciário (julgamento de crimes).

³ Para tanto, basta se verificar entrevista concedida pelo renomado professor alemão para o jornal Folha de São Paulo, concedida em 11 de novembro de 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>

4.2) O controle de políticas públicas na área de saúde

Os casos que envolvem a atuação do Poder Judiciário no controle políticas de saúde talvez sejam os mais comuns Brasil afora. São cada dia mais frequentes as demandas que envolvem, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou a realização de procedimentos cirúrgicos após decisão judicial.

De forma didática, Valle (2009:125), nos ensina que,

No campo das ações de saúde, duas hipóteses distintas se apresentam ao conhecimento dos Tribunais Superiores. A primeira delas é aquela em que, pela natureza da demanda ou pelo conteúdo do provimento que se discute, o tema do direito à saúde se vê apresentado na sua matriz *coletiva*, a saber, a exigir uma atuação de cunho universal e equânime em favor de um determinado segmento identificado ou identificável de pessoas; ou ainda, a retificação das ações públicas relacionadas à superação de uma deficiência nas suas estruturas de atendimento a um determinado tipo de serviço. A segunda hipótese, distinta, é aquela em que a matéria dos limites e possibilidades de controle jurisdicional da garantia constitucional de um direito à saúde se apresentada vazada numa *demand individual*, em que a partir da afirmação da inexistência ou insuficiência das políticas públicas de saúde se pretende uma prestação individual, em nome do argumento da proteção à vida ou à dignidade da pessoa humana.

Todo esse conjunto de situação tem permitido ao Judiciário se debruçar sobre várias questões que envolvem não só o direito à saúde, como também a definição de políticas públicas e a definição de orçamento para sua execução.

Como ainda não há parâmetros bem definidos para a atuação dos juízes em questões que tocam o fornecimento de medicamentos, o que se tem notado é um certo exagero em todo território nacional, com decisões que asseguram o fornecimento de florais de Bach, remédios contra impotência, desconsiderando o fato de que esses casos representam dramas humanos, mas não necessariamente se tratam de ofensas ao direito à saúde (Valle, 2009:139).

Também não são raros os casos em que juízes determinam ao administrado público que garanta orçamento no ano seguinte para a aquisição de equipamentos para hospitais, laboratórios ou contratação de equipes médicas. Estaríamos aqui diante de um caso de ofensa

ao princípio da separação dos poderes, na medida em que cabe ao Executivo a definição da peça orçamentária a ser votada pelo Legislativo.

Fato é que essa realidade preocupa os gestores públicos e também os magistrados, sendo importante e relevante a iniciativa do Supremo Tribunal Federal de promover audiências públicas sobre o tema da judicialização da saúde, que reuniram mais de trinta especialistas no tema, de variadas áreas de conhecimento. Espera-se assim, que haja pelos menos um estabelecimento de critérios para atuação dos juízes, de modo a garantir o direito à saúde e não ofender as prerrogativas constitucionais dos demais poderes.

4.3) A interferência dos juízes e promotores na Política de Assistência Social

Cada vez mais frequente é a atuação, muitas vezes de forma indevida, de magistrados de membros do Ministério Público na Política de Assistência Social, naquilo que ficou conhecido, a nosso ver de maneira equivocada, como judicialização da assistência.

Após a consolidação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), nos últimos dez anos, principalmente, ocorreu um crescimento de equipes profissionais que atuam na área em praticamente todos os municípios brasileiros, com a função básica de atuar nos diversos equipamentos públicos que executam a política. Esses profissionais são requisitados, cada vez mais, a atuarem como auxiliares do Poder Judiciário, que não detém equipes em todas as localidades para suprir suas carências.

Dessa forma, são comuns as requisições feitas por juízes e promotores para que assistentes sociais e psicólogos desempenhem tarefas que deveriam ser de competência das equipes do Judiciário ou do Ministério Público. O problema maior decorre do fato de que juízes e promotores, imbuídos de uma ideia de superioridade, emitem ordens para cumprimento em prazo curto, sob pena de sanções, inclusive com ameaças de prisão, o que não dá outra alternativa aos profissionais.

Essa situação gera uma série de problemas que poderiam ser evitados, caso houvesse uma postura de diálogo e também de prévio conhecimento pelos membros do Judiciário das atribuições dos profissionais de Serviço Social e Psicologia e também do SUAS. Não são raros os casos em que há determinação, por exemplo, de estudos e elaboração de relatórios de situações que envolvem a política de Saúde e não a de Assistência, apenas a título exemplificativo.

Destarte, surge aqui uma realidade com a qual devemos nos deparar nos próximos anos e que merece uma atenção maior dos gestores públicos e também dos integrantes do Poder Judiciário. Até que ponto as equipes do Poder Executivo devem suprir a carência do sistema de justiça? Com uma carga de trabalho excessiva em razão da ampliação do SUAS, devem os profissionais desse importante sistema público deixar de lado suas funções para cumprir uma determinação de um promotor?

5) CONCLUSÃO

Vimos ao longo do trabalho que são inúmeras as discussões que advêm da intervenção, cada vez mais comum, do Judiciário nos campos de atuação dos demais poderes. De igual maneira, consideramos que esse crescimento exagerado da atuação dos juízes em outras funções pode ter consequências graves para a democracia, carecendo, portanto, de limites e controle judicial de políticas públicas.

No atual modelo de Estado em que vivemos, com a supremacia das regras constitucionais, é preciso que haja o respeito às regras para o exercício democrático. Dessa forma, de modo a nos auxiliar nas conclusões do trabalho, citamos uma vez mais Barroso (2009:390)

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Portanto, à guisa de conclusão, entendemos que o Judiciário tem papel fundamental na consolidação de um Estado Democrático e no Brasil não pode ser diferente. Nossa recente tradição democrática faz com que necessitemos de um aparato institucional cada vez mais fortalecido para garantia de direitos, mormente para a população que deles mais precisa.

Ademais, todo o histórico recente de desmonte do Estado, no trágico período neoliberal nos leva a buscar, a cada dia, um fortalecimento dos entes públicos como indutores de políticas, de modo a suprir as carências mais básicas da sociedade.

Por tudo isso, cremos que o Judiciário pode sim ser um caminho, desde que respeitados os parâmetros constitucionais e que sempre se busque uma solução que privilegie o diálogo e uma saída que fortalece os poderes.

Analisando-se por outro prisma, urgente se faz pensar em mecanismos de melhoria da formação jurídica em nosso país, de modo a que os operadores do Direito estejam cada vez mais voltados para uma visão de mundo que não pense apenas no conflito mas também tenha condições de vislumbrar as possibilidades que os outros ramos do conhecimento fornecem para a solução das controvérsias.

6) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. **A reforma do ensino jurídico: um balanço crítico.** Porto Alegre: Síntese, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELET, A. L. F. (Org.). **As novas faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JusPodivm, 2013. p. 225-270.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história.** São Paulo: Cortez, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil.** Salvador: JusPodivm, 2010.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DE PAULA, Daniel Gotti. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELET, A. L. F. (Org.). **As novas faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JusPodivm, 2013. p. 271-312.
- FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Nos limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 111-158.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HIRSCHL, Ran. A Judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política.** São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 27-62.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e Mudança Social.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- MATTOSO, Jorge. O Brasil herdado. In: SADER, Emir (Org.). **Brasil entre o passado e o futuro**. São Paulo: Boitempo/Fundação Perseu Abramo, 2010. p. 31-55.
- NALINI, José Renato. O ensino da justiça (ou a renovação da docência jurídica). In: CERQUEIRA, Daniel Torres de (Org.). **180 anos do Ensino Jurídico no Brasil**. Campinas: Millennium, 2008. p. 283-294.
- NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política: uma introdução crítica**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- POCHMANN, Marcio. Políticas Públicas e situação social na primeira década do século XXI. In: SADER, Emir (Org.). **Dez anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma**. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 145-156.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARMENTO, Daniel. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELET, A. L. F. (Org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 73-113.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências Públicas e Ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- VALLINDER, Torbjörn. A Judicialização da Política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15-26.
- VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck. A Judicialização da Política. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 207-214.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.