

A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

THE POLITICIZATION OF THE JUDICIARY AND THE JUDICIALIZATION OF POLICY

Willian Moreira Araújo¹

Ana Carolina Soares Duarte²

RESUMO

O Poder Judiciário tem sido um dos protagonistas da democracia o que lhe ocasiona o exercício de um papel político, daí falar-se em politização do Judiciário e judicialização da política. Neste contexto, desenvolve-se o fenômeno do ativismo judicial. O artigo tem o propósito de identificar as possíveis causas desse ativismo, podendo-se observar, segundo doutrina brasileira, o modelo de Estado e de Constituição; a base doutrinária do neoconstitucionalismo; a crise político-institucional e seus rebatimentos no Poder Judiciário; bem como o desempenho pelo Supremo Tribunal Federal de atividade legiferante.

Palavras-Chave: Poder judiciário; ativismo judicial; controle judicial de políticas públicas.

ABSTRACT

The Judiciary Power has been one of the protagonists of democracy, which makes it exercise a political role, hence the talk of politicization of the Judiciary and judicialization of politics. In this context, the phenomenon of judicial activism develops. The article aims to identify the possible causes of this activism, considering, according to Brazilian doctrine, the State and Constitution model; the doctrinal basis of neoconstitucionalismo; the political-institutional crisis and its repercussions on the Judiciary; as well as the performance by the Supreme Court of normative activity.

Keywords: Judiciary; judicial activism; judicial control of public policies.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Sociesc – UNISOCIESC, Joinville/SC, Brasil. E – mail: willianmoreira523@gmail.com.

² Professora Orientadora. Graduada em Direito pela Unisociesc (2014) e Pedagogia pela Universidade Federal do Paraná (2003). Especialista em Organização do Trabalho Pedagógico pela Universidade Federal do Paraná (2005). Mestra em Educação pela Universidade Federal do Paraná (2007). Professora de graduação presencial Professora Orientadora. Graduada em Direito pela Unisociesc (2014) e Pedagogia pela Universidade Federal do Paraná (2003). Especialista em Organização do Trabalho Pedagógico pela Universidade Federal do Paraná (2005). Mestra em Educação pela Universidade Federal do Paraná (2007). Professora de graduação presencial na UNISOCIESC – Joinville e online na Ânima Digital. Oficial da Infância e da Juventude (TJ/SC). E-mail: anaduarte@tjsc.jus.br.

INTRODUÇÃO

O artigo possui o objetivo de analisar as decisões judiciais que possuem caráter político-ideológico, com exemplos concretos vivenciados pela sociedade, mais especificamente no Brasil; compreender o papel dos poderes constituídos no Brasil; analisar o papel do judiciário à luz da mora do poder legislativo em temas difíceis e por derradeiro, compreender o processo de judicialização da política e politização da justiça.

Nos últimos anos, o Brasil tem sofrido graves riscos à democracia e à separação dos poderes com decisões arbitrárias e politizadas pelo Poder Judiciário, mais, especificamente, pelo seu órgão de cúpula que é o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um trabalho que analisa as decisões do Poder Judiciário de natureza político-partidária. Além mais, o Supremo Tribunal Federal também tem tomado decisões de cunho político-legislativo, ocupando o lugar do Poder Legislativo de legislar no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a judicialização da política é um tema/instituto em intenso crescimento no judiciário brasileiro. No âmbito acadêmico, justifica-se, pois, tais decisões da Suprema Corte devem ser alvo de críticas especializadas, principalmente, com o intuito de fortalecimento das instituições democráticas, além de agregar na busca pelo conhecimento de futuros acadêmicos das mais diversas áreas.

Analisar-se-á então que se deve estudar a questão sob o prisma teórico e atual, com utilização da bibliografia disponível sobre o tema e sobre as questões derivadas, anteriores ou que circundam a mesma. O verdadeiro papel e propósito do Poder Judiciário em um estado democrático de direito é essencial para que seja explicada a teoria da tripartição dos poderes e, conseqüentemente, o tema deste trabalho.

Analisa-se, então, que o estudo se concentra no referencial teórico. Assim, a primeira e primordial intenção foi estudar e compreender o processo de politização do Judiciário, estudando para isso e anteriormente, questões e aspectos essenciais do Poder Judiciário, das normas constitucionais, dos Direitos Fundamentais, da Democracia, dos três poderes, do Acesso à Justiça, etc.

1 A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES DA REPÚBLICA NA CF/88

Atualmente por tradição as funções atribuídas ao Estado são tripartidas em: Administrativa, Legislativa e Judiciária. Todavia para que se atingisse tal divisão de funcionamento estatal, houve significativas mudanças não somente no plano histórico-social, como também no político. Aristóteles já atribuía dentro do complexo estatal três categorias de atividades, classificadas em Executiva, Deliberante e Judiciária. Durante muitas décadas, essas três funções ou atividades ficaram concentradas na figura do Monarca, que as delegava aos seus súditos segundo seu único e livre arbítrio. Vários autores como John Locke e Rousseau, conceberam diferentes doutrinas a respeito da separação dos poderes. Já a divisão clássica do exercício do poder do Estado enquanto função foi concebida por Montesquieu, que aprofundou a análise da questão, tornando possível a incorporação de sua teoria ao Estado Constitucionalista Moderno. Dentro desta teoria, como já foi dito, estavam compreendidos os exercícios do poder enquanto função, a previsão da correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica da atividade estatal.

Divididas tais funções, a cada uma foi atribuído um “poder” diverso e específico, por exemplo: ao Poder executivo coube a função de administrar; ao Poder Legislativo a função de legislar; e ao Poder Judiciário coube a função jurisdicional. Restringindo, em um primeiro plano, a cada função exercer de maneira exclusiva a atividade que lhe fora atribuída. Desta maneira, por exemplo, não era permitido ao Poder Legislativo, inferir em questões que fossem concernentes ao Poder Judiciário, e vice-versa. Posta em prática tal teoria, constatou-se sua inviabilidade, visto que essa restrição no exercício da função prejudicava de maneira consubstancial o bom andamento dos três poderes.

A doutrina da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, não conseguiu então, ocultar que o poder do Estado é soberano, é uno, ou seja, todas as manifestações de vontade por eles emanadas, dizem respeito a um querer único, implicando que o exercício de funções rigorosamente diferenciadas não teria êxito. Estabelecido o Estado Moderno e conseqüentemente as normas de conduta que o norteiam, atribuiu-se a cada “poder” uma função que deveria ser exercida prevalentemente por cada um. Ao poder Executivo coube a função administrativa, cujo conteúdo envolve várias faculdades e prerrogativas. Silva (2001, p.542) o classifica como sendo “um órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de Estado, de governo e de administração.”

Ao poder Legislativo coube constituir o ordenamento jurídico do Estado, conseqüentemente aperfeiçoá-lo e inová-lo, elaborar as leis reguladoras das condutas dos indivíduos que tutelam seus interesses e garantidoras da paz social. Ao Poder Judiciário coube a função jurisdicional, que tem por escopo magno a Pacificação: “O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce” (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2002, p.24).

A função jurisdicional é a que atua nos casos concretos de violação de uma lei ou que se pretenda que o tenha sido, tendo em vista a aplicação da norma jurídica a uma hipótese de conflito, mediante regular processo. Encarregada da tarefa de distribuir justiça aplicando o direito aos casos concretos exerce esta função e também outras tarefas de caráter administrativo, especialmente quanto a organização e funcionamento de seus próprios serviços. Caracteriza-se, porém, pela aplicação contenciosa da lei e pela imutabilidade da decisão que produz. Esta última característica resulta do caráter de coisa julgada de que se reveste a decisão, quando esgotados os recursos cabíveis. (TRUJILLO, 1996, p.28). A função executiva também tem por objetivo a pacificação social, mediante a realização do bem comum. O que as diferencia é o caráter, primordialmente, substitutivo da função jurisdicional.

Portanto, é através da Jurisdição que o Estado chama para si a responsabilidade de, imparcialmente, solucionar um conflito estabelecido entre as partes, buscando a pacificação entre os mesmos. O Estado agindo desta forma se substitui aos titulares, cabendo a ele exclusivamente, com justiça, dirimir o conflito. Chiovenda (1965, p.4) se refere a Jurisdição como sendo uma função do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei, ou seja, o direito material já foi suficiente para impor direitos e deveres aos cidadãos, impedindo que se faça justiça com as próprias mãos (autotutela), cabendo ao juiz declarar o direito inerente as partes, com caráter substitutivo. Ocorre a substituição da atividade privada para uma atividade pública, sendo o juiz o mediador dessa substituição.

O Estado exerce essa função através do processo devidamente estruturado, ou seja, garantindo o devido processo legal, mediante a provocação das partes. É de extrema importância ressaltar que a atividade jurisdicional não se confunde com atividade judicial, porque a última é o gênero, do qual a atividade jurisdicional, assim como as atividades atípicas do Poder Judiciário são espécies. O Poder Judiciário, enquanto poder autônomo e independente, com estrutura administrativa própria e

serviços definidos, tem a seu cargo a prática de atos jurisdicionais e atos de caráter meramente administrativo. O juiz exerce atividade atípica ou secundária, no papel de administrador público, quando pratica atos correcionais, nomeações, demissões, contratações, promoções, licitações, sendo estas atividades equiparadas as de qualquer outro agente público, porque não vislumbram as particularidades da atribuição típica jurisdicional.

2 A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário é um dos poderes da República, segundo a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu³. Nesse sentido, a sua função típica é de dizer o direito, ou seja, exercer a jurisdição com imparcialidade ao tomar uma decisão em uma lide de maneira justa. Na maioria das repúblicas e nas monarquias em que o judiciário é independente adota-se o princípio da inércia de jurisdição, isto é, é necessário que haja provocação da parte lesada para que o juiz analise e julgue a sua causa. José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p.254), renomado constitucionalista português, diz que a politização do poder judiciário acontece quando o Poder Judiciário exerce “poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas”, mostrando ser um “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade”.

Observar-se-á adiante que o Poder Judiciário, enquanto poder autônomo e independente, com estrutura administrativa própria e serviços definidos, tem a seu cargo a prática de atos jurisdicionais e atos de caráter meramente administrativo. Assim, o juiz exerce atividade atípica ou secundária, no papel de administrador público, quando pratica atos correcionais, nomeações, demissões, contratações, promoções, licitações, sendo estas atividades equiparadas as de qualquer outro agente público, porque não vislumbram as particularidades da atribuição típica jurisdicional. Desde já é necessário adiantar-se que a jurisdição não se exerce apenas em face de litígios. Rotineiramente a jurisdição é aplicada pelo estado para dirimir um

³ Teoria da Tripartição dos Poderes: Montesquieu propôs a divisão dos três poderes em: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Montesquieu foi um dos principais filósofos responsáveis pela teoria dos Três Poderes. Desde a Antiguidade, vários filósofos e pensadores se desdobram nas formas de organização do poder político. O referido pensador francês aborda um meio de reformulação das instituições políticas através da chamada “teoria dos três poderes”. Segundo tal hipótese, a divisão tripartite poderia se colocar como uma solução frente aos desmandos comumente observados no regime absolutista.

conflito instalado entre as partes, fazendo-se substituir para que imparcialmente de uma solução justa a contenda. Ocorre que algumas pretensões, nas quais irá se manifestar o órgão jurisdicional, não serão oriundas de um conflito, mas sim de um acordo entre as partes, instalando-se aí um dos pontos mais controvertidos desta matéria.

A lide por si só pressupõe a existência de dois sujeitos, um passivo e um ativo. O sujeito ativo é aquele que, formulando uma pretensão tutelada pelo direito, provoca a jurisdição contra ou em relação ao sujeito passivo, a fim de que o órgão jurisdicional atue. Conclui-se então a partir daí que uma das características da jurisdição contenciosa é a existência de partes. Depois de instalada a lide, as partes ficam submetidas a jurisdição, cabendo ao sujeito passivo, no caso o réu, em querendo, defender-se e contradizer a pretensão do autor. Daí nasce a segunda característica da jurisdição contenciosa a possibilidade do contraditório.

Verificada essa finalidade da função jurisdicional de promover a paz entre as partes, o Estado através da figura do Juiz, profere decisão definitiva, que deverá pôr fim a lide. Esta decisão, uma vez transitada em julgado, se torna imutável e irrevogável, esgotando assim a função jurisdicional, produzindo a coisa julgada, que é outra característica da jurisdição contenciosa. Como já foi dito a jurisdição não se faz somente em face de litígios, e é aí que nasce a figura da jurisdição voluntária. Enquanto a Jurisdição contenciosa busca a composição de conflito de interesses, a jurisdição voluntária trata de interesses onde não é estabelecido um conflito.

Modernamente, tende-se a considerar jurisdicional também a jurisdição voluntária, como observa Carnelutti (1950, p.48):

O estudo comparativo da jurisdição voluntária e da jurisdição contenciosa não só reforçou a opinião de que também aquela é verdadeira e própria jurisdição, mas também apontou para a presença ou ausência de lide e, portanto, para a presença de duas partes ou de apenas uma (ou melhor, de dois interesses ou de um interesse único) como caráter diferencial entre uma e outra espécie de jurisdição. Reconheceu-se, assim, que pode haver processo civil sem lide e, pois, com uma só parte (em sentido "material"); e, assim como a jurisdição, dividiu-se o processo em "contencioso" e "voluntário".

Entende-se que o processo voluntário, portanto, não é mais considerada uma forma processual anormal, mas como um dos dois tipos de processo civil. Portanto, o Poder Judiciário se encarrega da responsabilidade de solucionar, pôr fim, aos conflitos

de interesse entre as partes litigantes, tendo como instrumento de conclusão da obtenção de tal pretensão a sentença.

Talvez por esse motivo, por essa definição, o processo muitas vezes esteve atrelado a definição de simplesmente a soma de atos processuais, que na verdade são os procedimentos. Com o desenvolver da história, Bülow (2005) introduziu no sistema a Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias, o que foi um marco para o direito processual. Nesta teoria Bülow percebeu que dentro do processo, além dos atos processuais que fazem o corpo deste, há uma relação existente entre as partes nele envolvidas. Desde então essa noção de processo vem sendo adotada, cabendo a definição de procedimento apenas como uma formalidade, não passando da coordenação dos atos que acontecem dentro do processo.

Quanto à responsabilidade, avalia-se que o dolo e a culpa do magistrado estão baseados na responsabilidade pessoal do Juiz. Assim o juiz só responde ao provocar o dano, por ação dolosa ou fraudulenta, ou quando omite, retarda ou recusa providencia processual necessária. O sistema da responsabilidade por dano jurisdicional adotado pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 133, determina que a responsabilidade está restrita a termos pessoais, configurando hipóteses distintas, sendo o inciso I referente ao dolo e o inciso II diz respeito a culpa pela negligência e contempla a hipótese de denegação de justiça. No primeiro caso, há também a responsabilidade penal, pois, o juiz comete atos ilícitos na intenção de causar prejuízos.

Pode-se considerar correta a responsabilização pessoal do juiz quando age ilicitamente com dolo (fraude) ou culpa. É também certo que a responsabilidade exclusiva pessoal é ineficaz na prática, devido a enorme dificuldade que as vítimas encontram para comprovar a existência do ato ilícito, acarretando uma irresponsabilidade quase que completa. Todavia, o agente público, quando exerce suas atividades, não o faz para realizar sua vontade pessoal, mas sim para cumprir algum dever que lhe é imposto pelo direito. Portanto é o Estado que se coloca sob a ordem jurídica, nos mais diferentes aspectos de sua atividade, devendo ser o responsável pelos danos ocasionados pelos comportamentos e seus agentes.

Assim, admitir a exclusiva responsabilidade pessoal do juiz é na realidade, aceitar que o ato jurisdicional danoso não gera a responsabilidade, seja do Estado, ou mesmo do juiz, porque além da difícil comprovação do dolo ou culpa, a impugnação

pela parte prejudicada no prazo devido, pode provocar uma indisposição com o juiz, antes que seja prolatada a sentença.

Na hipótese e culpa por negligência (inciso II, art. 133, CPC), da mesma forma é sempre mais fácil para o juiz alegar justo motivo pelo não cumprimento do dever, que a prova em contrário pela parte. Resumindo, o que é importante ressaltar é que em face do art. 37, § 6º da Constituição Federal⁴ a responsabilidade do Estado pode existir, ainda que não exista responsabilidade do Juiz, pois o Poder Público responde pela lesão a direito de outrem, provocada pela conduta de seus agentes, desde que estes tenham atuado nessa qualidade. Sendo o ato do juiz um ato estatal, deve o Estado responder pelos danos daí provenientes, apurando-se a responsabilidade do magistrado em um segundo momento.

Segundo a corrente⁵ da irresponsabilidade pautada na soberania do Poder Judiciário, o Estado, ao atribuir as funções e prerrogativas de referido Poder, estaria transferindo-lhe consecutivamente suas prerrogativas indevassáveis. Além disso, ao assumir a administração da justiça, o Judiciário o faz em nome do Estado, e assim tem assegurada a intocabilidade pelos atos praticados nesse plano, pois representa o Judiciário, nesse momento, o próprio Estado.

O Judiciário ficaria assim, por seus atos, colocado em uma condição supra legem, sendo intocável no exercício de sua função jurisdicional. Este argumento é uma falácia de autoridade, estando atualmente ultrapassado. Utiliza-se o escudo da soberania interna do Estado para contrastar e confrontar com o direito do jurisdicionado a indenização. Como a soberania é intocável, ela seria um campo de força que, envolvendo o corpo judiciário, o protegeria dos ataques dos cidadãos, pois o referido poder, no exercício de suas funções, estaria imbuído na própria força soberana do Estado.

A soberania é um atributo da pessoa jurídica do Estado, apenas o Estado é soberano como um todo, como entidade titular do grau máximo do poder político, tal soberania propõe unicidade de poder de mando, sendo indivisível e inalienável. Desta feita, a divisão do poder negaria a própria soberania do Estado. Convém ressaltar, que se a palavra “Poder” fosse utilizada com o sentido de soberania, o Poder Executivo, seria tão soberano quanto o Judiciário; porém é pacífica a responsabilidade

⁴ Brasil, Constituição Federal, [s.p.].

⁵ Defendem essa corrente estudiosos como Di Pietro (2003), Gasparini (2004), Fachin (2001), dentre outros.

estatal pelo ato administrativo danoso, nos termos constitucionais. Além do mais, a soberania é do Estado, isto é, uma entidade que representa os interesses do povo, este que também é um dos três elementos que compõem o próprio Estado. Na realidade não existe antinomia entre a responsabilidade do Estado e a sua soberania.

Observa-se que sendo o magistrado um ser humano, por conseguinte sujeito a falibilidade, haverá de se conformar o jurisdicionado com os eventuais desacertos nas decisões proferidas. Sustentam ainda, que a falibilidade do juiz é um risco que deve ser assumido pelo jurisdicionado, e ponderam que tornar o juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pode tolerar. De fato, todos os magistrados enquanto seres humanos estão sujeitos a erros e acertos, entretanto a falibilidade por ser uma característica humana, atinge a todos indistintamente, nas mais diversas atividades ou funções. Assim, não se trata de uma especificidade do juiz, e na ótica da teoria do risco⁶, a falibilidade do juiz por ser imprevisível e inevitável, pode produzir danos a terceiros, ensejando a responsabilidade objetiva do Estado. Ao aceitar a teoria da falibilidade, concorda-se com a ideia de que o jurisdicionado deve assumir os prejuízos decorrentes das possíveis falhas dos juízes, porque os homens são naturalmente falíveis. Não há justificativa moral ou judiciária para tal doutrina, podendo no máximo ser aceita a excludente de responsabilidade pessoal do juiz, quando não atuasse com dolo ou culpa, porém permaneceria a responsabilidade do Estado.

Os seguidores da teoria da irresponsabilidade do Estado pelo risco do serviço público assumido adotam no sentido de que, tendo os jurisdicionados se subordinado enquanto cidadãos a própria concepção e organização do Estado, passam a assumir pelos eventuais riscos ocorridos no exercício de suas funções. Consideram que o Estado, com sua atuação voltada para o bem comum da coletividade, não visa causar dano ao administrado/jurisdicionado, pelo que eventuais defeitos do sistema ou da própria atividade judiciária terão que ser suportados pelo jurisdicionado, que assumiu tal risco ao aderir ao próprio funcionamento do Estado.

Ficaria, assim, exonerado o Estado do dever reparatório decorrente de falhas na administração da justiça. Propõe os adeptos da teoria uma verdadeira compensação a que se sujeitaria o administrado da justiça em prol do Estado, pois eventuais vícios e prejuízos decorrentes da busca do bem comum seriam

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8 ed. São Paulo, Atlas, 1997.

compensados pelos acertos promovidos, enquanto regra geral de funcionamento do sistema. Assim, esta teoria proclama a presunção de inocência do Estado, somente restando ao jurisdicionado conformar-se com os danos que viesse a sofrer. Pelo exposto, verifica-se o total despropósito desses argumentos, que indicam um retrocesso em matéria de responsabilidade estatal, contrariando a teoria do risco gerado pelas atividades que desenvolve o Estado.

Parte da doutrina e principalmente a jurisprudência nacional sustentam que a ausência de texto legal expresso impede a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais. O Supremo Tribunal Federal externou reiteradas vezes o entendimento de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porque a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Hodiernamente, talvez este seja o principal fundamento em que se apoia a jurisprudência pátria, quando sustenta a irresponsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional danoso. Reconhece como exceção, apenas a responsabilidade estatal perante o erro judiciário penal. A ausência de texto legal para caracterizar a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais não impede seu dever de reparar, pois a Constituição traz um princípio geral de responsabilidade previsto no artigo 37, § 6º, aplicável a qualquer ato ou omissão operados por quaisquer dos três poderes da União, sendo, portanto, dispensável a previsão legal.

O Judiciário enquanto parte integrante e responsável pela garantia de efetividade do Direito estatal, não pode ele fugir, devendo ser responsabilizado por dano a direito de terceiros, que decorram de sua atividade primária. Negar a responsabilidade do Estado em face do ato jurisdicional danoso é fugir da realidade e esquecer-se dos avanços na dogmática jurídica, que a sociedade moderna impõe, posto que o direito é dinâmico, devendo acompanhar a evolução constante das relações sociais e os seus reclamados, de modo que se a lei não as acompanha, cabe ao interprete adequá-las as novas situações.

O fundamento da responsabilidade Estatal está, como já foi dito, nos princípios do Estado Democrático de Direito, pois o Estado, tem o dever de reparar os danos causados aos jurisdicionados pela sua atividade danosa. Esses danos podem se originar de atos ilícitos praticados durante a prestação jurisdicional, comissivos ou omissivos, infringindo o dever de legalidade, bem como podem advir de atos lícitos, quando o ato praticado, também comissivo o omissivo, causar prejuízo anormal e

especial, acarretando uma desigualdade ao jurisdicionado, fundado no princípio da igualdade dos encargos públicos perante o Estado.

Essa responsabilidade, por ser objetiva, não importa afirmar que qualquer decisão que desagrade as partes atribua-lhes o direito de socorrerem-se do Judiciário para pleitear eventual indenização. Contida é a responsabilidade a ensejar a condenação as hipóteses em que o ato jurisdicional ou omissão estejam estreitamente ligados ao dano causado em decorrência da atuação do Estado.

Sob o aspecto do direito objetivo, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais enquadra-se na regra constitucional do art. 37, § 6º, lembrando-se que a atividade jurisdicional pode ser encarada como serviço público do Estado. Enquanto o juiz, como operador deste serviço é agente público que age em nome do Estado, sujeito a responsabilidade pessoal regressiva. Assim no mesmo dispositivo constitucional referido acima repousam a responsabilidade do Estado por atos imputáveis ao juiz e por defeitos no serviço judiciário, cabendo a obrigação do Estado de reparar os erros judiciários. Provando o dano e o nexos causal entre este e o órgão judiciário, o Estado deve responder pelos prejuízos causados, baseando-se a responsabilidade do Poder Público, ora na culpa administrativa, que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelho judiciário. Só não haverá reparação nos casos de causas excludentes de responsabilidade.

Entende-se que o Direito impôs importantes princípios, demonstrando-se um verdadeiro meio de pacificação social mediante as leis que produz e os meios que emprega para garantir a ordem. Tem-se assim, que o objetivo primordial do Direito é ser o regulador da vida em sociedade e, nesse sentido, trabalham o legislativo e o judiciário principalmente. Vê-se assim a importância do Poder Judiciário, um dos três poderes estatais, que edifica a soberania, a paz, a Constituição, o equilíbrio de forças, e a própria democracia.

Essencial se torna, pois, para os estudiosos e acadêmicos, entender a real dimensão do Judiciário, frente às condições políticas, econômicas, sociais e globais envolvidas e influentes no dia a dia dos cidadãos. De forma que a discussão sobre o Judiciário é de fato um debate bastante sério, uma vez que se visa a sua reforma, para melhor acompanhar as necessidades atuais encontradas pelo país, que faz parte da globalização e exigem, também por isso, mais celeridade e uniformidade de entendimentos.

Urge, pois, que se compreenda que para o aprimoramento institucional brasileiro é importante o apoio e o respeito aos ditames do Judiciário, que é o agente regulador e não deve perder seu poder e sua igualdade diante dos demais poderes, se é que o que se busca é o Estado de Direito, de forma que o fim da sociedade deve ser o Direito, sem o qual não há regramento e sem o qual não há limitações para o poder do Estado sobre os indivíduos, o que o permitiria livremente exorbitar de seus poderes, produzindo o mal da sociedade. Assim, além das garantias referentes aos magistrados, elencou a nossa Constituição Federal alguns preceitos que tem como intento preservar a independência e a autonomia do Judiciário enquanto um poder. A primeira garantia do Judiciário a ser observada é autonomia administrativa, que representa a possibilidade que o Judiciário possui de auto-organizar seus serviços, como prover secretarias, concursos e outras funções correlatas. Outra garantia a ser ressaltada é a da autonomia financeira, sendo referente à capacidade que o judiciário possui de elaborar seu orçamento próprio.

O juiz é possuidor de total independência no desempenho de suas funções, podendo agir de acordo com suas decisões particulares, desde que obedecidas as exigências da lei, pois é dotado de total independência funcional, não sendo obrigado a se justificar nem perante seus superiores. Com a intenção de assegurar essa independência aos magistrados são definidas na Constituição Federal três garantias a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios⁷.

O juiz é submetido a algumas restrições para ser imparcial no desempenho de sua profissão, pois ao magistrado é vedado exercer mesmo se tiver disponibilidade de tempo, outro cargo ou função, salvo a função de magistério. Sendo vedado ainda o recebimento de honorários referentes ao processo, ou dedicar-se a qualquer atividade político-partidária. É evidente que essas vedações têm por escopo preservar sua imparcialidade no exercício da profissão.

⁷ Vitaliciedade: após dois anos de exercício de profissão efetiva, o juiz não pode após esse período perder seu cargo, senão por proposta do tribunal a que estiver vinculado, adotado pelo voto de dois terços de seus membros efetivos e, nos demais casos após sentença transitada em julgado; Inamovibilidade: consiste no direito de permanência do juiz para o cargo que foi nomeado, a regra se baseia na não hipótese de remoção, ou se esta vier a acontecer somente quando for aceita pelo magistrado. Essa remoção também pode acontecer por meio de interesse público, tendo que ser aprovada por pelo menos dois terços dos membros efetivos do tribunal, contudo, é assegurado ao juiz o direito de defesa; Irredutibilidade: os subsídios dos magistrados não podem ser reduzidos pelo executivo, nem pelo legislativo e nem pelo judiciário. Garantindo ao juiz uma total independência para desenvolverem suas funções com total liberdade.

O Judiciário é norteado por determinados princípios constitucionais que determinam sua independência perante os demais poderes da União. O primeiro deles trata-se do princípio da indivisibilidade, onde é permitido aos membros do Judiciário se substituírem sem acarretar prejuízo para o desencadeamento do trabalho, pois a substituição será apenas de um membro e não do poder judiciário. O princípio da unidade compreende a capacidade que a decisão de um membro do poder judiciário ser válida em todo o território nacional, não podendo ser contrariada, uma vez que o poder judiciário é uno. A independência funcional é o terceiro e último princípio que aparece na Constituição Federal, onde está expressa a independência do poder judiciário, pois significa que os membros do judiciário possuem total liberdade para tomarem as atitudes que lhe parecerem mais apropriadas para determinadas situações, claro que observados os limites legais.

Daí a importância do Judiciário para a devida aplicação do direito na regulação das atividades sociais e na construção e manutenção do Estado Democrático de Direito. Assim:

"Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito" (CANOTILHO, 1999, p. 11)

E segundo importante lição de Martinez (2006), são seus principais elementos:

a) império da lei: quer dizer que a lei deve ser imposta a todos, a começar do Estado – o Estado tem personalidade jurídica e por isso é objeto do Direito que ele próprio produz;

b) separação dos poderes: significa que o Poder Executivo não pode anular o Poder Legislativo, além do que deve ser acompanhado e julgado pelo Poder Judiciário – trata-se de assegurar a interdependência dos poderes por meio da aplicação do sistema de freios e contrapesos;

c) prevalência dos direitos individuais fundamentais: refere-se notadamente aos direitos individuais, até os anos 20 do século XX, porque somente nesse período é que entraram em cena os direitos sociais e coletivos.

Assim entende Pinheiro (2005), de que a morosidade causa a diminuição de investimentos, a restrição ao crédito e o aumento de custo das operações de crédito. E prossegue a autora:

A agilidade do judiciário é considerada ruim ou péssima para 91% dos empresários brasileiros e para 45% dos próprios magistrados. A melhoria do ambiente de negócios no Brasil exige o aprimoramento do sistema judicial. A reforma do Judiciário é importante para o fortalecimento das relações econômicas, comerciais e financeiras do País. A morosidade da Justiça é perceptível diante das altas taxas de congestionamento. A morosidade e a taxa de congestionamento decorrem da alta litigiosidade. A litigiosidade média é de 10,20 habitantes por processo. A alta litigiosidade não significa acesso amplo à Justiça, mas do fato de poucas pessoas ou instituições utilizar demais o Poder Judiciário. A maior parte da população está afastada dos mecanismos formais de resolução de conflitos. (PINHEIRO, 2005).⁸

Pinheiro (2005) aponta como consequências dessa crise: a) dificuldade de recuperação de crédito; e b) o alto custo do Poder Judiciário. E acrescenta que a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões atuam na linha inversa do desenvolvimento nacional: desestimulam investimentos; estimulam a inadimplência; geram impunidade; comprometem a credibilidade da democracia. Os cidadãos querem e precisam de um sistema legal e judicial capaz de servir à nação. Em um passo importante contra a morosidade, a Lei nº 11.232, de 22 dez. 2005, cria a fase de cumprimento das sentenças no próprio processo de conhecimento e extingue o processo de execução fundada em título judicial. O processo de execução passará a destinar-se exclusivamente aos títulos extrajudiciais (contratos, títulos de crédito, etc). Os bancos representam 39% dos credores no processo de execução. (PINHEIRO, 2005).

A principal função do Poder Judiciário é, no entanto, administrar a justiça e ser guardião da Constituição com o intuito de preservar princípios fundamentais como o da legalidade e igualdade, sem os quais os demais poderes se tornariam vazios. Não se consegue definir um Estado Democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião da lei. Certamente essa citada morosidade da Justiça, teria diversos fatores como possíveis ou determinantes causas, mas há que se levar em conta também o modo como funcionam as coisas no país, os procedimentos, a burocracia, o excesso de leis e normas, de obstáculos, etc.

3 A ORIGEM DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

⁸ PINHEIRO, Aline. Estudo mostra impacto da ação do Judiciário na economia. Revista Consultor Jurídico, 2 de dezembro de 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-dez-02/estudo_mostra_impacto_acao_judiciario_economia. Acesso em maio de 2021 [s. p.].

Cumprir destacar, que o Supremo Tribunal Federal é uma corte híbrida, pois nela se encontra competências próprias de cortes constitucionais com outras mais similares às de instância superior do Poder Judiciário.

Autores como Bahia (2003, p. 303) explicam que “o primeiro paradigma constitucional da modernidade corresponde ao que se convencionou chamar de Estado Liberal, que, dentro do espírito da época (século XVIII), evocava três princípios fundamentais: igualdade, liberdade e propriedade”. Assim, observa o autor que Alexis de Tocqueville identificando igualdade com democracia, dizia que o processo igualizador, isto é, o desenvolvimento das instituições democráticas, era inevitável, logo, dever-se-ia lutar para preservação da liberdade. Portanto, se todos forem iguais, logo nenhum poderá exercer um poder despótico sobre o outro e então os homens serão livres, porque todos iguais.

Portanto, bem observa Bahia (2003) que se trata de uma sociedade que rejeita qualquer fundamento religioso que venha querer ditar normas morais ou jurídicas e que possui “uma profunda desconfiança para com o Estado e suas instituições (principalmente na Europa recém exorcizada do absolutismo). Por isso explica que a burguesia que agora controla (direta/indiretamente) o Estado vê nas leis uma insuportável restrição à sua liberdade e à sua propriedade. Por isso, observa que mesmo que agora, num nível pós-tradicional de justificação exija-se que as decisões coativas do Estado tenham a forma do Direito, a atuação do Estado deve se restringir àquele mínimo necessário a garantir os direitos conquistados por aquela, isto é, garantir sua maior liberdade possível.

Por isso, no que toca à interpretação, os liberais desenvolveram um sistema que, mais do que antes, mantinha o juiz absolutamente preso à lei e assim, a interpretação se restringia ao esclarecimento de algum ponto onde houvesse obscuridade. Dessa forma explica-se que surge então, logo após a edição do Código Civil Francês (1803), a Escola Exegética e que os exegetas se propunham a estudar o referido Código crendo que seus comentários poderiam fixar o sentido das regras ali constantes. No entanto, maior atenção deve ser dada a outra corrente que veio a se tornar dominante no cenário de todo o Direito: o Positivismo Jurídico.

Assim, explica-se que o Estado é uma organização que deveria buscar satisfazer todas as necessidades do ser humano, é notório que nenhum homem consegue viver isolado, é absolutamente instintivo e natural que o homem viva e se traduza em ser sociável na verdadeira acepção da palavra. Portanto é oportuno o

entendimento dado pela organização burocrática que vem a ser o elemento fundamental, que viabiliza a operacionalidade do Estado diante da sociedade civil, o regramento mais amplo e intervencionista do Estado em nosso cotidiano vem com intuito de viabilizar outros elementos essenciais, de cuja confluência resulta a realidade material do Estado: o monopólio do sistema monetário, o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da realização da justiça e, finalmente, o monopólio da própria defesa do Estado. (KIELING, 2010)

Desta forma, Kieling (2010) ainda se refere sobre o Estado Democrático de Direito, no sentido de que o conteúdo da legalidade ainda lhe é peculiar e tem nele sua principal vinculação, porém, assume uma ideia e forma de busca da efetiva concretização da igualdade, não pelo simples normativismo, mas sim pelas intervenções que evidenciem e impliquem diretamente no conteúdo transformador da realidade, através dos elementos de valoração da democracia sobre os próprios elementos constitutivos e, principalmente, sobre a ordem jurídica, voltada para questão da solução do problema das condições materiais de existência, assim, o Estado Democrático de Direito teria como característica de ultrapassar ambas as formulações de Estado tanto Liberal de Direito quanto a Social de Direito. Todavia, o desenvolvimento histórico faz com que cada vez exista maior participação popular e a democracia tende a evoluir, inclusive, em termos de conceituação à medida que esta participação evolua.

A soberania do Estado provém de maneira que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as, coercitivamente, dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente, tida como indivisível, inalienável e imprescritível. Nota-se uma evolução acerca da participação popular, sendo que está fragmentada nos vários níveis sociais em que cada indivíduo está incluso. Ela é crescente, quantidade não implica em sabedoria, até mesmo porque, em nossa sociedade, ainda nem todos têm o acesso à educação e acabam tornando-se massa de manobra de pequenos grupos organizados, que os habilitam povo para darem legitimidades a atos nem sempre morais e éticos.

Robert Dahl argumentava sobre democracia em larga escala e explicava que tem como significado as instituições políticas que são necessárias para um estado democrático.

Segundo Robert Dahl (2001, p. 99): a) Funcionários Eleitos: O Controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos; b) Eleições livres, justas e frequentes: Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum; c) Liberdade de expressão: Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de serias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente; d) variadas fontes de informação: Os cidadãos têm o direito de buscar informações diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins; e) Liberdade para associações: Para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm, o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses; f) Cidadania Inclusiva: A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas.⁹

Observa-se que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político (Constituição Federativa do Brasil, 1988).

Observa-se então que a função do Estado democrático de direito é função de proteger as garantias fundamentais da pessoa humana. Liberdade é uma palavra que tem vários significados para cada pessoa, mas o que faz mais jus a está é o homem ser livre para pensar, ir e vir opinar e agir logo pode dizer o livre arbítrio do homem ou a famosa liberdade de expressão. Observa-se, por fim, que as instituições Democráticas no Brasil tiveram um período fértil, com grandes avanços com a consolidação de uma preocupação democrática, mas que ainda tem muito que aprender e melhorar.

Como o Estado não consegue isoladamente efetivar as condições ideais de desenvolvimento pessoal de cada cidadão, uma das formas encontradas para garantir

⁹ DAHL, Robert. Sobre a democracia. Robert A. Dahl: tradução de Beatriz Sidou. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 97-99.

que a população seja atendida naquilo que necessite é a contratação junto aos particulares de obras e serviços, contratações estas realizadas através de Licitações Públicas. A República Federativa do Brasil, adotando o pacto federativo, organizou-se político-administrativamente através dos entes federativos denominados por União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Os entes federativos, para que pudessem prestar os serviços necessários à sociedade, se organizaram através da Administração Pública, direta e indireta.

A expressão Administração Pública é utilizada mais comumente em dois sentidos, conforme explica Di Pietro (1997, p.50):

- em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Ao fazer uma análise jurídica dos termos direto, se verificou que a atividade direta é aquela executada sem intermediário, pelo próprio sujeito que possui competência. Já a atividade indireta demonstra delegação, onde se encontra um mediador na execução da atividade. As entidades administrativas das Administrações diretas e indiretas, para desenvolverem suas atividades, organizaram-se através de órgãos públicos, que são operacionalizados através da trilogia que dá o perfil fundamental da Administração Pública, que são os cargos, agentes e funções. Sendo o Estado uma pessoa jurídica, opera através de ações de pessoas físicas denominadas de agentes públicos. E para que os agentes públicos desenvolvam suas atividades, a Constituição Federal, de forma expressa e implícita, estabeleceu princípios norteadores para atuação junto a Administração Pública.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

É atribuída ao Poder Judiciário, funções de natureza administrativa com o fim de resguardar o interesse público. Cria-se então um grande embate de doutrinas que julgam a jurisdição voluntária como não tendo nada de função jurisdicional, mas sim meramente administrativa. Os motivos alegados para tanto são os de que a Jurisdição

Voluntária, primeiro, não visa a atuação do direito; segundo, que não há o caráter substitutivo, pois o juiz apenas se insere na relação entre os particulares; e terceiro, o objeto dessa atividade não é uma lide, não há um conflito de interesses entre as partes, apenas um negócio.

De acordo com o disposto do Código de Processo Civil no artigo 162 que trata dos atos do juiz:

Os atos do Juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa;

§ 2º Decisão Interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente;

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma;

§ 4º Os atos meramente ordinários, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

O juiz é a pessoa investida da responsabilidade atribuída ao Estado de dirimir os conflitos entre as partes. Cabe a ele ser totalmente imparcial para que se busque proferir a sentença mais justa possível. Para que ele possa desempenhar corretamente as suas funções o Estado lhe atribui determinados poderes a serem exercidos no processo. Esses poderes são agrupados em duas categorias principais:

Poderes administrativos – ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a sua perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devam envolvê-lo (CPC arts. 445 e 446); e os Poderes Jurisdicionais – que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em poderes meios (abrangendo os ordinários, que dizem respeito ao simples andamento processual, e instrutórios, que se referem a formação do convencimento do juiz) e poderes-fins (que compreendem os decisórios e os de execução). (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2002, p.296).

A denegação da justiça pode ser entendida em sentido amplo, como toda deficiência existente na organização ou no exercício da função jurisdicional do Estado ao dever de proteção judiciária (SERRANO JUNIOR, 2003, p.160). Ou em sentido estrito, que consiste na negativa do estado-juiz em oferecer a devida proteção aos direitos dos cidadãos mediante a prestação da tutela jurisdicional.

O juiz tem o dever de se pronunciar, bem como, de aplicar o direito mesmo quando diante de situações obscuras ou lacunas na lei. Existe a denegação de justiça quando o juiz se omite em desempenhar seu papel na direção do processo. Ocorre a

omissão quando o juiz se recusa a julgar, adiando o julgamento sem razões que justifiquem tal atitude.

Segundo Serrano Junior (2003, p.160):

Enquanto o cidadão tem o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional, através do exercício do direito de ação, o Estado tem dever de prestá-la. Não o fazendo configura-se a denegação de justiça, ensejando que os danos daí advindos sejam reparados pelo Estado, voltando-se em regresso contra o agente judiciário a quem pode ser imputado a conduta causadora da denegação de justiça, por dolo ou culpa.

De fato, sem as justificativas adequadas, o juiz não pode eximir-se de julgar, de exercer o comando do processo, negar o julgamento ou retardar o final do processo, deixando perecer o direito ou o objeto de litígio entre as partes.

Nas palavras de Dergint (1994, p.191):

Sucede denegação de justiça quando de recusa de acesso ao Poder Judiciário, quando de negativa de aplicação do direito, quando de recusa na execução da sentença, bem como, na negligência em dar andamento ao processo. Note-se que não há necessidade de uma recusa formal. Em todas essas hipóteses há a chamada falta do serviço judiciário (que não se limita ao magistrado), determinante da responsabilidade estatal, pelos danos eventualmente gerados ao particular.

A satisfatória prestação da tutela jurisdicional é um dos principais objetivos do Estado, devendo realizar esta atividade com presteza e celeridade. É através da ação contra o Estado que o particular deve exigir a prestação da tutela jurisdicional. Seja qual for a natureza do objeto do conflito de interesses levado a apreciação do Judiciário, o juiz dentro de sua competência tem o dever de se pronunciar, mesmo porque a parte só pode recorrer a ele para a solução, de forma que em todos os casos de denegação de justiça, pode-se exigir a reparação do dano pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º XXXV, assegura a todos os cidadãos o amplo acesso à justiça, conferindo-lhes a prestação jurisdicional como garantia da lesão ou ameaça aos direitos, não admitindo qualquer restrição a tal direito. Diante deste fato, impõe-se ao Estado atender satisfatoriamente as pretensões judiciais dos cidadãos, devendo enquanto provedor único e exclusivo da justiça, realizar a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados em lei. O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos previamente fixados decorre do princípio da legalidade.

A ineficiência do serviço traz consigo, em função da responsabilidade objetiva, o dever estatal de reparar eventuais danos. Neste quadro, surge o problema da morosidade na prestação jurisdicional, porque o Estado no exercício desta função, invariavelmente demora pra cumprir tal tarefa, o pode ocasionar danos aos jurisdicionados, que esperam uma rápida solução do conflito de interesses.

Os danos podem ter sua origem por vários fatores, por exemplo, em virtude do desleixo do juiz no cumprimento dos seus atos, ou devido ao próprio serviço judiciário desorganizado, sobrecarregado de processos, mal aparelhado, acarretando graves prejuízos de difícil reparação. Mesmo que em grande parte o andamento do processo dependa de ação das partes, é responsabilidade do juiz fazer andar o processo, pois ele se desenvolve por impulso oficial. Cabe ainda ao juiz além de dirigir o processo, zelar pela rápida solução do litígio. A prestação jurisdicional implica em ato vinculado, não sendo permitido ao juiz agir com critérios discricionários.

Segundo Serrano Junior (2003, p.164):

O Estado ao assumir o monopólio da jurisdição e ao proibir os indivíduos de fazer justiça com as próprias mãos assumiu o dever de prestar uma tutela jurisdicional de qualidade. Portanto, cumpre ao Poder Público zelar por certo grau de perfeição na prestação do serviço judiciário, zelando-lhe, igualmente, imputável, a omissão quanto ao dever de fornecer os recursos matérias e pessoais adequados, em qualidade e quantidade.

Essa situação de acúmulo de processos espelha a insuficiência do Estado não só no próprio Poder Judiciário, mas também e outros setores de sua atuação. Constitui a demora na prestação jurisdicional, violação ao direito fundamental daquele que aguarda a sua tutela. Não restando outro caminho ao particular senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a justiça e exigir-lhe reparação civil pelo dano daí decorrente.

Observa-se também que, “nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção”, em nome da Constituição, “com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral”. No entanto, “o fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”. (BARROSO, 2010).

Barroso (2010) chega então a analisar riscos para a legitimidade democrática.

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contra majoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? (BARROSO, 2010).

E observa também algum risco de politização da Justiça:

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa. A ambiguidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. (BARROSO, 2010).

Mas para Barroso (2010), direito é política no sentido de que: (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

Faz, então Barroso (2010) uma corretíssima explanação acerca do problema em pauta, quando diz:

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Evidentemente, Direito não é

política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Nessa linha, pondera ainda Barroso (2010) que cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.

Observa-se então que, de qualquer forma, “a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático”. Logo, “a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia”. Em suma: “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”. Portanto, em diversos casos e situações, “ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui”. (BARROSO, 2010).

Daí a importância do Judiciário para a devida aplicação do direito na regulação das atividades sociais e na construção e manutenção do Estado Democrático de Direito. Assim:

"Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito" (CANOTILHO, 1999, P. 11)

Diz-se, ademais da importância conferida constitucionalmente e institucionalmente ao Poder Judiciário, como se viu, que ao se demonstrar moroso e ao não estar totalmente adaptado às realidades e necessidades atuais da sociedade, que esse poder acaba acarretando efeitos danosos ao país.

5 O RISCO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição garante pela vontade do povo brasileiro a existência de três poderes, independentes e harmônicos entre si que auxiliam o Estado em suas tarefas e em seu poder de comando diante da sociedade. Afirma-se que o Poder Judiciário seja dos mais importantes (se é possível afirmar desta forma) e esteja consagrado como um poder autônomo e independente com um valor cada vez mais crescente para a sociedade diante do Estado de Direito, da garantia dos Direitos Fundamentais aos cidadãos e do próprio acesso à justiça e equilíbrio vital entre os outros poderes. Trata-se, pois, do verdadeiro guardião da Constituição, tendo por fim a preservação de importantes princípios como os da legalidade e igualdade, sem os quais todos os demais se tornariam desnecessários e vazios.

Afirmam em sua maioria, os autores pesquisados, que realizar concretamente direitos fundamentais é a grande finalidade do direito constitucional brasileiro. Entretanto, afirma-se também que aplicar um direito fundamental significa eleger um meio de efetivação concreta deste respectivo direito, ou seja, implica em uma opção política que tende a levar em consideração a relevância, o interesse, a conveniência e a oportunidade de uma determinada medida. Assim, na verdade esta espécie de opção sempre é determinada por uma ideologia política, cujo produto assume a forma de política pública. Portanto, em tese, se as políticas públicas são fruto de opções ideológicas tomadas por representantes da comunidade, no âmbito de um Parlamento, o seu produto é executado, no âmbito imparcial, legal e burocrático pela Administração. (ROSA JR. 2008). Neste caso, existiria a partir desta questão, uma dita “judicialização da política” no sistema brasileiro, ou ainda, uma politização do Judiciário.

É, pois, necessário estudar o avanço da Justiça Constitucional sobre o espaço da política majoritária, judicialização, ativismo judicial e politização do Judiciário. O estudo pretendeu discutir para uma melhor compreensão, o que são Politização, Judicialização e Ativismo judicial. Bem como, quais os fundamentos para esse

fenômeno vivenciado pelo Judiciário? E ainda, quais os “perigos” ou consequências desse fenômeno? O estudo se justifica então, por procurar desbravar essa questão atual que tem consumido já a atenção de diversos estudiosos e cujo estudo crê-se imperioso para desvendar as novas relações estatais, constitucionais e jurisdicionais surgidas na pós-modernidade, advinda da democracia e inerentes ao próprio Estado de Direito. É interessante, deixar citado, para uma análise prática da matéria, dois momentos recentes do Judiciário brasileiro: o julgamento da suspeição do ex-Juiz Sergio Moro, e Inquérito das Fake News.

Sabe-se que a chamada “Operação Lava Jato” foi a maior ação de combate judicial à corrupção do Brasil e talvez do mundo. As investigações expuseram e chegaram a poderosas redes e esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil, incluindo importantes políticos e grandes empresas. O juiz que iniciou os trabalhos, a partir de Curitiba, Sérgio Moro, foi aplaudido mundialmente pela liderança nos julgamentos e adquiriu rapidamente uma importância política, vindo a ser, anos depois, Ministro da Justiça no Brasil, quando iniciou uma série de novas legislações voltadas a combater de frente e para a prevenção de toda espécie de corrupção pública.

No entanto, toda a operação veio a ruir por uma série de acusações político-partidárias, notadamente quando houve a prisão do ex-presidente Lula da Silva, prisão esta que atraiu a atenção mundial e o acompanhamento de milhões de fãs e partidários do ex-presidente, como também, seus aliados políticos a nível global. A situação mudou mesmo com o julgamento de duas ações recentes – o Habeas Corpus que tornou livre o ex-presidente, e à suspeição do ex-Juiz e a declaração da incompetência do juízo da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba para julgar os processos que resultaram em sua condenação. Em todo esse contexto, o ativismo judicial tem sido um comportamento reativo, que vem ferindo os princípios constitucionais como a Separação dos Poderes no Brasil. (STF – Habeas Corpus (HC) 164493 (suspeição do Juiz) – Habeas Corpus HC 193726 (incompetência do juízo); relator: Ministro Edson Fachin).

Doutra feita, também impressiona, pelos mesmos motivos, o chamado “Inquérito das Fake News”. Independentemente de qualquer viés político partidário, é curioso observar o crescente número de decisões tendente ao Ativismo Judiciário e também à Judicialização da Política. De fato, o Poder Judiciário vem assumindo um protagonismo muito grande, e, quem sabe, até mesmo indevido ou exagerado. O STF

está constantemente no centro das atenções e tem se manifestado praticamente sobre tudo, principalmente sobre aspectos ligados ao Poder Executivo ou cujo crivo passaram por este outro Poder. Sabe-se da necessidade de se buscar, constitucionalmente o equilíbrio entre os Três Poderes e o respeito devido à cada um, no entanto, um flagrante desrespeito a esse princípio foi a abertura de ofício do Inquérito 4781 (Fake News). São flagradas, nesse Inquérito, o desrespeito a diversos princípios fundamentais, como o da “inércia do juiz” que veda a ação de ofício ao magistrado. Provocado pelo Presidente do STF, na época o Dias Toffoli, também deixou o Regimento Interno do Supremo para trás, quando escolheu como relator o ministro Alexandre de Moraes, sem observar o devido sorteio. Hoje inúmeros personagens ilustres, cidadãos brasileiros, dentre políticos e empresários, têm sido impedidos de utilizar suas redes sociais, medida que impressiona pelo flagrante desrespeito à igualdade e livre expressão e manifestação do pensamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É da natureza do ser humano a vida em grupo, e, em consequência, em sociedade. Realmente, o homem é um ser gregário e somente em comunidade encontra espaço e oportunidade para o desenvolvimento de suas aptidões naturais e também das conquistadas, desenvolvendo meios de expressão que não só o qualificam por suas obras, mas também, que são responsáveis pela sua própria identidade. Com efeito, é do contraste e do confronto com o outro que o homem realiza seu próprio "eu". Diante dessa natureza gregária do ser humano, é inevitável, o surgimento de conflitos sociais. Isto porque o bem da vida é limitado, situação que gera desentendimento não apenas quanto à distribuição dele entre os integrantes da sociedade, mas também, na hipótese de recusa de um deles a entregá-lo, enfim a satisfazer a pretensão de outrem.

Diante da animosidade gerada pela existência costumeira do conflito, a evolução da sociedade levou à inarredável e necessária regulação da convivência social humana, através da identificação dos pontos de maior interesse social que deveriam receber proteção, a fim de se garantir a paz social. As sociedades primitivas solucionavam seus conflitos internos mediante a autotutela, isto é, mediante regras e formas de superação advindas de seus próprios integrantes, sem intervenção do Estado, com imposição do mais forte sobre o mais fraco, como por exemplo, através

de duelos, de combates e de exposição física do vencido a atrocidades. O Direito, como regulador da sociedade, procurou afastar tais práticas, instituindo a resolução dos conflitos através do processo, desenvolvendo a noção de jurisdição. A solução dos conflitos diretamente pelas partes não foi abandonada, mas aproveitada, agora sob um novo viés, o do entendimento e da negociação.

Assim, mediante a celebração de um pacto social, os homens transferiram ao Estado o poder de regular e administrar a sociedade, inclusive de aplicar sanções, tudo com a finalidade de alcançar a necessária harmonização do frequente e próximo convívio havido entre os seus membros. Ao Estado, portanto, na sociedade moderna, coube o monopólio da fixação de tais normas, quais sejam, as de caráter geral e genérico, a todos os cidadãos dirigidas, embora sem prejuízo de usos e costumes locais que também têm o mesmo objetivo referido. O exercício da jurisdição é monopólio do Estado, em princípio, caso se queira pôr fim a um conflito, o Estado-juiz deverá ser chamado, o qual dirá a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fará com que as coisas se disponham conforme essa vontade (execução). O Estado monopolizou a jurisdição para que o indivíduo não possa agir com as próprias mãos.

No entanto, o que se acompanha nas últimas décadas é o “assombro” das chamadas judicialização da política e politização do Judiciário. Vale, pois, compreender-se que a judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Analisa-se, pois, que os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Mas é importante lembrar que os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. No entanto, os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados, de forma que essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. (BARROSO, 2010).

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 44. ed. São Paulo: Globo Editora, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em maio de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em maio de 2021.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAZ, Petrônio. Manual de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. Campinas: LZN Editora, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1999

CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Saraiva, 1950.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. EM BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA ABORDAGEM. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em maio de 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, 2. Ed São Paulo, Saraiva, 1965

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Candido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do Processo. 18º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de direito constitucional. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro, 1995, 640 p.

DAHL, Robert. Sobre a democracia. Robert A. Dahl: tradução de Beatriz Sidou. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva Editora, 2000.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 254 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8 ed. São Paulo, Atlas, 1997.

FERLIE, Ewan. et al. Nova administração pública em ação. Brasília, DF: UnB/ENAP, 1999.

- KIELING, Antonio Carlos. O Estado num entendimento muito além da teoria. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2880/O-Estado-num-entendimento-muito-alem-da-teoria>. Acesso em maio de 2021.
- KOHAMA, Hélio. Contabilidade pública: teoria e prática. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002
- LUCK, Heloísa. A EVOLUÇÃO DA GESTÃO EDUCACIONAL A PARTIR DE MUDANÇA PARADIGMÁTICA. Disponível em: <http://progestaoead.files.wordpress.com/2009/09/a-evolucao-da-gestao-educacional-h-luck.pdf>. Acesso em maio de 2021.
- MACIEL, D. & KOERNER, A. 2002. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova, São Paulo, n. 57, p. 113-133.
- MARTINEZ, Vinício C. Estado de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 918, 7 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7786>. Acesso em maio de 2021.
- MATIAS, Alberto Boerges. CAMPELLO, Carlos A. G. B. Administração financeira municipal. São Paulo: Atlas, 2000.
- OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. Estatuto da cidade; para compreender. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.
- PEREL, Vicente. Administração: passado, presente e futuro - da formação da oficina à teoria dos sistemas. Petrópolis: Vozes, 1977
- PINHEIRO, Aline. Estudo mostra impacto da ação do Judiciário na economia. Revista Consultor Jurídico, 2 de dezembro de 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-dez-02/estudo_mostra_impacto_acao_judiciario_economia. Acesso em maio de 2021.
- REALE, Miguel. Teoria do direito e do estado. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo. Saraiva. 1999
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2003
- SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004
- SAULE JUNIOR, Nelson. MARCO LEGAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL. 2002. Disponível em: http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/nelson_saule.pdf. Acesso em maio de 2021.
- SERRANO JUNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. 2003, 205p
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19º ed. Malheiros Editores. 2001.
- TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por Ato Lícito. São Paul: LED Editora de Direito, 1996

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York: New York University

<https://brasilecola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm>. Acesso em outubro de 2021.