

PODER JUDICIÁRIO: PARTE OU ÓRGÃO DO ESTADO

THE JUDICIARY: STATE'S PART OR ORGAN

CYNTIA BRANDALIZE FENDRICH¹

FERNANDO GUSTAVO KNOERR²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a análise do Judiciário, desde a teoria tripartite da separação dos poderes até os atuais aspectos da crise que tem sido evidenciada nos últimos anos, tais como a morosidade processual e ineficiência na prestação do serviço. O Estado, composto por três poderes que, em verdade, são três funções, guardam independência, porém são harmônicos entre si. A citada crise da função judiciária do Estado, segundo alguns autores, é relacionada à judicialização da política. Outros autores dizem que a crise está relacionada ao extrapolamento das funções do Judiciário, que, ao atuar além de suas prerrogativas, passa a se responsabilizar por deveres que são originariamente de outros poderes. Neste sentido, o Judiciário interfere no processo legislativo e auxilia na execução de políticas provenientes de órgãos representativos eleitos democraticamente, deixando de agir tecnicamente na aplicação da lei, o que conduz à denominada judicialização da política. Em linhas gerais o artigo busca analisar a formação do poder Judiciário, sua atuação e as razões da atual crise. Por fim, apresenta-se uma análise quanto à judicialização dos direitos fundamentais, no sentido de se temer uma intervenção abusiva do poder Judiciário, concluindo-se o estudo na verificação quanto à sua posição como parte ou órgão do Estado. Para a realização da pesquisa, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e doutrinária essencialmente.

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do Grupo de Pesquisa Cidadania Empresarial, certificado no CNPq, liderado pela Prof.^a Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr.

² Procurador Federal. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

PALAVRAS-CHAVE: tripartição de poderes; crise; poder Judiciário; Estado Social; legitimação democrática; judicialização da política.

ABSTRACT

This article aims to analyse the Judiciary, from the tripartite theory of powers' separation to the current aspects of the crisis that has been currently evidenced, such as processing delays and inefficiency in services. The state composed of three powers, in fact, represent three functions, keep its independence, but are harmonious with each other. The aforementioned crisis of judicial function of the state, according to some authors, is related to the judicializations of politics. Other authors say that the crisis is related to the extrapolating functions of the Judiciary, which, when acting beyond his powers, shall be responsible for duties that are originally from the other powers. In this way, the Judiciary interfere in the legislative process and assists in policies of democratically elected representative bodies, not acting technically in law enforcement, leading to so-called Judicialization of politics. In general terms, the article aims to analyze the Judiciary's formation, its performance and the reasons for the current crisis. Finally, it is demonstrated an analysis regarding the legalization of fundamental rights, in order to fear a tampering of the judiciary, concluding the study on a verification as its position as part or organ of the State. To conduct the study, we used a literature and essentially doctrinal.

KEYWORDS: tripartition of powers; crisis; judiciary; welfare state; democratic legitimacy; judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

O Judiciário nos últimos anos tem tomado espaço nos debates políticos nacionais, pois é apontado como um poder em crise, gerando discussão sobre a necessidade de sua reforma. O desrespeito ao direito fundamental do cidadão de acesso à jurisdição, seja pela demora na tramitação dos feitos, seja pela manipulação deste poder pelo Estado, leva a função jurisdicional ao enfrentamento da crise.

Boaventura Sousa Santos menciona que o tema preocupa diversos países, principalmente por herança do pós segunda Guerra Mundial, quando o problema se agravou, com a consagração de novos direitos sociais e econômicos. Segundo ele, após a segunda Guerra a observância dos "novos direitos" se tornou imprescindível, sob pena de se tornarem "mera declaração política, de conteúdo e função mistificados".³

Ademais, a segunda Guerra levou o Estado, que antes era liberal, a atuar como Estado social, o que modificou as relações entre os poderes Legislativo e Executivo, desenvolvendo neles uma postura mais ativa na prestação de serviços públicos, em oposição à maneira de atuação do Estado liberalista.

Como consequência, o poder Executivo passa a suportar um aumento de sua competência normativa e de sua autonomia, a quem a lei concedeu maior discricionariedade.

Ocorre que o uso abusivo de tal ampliação e a ofensa aos direitos fundamentais, no Estado social, levaram a uma reação do poder Judiciário contra os abusos dos seus administradores e dos legisladores, passando a atuar ainda mais como representante do Estado, deixando de atender, eficientemente, o jurisdicionado.

Sabe-se que o direito ao acesso à jurisdição, "[...] configura-se como direito fundamental, que permite, através da garantia constitucional do devido processo legal, a postulação de direitos que não foram efetivados sem intervenção estatal."⁴

Porém, diante da crise citada, percebemos uma evidente violação ao direito fundamental mencionado. Como resposta, a população tem manifestado uma falta de

³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. 2000. p. 167.

⁴ SOUSA, Michele Faria de; GANDRA, Kelly Cristine de Campos. 2013. p. 565.

credibilidade em relação ao sistema, pela frustração de expectativas de agilidade e eficiência e para que o Judiciário não seja corrompido enquanto Poder de Estado, tornando-se um mero serviço estatal, subordinado aos interesses e controle do Governo.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes foi um marco importante no desenvolvimento da estrutura do Estado moderno. Fundamentava-se originariamente na idéia de separação entre Política e Direito, o que determinou a neutralização da política no exercício da jurisdição e "tinha por objetivo fundamentar a existência e a atuação dos órgãos estatais em contraposição ao exercício do poder na época medieval, caracterizado como autoritário e arbitrário." ⁵

Como dito, a finalidade principal da divisão do poder estatal primordialmente em duas funções, da criação e da execução de direito, correspondia à idéia da inibição recíproca dos poderes na intenção de impedir, em última instância, o exercício do poder.

Segundo Maquiavel⁶, o poder do rei foi-lhe retirado através da institucionalização da soberania e então criado o Estado, para o exercício desta soberania, sendo ele um ente abstrato, do qual não se consegue, em tese, retirar o poder.

E com o objetivo de promover o bem público, o Estado passou a desempenhar uma série de funções via órgãos que o compõe, através de um enorme conjunto de atos e serviços, que gerou a necessidade da distribuição das funções, com o conseqüente estabelecimento dos órgãos para exercê-las, dentro dos limites das suas competências.

Surge a teoria da separação de poderes em corrente tripartite, esboçado primeiramente por Platão, na obra "A República", na qual cada indivíduo desempenha uma função, e da mesma forma o Estado passa a ter suas funções subdivididas, para que estas não se concentrassem nas mãos de apenas uma pessoa.

Foi Aristóteles quem deu contornos específicos a uma distribuição de funções, quando realizou uma verdadeira investigação à constituição do Estado em sua obra "A Política", em que admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. Eram eles o poder Deliberativo, o poder Executivo e o poder Judiciário.

Posteriormente, Locke em sua obra "Segundo Tratado sobre o Governo Civil", realiza a primeira sistematização doutrinária da teoria tripartite, concebendo o Poder Legislativo

⁵ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. 2008. p. 01.

⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. 1997.

como superior aos demais, subordinados a ele. o

O Executivo com a incumbência de aplicar as leis e o Federativo que, muito embora, tivesse legitimidade não poderia ser desvinculado do Executivo, cabendo a este cuidar das relações internacionais do governo. Até ser publicada a obra de Locke, inexistia o poder Judiciário independente dos demais poderes.

Todavia é nítido na doutrina um consenso em atribuir a Montesquieu a consagração da tripartição de poderes com as devidas repartições de atribuições no modelo mais aceito atualmente por todos, em sua obra “O Espírito das Leis”, com a inclusão do poder Judiciário entre os poderes fundamentais do Estado.

Montesquieu atribuiu ao Estado três esferas de poder, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, pois ele criou o sistema deixando claro as funções de cada poder. Montesquieu pensou em não deixar nas mesmas mãos, as tarefas de legislar, administrar e julgar, pois segundo ele, a experiência mostra que todo o homem que tem o poder é levado a abusar dele, indo até onde possa encontrar limites.

Do conceito de Montesquieu de Judiciário percebe-se ainda que desde a origem da teoria o judiciário possui uma competência discriminada de modo bem abrangente.

Portanto, a teoria tripartite sem sua importância por legitimar a forma democrática de governo, na qual a participação do povo é exigida. Há autores que condicionam inclusive a tripartição à forma democrática de governo: somente haverá democracia se as funções do Estado estiverem bem divididas.

1.1 A tripartição dos poderes no atual ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁷. Trata-se de

⁷ Interessante observação do professor Maurício ZOCKUN sobre poderes independentes e harmônicos (2004, p. 164-166): "O artigo 2o utiliza as expressões *independentes* e *harmônicos* para se referir aos Poderes. Ou seja: os *Poderes* devem ser *independentes* e *harmônicos*. Ocorre que o vocábulo *independente* se refere a um elemento estático (um *estado de coisas*) e o termo *harmônico* (do verbo *harmonizar*) está jungido a algo dinâmico (uma *ação*). Ora, se a expressão *Poder* pretendesse representar apenas um objeto mentado (separação dos órgãos que desempenham as funções estatais) como, então, ele poderia ser, ao mesmo tempo, um *estado de coisas* e *uma ação*? Ou melhor dizendo: como poderia um elemento estático ser também harmônico?" "[...] como esses órgãos estatais existem para uma finalidade – que sabemos, consiste na perseguição do interesse público –, o Texto

um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro que o legislador constituinte originário consagrou, na Carta Política de 1988, expressamente como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III, que estabelece: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

Importa verificar que cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras: cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder, pois o poder é uno, o que se divide são suas funções.

Não se nega que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são funções interdependentes no sentido literal da palavra, mas harmônicos e coordenados entre si, como dito anteriormente. Segundo Montesquieu era necessária a independência para um poder frear o outro. São órgãos de manifestação do poder de soberania estatal, que é, na sua essência uno e indivisível.

Os três são independentes no sentido de que se organizam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania estatal, mediante um sistema de freios e contrapesos, na expressão dos constitucionalistas norte-americanos, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder.

2 O PODER JUDICIÁRIO

Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional, que consiste na aplicação da lei a um caso concreto, que lhe é apresentado como resultado de um conflito de interesses. Também possui atribuições atípicas de natureza administrativa e legislativa, exercendo a administração de atos relativos a seus servidores, por exemplo, licenças e férias de seus membros de acordo com o artigo 96, I, "f" da Constituição Federal e o provimento de cargos de acordo com o artigo 96, I, "c", também da Constituição.

Como atribuição legislativa tem a edição de normas regimentais, tutelada no artigo 96, I, "a" da Constituição, onde fica estabelecida a competência do Judiciário de elaboração de seus regimentos internos, observando as normas processuais e as garantias processuais das

Constitucional, ao assegurar-lhes *independência* recíproca, criou fórmula imutável que lhes garante condições de perseguir seu mister por meio do desempenho de certas funções estatais (que é objeto *dinâmico*). Assim, a independência dos Poderes serve para garantir a harmonia no desempenho das funções estatais volvidas à satisfação do interesse público.

partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionados e administrativos.

Interessante notar que, apesar do Judiciário possuir atribuições previamente determinadas, enquanto as demais funções do Estado, Executivo e Legislativo, têm suas respectivas competências interpretadas pelo Supremo Tribunal, através do chamado controle de constitucionalidade, o Judiciário é responsável por definir os limites de sua própria competência.⁸

Em seus estudos avançados COMPARATO ressalta que a "[...] independência funcional da magistratura, assim entendida, é uma garantia institucional do regime democrático."⁹

Importa ainda destacar que o Judiciário consiste em um conjunto de órgãos públicos do Estado destinado a desempenhar uma atividade destinada judiciária, consoante tripartição de poderes mencionada e previsão constitucional nos artigos 92 a 126.

Como órgão do Estado, o Judiciário representa e executa a sua vontade, o que ocorre por intermédio de seus agentes. Portanto, todas as manifestações de vontade dos agentes públicos são entendidas como vontades da Administração. Neste contexto vale ainda dizer que "[...] o poder judicial é o poder que invoca e realiza o Estado constitucional contemporâneo."¹⁰

Ao tratar de órgãos públicos MEIRELLES aponta que estes “são centros de competências instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”¹¹. Desta forma, os órgãos seriam uma espécie de instrumento de atuação de que se vale o Estado para que a sua vontade seja manifestada.

Destaca-se que os órgãos não têm personalidade jurídica tampouco vontade própria, constituindo apenas centros de competências criados para expressar a vontade do Estado e executar as suas decisões.

Eventuais danos causados pelos órgãos são de responsabilidade do próprio Estado e não da pessoa do agente público. Como já apontado, toda manifestação de vontade do agente é considerada como manifestação de vontade da própria entidade, sendo essa a mensagem

⁸ APPIO, Eduardo. 2009. p. 01.

⁹ COMPARATO, Fabio Konder. 2004. p. 152.

¹⁰ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. 2008. p. 01.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. 2011. p. 64.

principal da teoria do órgão, desenvolvida pelo alemão Otto Gierke, no início do século passado.

Citada teoria adota o critério de imputação, ou seja, a responsabilidade é imputada ao Estado. Em outras palavras, a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Otto Gierke estabeleceu uma analogia entre órgão e corpo humano, onde a palavra órgão foi por ele retirada das ciências biológicas.

É tão interessante essa analogia, que Gierke dizia que assim como nós, seres humanos, temos em nosso corpo, órgãos inferiores e superiores, o Estado também tinha em seu grande corpo, órgãos inferiores e superiores. É por isso que hoje temos no ordenamento jurídico órgãos de execução e de direção.

2.1 A judicialização da política.

O Poder Judiciário tem agregado ultimamente mais funções, inclusive políticas, fato este resultado: da expansão da democracia como condição necessária para o surgimento da judicialização; da separação dos Poderes como modelo de estruturação funcional do Estado; da existência de direitos políticos formalmente reconhecidos; do uso dos tribunais por grupos de interesse; do uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias.

Outrossim, a judicialização da política denuncia a importância do Judiciário na correlação de força dos poderes. Agregado a isso há quem cita a existência ainda de uma conspirata da magistratura, a evidenciar o relevo que assume o juiz como agente do poder político no Estado de Direito contemporâneo.

Isto posto, verifica-se nitidamente que a judicialização da política pode conduzir à politização da justiça. É o que percebemos na recente atuação dos tribunais constitucionais e Côrtes Supremas, que põem em relevo a questão dos princípios da separação de poderes e da neutralidade política do poder Judiciário.

Apesar disso, acentua EMERIQUE¹² que o alargamento da atuação do Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países.

Se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, esta expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível

¹² EMERIQUE, Lilian Balmant. 2011. p. 01.

com as bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos, limitar cada poder político e assegurar a soberania popular.

SANTOS¹³, em pesquisas sobre os Tribunais nas sociedades contemporâneas, destacou o Brasil como o país no qual, apesar do predomínio de uma cultura jurídica cínica e autoritária, se multiplicam os sinais do ativismo dos Juízes comprometidos com a tutela judicial eficaz de direitos, referindo-se nesse contexto ao Movimento Direito Alternativo.

O termo até então analisado, judicialização da política, guarda relação com o que os autores tem denominado de crise do Judiciário, pois o surgimento da crise se deu principalmente pelo fenômeno de judicialização da política, tendo em vista que "[...] o Judiciário, através de suas decisões, atinge o Poder Legislativo através do controle de constitucionalidade ou pelo exame ou reexame de atos afeitos a sua competência e também atinge o Executivo através do controle jurisdicional dos atos administrativos, principalmente das políticas públicas."¹⁴

Apesar de ser o principal controlador dos demais poderes, o Judiciário é o menos controlado, porque foi criado após os outros. Vale lembrar que a separação dos poderes é criada no modelo liberal, portanto é falha, pois como dito, é mais controladora do que controlada.

Pensando como Montesquieu, o poder que controla mais do que é controlado tende a abusar. E diante disso, o Judiciário cumpre um papel cada vez mais gestor público, mais legislador, porém menos Judiciário.

E por esta razão o nosso Judiciário tem se apresentado ineficaz para atender aos reclamos dos jurisdicionados, uma vez que os órgãos encontram-se abarrotados de autos e os Juízes têm de suportar carga de trabalho além das suas capacidades e da possibilidade dos servidores. "Desta forma, sem que o Estado consiga, de forma eficiente, realizar o impulso oficial, os processos jurisdicionais acabam por consumir um tempo muito além daquele previsto pelos procedimentos instituídos pela legislação infraconstitucional."¹⁵

Outro motivo da politização do Judiciário está no fato das normas comportarem conteúdo poroso, que depende de complementação. Então que por ser incapaz de solucionar

¹³ SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. 1996, p. 32-45. *In*. PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. 2008. p. 01.

¹⁴ EMERIQUE, Lilian Balmant. 2011. p. 01.

¹⁵ SOUSA, Michele Faria de; GANDRA, Kelly Cristine de Campos. 2013. p. 572.

alguns conflitos legais, o legislador tende a atribuir ao Judiciário a responsabilidade para realizar a complementação da norma, afim de torna-la aplicável. Portanto,

"[...] o Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais." ¹⁶

Com efeito, ao Legislativo cumpre, em regra, a produção de normas gerais e abstratas que inovam de modo inaugural o ordenamento jurídico, quanto que ao Judiciário cumpre a produção de normas individuais e concretas para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito formando-se, ao cabo dessa atividade, a coisa julgada.¹⁷

No que se refere ao ativismo judiciário, APPIO sustenta que o ativismo é "[...] uma ferramenta através da qual se expressam ideologias, não possuindo um conteúdo verdadeiro, mas antes permitindo que o debate político se dê, de forma exclusiva e irrecorrível, dentro do Supremo e não no Congresso Nacional."¹⁸

Conclui APPIO que somente nos casos de tutela dos direitos das minorias é que este se revela admissível, do ponto de vista da teoria política. Ou seja, que a comunidade deve decidir, de forma direta ou indireta, acerca de políticas públicas, inclusive em áreas sensíveis como do direito à saúde e à educação, o mesmo valendo para a exata extensão dos direitos correlatos à Previdência Social.

Para ilustrar o tema, vale citar a recente obra crítica sobre o Direito de STRECK, que trata, dentre outros assuntos, do "fetichismo do ativismo", dando como exemplo uma situação ocorrida em prisão brasileira em que o juiz defere três dias de remissão de pena por cada livro lido pelo preso. Questiona o fundamento legal e informa que partiu de Projeto da Secretaria de Justiça do Paraná. "Alguém pensaria que deveria ter uma autorização legislativa para tal. Afinal, em uma democracia, o parlamento faz as leis." ¹⁹

¹⁶ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. 2008. p. 01.

¹⁷ ZOCKUN, Maurício. 2004, p. 167.

¹⁸ APPIO, Eduardo. 2009. p. 03.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. 2013. p. 28.

2.2 A judicialização dos direitos fundamentais.

Os direitos constitucionais fundamentais, encontram atualmente sérias dificuldades em relação a sua efetivação em face da não atuação suficiente do Poder Público. E diante desta omissão por parte do poder garantidor de políticas públicas, está ainda o óbice da discussão em relação à atuação do Poder Judiciário nestes casos de omissão, fato que se baseia em uma interpretação retrógrada da teoria da Separação dos Poderes.

A vedação decorre da intenção prejudicada de defender o cidadão de intervenções abusivas do Poder Público, todavia, com a atuação do Judiciário nos casos expostos é que se estaria garantindo essa proteção.

A alegação de impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo é constantemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal em ações que visam a concretização de direitos constitucionais pelo Poder Judiciário, fundada em uma visão extremista da Separação dos Poderes, o que precisa ser relativizada nos dias atuais. Em relação ao assunto, CLÉVE²⁰ apresenta alguns ensinamentos:

"se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação dos juízes enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. De outro viés, cumpre verificar se, do fato de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (o mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se poderia deduzir que está impedido de atuar a partir de determinado limite. Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. O contra-argumento seria no sentido de que, no contexto do regime democrático, é a maioria (princípio majoritário) que governa."

A partir da citação supra, ZOCKUN passa a definir legislador positivo e legislador negativo. "Quando se aduz que o Poder Judiciário atua como legislador negativo, quer-se com isso dizer que, no exercício de sua típica função estatal, ele pode suprimir as prescrições normativas produzidas pelos Poderes. Não pode, contudo, produzir normas jurídicas que inovem em campo reservado à atuação dos demais Poderes."

²⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin. 2005. p. 07.

E continua: "[...] o direito positivo prevê explicitamente que, em algumas restritas oportunidades, o magistrado pode atuar em substituição ao legislador e ao executor da lei. Ou seja, o Judiciário pode atuar como *legislador positivo* em campo que não lhe é típico".²¹

Almejando preencher as lacunas deixadas pelo Poder Público é que o Judiciário intervém nessas relações, a fim de garantir ao cidadão, parte menos favorecida na relação, que o Estado cumpra com seu dever que lhe fora imposto constitucionalmente.

Nessa esteira, entretanto, o Juiz têm encontrado óbices à sua intervenção com as alegações da discricionariedade da Administração Pública, a separação dos poderes e ainda o princípio da reserva do possível, utilizando o Poder Público estes argumentos como esteio para escusar-se de sua obrigação legal, que tem sido ainda confirmada via judicial.

Além da judicialização da política fala-se também em jurisdicionalização das relações sociais, haja vista multiplicação das Varas de Execuções Penais, de Infância e Juventude e de Família.

Vale mencionar as palavras de ABREU²², Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a importância do Judiciário no contexto atual: "A sociedade procura no juiz um mega assistente social, porque outras instituições e notadamente o Estado, estão desertando de sua função social".

E continua a tratar do assunto ao dizer que o novo fenômeno do acesso à Justiça coloca o cidadão a defender os seus direitos civis, os direitos sociais, procurando cada vez mais o Judiciário, justamente por falta de Estado e de outras instituições (inclusive da Igreja, pelo crescente descrédito das religiões).

Apesar de seus graves problemas, o Judiciário é ainda mais acessível ao povo que o Legislativo.

Exemplos disso: a provocação do Judiciário para obrigar o Estado a prover o tratamento de doenças graves (leucemia, mal de Duchenne) e para a aquisição de medicamentos (coquetel para os portadores de AIDS).

No exemplo verifica-se claramente hipótese em que o Judiciário atua em questão típica de política pública. E mais, no caso citado a decisão jurídica ainda resultará consequência política, "pois a determinação de aquisição de medicamentos irá subtrair recursos que seriam destinados à implantação de um plano de ação do governo."²³

²¹ ZOCKUN, Maurício. 2004. p. 168.

²² ABREU, Pedro Manoel. 2010. p. 12-13.

²³ BRASIL JR., Samuel Meira. 2010. p. 112.

É portanto, um Poder que, apesar da crise, se democratiza.

3. A CRISE DO JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO COMO PARTE E ÓRGÃO DO ESTADO

Em entrevista fornecida ao jornal virtual Correio da Cidadania, MELLO²⁴ afirma que o Judiciário brasileiro tarda imensamente em dar resposta às demandas judiciais. A exemplo ele cita uma ação ajuizada por ele que já se arrasta por 30 anos. Questionado sobre quem seria o maior perito em fazer demorar as decisões da justiça, e torná-la lenta, respondeu categoricamente que é o governo. É ele quem recorre desesperadamente, tenha ou não tenha razão.

MELLO citou situação hipotética: o poder público considera que tal cidadão não deve nada. Mas resolve cobrar tributos inconstitucionais. Qual o raciocínio dele? Oitenta por cento das pessoas, pelo menos, vão pagar; o resto entra em juízo; logo, vale a pena cobrar.

Na sequência, questionado quanto a crise entre os poderes, quanto ao estabelecimento de limites no cumprimento e promoção de nossa Constituição, responde que em casos recentes e de grande repercussão, o que seriam afeitos ao Legislativo acabaram decididos pelo Judiciário. O Judiciário não teria deixado seu papel ao apreciar o caso, apenas cumpriu sua função: interpretar o tema à luz da Constituição.

Relembrando o que ocorreu no processo de democratização no Brasil, assim como ocorreu na Espanha, Uruguai e Chile, a democratização não resultou de processos de ruptura político-institucional, mas de solução negociada, denominada de transição do autoritarismo para a democracia.

Neste sentido, CITTADINO contribui com seus estudos citando que no caso brasileiro, "[...] se hoje se discute a judicialização, é porque o país foi capaz de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, onde a justiça se tornou espaço de exigibilidade da democracia."²⁵

Essa transição envolveu notadamente os partidos políticos, o parlamento, os movimentos sociais, principalmente o sindicalismo e instituições líderes da sociedade civil. A

²⁴ MELLLO, Celso Antonio Bandeira de. 2013.

²⁵ CITTADINO, Gisele. 2001. p. 37.

Constituição de 1988, apesar de divisor de águas deste período, inovando no campo dos direitos sociais e direitos emergentes, não afetou substancialmente o direito positivo.

Ocorre que "[...] o Poder Judiciário, enquanto instituição, não foi diretamente envolvido no processo da transição, permanecendo como árbitro do contrato básico que persistia na sociedade brasileira de então, distanciado da cena política."²⁶

Segundo ABREU, essa distância do Judiciário em relação à travessia política do autoritarismo para a democracia é quebrada no momento seguinte, quando a ordem democrática se consolida. E de mero coadjuvante, o Judiciário passa a ocupar uma posição de protagonismo ativo, instado por um processo de democratização social.

O Judiciário foi surpreendido no papel político de árbitro do equilíbrio entre os Poderes, assim como destes em relação à sociedade. Tal situação tem o impedido de prestar com efetividade seu dever jurisdicional, dando à comunidade a pacificação dos conflitos.

Ainda, assoberbado com os deveres que lhe foram atribuídos ainda que em excesso à sua competência judicial, o Judiciário é alvo de críticas por estar legislando. Segundo STRECK "o direito possui uma dimensão interpretativa. Essa dimensão interpretativa implica o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. A integridade e a coerência devem garantir o DNA do direito nesse novo paradigma."²⁷

Neste passo vislumbra-se que o Judiciário hoje vive uma contradição, posto que não foi obrigado a construir a sua identidade nos difíceis trâmites da transição citada anteriormente e inesperadamente vê-se alçado a essa posição estratégica de árbitro efetivo entre os outros dois Poderes e responsável, num certo sentido, pela inscrição na esfera pública dos novos atores trazidos pelo processo de democratização.

Isto posto, há que se concluir que a denominada crise do Poder Judiciário seria melhor denominada como a crise de um velho padrão de articulação entre o Estado e a sociedade, pois como visto, é resultado da uma crise da forma de Estado, originada pelo processo de democratização política e social do País, cujos efeitos incidem mais forte e visivelmente sobre aquele Poder a que se atribui a universalização dos direitos de cidadania e a franquia do espaço público aos novos atores da experiência republicana.

Por esta razão o Poder Judiciário brasileiro está fora do tempo e mesmo trabalhando

²⁶ ABREU, Pedro Manoel. 2003. p. 10.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. 2013. p. 85.

muito produz pouco, se considerarmos que dele se espera é que produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direito.

CONCLUSÃO

Do estudo realizado conclui-se que a sociedade contemporânea reclama uma postura cada vez mais ativa do Judiciário, o qual assume papel de partícipe fundamental no processo evolutivo das nações, na defesa do regime democrático e na garantia dos direitos essenciais ao jurisdicionado.

No entanto, não obstante o relativo sucesso do Estado social, alguns dos seus produtos, tais como o individualismo, irresponsabilidade social e a crescente demanda por direitos, fizeram com que as lutas políticas fossem transferidas para o Judiciário, surgindo, portanto, a chamada judicialização da política.

O processo de judicialização da política é uma resposta política do judiciário ao quadro de emissão dos demais poderes em implementar as políticas de efetivação dos direitos do cidadão. No Brasil, a demanda que bate às portas do judiciário é ainda muito mais dramática, pois é fruto da ineficiência estatal na produção de justiça social.

Do desenho traçado, a partir da formação ideológica do operador jurídico brasileiro, perpassando a crise do Judiciário, está a apontar para o operador jurídico e notadamente para o magistrado brasileiro um novo enfoque e um novo fundamento no exercício da atividade profissional.

Neste contexto observamos que o Judiciário é, ao mesmo tempo, fonte e destinatário único do poder do Estado. É aquele que trabalha mais próximo do povo e da sociedade, pois não lida com situações abstratas vislumbradas pelo legislador.

Portanto, a razão primordial da existência do Judiciário é o exercício da prestação jurisdicional "[...] como instrumento de pacificação social e afirmação da cidadania, o que é verificado quando da ocorrência de sua aplicação célere e justa, consubstanciando-se, dessa forma, como um poderoso instrumento a serviço da população." ²⁸

Vê-se que o próprio Estado é um dos principais geradores dos conflitos judiciais, por não fornecer as bases para o gozo de direitos e, depois, por negá-los quando cobrados no Judiciário.

²⁸ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. 2008. p. 01.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **A formação, os desafios e o perfil do jurista orgânico no novo milênio.** Disponível em: <<http://www.roney.floripa.com.br/docs/formacao.doc>>. Acesso em: 05/08/13.

APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial só é admissível para as minorias.** Revista **Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias>>. Acesso em 05/07/13.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo.** Brasília: UnB. 2000.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. **Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas.** In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: *A democracia e os três poderes no Brasil*. VIANNA, Luiz Werneck (org.). Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, p. 17-42, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no Regime Democrático.** Revista de Estudos Avançados, vol. 18, n. 51, São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext>. Acesso em 19/03/13.

CLÉVE, Clemerson Mérlin. 2005. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso em: 28/03/2013.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Controle Judicial das Políticas Públicas de Direitos Sociais.** In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9709>. Acesso em 19/03/13.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: ed. Martin Claret. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administ. Brasileiro**. 37.ed. Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Entrevista concedida para o Correio da Cidadania**. Disponível em: <http://www.correiodacidade.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=6764>. Acesso em 30/03/2013.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **O poder judiciário no Estado contemporâneo. Parte I**. 2008. p. 01. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/o-poder-judiciario-no-estado-contemporaneo-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em 28/03/2013.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Causas e efeitos da crise da jurisdição e da resolução de conflitos no Estado brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1790, 26 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11306/kausas-e-efeitos-da-krise-da-jurisdicao-e-da-resolucao-de-conflitos-no-estado-brasileiro>>. Acesso em 20/06/2013.

SOUSA, Michele Faria de; GANDRA, Kelly Cristine de Campos. **A crise do judiciário e a mediação como uma forma alternativa para resolução de conflitos familiares**. *In: Revista de Direito Brasileira. Vladimir O. da Silveira (Coord.)*. Conpedi. Ano 3, vol. 4. jan.- abr.13.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7.ed. São Paulo. Cortez, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*, v. 11, n. 30, fev. 1996, p. 32-45. *In*. PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. 2008. p. 01.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso**

jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ZOCKUN, Maurício. **A separação dos poderes e o Judiciário como legislador positivo e negativo.** Revista Trimestral de Direito Público (RTDP) n. 47. IDEPE. 2004.