



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**  
**INSTITUTO MULTIDISCIPLINAR**  
**INSTITUTO TRÊS RIOS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

**ANA CAROLINE RIBEIRO RUFINO DE SOUZA**

*Sob a Orientação do Professor*

**Marcelo da Costa Maciel**

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Ciências Sociais**, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais.

Seropédica, RJ,

Abril de 2015.

341.256

S729j

Souza, Ana Caroline Ribeiro Rufino de,  
1987-

T

Judicialização da política / Ana  
Caroline Ribeiro Rufino de Souza. -  
2015.

66 f.

Orientador: Marcelo da Costa Maciel.

Dissertação (mestrado) -  
Universidade Federal Rural do Rio de  
Janeiro, Curso de Pós-Graduação em  
Ciências Sociais, 2015.

Bibliografia: f. 63-66.

1. Poder judiciário e questões  
políticas - Teses. 2. Direito e  
política - Teses. 3. Democracia -  
Teses. 4. Brasil - Política e governo -  
Teses. I. Maciel, Marcelo da Costa,  
1971- II. Universidade Federal Rural do  
Rio de Janeiro. Curso de Pós-Graduação  
em Ciências Sociais. III. Título.

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**  
**INSTITUTO MULTIDISCIPLINAR**  
**INSTITUTO TRÊS RIOS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

**ANA CAROLINE RIBEIRO RUFINO DE SOUZA**

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Ciências Sociais**, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Área de Concentração em Ciência Política.

DISSERTAÇÃO APROVADA EM \_\_\_/04/2015

---

Marcelo da Costa Maciel. Doutor em Ciência Política. UFRRJ.  
(Orientador)

---

Fabício Jesus Teixeira Neves. Doutor em Ciência Política. UFRRJ.

---

Cristiano Fonseca Monteiro. Doutor em Sociologia. UFF.

## **DEDICATÓRIA**

Ao Justo Juiz.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Justo Juiz, pois eu o louvarei conforme a sua justiça.

À Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro pela oportunidade.

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFRRJ pelo respeito.

Ao Professor Orientador Marcelo da Costa Maciel pelo acolhimento, orientação e constante auxílio.

Aos meus pais, Sebastião e Fátima pelo amor incondicional e pelas palavras de incentivo.

Aos meus irmãos Rafael, Bianca e Samuel, pela compreensão.

Ao meu namorado Rafael pelo cuidado e amor.

## RESUMO

SOUZA, Ana Caroline Ribeiro Rufino de. **Judicialização da Política**. 2015. 66 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ. 2015.

A pesquisa tem como objeto de análise a crescente atuação do Poder Judiciário nas democracias modernas, especialmente no campo da deliberação política. Abordar-se-á o fenômeno da judicialização da política, característico das democracias consolidadas, e as consequências deste novo arranjo institucional, buscando indicar a contextualização histórica, as condições emergentes e os eixos teóricos que abordam este fenômeno no campo da democracia. Far-se-á a análise da judicialização sob a ótica da democracia procedimental e da democracia substancial almejando revelar o caráter transformativo da democracia e o dinamismo vivenciado pelas democracias modernas. No cenário brasileiro, abordar-se-á fenômeno da judicialização a partir da Constituição Federal de 1988 e indicar as características peculiares deste fenômeno no Brasil. Não há pretensão de eleger o eixo teórico prevalente, tão somente abordar o aspecto transformativo da democracia.

**Palavras-chave:** Judicialização, Política, Direito.

## ABSTRACT

SOUZA, Ana Caroline Ribeiro Rufino de. **Legalization Policy. 2015.** 66 p. **Dissertation (Master of Social Sciences).** Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ. 2015.

The research has the object of analysis the increasing role of the judiciary in modern democracies, especially in the field of political deliberation. Address will be the legalization of political phenomenon, characteristic of democracies, and the consequences of this new institutional arrangement, seeking to indicate the historical context, emerging conditions and theoretical axes that address this phenomenon in the field of democracy. Far will be the analysis of legalization from the perspective of procedural democracy and substantive democracy aiming to reveal the transformative nature of democracy and the dynamism experienced by modern democracies. In the Brazilian scenario, legalization of phenomenon will be address-from the Federal Constitution of 1988 and indicate the peculiar characteristics of this phenomenon in Brazil. There is no claim to elect the prevalent theoretical axis, so only address the transformative aspect of democracy.

**Key Word:** Legalization, Politics, Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>1 O JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS MODERNAS</b>	<b>13</b>
<b>2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES</b>	<b>22</b>
<b>3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA</b>	<b>32</b>
3.1. Condições emergentes à Judicialização	33
3.1.1. Democracia	33
3.1.2. Separação de Poderes	34
3.1.3. Carta de direitos	35
3.1.4. Recurso ao Judiciário por grupos de interesse	36
3.1.5. Recurso ao Judiciário pelos partidos de oposição	38
3.1.6. Inefetividade das instituições majoritárias	38
3.1.7. Legitimação de instituições judiciais	39
3.1.8. Delegação de poderes das instituições majoritárias	40
3.2. Condições peculiares ao fenômeno da Judicialização no Brasil	42
3.2.1. Constituição Federal de 1988	42
3.2.1. Supremo Tribunal Federal	43
3.2.3. Ampliação do rol de legitimados a propor ações constitucionalidade	46
3.2.4. Cenário econômico e social	47
3.2.5. Excesso de produção legislativa e a crise de representatividade	48
<b>4 JUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRACIA</b>	<b>50</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado Democrático de Direito garantiu a ampliação dos direitos humanos reconhecidos em sede internacional e contribuiu para uma maior mobilização dos agentes sociais em torno da proteção aos direitos. Neste sentido, o recurso ao Poder Judiciário para reclame destes direitos criou um destaque na atuação judiciária.

Nas democracias modernas o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário resulta na necessidade de reflexão acerca dos processos históricos que consolidaram a teoria da separação dos poderes e a tênue relação entre Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo.

Os arranjos institucionais criados a partir do desenvolvimento das práticas democráticas também sugerem a necessidade de reflexão acerca da legitimidade democrática e dos espaços ocupados pela democracia.

O constitucionalismo e os processos que dele decorreram colocaram o Poder Judiciário em posição de destaque na defesa constitucional e garantiam o acesso à jurisdição constitucional.

A intensificação das relações sociais através das novas conflituosidades da sociedade pluralista e a aparente ineficiência dos órgãos representativos de deliberação também elevaram o número de demandas e questões submetidas ao crivo da atuação judicial.

A junção destes fatores (proteção aos direitos humanos, separação dos poderes, constitucionalismo e o pluralismo das sociedades modernas) desencadeou um fenômeno de transferência do local de tomada das decisões políticas e cada vez mais torna premente a necessidade de definir quais espaços são legitimamente ocupados pelo Poder Judiciário.

Com efeito, o ideal de supremacia constitucional preconizado pela Suprema Corte Norte Americana no caso *Marbury versus Madison* (1803) tornou-se precedente para a atuação das Cortes Judiciais, que vêm gradativamente assumindo o papel de guarda dos ideais salvaguardados na Constituição, e igual forma revelou a possibilidade de controle e limitação dos atos proferidos pelo Poder Legislativo.

A teoria do controle de constitucionalidade propagou-se pelos países que adotaram o regime democrático e tornou-se um dos pilares autorizativos da atuação ativa do Poder Judiciário, que a nível global estendeu o poder de participação dos juízes.

Esta atuação do Poder Judiciário levantou inúmeros questionamentos acerca da legitimidade democrática do Judiciário e também deu início às construções teóricas que buscaram explicar este fenômeno e também justificar as escolhas que validam ou questionam o protagonismo do Poder Judiciário.

Sob aspectos históricos, o fim da Segunda Guerra Mundial teve como consequências a luta pela proteção aos direitos como forma de exterminar as práticas dos governos totalitários e a consolidação do regime democrático pautado por garantias previstas na Constituição.

O constitucionalismo democrático universalizou a denominada revisão judicial e com isso assegurou a possibilidade de leis, como a Constituição, limitar e controlar os atos exarados por Poderes com representatividade democrática, como o Poder Legislativo.

Neste sentido, teorias como as da supremacia constitucional e do controle judicial contribuíram de forma relevante para o destaque da atuação do Poder Judiciário e, assim, a possibilidade de defesa do núcleo central de direitos conferiu legitimidade à atuação judiciária como órgão contramajoritário.

Na discussão acerca da busca de legitimidade das decisões judiciais situam-se duas importantes correntes teóricas, a saber, democracia procedimental e democracia substancial.

A atuação do Poder Judiciário revela como a política tem sido judicializada, legitimando-se ou buscando concretude através de decisões judiciais e, com isso, sendo transferida para uma nova arena do espaço democrático.

O presente trabalho tem como objeto analisar o fenômeno da judicialização da política, especialmente no que tange aos aspectos democráticos, buscando traçar as construções teóricas que se formaram em torno da atuação dos Tribunais.

A análise considerará ainda o aspecto brasileiro deste fenômeno e como a participação das Cortes Judiciais tem proporcionado o desenvolvimento de novos atores e novas arenas para a democracia.

A questão da legitimidade democrática será abordada com o objetivo de apresentar as duas principais correntes teóricas que se debruçam sobre o tema da democracia.

A justificativa para a discussão desse tema reside na importância crescente da intervenção judicial e na criação de novos espaços de prática da democracia. De fato, cada vez mais os Tribunais são chamados a decidir sobre questões que poderiam ser dirimidas no campo de deliberação dos órgãos representativos majoritários. No entanto, por transferência tácita ou por omissão legislativa, as Cortes Judiciais vem emitindo decisões com aspecto político.

A Ciência Política tem se debruçado sobre o estudo da autonomia do Poder Judiciário perante os demais poderes democráticos e sua legitimidade para resolver conflitos e mediar interesses.

Com efeito, nas democracias contemporâneas, o Poder Judiciário tem sido tema de discussão no quanto tange à sua intervenção e no que diz respeito à sua finalidade na sociedade.

Neste cenário, a discussão da intervenção do Poder Judiciário passa pelo conceito de judicialização, fenômeno que abrange não só as relações e atos jurídicos, como engloba a judicialização da vida social e política.

Deste modo, a motivação e também justificativa para a escolha do tema pauta-se no interesse pelo estudo da Judicialização da Política, especialmente no cenário brasileiro, em que cada vez mais o Judiciário é chamado a decidir sobre questões que, por sua natureza, poderiam ser objeto de deliberação no Poder Legislativo.

Desde a adoção do regime democrático, que teve como marco formal a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, na condição de guarda da Constituição, vem crescentemente intervindo na vida social e política do Brasil.

A pesquisa apontará indícios de um possível enfraquecimento dos órgãos de representatividade democrática, especialmente no caso brasileiro, e a possível crise de legitimidade advinda das distorções geradas pelo sistema eleitoral.

Por óbvio, a figura do Poder Judiciário, como um “Super-Poder”, é anômala à luz da teoria democrática e acaba por levantar indícios de uma nova forma de transformação da democracia, o que também justifica e reforça o interesse pela pesquisa.

A pesquisa é do tipo qualitativa, com ênfase nas modalidades documental e bibliográfica, com a finalidade de revelar a conceituação, condições emergentes, pressupostos teóricos de existência e validade do fenômeno da judicialização. Buscar-se-á também analisar as implicações do fenômeno no campo da teoria democrática, com a finalidade de explorar plenamente os qualificativos teóricos da pesquisa.

Relativamente à divisão de capítulos, torna-se importante mencionar que o trabalho é composto de quatro capítulos, ordenados metodologicamente de forma a garantir pleno entendimento teórico das construções ora analisadas e com isso atender com maior fidelidade à complexidade do tema.

O primeiro capítulo terá como objeto de análise o Poder Judiciário nas democracias modernas e o papel de crescente destaque por ele desempenhado. Para tanto, tornar-se-á necessário analisar as principais fases evolutivas do Estado, indicando as principais transformações sofridas pela estrutura judiciária que possibilitaram o protagonismo de sua atuação. Também será abordada a realidade brasileira e o histórico do constitucionalismo no Brasil.

No segundo capítulo a pesquisa terá como objeto de análise a teoria da separação dos poderes e seus reflexos diretos na evolução e desenvolvimento das práticas constitucionais do Estado de Direito e, para tanto, abordará a construção teórica desenvolvida a partir da experiência absolutista através das ideias de Thomas Hobbes, John Locke e Montesquieu. Neste capítulo ainda será feita a análise dos cientistas norte-americanos Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que preconizaram a atuação de maior destaque do Poder Judiciário em defesa dos ideais assegurados na Constituição e como órgão contramajoritário limitador da atuação dos demais poderes. Ainda neste capítulo serão apresentadas algumas decisões da Suprema Corte Norte Americana que serviram de precedente para a solidificação do fenômeno da judicialização a nível global.

No terceiro capítulo a pesquisa abordará os itens conceituais do tema, como o conceito de judicialização e as condições emergentes para a ocorrência deste fenômeno, indicando ainda as causas peculiares ao cenário brasileiro, abordando as condições sociais, econômicas e o contexto facilitador do surgimento do fenômeno da judicialização no cenário nacional.

No quarto capítulo abordar-se-ão os aspectos democráticos do tema, apresentando-se as duas correntes teóricas que buscam analisar a judicialização sob a ótica da democracia. Para tanto, a corrente procedimentalista e a substancialista serão objetos de análise, bem como seus principais expoentes, buscando-se analisar a questão da legitimidade democrática e dos aspectos transformativos da democracia, que gradativamente vem ocupando os Tribunais.

A pesquisa não se pretende conclusiva em relação às posições que validam e questionam a legitimidade de atuação dos Tribunais, mas tão somente expor as construções teóricas a respeito do tema e, com isso, contribuir para a compreensão do fenômeno da judicialização e dos aspectos transformativos da democracia.

Com efeito, a democracia é um processo dinâmico, que vem se consolidando como regime apto a garantir o desenvolvimento da sociedade e, com isso, aumentando o número de

atores sociais a reclamar novos direitos, atores estes que vêm gradativamente construindo, no âmbito do Poder Judiciário, uma nova arena de deliberação política e, com isso, instigando o estudo dos aspectos democráticos da judicialização da política.

## CAPÍTULO I O JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS MODERNAS

O protagonismo do Poder Judiciário nas Democracias Modernas decorre em certo grau de um processo evolutivo histórico de transposição de dogmas do sistema econômico, político e social.

A compreensão da prática da atuação judiciária concebida nos dias atuais exige um trabalho de compreensão histórica, por isso torna-se necessário pontuar alguns fatos que integraram a transposição da Idade Média para a Idade Moderna.

Por óbvio, esta análise não se pretende exaustiva até mesmo em respeito ao recorte temático da pesquisa. Pretende-se tão somente caracterizar historicamente a atuação do Judiciário e, para isso, a análise da Idade Média e da transição para a modernidade revela-se importante.

A Idade Média é um período relevante da História, pois significativas transformações sociais e institucionais ocorreram, especialmente na forma como o indivíduo se posicionava no meio social e, por consequência, o direito e seus institutos sofreram influência direta destas transformações.

Neste período, ocorreram fatos sociais de extrema relevância para a política e para o direito e que influenciariam sobremaneira a sociedade e as instituições legitimamente constituídas, como a Guerra dos Cem Anos, a criação das primeiras universidades, a formação e institucionalização da Igreja Católica.

Na Idade Média, as relações de poder advindas do domínio sobre a terra instituíram relações sociais de servidão e traçaram os limites sobre os quais a política e a juridicidade poderiam ser exercidas.

O sistema jurídico era múltiplo, e poderia ser baseado tanto em normas de direito positivo quanto em normas de direito natural ou consuetudinário.

O chamado direito medieval, aplicado especialmente às relações de feudo, proporcionava uma multiplicidade de agentes com poder de jurisdição, na medida em que ao senhor do feudo competiam as funções judiciárias, havendo para cada feudo um regramento e um órgão julgador diverso. Tal sistema apresentava uma desestruturação do sistema jurídico, distante de uma uniformidade.

Em razão de a terra ser o referencial de poder, inúmeros agentes sociais detinham jurisdição sobre os conflitos existentes, daí a proliferação por vários agentes da função de julgar.

É preciso mencionar ainda a relevância e influência do direito canônico, especialmente nas relações entre clero e nobreza e que enquanto espécie normativa da época, ocupava-se de regular assuntos como casamentos, divórcios e toda a complexidade de relações sociais submetidas ao crivo da Igreja Católica Medieval.

Com o esgotamento do sistema feudal, especialmente pelas crises de produção, o capitalismo surge como alternativa real de desenvolvimento e de segurança nas relações materiais de poder.

O Estado inicia um processo de predominância, como órgão regulador central; a consolidação do interesse público frente ao privado ganha contornos institucionais; e o fenômeno da publicização ganha enfoque institucional.

Enquanto na Idade Média interesse público e privado conviviam e harmonizavam-se na prática social, na Idade Moderna o interesse público passa a ser o motor das relações estatais.

A função de julgar, antes exercida por uma multiplicidade de agentes, passa, nos Estados Modernos, a ser uma função e responsabilidade do Estado. O Juiz torna-se órgão do Estado, vinculado a uma série de normas emanadas pelo próprio Estado, que é a única fonte normativa do direito.

Neste momento, o Estado exerce o monopólio sobre a produção jurídica, e valores como estabilidade e segurança jurídica tornam-se referenciais para a moderna sociedade ocidental.

O positivismo jurídico se consolidou como paradigma da ciência moderna e teve como principal expoente o cientista Hans Kelsen, que desenvolveu a teoria do direito a partir da hierarquia das normas e da preponderância da norma jurídica fundamental.

Segundo Hans Kelsen:

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a esta ordem. (KELSEN, 1998, p. 33).

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. (KELSEN, 1998, p. 221).

O sistema desenvolvido por Kelsen conferia ao direito a possibilidade de abarcar e dirimir os conflitos das mais variadas ordens e assegurava proteção ao Judiciário das possíveis intervenções políticas.

O positivismo jurídico também conferiu destaque ao Poder Legislativo, na medida em que era premente a necessidade de institucionalizar a criação de normas, já que o Judiciário apenas aplicava de forma mecânica o dizer legislativo.

Os ideais liberais sobre os quais o capitalismo operava impunham a necessidade de existência de uma coesão social. Logo, as demandas e conflitos individuais ocuparam o Judiciário, que estava alheio aos anseios de caráter coletivo, àqueles que afligiam a sociedade para além das relações individuais.

No entanto, a massificação das práticas capitalistas e o risco dos ideais socialistas fizeram com que o Estado Liberal enfrentasse grandes obstáculos para manter a passividade nos anseios sociais.

As crises do capitalismo, notadamente a partir da Primeira Guerra colocaram o Estado na posição de agente regulador e fomentador do desenvolvimento econômico e social.

Com as práticas intervencionistas de Keynes, o Estado assumiu o papel dirigista das relações econômicas e adotou esta postura como uma forma de enfrentar as crescentes crises sociais, fruto da ineficiência social e da ausência de garantias igualitárias nas práticas capitalistas.

O Estado Social surge como alternativa à própria subsistência do capitalismo, que necessitava conferir maior proteção aos direitos sociais. Trata-se da era do chamado bem-estar social.

O Estado Social tenta conciliar e mediar os interesses do Estado e da sociedade, distanciados pelas práticas capitalistas, e compor com diversas classes sociais, especialmente a classe trabalhadora, arranjos institucionais em resposta aos anseios sociais e também como de forma de subsistência do capitalismo, que dependia da força trabalhadora.

O Estado, nesta nova configuração, tem maior enfoque de atuação no Poder Executivo que tem de implantar uma série de políticas públicas com o objetivo de reduzir as distorções sociais.

Neste novo cenário, o conceito de democracia ganha uma abordagem substantiva, atrelada à concretização de direitos fundamentais, daí os Juízes ganham papel de destaque, pois tornam-se meios da concretização da ótica substantiva da democracia.

O Judiciário, portanto, deixa de dirimir apenas os conflitos de natureza individualista e passa a assegurar direitos de índole social, aqueles afetos à coletividade, especialmente advindos de medidas compensatórias ou distributivas.

O Estado Social passa a conferir novas dimensões à ótica liberal, notadamente no campo dos direitos patrimoniais. O direito de propriedade, por exemplo, passa a ser associado à função social. Neste período, também surge a normatização do direito do trabalho.

A força normativa e principiológica da lei dá origem ao fenômeno da constitucionalização do Estado, que se submete ao império da lei como forma de concretizar as leis fundamentais. Surge o Estado Democrático de Direito.

Historicamente, a partir do segundo pós guerra, com o novo redimensionamento do aparato estatal, o surgimento do constitucionalismo democrático abarcou a chamada universalização de direitos.

Neste sentido, o Judiciário deixa de ser uma instância alheia à sociedade e ganha *status* de nova arena de representação política, de novo espaço democrático.

Deste modo, o Estado Democrático de Direito consolida-se nas sociedades modernas e tem na concretização dos direitos fundamentais e na democracia sua órbita central de legitimação e validade.

O constitucionalismo produziu, no Estado Democrático de Direito, teorias basilares à ótica dos direitos e da democracia contemporânea, como a força normativa da Constituição e a relevância do conteúdo material do texto constitucional, superando-se a ideia da análise literal da norma. Tratava-se do Constitucionalismo Dirigente.

O Estado Democrático de Direito abarcou em certa medida as práticas dos modelos estatais que lhe antecederam. No entanto, traçou como órbita central de validade a proteção à democracia e a universalização de direitos.

Na sociedade moderna ocidental os direitos são reclamados com ampla liberdade e a intensificação das relações sociais das mais variadas ordens (social, política, econômica, afetiva) impôs aos Poderes legitimamente constituídos a necessidade de dirimir impasses de ordem moral, religiosa e política.

Em termos históricos, ainda é preciso atentar para as práticas introduzidas pelo Estado Neoliberal, que impôs a abertura de mercados, a internacionalização do comércio e a globalização.

O Estado Neoliberal propunha um Estado reduzido, abarcando responsabilidades menores, principalmente se comparado com o Estado Intervencionista.

Neste cenário, era necessária a redução da atuação dos Poderes do Estado, já que o Estado diminuto exigia menos intervenção estatal e maior liberdade econômica.

Nos países em que a transposição entre os tipos de Estado foi consolidada como um processo histórico e social, o Poder Judiciário mesmo diante de um aparato estatal reducionista, ainda manteve-se como guarda da Constituição e como guarda dos reclames dos direitos de caráter fundamental.

Por vezes, a postura minimalista adotada pelo Poder Executivo encontrava limites na atuação do Poder Judiciário, que intervia em prol de reclame de direitos subjugados na ótica do Estado Neoliberal. O Judiciário tornava-se reduto da democracia.

Com efeito, a intensificação das práticas democráticas revelou com maior proximidade a atuação das instituições democraticamente constituídas e também indicou um novo redimensionamento da atuação dos Poderes do Estado.

É preciso mencionar ainda que a democracia, sob a concepção moderna, deve proporcionar certas condições de amadurecimento do Estado e das instituições por ele abarcadas. Este, inclusive, é o dizer do pesquisador americano Robert Alan Dahl, veja-se:

(...) a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras (DAHL, 2001, p.73-74).

Relativamente à atividade judiciária, a transposição da publicização da magistratura, aliada às práticas de concretização material dos ideais da democracia, possibilitou papel de destaque ao Poder Judiciário nas democracias modernas.

Nesta linha, o cientista Garapon diz que:

[...] a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça tornou-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei”. (Garapon, 1999, p. 48-49).

O início do estudo do Poder Judiciário como espaço da democracia tem como marco a análise da separação dos poderes.

O arranjo funcional do Estado tripartido capaz de executar, criar leis e julgar, classicamente teorizado por Montesquieu, não contemplava a intensa participação política das Cortes Judiciais no desenho estatal.

Em discurso sobre o papel do Poder Judiciário, Montesquieu afirmou que:

Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito (MONTESQUIEU, 2000, p.173).

Com efeito, à luz da teoria política moderna, a Judicialização surge como fenômeno decorrente de uma série de fatores e condicionantes, e um destes principais fatores afetos às funções estatais diz respeito à chamada crise dos poderes.

A teoria da separação de poderes foi concebida tendo por base os ideais clássicos da democracia. Contudo, a democracia, enquanto instrumento de participação e exercício da política, tem passado por intensas e profundas transformações.

O modelo da separação de poderes sob o prisma da análise substantiva, ficou em certa medida estagnado, já que os ditames da democracia material passaram a ir além dos postulados do exercício do poder e da política.

A intensificação das relações políticas e sociais também contribuiu de forma relevante para o aponte das deficiências representativa dos poderes, incapazes, em certo grau, de conciliar e harmonizar interesses sociais conflitantes.

Neste sentido, os cientistas sociais Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos dispõem que:

(...) a tendência contemporânea de buscar aquisição de direitos no Judiciário, contornando instituições da democracia representativa, tem sido entendida como uma patologia característica das sociedades democráticas (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p.368).

As instituições majoritárias, especialmente as Casas Legislativas, tiveram várias pautas transpostas para o debate nas Cortes Judiciais. É justamente a este fenômeno de maior intensificação da participação política do Poder Judiciário que se dá o nome de Judicialização.

A relevância desse fenômeno indica ou ao menos sugere que é preciso refletir acerca dos novos contornos da democracia.

Os tribunais deixaram de ser órgãos meramente reprodutores do dizer legislativo e passaram a assumir uma função política, pautada não somente na pacificação social, mas na manutenção da ordem vigente e na busca da satisfação dos reclames de índole democrática.

A intensificação dos conflitos sociais exige mais do que debates legislativos, pois a democracia é um processo dinâmico e como processo vem ocupando novos cenários e novas arenas.

O Poder Judiciário, além de aplicar o direito, a passa ser fonte de sua criação, através da atuação ativa das Cortes Judiciais, que nas democracias modernas tornam-se órgãos atuantes na esfera política.

O Estado Democrático de Direito e todas as garantias formais por ele abarcadas criam um cenário favorável à intensificação do fenômeno da Judicialização.

Neste ponto, cumpre dissertar a respeito da experiência da ampliação da atuação do Poder Judiciário no Brasil, que diversamente do modelo histórico traçado pela Europa não vivenciou a delimitação de fases ou modelos estatais.

No Brasil, o Estado sempre alternou momentos de vivência democrática e momentos de instabilidade democrática, e as transições entre os regimes autoritários e democráticos foram marcadas por grandes mudanças estruturais na sociedade.

A transposição dos modelos estatais e das práticas econômicas ocorreu de forma rápida e a passagem do Estado Social para o Estado Liberal ocorreu em meio a governos ditatoriais.

O processo de constitucionalização dos direitos revelou a ausência de efetividade das proposições assumidas, pois o texto constitucional abarcou ideais diversos, que necessitavam não apenas de ser declarados em um documento formal como a Constituição, mas que dependiam sobremaneira da vivência e consolidação histórica.

Com efeito, diversamente do modelo europeu e norte-americano, no Brasil as mudanças de caráter evolutivo ocorreram de forma célere e isso privou as relações sociais do necessário processo de amadurecimento histórico.

O histórico constitucional brasileiro indica que nos períodos de autoritarismo, especialmente nas Constituições de 1937 e 1967, o Poder Judiciário limitava-se a resolver conflitos de natureza individual.

Nas Constituições de matrizes democráticas, especialmente as Cartas de 1934 e 1946, pode-se identificar uma ampliação do controle de constitucionalidade e uma maior deliberação por parte do Poder Judiciário em questões afetas à proteção dos direitos de índole fundamental. Todavia, o Poder Judiciário e o próprio regime democrático foram alvos de constantes medidas centralizadoras de poder, o que culminou nos regimes autoritários.

A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco transformador da posição ocupada pelo Poder Judiciário na democracia brasileira e cria no Judiciário uma arena de participação e exercício da democracia.

A ruptura do regime ditatorial, até então vigente no país, e o processo de redemocratização impulsionaram uma série de condições que conduziram a uma maior participação política do Poder Judiciário.

A Assembleia Constituinte recebeu inúmeras reivindicações de inserção de matérias no texto da nova Constituição. Muitos atores sociais, como determinadas classes profissionais e instituições, realizaram forte trabalho junto à Constituinte para que seus interesses fossem preservados.

A Constituição Federal foi promulgada no ano de 1988 e é considerada a Constituição Cidadã, pois alargou a defesa dos direitos de cidadania e ampliou as garantias de natureza fundamental.

Contendo duzentos e cinquenta artigos, a Constituição foi classificada como prolixa e é uma das maiores em extensão nos países que adotaram o regime democrático.

A Constituição Federal conferiu ao Supremo Tribunal Federal a posição de guarda do texto constitucional; ampliou o rol de legitimados a propor ações de constitucionalidade; conferiu independência funcional ao Ministério Público e com estas inclusões e acréscimos deu uma nova configuração a dinâmica democrática nacional.

A crise econômica pós constituição, a abertura ao mercado internacional, a privatização de setores estratégicos motivaram a eclosão de diversas crises sociais e tais conflitos foram dirimidos pelo Poder Judiciário, na condição de órgão incumbido de satisfazer ou dar concretude ao conteúdo programático do texto constitucional.

Com efeito, o cenário econômico brasileiro da década de 1990 foi decisivo para uma série de acontecimentos do país, como as privatizações, a abertura do mercado ao capital estrangeiro, o controle inflacionário, a diminuição da dívida pública e a retomada do crescimento.

Coube ao Estado conduzir todas estas medidas, muitas destas exigências do Fundo Monetário Internacional para que o Brasil pudesse honrar os compromissos assumidos com os credores internacionais.

Neste ponto, cumpre atentar para o fato de que a Constituição Federal de 1988 antecedeu a adoção das medidas neoliberais e, com isso, criou grandes desafios à gestão do Estado, pois o texto constitucional, marcado pelas garantias sociais, por vezes colidia com as medidas minimalistas adotadas pelo Estado brasileiro, notadamente na década de 1990.

Sob esta configuração, o Poder Judiciário passa a deliberar sobre assuntos e pautas do Poder Executivo, notadamente aquelas relacionadas à condução da política econômica e tributária.

De fato, com o Estado, na figura do Poder Executivo, adotando uma postura reducionista diante da assunção de novas despesas públicas e, com isso, negando em certo grau a concretização de alguns direitos sociais, coube ao cidadão procurar o Poder Judiciário para satisfazer suas demandas.

O Poder Judiciário, por meio de sua atuação, impulsionou a concretização de políticas públicas e buscou, através da força cogente das decisões, suprir a omissão do Poder Executivo.

Este caráter intervencionista do Poder Judiciário limitou, em certa medida, a atuação do Poder Executivo e, desde então, desencadeou uma série de debates e até mesmo de proposições legislativas com o intuito de reduzir a intervenção judiciária.

As sucessivas alterações no texto constitucional, especialmente através das emendas constitucionais, revelam a busca de adequação e equilíbrio entre a atuação estatal e as garantias promulgadas.

Com efeito, desde a promulgação da Constituição Federal, inúmeras emendas alteraram de forma substancial o texto constitucional e impuseram novas regras e a adoção de novos princípios valorativos ao Estado. Cite-se como exemplo a reforma administrativa do Estado brasileiro, que inseriu princípios como eficiência à gestão pública através da Emenda Constitucional nº. 19.

Relativamente à estrutura funcional do Poder Judiciário brasileiro, cumpre assegurar que este ainda apresenta traços marcantes de uma gestão burocratizada. A maior intervenção e reclame às Cortes elevou de forma significativa o número de demandas levadas à apreciação judicial e tornou a estrutura, já obsoleta, muito morosa e ineficaz.

O crescente recurso ao Poder Judiciário elevou o serviço da justiça, o que exigiu a criação de novos mecanismos de atendimento das demandas individuais, como os Juizados Especiais

A legislação infraconstitucional também tem sido objeto da chamada interpretação à luz da Constituição, já que muitos dos códigos de matérias específicas ganharam vigência em épocas que privilegiavam os valores patriarcais, bem diferentes da moderna sociedade brasileira, cada vez mais plural e complexa.

O sistema judicial ainda mostra-se deficitário na busca pela satisfação das demandas que lhe são propostas, o que indica que apenas a amplitude normativa prevista na Constituição não é medida suficiente para garantir celeridade na concretização de direitos e no exercício da função judiciária.

A criação do Conselho Nacional de Justiça revela a preocupação do Poder Judiciário com a ineficiência e morosidade da máquina judiciária e constitui o primeiro esforço das Cortes brasileiras para adequação à nova realidade social do país.

Com efeito, o papel conferido ao Poder Judiciário na democracia moderna decorrente do processo transformativo constitucional, também exigiu a adoção de novos esforços.

A democracia, em linhas gerais, também é acompanhada pelo processo de burocratização. Neste sentido, dispõe o cientista Norberto Bobbio:

Estado democrático e estado burocrático estão historicamente muito mais ligados um ao outro do que a sua contraposição pode fazer pensar. Todos os estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte uma consequência do processo de democratização (BOBBIO, 1986, p. 34).

Deste modo, o esforço empreendido pelas Cortes Judiciais busca suprimir os gargalos da morosidade e tornar o serviço da justiça célere e voltado à concretização dos ideais perseguidos.

Neste sentido, em que pese as condições adversas enfrentadas pelos regimes democráticos e as consequências de sua implementação, o espaço de exercício da democracia tem sido crescente.

Para corroborar com esta assertiva, cumpre trazer a citação de Bobbio, segundo a qual:

Apesar disto. Após o que afirmei até aqui, alguém poderia esperar uma visão catastrófica do futuro da democracia. Nada disso—nos últimos quarenta anos aumentou progressivamente o espaço dos regimes democráticos (BOBBIO, 1986, p. 36).

Feitas tais considerações introdutórias acerca do panorama histórico da transposição evolutiva do Poder Judiciário no cenário ocidental e brasileiro, torna-se necessário avançar no estudo da Teoria da Separação dos Poderes e sua vital importância para o fenômeno da Judicialização.

## CAPÍTULO II A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O estudo do histórico da concepção do poder tripartido revela-se de vital importância para a compreensão do tema da Judicialização e perpassa teorias que constroem e desconstruem os diversos tipos estatais.

A Judicialização é fenômeno próprio do Poder Judiciário e, neste sentido, torna-se importante traçar os marcos de criação do Poder Judiciário como autônomo e independente.

Os teóricos Thomas Hobbes, John Locke e Montesquieu apresentam diversos panoramas que culminaram com a criação da ideia de existência de um Poder Judiciário.

O filósofo Thomas Hobbes (1588-1679) traçou as ideias fundacionais do Estado Contratualista e os ideais do Estado Absolutista.

Para Hobbes, o homem não era um ser sociável e o estado de natureza era tomado de medo, violência, incertezas. Sendo assim, apenas o estabelecimento de um pacto social fundante do Estado poderia resgatar o homem do estado bárbaro a que estava submetido na vida em natureza. O homem, segundo Hobbes, é um ser egoísta que, antes de ser sociável, busca a satisfação de seus interesses, criando no estado de natureza lutas constantes.

Assim, o contrato ou pacto social surge como alternativa para garantir a ordem, a liberdade e a justiça. A soberania do homem é transferida de forma irrestrita e ilimitada ao Estado que, de forma una, detém o poder.

Para Hobbes, o soberano deveria ser uno, exercendo de forma cumulativa e irrestrita as funções de julgar, executar e criar leis. Ele estaria acima da lei, como sua fonte primária de criação.

Na concepção hobbesiana, a divisão do poder representava o enfraquecimento da soberania e do próprio poder que, se dividido, poderia deteriorar-se e dissolver os ideais absolutistas.

A teoria de Hobbes subjuga a participação do indivíduo no exercício da política, enclausura e aliena a sociedade aos ditames irrestritos do soberano e suplanta os direitos naturais. O homem abdica de sua liberdade e cria o Estado absoluto na figura do soberano.

Segundo Hobbes:

Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa chama-se Soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos (HOBBS, 2003, p. 147-148).

A contribuição de Hobbes deriva na construção teórica do Estado como criação livre e consciente da vontade do homem, radicada em ideais racionais e, com isso, representa a ruptura dos ideais fundantes baseados na existência de uma lei divina.

A criação do Estado passa a ser teórica e artificialmente concebida em bases sólidas e decorrentes da vontade do homem, e não da criação divina. Esta ruptura permite a concepção

de que o Estado, antes de ser governado ou dirigido pela vontade divina, é fruto do pacto consciente dos homens.

O teórico John Locke (1632-1704) rompe com os ideais absolutistas de Hobbes e cria as bases científicas da teoria liberal burguesa individualista.

Na concepção de Locke, o estado de natureza é um estado de perfeita e irrestrita liberdade, mas onde o homem está sujeito a certas violações a sua liberdade.

Neste sentido, o pacto social é estabelecido para firmar e proteger os ideais de liberdade e propriedade, mas com condições que assegurem a subsistência das leis naturais.

O direito natural não é suprimido pelo direito civil, ao contrário, segundo Locke, as leis naturais são convertidas em leis civis para preservação do direito natural.

Entretanto, o direito civil, desde sua essência, é condicionado pelo direito natural, que lhe é preexistente. Logo, o direito civil é delimitado pelo direito natural.

Neste sentido, a soberania não é transferida ao Estado, mas tão somente seu exercício, pois a comunidade de cidadãos continua sendo a detentora da soberania, delegando apenas ao Estado o exercício desta prerrogativa.

Em razão disso, Locke concebe o poder absoluto como ilegítimo, na medida em que neste a soberania é transferida de forma ilimitada ao Estado, o que enseja a extinção do direito natural e a centralização do poder na figura única do soberano.

John Locke defendia, portanto, a limitação ao Poder do Estado e, neste sentido, desenvolveu a teoria da bipartição de poderes, segundo a qual o poder político deveria ser exercido pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, ambos autônomos.

Em que pese a defesa da limitação do poder do Estado e o destaque conferido à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, Locke não concebeu a existência de um Poder Judiciário, uma vez que função de julgar já estaria abarcada pelo Poder Executivo, que detinha como prerrogativa a administração das leis.

Ainda na concepção da teoria da bipartição de poderes, o Poder Legislativo exercia papel de preponderância, considerado por Locke como o poder supremo, e ao Poder Executivo caberia tão somente a função subsidiária de dar cumprimento às deliberações do Poder Legislativo.

Apesar de Locke rebelar-se contra os ideais absolutistas, a teoria política por ele desenvolvida aliena a participação do homem na política e deposita apenas nas instâncias e órgãos estatais a deliberação das questões políticas.

A crítica a Locke encontra-se na constatação de que a esfera pública do exercício da política é esvaziada pelos interesses privados e no enfraquecimento da participação política da sociedade.

A teoria da separação tripartida do Poder tem sua formulação clássica na obra de Montesquieu (1689-1755), que conferiu contornos organizacionais às funções do Estado.

Montesquieu concebe a existência de três poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, todos autônomos e independentes entre si.

A construção teórica de Montesquieu reside na autolimitação do poder pelo poder, ou seja, os poderes se autolimitariam como forma de preservar o exercício da política e da liberdade.

O paradigma da teoria de Montesquieu é a concepção da existência do Poder Judiciário, com feições de instância estatal dotada de autonomia e com estrutura organizacional sistêmica para o Estado.

Para Montesquieu, o Poder Judiciário deveria ser dotado de imparcialidade política e valorativa, competindo-lhe tão somente aplicar o dizer legislativo. Neste cenário, Montesquieu concebia a figura do Juiz como a boca da lei.

Com efeito, na visão de Montesquieu, o Poder Legislativo é o de maior destaque, com a missão de deliberar sobre a vida política e legislar de forma positivista sobre todas as matérias, que seriam posteriormente objeto de execução pelo Poder Executivo e de aplicação pelo Poder Judiciário.

Ainda no sé. XVIII, a concepção da existência do Poder Judiciário como órgão constitutivo do Estado ganha força com os Artigos Federalistas de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, publicados em 1787.

Tais artigos delinearão um redimensionamento do Estado Americano, até então uma Confederação com alguns traços facciosistas deficitários, e propuseram os ideais institucionais do Federalismo.

Na visão dos teóricos americanos, o Federalismo, como união dos Estados, representava uma forma justa e democrática de exercício do poder e se contrapunha aos aspectos deficitários da Confederação.

A grande mudança de paradigma inserida por Madison, Hamilton e Jay à teoria de separação dos poderes diz respeito à concepção do Judiciário como arena de defesa dos valores constitucionais e direitos individuais.

No federalismo, concebe-se a existência de um Tribunal Constitucional, capaz de limitar os reclames majoritários, fruto das deliberações legislativas. Pela primeira vez, consegue-se se admitir a noção de que uma decisão judicial possa sobrepor-se a um preceito emanado pelos representantes eleitos (Legislativo).

Neste ponto, cumpre pontuar a importância da teoria da supremacia constitucional, que legitimava a atuação do Poder Judiciário, ao ter como prerrogativa a defesa do texto constitucional, ainda que em detrimento dos ideais parlamentares.

Os teóricos americanos construíram a figura de um Poder Judiciário dotado de autonomia, com juízes tendo como prerrogativas a inamovibilidade e a vitaliciedade como forma, inclusive, de garantir a independência necessária à atuação dos Tribunais.

Ainda sobre os ideais de autonomia, o teórico Hamilton é taxativo ao afirmar que “não pode haver liberdade se o poder de julgar não estiver bem separado do de fazer as leis e do de executá-las” (HAMILTON, 1993, p. 167-172).

Para os Federalistas, o Poder Judiciário seria por natureza o poder mais frágil, que menor potencial ofensivo oferece ao texto constitucional, razão pela qual deveria ser nutrido

de todos os meios capazes de promover julgamentos pautados na defesa da Constituição e dos direitos individuais.

Sustentam que os Tribunais poderiam, por força da defesa ao texto constitucional, declarar ou reconhecer a plena nulidade de atos, ainda que emanados do Poder Legislativo dotado de representatividade política, que ofereçam lesividade ao corpo central da Constituição.

Para Madison, Hamilton e Jay, o Poder Judiciário não é superior aos demais poderes, mas está legitimado a reconhecer a nulidade de atos contrários ao texto constitucional.

Para os referidos Autores:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra (HAMILTON, 1984, p. 577).

A teoria acerca da interpretação das leis conforme o texto constitucional também ganha relevância para os federalistas, pois ao Poder Judiciário competia a atribuição do sentido constitucional aos atos emanados pelos demais poderes.

Neste sentido, eventuais e possíveis arbitrariedades cometidas no espaço do Poder Legislativo, ao criar e editar leis, poderiam ser reparados no campo judicial, evitando a possível tirania dos legisladores e creditando confiança às instituições públicas.

A defesa ativa do texto constitucional e dos direitos individuais confere à atuação do Poder Judiciário destaque institucional e político, o que não foi objeto de compreensão na teoria de Montesquieu, e possibilita ao Poder Judiciário a limitação ao exercício abusivo do poder.

A teoria da supremacia da Constituição possibilita o fortalecimento do controle de constitucionalidade e legitima a Constituição como texto fundamental de subsistência do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a teoria da supremacia da Constituição protege os valores democráticos constituídos e possibilita ao Poder Judiciário a discussão ativa sobre os elementos centrais do Estado.

Relativamente ao histórico jurisprudencial americano, cumpre pontuar alguns casos que serviram de paradigma na atuação da Suprema Corte e que simbolizam o caráter contra majoritário das decisões judiciais.

O caso *Marbury versus Madison*, em 1803, foi pioneiro, pois foi o primeiro caso em que a Suprema Corte reconheceu a prevalência da Constituição sobre atos infraconstitucionais.

No referido caso, o cidadão *Marbury* pleiteava em juízo o direito a nomeação como Juiz de Paz, o que foi negado pelo então Secretário Madison. A Corte Americana reconheceu o direito à nomeação de *Marbury*, mas o fez tendo por base apenas o caráter procedimental, ou seja, a análise foi formal e não enfrentou a questão meritória de legitimidade do ato infraconstitucional.

No caso, após a eleição presidencial de 1800, em que Thomas Jefferson ganhou do rival John Adams, este último decidiu nomear vários juízes, em nítida tentativa de manter o controle sobre o Estado.

Um destes Juízes nomeados seria William Marbury, que ocuparia o cargo de Juiz de Paz. No entanto, em razão do curto período de transição de governos, não houve tempo hábil para que Marbury recebesse o diploma de nomeação.

Quando Thomas Jefferson assume a presidência, nomeia James Madison como Secretário de Justiça, que cumprindo as ordens de Jefferson negou dar nomeação a William Marbury.

Marbury impetrou um *writ of mandamus* (mandado de segurança) junto à Suprema Corte Norte-Americana, pleiteando a entrega do diploma de nomeação.

O referido mandado de segurança teve como relator o Juiz John Marshall que, de forma pioneira, quando do julgamento da ação em 1803, inicia o *Judicial Review*, isto é, a possibilidade de revisão judicial das decisões emitidas pelo Poder Legislativo e Executivo quando contrárias à interpretação da Constituição.

A decisão do caso Marbury versus Madison introduziu importantes regras de interpretação ao Judiciário, como a compreensão de que é dever do Poder Judiciário dizer o que é direito e, de igual forma, solucionar os conflitos entre normas de igual hierarquia ou normas que confrontem as diretrizes traçadas pelo texto constitucional.

Este é o posicionamento de Marshall:

(...) enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender a Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam (MARSHALL, 1997, p.25).

De forma inaugural, a Suprema Corte Norte-Americana se posicionou sobre o controle de constitucionalidade. O caso tornou-se precedente para o moderno direito constitucional e estreou a possibilidade de revisão judicial das decisões dos outros poderes estatais.

Ainda nas palavras do Juiz Marshall:

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as

outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível (MARSHALL, 1997, p.25).

No ano de 1905, o julgamento do caso *Lochner versus New York* foi de fato relevante na análise material de prevalência do texto constitucional sobre a legislação infraconstitucional.

No caso, Joseph Lochner, proprietário de uma padaria, ingressou contra o Estado de *New York*, questionando a aplicação de uma multa em razão do descumprimento de uma lei estadual, que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 60 (sessenta horas) semanais.

Antes da promulgação da referida lei pelo Estado de *New York*, era rotineiro que o trabalho dos padeiros excedesse a mais de 100 (cem) horas semanais e, em razão da peculiaridade das condições de trabalho, fosse exposto à umidade e oscilações de temperatura.

A lei do Estado de *New York* buscava aperfeiçoar as condições de trabalho e limitar a jornada diária a 10 (dez) horas e a semanal a 60 (sessenta) horas.

Lochner sentindo-se prejudicado pela aplicação da lei estadual e reclamando ofensa à Quarta Emenda, segundo a qual ninguém será “privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”, e aduzindo ofensa à liberdade contratual, levou o caso à apreciação da Suprema Corte Norte-Americana.

O Juiz Rufus Peckham, incumbido do julgamento, entendeu que o direito de liberdade só poderia sofrer legítima restrição desde que afeta ao poder de polícia do Estado, que por interpretação restritiva abrange tão somente moralidade pública, a saúde, a segurança, a paz e a ordem e nada além disso.

Deste modo, o direito à liberdade contratual estaria distante do alcance do poder de Polícia do Estado, que não deveria emitir leis contrárias ao direito de liberdade, previsto na Quarta Emenda como decorrência lógica do devido processo legal.

O julgamento do caso *Lochner versus New York* afirmou a análise do devido processo legal sob uma ótica substancialista do processo, como instrumento material da realização de direitos e também impulsionou o ativismo processual da Corte Constitucional Americana.

O referido julgamento foi precedente para o histórico jurisprudencial americano, especialmente para o estudo do direito constitucional, tanto que os juristas americanos passaram a utilizar o termo *to lochnerize* para fazer menção à posição da Corte em julgados contrários a atos exarados pelos demais poderes do Estado Americano.

Assim, no caso *Lochner versus New York*, a Suprema Corte reconheceu que a limitação de horas trabalhadas imposta em lei pelo estado de *New York* ofendia o direito de liberdade contratual, previsto na Constituição Americana.

A tendência da atuação contra majoritária da Corte em defesa da Constituição diante dos atos parlamentares foi modificada no governo do presidente Roosevelt devido, sobretudo, à crise de 1929 e às medidas implantadas no chamado *New Deal*.

O *New Deal*, em tradução literal “novo acordo” ou “novo trato”, foi o termo utilizado para simbolizar as medidas e programas implementadas nos Estados Unidos, entre 1933 e 1937, sob o governo do presidente Franklin Delano Roosevelt.

As medidas propostas com o *New Deal* tinham como finalidade resgatar a economia norte-americana e implementar uma política de assistência àqueles que foram severamente afetados pela Grande Depressão.

O nome dessa série de programas foi inspirado no *Square Deal*, nome dado pelo anterior presidente Theodore Roosevelt à sua política econômica, e abrangia itens do projeto de desenvolvimento econômico e de assistencialismo.

No início das medidas adotadas pelo governo de Roosevelt, alguns atos ainda foram declarados inconstitucionais pela Corte Americana, seguindo, inclusive, o precedente do caso *Lochner*.

Durante o processo eleitoral e reeleição, Roosevelt, de forma implícita, apontou que alguns entraves à reconstrução econômica do país pautavam-se no apego desmedido ao devido processo legal, em crítica velada à atuação judiciária.

Roosevelt iniciou um debate público em prol da mudança de posicionamento da Suprema Corte, que, segundo ele, não poderia se opor à vontade de milhões de norte-americanos.

As pressões exercidas pelo governo Roosevelt incluíam até mesmo a implementação de uma mudança estrutural no sistema judiciário norte-americano, como uma clara tentativa de diminuir a interferência da Corte no uso da análise substantiva do devido processo legal.

Em razão deste contexto político e econômico, o julgamento do caso *West Coast Hotel versus Parrish*, em 1937, simbolizou a alteração de posição da Suprema Corte, que privilegiou a atuação do legislador em detrimento do aspecto constitucional reclamado no caso.

No referido caso, Elsie Parrish era uma camareira que trabalhava no Hotel Cascadian em Wenatchee, Washington (de propriedade da West Coast Hotel Company), e que processou o Hotel pelo pagamento a menor do salário-mínimo.

O caso chegou à apreciação da Suprema Corte Norte-Americana, que encerrou o entendimento utilizado no caso *Lochner versus New York* e julgou de forma favorável ao Hotel, reconhecendo a constitucionalidade da lei local em face da Constituição.

A referida decisão judicial simbolizou de forma expressa o curvamento do posicionamento da Suprema Corte em relação às medidas adotadas no chamado *New Deal* e representou uma mudança significativa de paradigma na jurisprudência da Corte Americana.

Neste período, a Suprema Corte utilizou-se da teoria da presunção de constitucionalidade das leis para adotar uma postura que privilegiava a atuação do legislador.

A decisão do caso sinalizou uma mudança de postura da Corte Americana, que passava então a privilegiar o chamado constitucionalismo procedimental, voltando a análise dos atos infraconstitucionais tão somente ao método formal de elaboração da norma.

Com efeito, este julgamento encerra o primeiro grande ciclo de atuação da Corte Constitucional Americana e defere à teoria de presunção de constitucionalidade maior espaço nas decisões judiciais.

Na década de 1960, a Suprema Corte retoma a posição inicial, atuando de forma a retomar o ativismo no caso *Griswold versus Connecticut*, em que a Corte Americana julgou pela prevalência do direito constitucional à intimidade em detrimento da lei estadual.

No referido caso, a Suprema Corte Americana decidiu que o direito à privacidade é protegido pela Constituição Americana, em uma ação judicial que discutia a constitucionalidade de um estatuto do Estado de Connecticut, segundo o qual qualquer pessoa estaria proibida de usar “qualquer droga, ou artigo medicinal ou instrumento com a finalidade de impedir a concepção.”

No julgamento, por uma votação de 7-2, a Suprema Corte invalidou a lei, alegando violação ao direito à privacidade conjugal, reconhecendo, por meio do uso da análise substantiva do devido processo legal, que o direito à intimidade, à privacidade tem proteção e tutela constitucional.

Este julgamento foi precedente para inúmeros outros casos em que a Corte Americana teve de se posicionar em assuntos conflituosos, como o controle de natalidade e direito ao aborto, casos que reafirmaram a atuação ativa da Corte como órgão contra majoritário e ajudaram a solidificar a atuação do Poder Judiciário nas democracias modernas.

Com efeito, segundo Walber de Moura Agra, grande parte “dos direitos norte-americanos não foi assegurada por previsão normativa, mas devido à atuação da Suprema Corte” (2005, p.177).

De fato, o histórico jurisprudencial americano apresenta rico conteúdo para análise do Poder Judiciário na democracia moderna e revela a evolução da atuação judiciária em defesa dos direitos assegurados na Constituição.

Não esgotando a riqueza da produção jurisprudencial americana, os casos judiciais supramencionados servem apenas para pontuar o marco inicial e evolutivo de atuação da Suprema Corte Americana.

São decisões históricas que criaram paradigmas para o sistema judiciário americano e que asseguraram a atuação da Suprema Corte como órgão contra-majoritário, consolidando a nível global o crescente ativismo do Poder Judiciário.

Uma das principais contribuições para o fortalecimento do Poder Judiciário, como órgão legitimado à defesa dos direitos, refere-se à supremacia da Constituição.

De fato, a teoria da supremacia da Constituição pauta-se na defesa do núcleo central do texto constitucional, o que legitimaria a atuação ativa do Poder Judiciário, na condição de guarda dos ideais constitucionais.

No entanto, o apego à Constituição, como símbolo da democracia e como núcleo a reger a atuação do Estado e da sociedade, inicia uma série de reflexões acerca da posição ocupada pela Constituição em detrimento da soberania do povo, detentor único do poder.

Com efeito, ao admitir que a Carta Constitucional seja o documento essencial à democracia e ao exercício legítimo do poder, limita-se até mesmo a atuação do povo, que encontra claros limites de exercício e manifestação no texto constitucional.

Neste sentido, situam-se as reflexões dos teóricos Ronald Dworkin e Jünger Habermas, como expositores de duas importantes correntes filosóficas e que buscam explicar esta tênue relação entre o texto constitucional e a soberania popular.

Segundo o posicionamento de Ronald Dworkin, existem direitos pré-políticos, que servem de alicerce à democracia e que devem ser tutelados por meio de núcleos do corpo constitucional.

Para Dworkin, os direitos fundamentais são garantias que devem ser priorizadas, uma vez que retratam a essência da democracia e evitam a interferência maléfica de governos que busquem restringir ou extinguir os direitos fundamentais.

Este modelo teórico sustentado por Ronald Dworkin é utilizado para defender uma atuação do Poder Judiciário pautada na supremacia do texto constitucional.

Nesta linha, os direitos fundamentais previstos na Constituição, além de estabelecer a garantia plena a certas liberdades individuais, também serviriam de marco delimitador da atuação do Estado.

Existe, portanto, uma relação de prevalência entre a supremacia da Constituição e a soberania popular, pois a primeira, por representar o conteúdo material e tangível da democracia, poderia impor-se e limitar até mesmo a vontade popular, sempre que esta represente ofensa ao núcleo central do texto constitucional.

Esta reflexão é importante, pois revela a relação conflituosa entre os poderes, especialmente entre Poder Judiciário e o Legislativo nas democracias modernas.

Com efeito, o Poder Judiciário, no moderno desenho da democracia do Ocidente, atua positivamente na defesa dos ideais previstos na Constituição. Até mesmo a hermenêutica jurídica pauta-se na relação de prevalência do texto constitucional em detrimento de atos infraconstitucionais, muitos destes de lavra do Poder Legislativo, poder este que tem como prerrogativa o exercício da soberania popular.

Nesta relação tênue, Dworkin sustenta a prevalência da supremacia da Constituição porque concebe que os direitos fundamentais são conquistas a serem defendidas e opostas contra possíveis tentativas de violação.

Em contraposição de análise, o teórico Jünger Habermas defende uma relação de co-criação entre supremacia da Constituição e soberania popular, através de um nexos interno pautado no exercício da autonomia da vontade política.

Para Habermas, a ideia de direitos humanos (e não fundamentais) e soberania popular constituem um liame solidificado e que por si só poderia unir estas duas concepções, sem criar distinções ou separações.

Habermas defende que os Tribunais Constitucionais devam atuar na defesa da criação democrática do direito, logo, uma atuação pautada na análise dos atos procedimentais.

Deste modo, Habermas não concebe uma análise substantiva do Poder Judiciário, e sim baseada na tutela dos atos que formam o direito na esfera democrática.

Ainda de acordo com Habermas, muitos foram os esforços teóricos para unir ideais pautados na vontade individual e coletiva, mas todos partiram da ideia de prevalência ou de oposição, desconsiderando que o elo entre a soberania popular e a supremacia da Constituição constitui-se na formação da vontade política: ambas só existem para respaldar e firmar os ideais sobre os quais a vontade, o interesse político poderá ser exercido.

Para Habermas, diversamente do que defende Dworkin, não há relação de prevalência e sim de co-existência, pautada no interesse formador da vontade política.

Segundo Habermas, a função criativa e de controle das normas é atuação do legislador, pautada na soberania popular, que não reconhece a prevalência da atuação judiciária.

Nas palavras de Habermas:

O controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, devendo-se reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial (HABERMAS, 2003, p. 301).

Deste modo, tanto as reflexões de Dworkin quanto as de Habermas contribuem para a análise da atuação do Poder Judiciário nas democracias modernas e revelam as relações tênues no exercício do poder e na prática das relações democráticas. Ambas são de grande valia comparativa e ampliam o campo das abordagens teóricas da democracia moderna.

Feitas estas considerações acerca da teoria da separação dos poderes e da supremacia da Constituição, cumpre abordar no capítulo seguinte o fenômeno da Judicialização da Política.

### CAPÍTULO III JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política surge como fenômeno próprio da democracia moderna, afeto ao Estado Democrático de Direito, e vem ganhando notoriedade no debate sobre as instituições democráticas.

As circunstâncias que relevaram a ocorrência deste fenômeno são explicadas pelo cientista social Boaventura de Sousa Santos como pautadas em dois tipos fundamentais.

O primeiro tipo reside na mudança estrutural do Estado, que gradativamente teve de diminuir a interferência na economia e distanciar-se das garantias socialmente asseguradas. Trata-se de uma circunstância afeta à estrutura.

O segundo tipo reside na análise dos indivíduos, que se moldam como agentes de transformação e, assim, propiciam o surgimento de novas formas de organização social, capazes de criar novas formas de ação e relação social. Trata-se de uma circunstância afeta ao indivíduo.

Ainda faz-se necessário pontuar o delineamento histórico acerca do surgimento do fenômeno da judicialização, marcado pelo fim da Segunda Guerra Mundial, a queda do comunismo e a ascensão da atuação da Suprema Corte Americana.

Conforme mencionado acima, o destaque conferido à atuação da Corte Americana, especialmente ao utilizar-se da supremacia da Constituição como forma de aplicar o direito, influenciou o Poder Judiciário a nível global.

É importante mencionar ainda que o fenômeno da judicialização revela que a política, enquanto atividade voltada à tomada de decisões inerentes ao exercício do poder, passou a ser deliberada também no âmbito do Poder Judiciário. A política judicializa-se na medida em que questões antes objeto de apreciação pelo Poder Legislativo e Poder Executivo tornam-se passíveis de tutela do Poder Judiciário.

Os argumentos que conduzem à judicialização da política justificam-se no âmbito da proteção aos direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente assegurados.

Através do fenômeno da judicialização, direito e política aproximam-se e o ideal da legitimidade democrática das instituições é alargado, compreendendo não só os representantes legitimados através da votação em urnas no processo eleitoral, como a atuação dos membros do Poder Judiciário, o qual tem como fundamento de validade a concretização dos direitos fundamentais.

Relativamente à conceituação do tema, os pesquisadores americanos C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, que se debruçaram sobre este fenômeno através do histórico americano, definiram-no como: “Judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição” (TATE e VALLINDER, 1995, p. 52).

Neste sentido, além de proferir decisões pautadas em critérios técnicos, normativos e prescricionais, o Judiciário também emite decisões na esfera política, intervindo diretamente em campos de deliberação eminentemente políticos.

O cientista político e professor da Universidade Federal de Minas Gerais Fernando de Barros Filgueiras define a judicialização como:

A judicialização da política e das relações sociais significa o deslocamento do lócus de decisão e debate público das instituições representativas tradicionais para o Poder Judiciário, empoderando este de uma legitimidade ditada pela capacidade técnica dos operadores do direito de se afirmarem como intérpretes da vida social e política. Com isso, o Judiciário passa a intervir no curso das políticas públicas definidas pelo Estado e assume o

status de instituição central nas democracias, uma vez que tem poder de decisão e escolha dos rumos da política (FILGUEIRAS, 2012, p. 1).

O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), na concepção do sociólogo Boaventura de Souza Santos, motivou e impulsionou a atuação política do Judiciário. Para o referido autor:

[...] a teoria da separação dos poderes colapsa, sobretudo em vista da predominância assumida pelo Poder Executivo [...] o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e um impacto mediático que naturalmente o tornou num objeto de controvérsia pública e jurídica (SANTOS, 1996, p. 4-5).

Já para os pesquisadores Tate e Vallinder (1995, p. 19), a judicialização teria origem no século XX como condição democrática em prol da tutela dos direitos e contra as práticas que resultaram na II Guerra Mundial.

Tate e Vallinder ainda destacam como fatores relevantes na origem histórica da judicialização o modelo formulado pelo austríaco Hans Kelsen, em 1920, o denominado controle de constitucionalidade, bem como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950.

O cientista político francês Antoine Garapon ainda aponta como origens para o fenômeno o término da Guerra Fria e o início da internacionalização das trocas comerciais (1999, p. 39).

No que se refere às condições políticas necessárias à emergência da judicialização, o estudo empírico dos pesquisadores Tate e Vallinder revelou uma série de condições a propiciar o surgimento do fenômeno. Esta classificação abrange: a existência da democracia; a separação de poderes; o acesso à justiça; a existência de uma Constituição; o reclame de direitos por grupos minoritários; o uso dos Tribunais por partidos políticos de oposição; a ineficiência dos órgãos legitimamente constituídos na formação da vontade política e a delegação da tomada de decisões de questões tensas ao Poder Judiciário. Cada uma destas condições emergentes será detalhada a seguir.

### **3.1. Condições emergentes à Judicialização**

#### **3.1.1. Democracia**

Como primeira condição emergente do fenômeno da judicialização, pode-se apontar a democracia. As justificativas para tanto residem nas garantias institucionais e de exercício das funções inerentes à jurisdição, livres da interferência de poderes externos.

A democracia consolidou-se nos regimes estatais modernos, especialmente após a Segunda Guerra, e conferiu maior estabilidade às relações estatais e sociais.

Alain Touraine afirma que:

Durante muito tempo, designamos como democracia a intervenção do Estado na vida econômica e social para reduzir as desigualdades e garantir uma certa ajuda educativa, médica e econômica a todos. Já não podemos considerar essa definição como suficiente porque a intervenção do Estado deve ser apenas um meio a serviço do objetivo principal: aumentar a capacidade de intervenção de cada um sobre sua própria vida. Esse aumento

não é resultado automático do enriquecimento coletivo, mas é conquistado pela força ou negociação, pela revolução ou pelas reformas. Nada do que nos leva a condenar o Estado pré-revolucionário poderá fazer-nos esquecer que o essencial é ampliar a liberdade de cada um e tornar a política cada vez mais representativa das demandas sociais (TOURAINÉ, 1996, p. 51).

Em uma definição do tema, o cientista político Norberto Bobbio dispõe que:

(...) chamei de definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados (BOBBIO, 1986, p. 12).

Sob a ótica democrática, compete ao Poder Judiciário zelar pela máxima concretude dos direitos de índole fundamental, tolhendo qualquer ameaça de lesão à ordem jurídica, podendo, para tanto, fiscalizar o exercício dos poderes das demais funções do Estado.

A obra “O Federalista”, citada no capítulo anterior, apresenta ainda uma das condições democráticas vitais à emergência da judicialização: o sistema de freios e contrapesos, pois somente com a admissão de que é necessário que os poderes se autolimitem a fim de evitar a tirania é que se torna possível também conceber a atuação institucional do Poder Judiciário frente aos demais poderes.

Neste sentido, a atuação do Poder Judiciário representaria o vital contrapeso ao exercício do poder político. A proteção judicial dos ideais previstos na Constituição Federal contribuiu, assim, para que a democracia ganhasse dinamismo e pudesse ter as garantias exigidas por meio de ações judiciais.

As bases fundantes da democracia moderna privilegiam direitos e garantias afetas à liberdade, à participação e à proteção a certos direitos intangíveis. Porém, não basta que exista a democracia. É preciso que ela seja institucionalmente instaurada para que a judicialização possa emergir. Sendo assim, a emergência da judicialização também se deve a outros fatores.

### **3.1.2. Separação de Poderes**

A clássica divisão das funções estatais em três poderes, formulada por Charles-Louis de Sécondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, na qual se uniam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomou a configuração da maioria das constituições modernas.

Ainda sob a perspectiva da separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances system*), preconizado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay no livro “O Federalista”, contribuiu para reservar maior destaque à atuação do Poder Judiciário, notadamente no denominado controle de constitucionalidade.

Com efeito, a concepção da existência da tripartição de poderes e a existência do Poder Judiciário dotado de prerrogativas institucionais que garantam a interferência e limitação dos demais poderes propiciou uma crescente na atuação judiciária e alargou o âmbito das decisões proferidas pelas Cortes Judiciais.

A concepção do modelo tripartido do poder estatal foi adotado em parcela significativa das democracias contemporâneas e, com isso, o fenômeno da judicialização ganhou crescente espaço nos países que implementaram a forma tríade do poder estatal.

Com efeito, especialmente a partir da Segunda Guerra e com o modelo ativo de atuação da Suprema Corte Norte-Americana, muitos países replicaram as teorias jurídicas de ativismo judicial e as incorporaram por meio de alterações legislativas, como mudança nos

códigos processuais, e também através de reformas na estrutura judiciária.

O desenho do Estado tripartido foi incorporado aos ideais constitucionais e tornou-se, em muitas Cartas Magnas, cláusula intangível de modificação pelo Poder Legislativo.

A teoria da separação de poderes concebida pelos Federalistas reforça a ideia de autolimitação do poder (já preconizada por Montesquieu) e amplia as prerrogativas de atuação das Cortes Judiciais, incumbidas de tutelar as garantias constitucionais.

Através da concepção trazida por Hamilton, Madison e Jay e, especialmente, pela forma dada ao modelo americano, a separação de poderes distanciou-se da imagem do Poder Judiciário como órgão tecnicista de aplicação do dizer legislativo, possibilitando que as Cortes Judiciais participassem ativamente nas decisões políticas.

A experiência do modelo americano expandiu-se a nível global e o fenômeno da judicialização tornou-se perceptível e corolário da prévia separação de poderes e da concessão de prerrogativas à atuação do Poder Judiciário frente aos demais poderes do Estado.

Deste modo, a separação de poderes compõe uma das condições à emergência do fenômeno da judicialização, pois permitiu maior atuação do Poder Judiciário, como órgão contra majoritário na defesa das garantias previstas na Constituição.

Neste momento, especialmente na limitação constante da atuação dos demais poderes, o Poder Judiciário ganha crescente *status* de órgão contra majoritário, na medida em que a simples tomada de decisão nos órgãos de representação majoritária não tinha o condão de tornar a decisão intangível ao Poder Judiciário, que poderia analisar o ato sob a interpretação das normas axiológicas da Constituição.

É necessário salvaguardar, entretanto, que, embora seja condição emergente para o fenômeno da judicialização, a separação de poderes não é condição suficiente para a ocorrência do mesmo.

### **3.1.3. Carta de direitos**

A concepção de uma carta de direitos (Constituição) a prever, de forma normativa, os direitos e garantias de índole fundamental e a favorecer o acesso à realização da justiça pode ser apontada como causa relevante e decisiva para a emergência da judicialização.

Com efeito, a existência de normas prescritivas que garantam o acesso à justiça e o pleno exercício da tutela jurisdicional valida a ocorrência da judicialização na medida em que a busca pela plena efetivação e eficácia dos direitos contemplados na carta constitucional ocupa as Cortes Judiciais.

Neste ponto, cumpre lembrar que, segundo a clássica concepção de separação de poderes formulada por Montesquieu, à função de julgar se atribuía um caráter secundário.

No entanto, com a redefinição da teoria da separação de poderes, aliada à ideia dominante de que os preceitos valorativos da democracia deveriam estar expressos em um documento formal, a atuação do Poder Judiciário teve destaque.

Com efeito, a Constituição exprime e representa o documento máximo do regime democrático, onde estão alocados os direitos fundamentais, a estrutura funcional do Estado e as formas de exercício dos direitos políticos.

A Constituição define as regras do sistema eleitoral, a forma de participação popular, as políticas públicas a serem implementadas, os ideais do Estado e os princípios valorativos a nortear a atuação dos diversos atores sociais.

Nas democracias modernas, a Constituição colocou o Poder Judiciário como guarda do texto constitucional e introduziu uma série de comandos que privilegiam o acesso à justiça.

As garantias processuais também foram largamente difundidas através da Constituição, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, enfim, inúmeros

foram os institutos processuais que deram início ao chamado processo constitucional.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade também permitiram a revisão dos documentos infraconstitucionais e tornaram as Cortes Judiciais locais de discussão e interpretação dos documentos jurídicos à luz da Constituição.

Com efeito, as modernas técnicas de controle constitucional possibilitam a revisão judicial das decisões majoritárias consolidadas nos documentos normativos e também solidificam as técnicas de hermenêutica jurídica de interpretação das normas constitucionais.

A concepção da Constituição como documento dirigente do Estado e detentora da expressão dos direitos fundamentais auxiliou a intensificação das relações sociais e contribuiu para a crescente procura dos Tribunais, que se tornaram espaços de busca da concretização dos direitos e da satisfação dos ideais democráticos.

Neste ponto, cumpre pontuar que os sistemas jurídicos também possibilitaram a introdução da Carta Constitucional como documento máximo na hierarquia das normas.

O positivismo jurídico contribuiu para que o ideal de prevalência procedimental do texto constitucional ganhasse relevância e a junção a elementos substanciais acabou por tornar a Constituição um símbolo das democracias modernas.

De fato, a carta de direitos é importante em diversos aspectos, como o já mencionado mecanismo de controle da ordem constitucional e de garantia de direitos, a definição das regras procedimentais sobre as quais a disputa de poder ocorrerá e as formas de revisão das decisões políticas.

A revisão judicial como decorrência da supremacia da Constituição permitiu a consolidação da expressão contra majoritária do Poder Judiciário e iniciou importantes discussões teóricas, como a da relação tênue entre soberania popular e supremacia constitucional, discussões que se desdobram em explicar os aspectos procedimentais e substanciais da Constituição e da própria democracia.

#### **3.1.4. Recurso ao Judiciário por grupos de interesse**

O Poder Judiciário tem sido cada vez mais acionado por determinados grupos de interesses, que fazem uso das casas judiciais como novos campos de debate e de embate, especialmente quando já restaram derrotados nos campos afetos ao Legislativo e Executivo.

Neste sentido, Norberto Bobbio dispõe que:

O que aconteceu nos estados democráticos foi exatamente o oposto: sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações da mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática (BOBBIO, 1986, p. 23).

Com efeito, muitas demandas de difícil provimento nas casas do Legislativo e Executivo vêm sendo submetidas ao Poder Judiciário, que utiliza de verdadeiro alargamento e extensão de direitos para dar solução às lides, que muitas vezes têm solução apenas em norma afeta aos princípios e distante da legalidade prevista nos instrumentos cogentes.

De fato, o constitucionalismo incluiu uma série de conceitos jurídicos indeterminados, normas de interpretação abstrata, que possibilitaram ao Poder Judiciário estender a aplicação de determinados institutos jurídicos e processuais.

O próprio direito processual abarcou novas medidas de ações coletivas, que

permitiram que os grupos de interesse ganhassem legitimidade para coletivamente defender e pleitear ao Poder Judiciário a satisfação de seus direitos.

Especialmente no caso brasileiro, os grupos de interesse podem figurar como autores das demandas, ou até mesmo habilitarem-se para intervir nas ações em que seus interesses venham a ser objeto de deliberação.

O direito brasileiro ainda prevê a possibilidade da realização de audiências públicas para colher e realizar oitiva de outros grupos de interesse, que não aqueles descritos na Constituição Federal (Lei nº 9.868/99, art. 9º e 20).

Como caso exemplificativo, pode-se mencionar a ocorrência de quatro audiências públicas que antecederam ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que apreciou a possibilidade de interrupção da gestação no caso de anencefalia, caso conhecido como “julgamento do aborto de anencéfalos”. No referido julgamento, por exemplo, foram ouvidas 12 (doze) entidades religiosas.

O art. 103 da Constituição da República de 1988 apresenta nove categorias de legitimados aptos a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que será objeto de aprofundamento em tópico específico.

O recurso ao Poder Judiciário pelos grupos de interesse revelam a pluralidade advinda da intensificação das relações sociais e demonstra também os diversos centros de exercício do poder.

Neste sentido, Bobbio diz que:

O modelo ideal da sociedade democrática era aquele de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte mas não de tudo incorreta, policrática) (BOBBIO, 1986, p. 23).

Deste modo, os grupos de interesse simbolizam as forças e locais de exercício do poder para além das instituições formalmente constituídas. Ao contrário do caráter procedimental da democracia, que previamente reserva determinados espaços da formação da vontade política, a sociedade plural ampliou esses espaços, alargou a busca de direitos e inaugurou uma nova forma de participação política.

Ainda neste sentido, cumpre mencionar Bobbio. Veja-se:

não tanto na resposta à pergunta "Quem vota?", mas na resposta a esta outra pergunta: "Onde se vota?" Em outros termos, quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.

No entanto, parece-me de certo interesse observar que em alguns destes espaços não políticos (no sentido tradicional da palavra), por exemplo na fábrica, deu-se algumas vezes a proclamação de certos direitos de liberdade no âmbito do específico sistema de poder, analogamente ao que ocorreu com

as declarações dos direitos do cidadão em relação ao sistema do poder político: refiro-me, por exemplo, ao Estatuto dos trabalhadores, promulgado na Itália em 1970, e às iniciativas hoje em curso para a proclamação de uma carta dos direitos do doente (BOBBIO, 1986, p.28).

A participação política dos grupos de interesse é reflexo da pluralidade da sociedade e condição das democracias modernas e, com isso, do crescente recurso aos órgãos judiciais para a satisfação de determinada classe de direitos.

### **3.1.5. Recurso ao Judiciário pelos partidos de oposição**

Tem sido comum e crescente a utilização do Poder Judiciário pelos políticos, como forma de judicializar determinada demanda com o condão de obter a satisfação de determinadas manobras políticas, como forma de inviabilizar pretensões e até mesmo de implementar aprovações a matérias que não receberiam aval necessário à aprovação legislativa.

De fato, percebe-se a judicialização da política: pautas que, por normas procedimentais, deveriam ser processadas pelos órgãos de representação majoritária são transferidas para os autos de processos judiciais e colocam o julgador como ator de decisão da vontade política.

Neste sentido, os cientistas sociais Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos dispõem que:

[...] a tendência contemporânea de buscar aquisição de direitos no Judiciário, contornando instituições da democracia representativa, tem sido entendida como uma patologia característica das sociedades democráticas (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 368).

Esta crescente utilização da via judiciária para obtenção da satisfação de pretensões políticas pode ser apontada, especialmente no caso brasileiro, como indício da deficiência do sistema de representação eleitoral e, tecnicamente, é explicada pela ordem jurídica como consequência do direito ao acesso à justiça e à participação em um processo legislativo pautado na máxima legalidade.

Entretanto, torna-se perceptível o reconhecimento de que determinadas demandas judiciais revelam, ao fundo, a luta de partidos políticos como grupos de interesse buscando judicializar as pautas políticas.

Em parte específica do trabalho, que será apresentada adiante, esta abordagem, ainda que superficial, da possível crise da representatividade do atual sistema eleitoral será abordada.

### **3.1.6. Inefetividade das instituições majoritárias**

Admitir a crescente demanda de políticos no Poder Judiciário é admitir, em certa medida, a inefetividade das instituições majoritárias, especialmente as casas legislativas, já que, como dito, a via judiciária tem sido crescentemente utilizada para judicializar as pautas e decisões políticas.

Neste sentido, Marcos Faro Castro lembra que:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se

pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’ (CASTRO, 2009).

Fazendo menção à presença significativa de parlamentares como demandantes, Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos justificam:

Sua presença nessa esfera não deixa de sugerir alguma descrença na capacidade de exercerem ação fiscalizadora sobre a administração pública com base nos mecanismos disponíveis ao Poder a que pertencem, ao mesmo tempo que legitima o Poder Judiciário como instância de representação funcional (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 421).

Com efeito, o crescente recurso ao Poder Judiciário pelos parlamentares só tem aumentado a atuação do Judiciário em questões, muitas vezes, inerentes à matéria do processo legislativo, o que acaba, muitas vezes, por transferir a tomada de decisões políticas para as Cortes Judiciais.

### **3.1.7. Legitimação de instituições judiciais**

Como consequência da intervenção do Poder Judiciário, a sociedade percebe a inoperância das instituições majoritárias, marcadas que já são pelos males institucionais, como a corrupção, o que acaba por reforçar a descrença nas instituições representativas majoritárias.

Neste sentido, e para corroborar esta condição de legitimação das instituições judiciais em detrimento das instituições majoritárias, é necessário mencionar mais uma vez o cientista político Fernando de Barros Filgueiras. Veja-se:

Uma das explicações para este fenômeno típico de novas democracias, e mais assentado em democracias consolidadas, se dá no fato de que as instituições representativas tradicionais, como os parlamentos e os partidos, esgotaram sua capacidade de construir o interesse público e estabelecer o rumo e o prumo da sociedade. O fato é que vivemos em uma sociedade marcada por forte desconfiança em relação às instituições democráticas, configurando uma crise de apoio ao trabalho e aos resultados alcançados por tais instituições. Some-se a isso um forte processo de vigilância ditado por regras de transparência, colocando no centro da ação política a atuação de instituições de vigilância e controle.

A judicialização decorreria, sobretudo, dessa desconfiança dos cidadãos em relação às instituições de representação política. Instituições em que a sua legitimidade dependa da regra majoritária das democracias estão imbuídas dessa desconfiança dos cidadãos, que passam a depositar as suas esperanças na atuação de instituições de controle e que tenham uma natureza contramajoritária. O empoderamento do Judiciário guarda uma relação direta com essa crítica às instituições majoritárias.

Nesse sentido, afirmações como “todo político é ladrão”, ou “não tem jeito de fazer política sem corrupção”, englobam um senso comum de que as

instituições representativas definham a sua legitimidade para resolver conflitos e decidir. Por outro lado, empoderam as instituições contramajoritárias, as quais passam a ser depositárias da confiança dos cidadãos. O empoderamento das instituições contramajoritárias, por um lado, e a fraqueza das instituições representativas... (FILGUEIRAS, 2012, p.1).

Aos olhos da sociedade, o Judiciário vem se legitimando como poder político capaz de afastar as ameaças à ordem jurídica e de conferir credibilidade às cortes judiciais em detrimento das casas legislativas.

Especialmente no caso brasileiro, é importante citar excertos do texto de abertura do Seminário “Democracia Digital e Judiciário” – promovido pelo Jornal GGN com apoio do Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que teve como palestrante o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski. Para ele, o século XIX pertenceu ao Poder Legislativo, o século XX ao Executivo e agora, então, o século XXI ao Judiciário.

Para Ricardo Lewandowski: “No Brasil, tenho a convicção de que esse protagonismo maior do Poder Judiciário, para o bem ou para o mal, veio para ficar. É algo definitivo” (NASSIF, 2013, p.1).

Nesta dinâmica, que coloca em debate a relação tênue entre direito e política, resta o início da discussão acerca da relação subjacente de legitimação das instituições judiciais em detrimento das instituições contramajoritárias.

### **3.1.8. Delegação de poderes das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais**

A judicialização da política tem atingido esferas e matérias afetas ao domínio público e privado, e parte deste fenômeno decorre da delegação implícita dos poderes de decisão política ao Poder Judiciário.

As questões que podem gerar certa indisposição política são comumente deixadas para serem resolvidas na esfera judicial. Questões tensas do ponto de vista social, moral, religioso e econômico estão sendo delegadas ao Judiciário.

Ademais de todas as condições emergentes, soma-se à judicialização o ativismo da magistratura. Corroborando com esta assertiva, Antoine Garapon dispõe que:

Não é que o juiz tenha se transformado num novo ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça. [...] A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia (GARAPON, 1999, p. 35-39).

Especialmente no cenário brasileiro, pode-se citar a título exemplificativo os seguintes casos judiciais que foram objeto de delegação: a apreciação judicial da autorização do aborto de fetos anencéfalos; a autorização quanto à pesquisa e utilização de células-tronco; a autorização para o casamento homoafetivo; a vedação da prática do nepotismo e a imposição de condições de elegibilidade que culminaram com as diretrizes da lei da ficha limpa.

De fato, entre as condições emergentes da judicialização, encontra-se o ativismo dos juízes em querer participar das decisões políticas e substituir velhas práticas em prol da obtenção de decisões mais equânimes para as demandas que lhe são submetidas.

O fenômeno da judicialização tem revelado ainda o processo denominado de “juristocracia”, no qual, de forma progressiva, transferem-se os poderes de decisão política das instituições representativas ao Poder Judiciário.

É notório que a nova ordem constitucional estabelecida e o controle de constitucionalidade propiciam a crescente evolução da judicialização e, como pano de fundo, revelam um novo desmembramento político. Hirschl (2004, p. 38) enumera dois postulados que embasam sua abordagem do tema: o primeiro afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente (agências executivas e reguladoras, por exemplo), não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma sociedade. O segundo postulado explica que as instituições políticas e jurídicas, bem como as reformas, promovem efeitos distributivos diferenciados, pois alguns grupos (ou indivíduos) são mais beneficiados que os demais.

Concluindo esta seção, pode-se afirmar que o fenômeno da judicialização não possui características integralmente uniformes, pois as causas emergentes podem variar de acordo com as especificidades de cada país e as prerrogativas de seu sistema jurídico.

Com efeito, muitos fatores influenciam na identificação das condições emergentes à judicialização como a história, a estrutura do Estado, as disposições do texto constitucional etc, todos estes fatores contribuem para que a judicialização ocorra de forma não linear, apresentando certas características próprias.

Relativamente aos sistemas jurídicos, pode-se identificar que, nos países em que se instituiu o sistema da *Common Law*, a judicialização desenvolveu-se de forma mais natural, como consequência da atuação judiciária.

Já no sistema jurídico da *Civil Law*, o Poder Judiciário não detinha um papel de preponderância. No entanto, em razão das novas diretrizes processuais, segundo as quais o processo judicial é meio de instrumentalizar direitos fundamentais, a judicialização também pôde desenvolver-se, e com fortes traços de uma junção entre o sistema da *Common Law* e da *Civil Law*.

Cumpra neste ponto discorrer acerca da realidade brasileira, das condições que fizeram com que a judicialização emergisse no Brasil e das causas peculiares ao modelo brasileiro de judicialização.

Para fins metodológicos, o recorte da pesquisa abordará o fenômeno da judicialização no período pós-redemocratização no Brasil, ou seja, de 1988 em diante.

No cenário brasileiro, pode-se apontar como causas específicas ao fenômeno da judicialização a promulgação da Constituição Federal de 1988; a ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal; a extensão do rol de legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade; a realidade econômica e o agravamento de crises nas últimas décadas.

## **3.2. Condições peculiares ao fenômeno da Judicialização no Brasil**

### **3.2.1. Constituição Federal de 1988**

A primeira condição emergente e peculiar ao caso brasileiro refere-se à promulgação da Constituição Federal de 1988, por óbvio que a existência de uma Constituição é causa basilar para a judicialização. No entanto, no Brasil, a Carta Magna de 1988 desenhou os

contornos democráticos do país e contribuiu, através de diversos mecanismos, para uma atuação ativa do Poder Judiciário.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 resgatou os ideais de democracia, até então sufocados por regimes autoritários, e tornou-se um documento da máxima expressão dos direitos políticos e de cidadania.

Trata-se de uma Constituição comprometida com valores fundamentais, com forte conotação social e que protegeu determinadas matérias em um núcleo intangível da atuação legislativa, as chamadas cláusulas pétreas, tornando a invocação de direitos fundamentais acessível ao cidadão.

Segundo José Murilo de Carvalho:

A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais ‘o povo quer isto ou aquilo’, diz-se a ‘cidadania quer’. (...) No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã (CARVALHO, 2003, p. 07).

O princípio do acesso à justiça, como ideal democrático e processual, foi amplamente abarcado pelo texto constitucional, o que, em certa medida, impulsionou o processo hermenêutico de interpretação conforme à Constituição e traçou um olhar constitucional sobre os documentos infraconstitucionais, muitos deles ainda vinculados a regimes de Estado e sociedade bem diversos da moderna e plural sociedade brasileira (como o Código Penal de 1940, e seus valores ruralistas, e o Código Civil de 1916, e seus valores pautados no direito de propriedade).

A Constituição Federal de 1988 também apresenta um conteúdo programático extenso e que exigiu a implementação de uma séria de políticas públicas para satisfazer os ideais de igualdade e justiça social, a que a Constituição deu *status* de princípios normativos.

O texto constitucional apresenta uma tentativa de resgate de ideais socialmente necessários à diminuição da conflituosidade econômica e social do país e introduz valores relevantes para o desenvolvimento da democracia, como a liberdade política e de expressão.

A Constituição textualmente contemplou os fundamentos do Estado Democrático de Direito e delimitou os princípios regentes do país, normas marcadas pela intangibilidade legislativa, afetas ao núcleo central da Carta Constitucional.

Deste modo, no caso brasileiro é notória a importância da Constituição Federal de 1988 como condição basilar à existência da democracia e da atuação legítima dos Poderes do Estado.

Assim como os modernos textos constitucionais, no Brasil a atuação estatal também está tripartida entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, dotados de autonomia e independência.

Relativamente às garantias constitucionais traçadas para a Magistratura, estão a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios como mecanismos de efetivação da independência funcional e política dos juízes.

Outra característica marcante no texto constitucional que contribui para a prática da judicialização refere-se aos conceitos jurídicos indeterminados, expressões de interpretação abstrata e que exigem que o juiz as qualifique quando da análise dos casos concretos.

Logo, o juiz, como mero aplicador e repetidor da lei, é transformado, segundo os novos ditames constitucionais, no juiz imbuído de princípios valorativos de interpretação do direito, que devem ser encontrados e equalizados à luz da hermenêutica constitucional.

Dworkin defende a construção dos princípios como forma de interpretação do direito, a possibilitar racionalidade às decisões judiciais, trata-se de uma mudança de paradigma, pois o direito passa a ser concebido como instrumento de aperfeiçoamento da vida política nacional.

Portanto, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sinalizou a adoção de novos ideais democráticos e também indicou a mudança estrutural de construção e interpretação da vida política e social, condição esta fundamental para a emergência da judicialização.

### **3.2.1. Supremo Tribunal Federal**

Outra condição emergente e de enorme relevância para o estudo da judicialização no caso brasileiro diz respeito ao espaço conferido pelo texto constitucional à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo de jurisdição no Brasil, tem como função precípua a guarda da Constituição e a defesa das garantias fundamentais nela expressas.

Deste modo, além de deter a competência funcional de dar aplicação à lei em caso de conflito, a Constituição Federal de 1988 também reconheceu o STF como órgão de exercício de poder.

Neste sentido, segundo as disposições contidas no Art. 101 e seguintes do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal detém a competência exclusiva de exercer o chamado controle de constitucionalidade concentrado, pois o controle está, de fato, concentrado no âmbito de atuação do STF.

O Brasil adotou em seu sistema jurídico a possibilidade do controle concentrado de constitucionalidade, afeto à jurisdição do STF, e também o chamado controle de constitucionalidade difuso, inerente às demais instâncias de jurisdição.

A diferença primária entre os dois métodos de controle de constitucionalidade reside na produção de efeitos: enquanto no controle concentrado o efeito da decisão é oposto e válido a toda coletividade, no controle difuso as decisões produzem efeitos exclusivos às partes que compõem o polo processual ativo e passivo da demanda.

O controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, aliado à teoria da supremacia da Constituição, também influente na construção do direito brasileiro, contribuiu para que o Judiciário tivesse papel de destaque na democracia brasileira.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a provocação do STF por intermédio de ações que discutiam a constitucionalidade de leis, seja por ação ou omissão

legislativa, possibilitou que o STF se manifestasse e criasse posicionamento a respeito de questões diversas.

Para ilustrar esta assertiva, cumpre transcrever excertos da fala do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso. Veja-se:

De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: i) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros.

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público (BARROSO, 2009, p.4).

Com efeito, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido relevante para a constante e gradual emergência do fenômeno da judicialização e, no caso brasileiro, as últimas décadas têm revelado uma constância da atuação judicial na vida política e social do país.

Como dito anteriormente, a judicialização permite a aproximação entre direito e política e, no Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal refletem este fenômeno. Sobre o histórico brasileiro da judicialização, discorre Luís Roberto Barroso:

Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos

jornais não tem, embora seja uma boa ideia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. Bastante na de polícia.

Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão (BARROSO, 2009, p.2).

Deste modo, considerando ainda o volume e as peculiaridades dos casos submetidos ao STF, que se referem tanto ao âmbito do direito individual como ao dos direitos coletivos, percebe-se a posição de relevância da Corte Constitucional, amparada pela prerrogativa de guarda da Constituição.

Ainda como causa decorrente da atuação do Supremo Tribunal Federal, e que também lhe conferiu destaque, está a ampliação das ações que permitem a discussão acerca da constitucionalidade das leis e atos.

Com efeito, o direito processual constitucional desenvolveu-se ampliando os mecanismos de atuação no Supremo Tribunal Federal não apenas nas ações diretas de constitucionalidade, como também nas ações civis públicas, ações de improbidade. Enfim, os mecanismos processuais à disposição da atuação do STF também auxiliaram a produção decisória da Corte.

A atuação do STF nos casos de omissão legislativa também tem sido significativa, pois, através do mandado de injunção, a Corte pode decidir pelo acionamento do Poder Legislativo a fim de que este supra a omissão e legisle.

Outra atuação relevante da Corte diz respeito à atuação nos casos que envolvem disputas acerca das regras eleitorais, em que o STF se posicionou nos debates sobre fidelidade partidária. Veja-se a citação de Luís Roberto Barroso:

O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da

vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa.

Outro exemplo, agora de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição: o caso da verticalização.

O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea. É possível incluir nessa mesma categoria a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam cláusula de barreira, isto é, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral (BARROSO, 2009, p. 8).

Deste modo, a posição ocupada pelo Supremo Tribunal Federal no novo cenário estabelecido pela Constituição Federal de 1988 impulsionou sobremaneira a judicialização no Brasil.

### 3.2.3. Ampliação do rol de legitimados a propor ações de controle de constitucionalidade

Outra causa relevante para a judicialização refere-se à ampliação de atores legitimados a ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, pois a Constituição Federal estendeu a legitimidade ativa para propositura desta ação.

Conforme disposição contida no Art. 103 da Constituição, podem mover as referidas ações o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ao possibilitar, por exemplo, que as entidades de classe detenham legitimidade para propor as ações de constitucionalidade, a Constituição abarcou inúmeros atores sociais e criou, de fato, uma nova arena de discussão democrática.

Cattoni de Oliveira afirma que:

Numa sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Tal é, inclusive, a noção que considero a atual do princípio do devido processo legal (OLIVEIRA, 2002, p. 79-80).

Como já explicitado, tem sido crescente a provocação judicial advinda das medidas intentadas por partidos políticos, e a inclusão dos partidos como atores legitimados a propor as ações de constitucionalidade também impulsionou a transferência das decisões políticas para as Cortes Judiciais.

A posição de destaque conferida pela Constituição ao Ministério Público também contribuiu para uma maior atuação das Cortes Judiciais, especialmente nos casos de investigação sobre atos de improbidade, o que expôs, especialmente nesta última década, os maiores escândalos de corrupção na máquina pública brasileira.

Com efeito, o Ministério Público, dotado de garantias como autonomia funcional e de investigação, tem contribuído sobremaneira para o maior controle da atuação dos agentes públicos e tem encontrado no Poder Judiciário a tutela necessária aos direitos coletivos.

Ainda sobre a atuação do Ministério Público, o jurista Antônio Augusto Camargo Ferraz pontua que:

O promotor de justiça passou, então, a se sentir diretamente responsável pelos valores e bens que deve defender (o patrimônio público e social, a infância, o meio ambiente, os direitos do consumidor, as normas urbanísticas), sem intermediários, sem trâmites burocráticos e independentemente da existência, ou não, de um processo. Houve, como facilmente se percebe, mudança radical de atitude. O promotor deixou de ser um funcionário de gabinete, de conduta passiva, envolvido apenas com processos ou inquéritos instaurados por terceiros; saiu de sua escrivaninha e dos limites dos fóruns; ganhou as ruas; passou a ter contato direto com fatos sociais, políticos, administrativos e econômicos que, segundo a Constituição

e as leis, reclamam sua intervenção. (FERRAZ, 2005).

Portanto, inúmeros foram os fatores decorrentes das disposições da Constituição de 1988 que contribuíram para o avanço da judicialização no país.

#### **3.2.4. Cenário econômico e social**

Relativamente às causas de caráter social e econômico, merece destaque a realidade econômica brasileira das últimas décadas, marcada por graves crises cíclicas de instabilidade, conjuntamente a um processo de desenvolvimento tardio e acelerado.

Com efeito, a partir da década de 1950, especialmente pelas medidas desenvolvimentistas adotadas pelo governo brasileiro, inúmeras e significativas mudanças estruturais tornam-se perceptíveis, como a mudança de uma sociedade agrária e rural para uma sociedade urbana e plural.

Os processos tardios de modernização encadearam as disparidades sociais, dividindo o país em regiões mais e menos produtivas e desenvolvidas, e iniciou um ciclo migratório da população das regiões norte e nordeste para as regiões sul e sudeste do país.

A falta de preparo logístico destas migrações e a ausência de políticas públicas voltadas ao atendimento desta nova sociedade provocaram o agravamento das crises sociais e aumentaram sobremaneira as desigualdades.

Neste cenário, o número de demandas que são submetidas ao Poder Judiciário representa um volume significativo de reclames por direitos e confere ao Judiciário papel politicamente preponderante no país.

Com efeito, especialmente a partir de 1983, com os ajustes econômicos impostos pelo Fundo Monetário Internacional ao Brasil, que teve de adotar medidas severas na condução da política econômica (como elevação da taxa de juros, redução salarial e corte nas despesas públicas), o número de demandas judiciais cresceu de forma relevante, o que deu destaque ao Poder Judiciário nos casos de violação a direitos individuais.

Ainda neste sentido, outra causa emergente e peculiar ao caso brasileiro refere-se ao surgimento de novos atores sociais, constituídos sob a forma de organizações e grupos sociais que passaram a ocupar os espaços do Judiciário em busca do reconhecimento de seus direitos.

Para corroborar com esta assertiva, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos discorre que:

é o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos – direitos sociais e econômicos – e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social.(...) hoje, esses cidadãos têm consciência de que têm direitos e de que esses direitos devem ser respeitados pela sociedade. Nos últimos trinta anos, muitos desses cidadãos organizaram-se em movimentos sociais, em associações. Criando um novo contexto para a reivindicação dos seus direitos (SOUSA SANTOS, 1996, p.29-30).

Deste modo, a sociedade civil organizada criou formas de relação social, muitas destas complexas e fruto dos processos de desenvolvimento das sociedades modernas, que impuseram ao indivíduo a necessidade de buscar no Judiciário a defesa dos ideais fundantes

de sua condição, muitas vezes sufocada pelos processos coletivos de massificação social.

Neste sentido, Garapon discorre que:

(...) o juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação (GARAPON, 1999, p. 26-27).

Desse modo, o indivíduo, socialmente representando por grupos ou organizações, ocupou o espaço da arena judiciária em busca da satisfação das políticas públicas de reconhecimento e em busca da defesa material de seus direitos.

### **3.2.5. Excesso de produção legislativa e os indícios da crise de representatividade do sistema eleitoral**

Outra condição peculiar ao caso brasileiro diz respeito ao excesso de documentos legislativos a reger as relações sociais, pois com a intensificação das novas ações, o Poder Legislativo, a fim de acompanhar o acelerado ritmo da sociedade brasileira plural e moderna, editou uma série de documentos legislativos, muitos destes conflituosos.

Com esta profusão de normas legislativas, coube ao Poder Judiciário harmonizar e dar coerência aos documentos legislativos, o que impulsionou a criação de teses e posicionamentos a nível jurisprudencial no Brasil, através, por exemplo, da edição de Súmulas Vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.

No campo da representatividade política, cumpre mencionar ainda entre as causas da judicialização no Brasil as desproporções criadas pelo sistema eleitoral proporcional. Estas contribuem para que entes menos favorecidos busquem no Judiciário a satisfação dos ideais federalistas, muitas vezes suprimidos pelo sistema proporcional, que distorce no jogo político partidário as reais pautas sobre a política nacional.

Com efeito, os debates acerca da realização da reforma política no Brasil têm sido crescentes e já revelam indícios de crise de representatividade do atual sistema eleitoral.

Neste cenário de questionamento da validade do sistema eleitoral, especialmente em relação à representatividade, o Poder Judiciário surge como novo espaço de concretização da democracia.

As discussões acerca da reforma política ainda indicam as graves deficiências da governabilidade, na medida em que a ausência de consenso sobre as pautas decisivas para o país torna a discussão partidária inócua e, com isso, também propicia a transferência das decisões políticas para o Poder Judiciário.

A judicialização é uma realidade no Brasil. Aqui este fenômeno desenvolveu causas e condições próprias, que redesenham os contornos da democracia nacional.

Com efeito, no contexto nacional brasileiro, as discussões envolvendo questões políticas, econômicas e sociais vêm crescentemente ocupando os Tribunais Judiciais.

Nas palavras de Werneck Viana, a judicialização representa “uma dimensão da sociedade brasileira de hoje”. Veja-se:

Tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das

minorias políticas e organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo, quanto do Legislativo. (...) O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira de hoje (WERNECK VIANA, 2002, p. 10-11).

Feitas estas considerações, cumpre abordar a seguir o fenômeno da judicialização em seus reflexos sobre a democracia.

## CAPÍTULO IV JUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRACIA

Cumpramos abordar neste capítulo os questionamentos teóricos de relevância para o estudo da judicialização, especialmente àqueles relacionados à democracia.

A Ciência Política tem se debruçado sobre a relação tensa entre judicialização e democracia na medida em que questiona se a judicialização fortalece ou enfraquece os ideais democráticos (?); se a judicialização representa um avanço ou um retrocesso estatal (?); ou até que ponto uma decisão judicial pode estar revestida de legitimidade democrática (?).

Todos estes questionamentos afloram no estudo da judicialização, pois uma nova arena se forma e atua ativamente no jogo democrático, impondo e estabelecendo novos contornos aos atores que já figuravam no campo da deliberação política.

A democracia é um processo dinâmico de condução da formação da vontade política e está sujeita às interpelações dos agentes que a compõem. Nesse contexto, a inserção do direito e suas instituições alterou de forma significativa a condução do jogo democrático.

A crescente atuação das Cortes Judiciais tem sido objeto de estudo da Ciência Política e do Direito com a finalidade de demonstrar as origens e os impactos da intervenção judiciária.

A moderna sociedade civil é plural e cada vez mais ocupa os espaços do cenário democrático, estabelecendo e intensificando novas formas de relação social.

De fato, as complexidades da vida social, aliadas às mudanças estruturais ocorridas quando da adoção dos regimes democráticos, constituem as bases teóricas necessárias à compreensão do tema.

O desafio teórico de explicar o fenômeno da judicialização e, principalmente, de explicar e justificar a ocorrência ou não de legitimidade de atuação do Poder Judiciário já originou uma vasta literatura, onde é possível distinguir as proposições de duas correntes teóricas.

No presente capítulo, não há a intenção de firmar uma posição radical e definitiva sobre o tema, pois a contribuição visada é apresentar e discutir as posições dissonantes sobre o tema.

Cumpramos assegurar que não existem defensores ou opositores à judicialização; existem sim construções teóricas que respaldam a atuação do Judiciário para além do caráter procedimental e posições teóricas que limitam e buscam minimizar os efeitos da atuação judiciária.

Neste ponto, cabe abordar dois conceitos necessários à plena compreensão do tema: os conceitos de democracia procedimental e de democracia substancial.

A democracia procedimental pauta-se pela defesa do direito de participação do indivíduo nas arenas de deliberação política, um corolário da igualdade formal e material, segundo a qual o poder deve ser exercido por todos. Mediante o estabelecimento de certas regras e condições, a democracia naturalmente se desenvolve, fruto da deliberação dos órgãos majoritários, como formadores da vontade política.

Segundo os ditames da democracia procedimental, é preciso estabelecer previamente as regras dentro das quais a dinâmica da democracia ocorrerá. Neste sentido, é premente dispor acerca daqueles que poderão participar, ou seja, aqueles que terão poder decisório, especialmente no processo eleitoral.

As regras de legitimidade, portanto, assumem papel de relevância. Os atores e suas posições já estão, segundo a ótica procedimentalista, previamente definidos. Logo, a participação política daqueles que ocuparão as arenas democráticas é princípio basilar para os procedimentalistas.

Deste modo, a corrente procedimentalista considera ilegítima a atuação de um ator cuja participação política não esteja respaldada pelo voto. O Poder Judiciário não deveria, assim, ultrapassar os limites tradicionais da jurisdição, mas ocupar-se tão somente das conflituosidades das lides, sem buscar interferir nas matérias e questões próprias dos Poderes Executivo e Legislativo.

A deliberação sobre pautas essencialmente políticas não compete legitimamente ao Poder Judiciário. Em que pese para a corrente procedimentalista reconhecer a importância dos Tribunais no cenário democrático, eles estão legitimados apenas a exercer a jurisdição.

Na concepção procedimentalista de democracia, importa saber e identificar quem são os agentes legitimados a conduzir a formação da vontade política e por quais meios esta vontade se materializará.

Nas palavras de Norberto Bobbio:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos (BOBBIO, 1986, p.18).

Deste modo, a democracia procedimentalista elege o direito de participação e a forma de deliberação como condições preliminares para a democracia e sem as quais ter-se-á uma degeneração da formação da vontade política.

Acerca destas condições preliminares, afetas ao procedimento, Bobbio discorre que:

No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.

As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.

(...)

Pois bem, no jogo político democrático — e por sistema democrático entenda-se justamente um sistema cuja legitimidade depende do consenso verificado periodicamente através de eleições livres por sufrágio universal — os atores principais estão dados, e são os partidos (no sistema italiano inclusive constitucionalmente, cf. art. 49); também está dado o modo principal de fazer política para a imensa maioria dos componentes da comunidade nacional: as eleições. Disto não se pode fugir. Regras do jogo, atores e movimentos fazem um todo único. Neste sentido, regras do jogo, atores e movimentos são solidários entre si, pois atores e movimentos devem sua existência às regras. (BOBBIO, 1986, p. 20).

Portanto, para a concepção procedimental de democracia, a indicação dos agentes a

compor a arena de deliberação política e os métodos pelos quais a decisão política se formará representam consequências lógicas e naturais do direito de participação política.

Neste ponto, cumpre retomar a construção teórica de Habermas, segundo a qual a supremacia constitucional, como símbolo máximo da democracia moderna, não está em posição de prevalência com relação à soberania popular.

Pelo contrário, a relação entre a soberania popular e os valores expressos na Constituição é de proximidade, de coexistência, sem que a Constituição interfira no cerne da soberania popular, esta sim legitimada a conduzir a formação da vontade política expressa na Constituição.

O direito de participação política é espécie do gênero soberania popular e não deve, na concepção procedimental, ser afastada pela imposição ou prevalência de normas constitucionais.

Para Habermas, os direitos de formação e de revisão da vontade política devem estar alocados segundo regras previamente estabelecidas e que garantam o procedimentalismo necessário ao exercício da democracia.

Habermas defende que o direito, para ser revestido de legitimidade, deve ser fruto de uma deliberação em que os sujeitos tenham condições reais de buscar o consenso e de evitar conflitos.

Ainda nas palavras de Habermas:

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis (HABERMAS, 2003, p. 164).

Ainda de acordo com a concepção procedimentalista de democracia, o teórico americano John Hart Ely refuta a aceitação de uma Corte Judicial com prevalência em relação à atuação do Legislativo em razão dos riscos do elitismo e da antidemocracia.

John Hart Ely defende a atuação procedimental da jurisdição relacionada ao método e ao processo em si. Veja-se:

Meu argumento é de que somente a Constituição original foi - principalmente, eu deveria realmente dizer, demasiadamente - dedicada a preocupações relacionadas a processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores realmente relevantes (ELY, 2010, p. 92).

Portanto, para os procedimentalistas, a democracia deve privilegiar, como regras preliminares e valores a serem tutelados, o direito de participação, a liberdade e igualdade política, únicos meios justos de obtenção da vontade política.

Já para a concepção de democracia substancial, cujo maior expositor é o filósofo Ronald Dworkin, o conteúdo material da democracia, expresso e eleito no núcleo central da Constituição, autoriza a atuação do Judiciário no jogo democrático.

O conceito de democracia substancial relacionar-se-ia não ao método, à eleição de formas ou de agentes a realizar a democracia, e sim ao conteúdo material. Logo, ainda que se reconheça a legitimidade do direito de participação política, em uma última análise, se a

deliberação coletiva implicar atos ou decisões que contrariem certo núcleo de valores substanciais, estaria o Judiciário autorizado, na condição de órgão legítimo a realizar a revisão judicial, a agir em defesa do núcleo valorativo escolhido preliminarmente pelos agentes e atores sociais.

Com efeito, para a concepção de democracia substancial, questões como a legitimidade de atuação do Poder Judiciário estão atreladas à defesa dos ideais constitucionais, como os direitos humanos e fundamentais.

Para os substancialistas, a Constituição simboliza e expressa o documento máximo da democracia, apto a ser tutelado pelo Poder Judiciário, que, nesta ótica, deteria legitimidade constitucional para a defesa e guarda dos ideais democráticos.

Neste sentido, para Ronald Dworkin, a tarefa de defesa do conteúdo material da Constituição confere ao Poder Judiciário o *status* de nova arena de representação política, apta a limitar a atuação dos demais Poderes, se contrária ao texto constitucional.

O instituto da revisão judicial, defendido por Dworkin, possibilita a defesa dos ideais democráticos até mesmo contra os órgãos majoritários de representação política.

Dworkin sustenta a existência de um espaço protegido no texto constitucional, onde estão alocados os valores substantivos da democracia, como os direitos fundamentais. Este espaço deve ser preservado de todo ato atentatório, ainda que este ato seja proveniente de decisões de órgãos majoritários.

As Cortes Constitucionais, segundo a visão de Dworkin, representam fóruns de deliberação e implementação dos direitos fundamentais, a legitimar uma posição ativa do Poder Judiciário na democracia moderna.

Posicionando-se de forma oposta a uma visão majoritária de democracia, Dworkin sustenta a democracia sob a ótica constitucional. Neste sentido, discorre que:

Se rejeitarmos a premissa majoritária, necessitaremos de um conjunto diferente e melhor de valor e de importância da democracia. Mais tarde defenderei um ponto – que eu chamo de concepção constitucional de democracia – que, sim, rejeita a premissa majoritária. Ela nega que é um objetivo que define a democracia que decisões coletivas sempre – ou normalmente – são aquelas em que a maioria ou muitos cidadãos estariam a favor de modo completamente informados e racionais. Ela precisa do objetivo definido de democracia para ser uma concepção diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas, cuja estrutura, composição e prática tratem todos os membros de uma comunidade, como indivíduos com igual consideração e respeito. Essa consideração alternativa a respeito do objetivo da democracia, é verdade, exige tanto da estrutura governamental como a exige a premissa majoritária. Demanda que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por autoridades que tenham sido eleitas diretamente pelo povo. Mas a concepção constitucional de democracia exige que esses métodos majoritários não estejam preocupados com a questão da igualdade de condições dos cidadãos, o que não significa que estejam fora do compromisso dos objetivos de uma regra majoritária. Então, ela não oferece nenhuma razão pela qual alguns procedimentos majoritários deveriam ser aplicados em ocasiões especiais quando protegeria melhor ou melhoraria a igualdade de condições que mostra ser a essência da democracia e não aceita que essas exceções sejam a razão para uma rejeição moral (DWORKIN, 1996, p. 17).

Ainda segundo Dworkin, “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor

posição que os juízes para decidir questões sobre direitos” (2002, p. 27).

No cenário brasileiro, e corroborando com o posicionamento da concepção substancial de democracia, o cientista Lenio Streck diverge de forma direta da construção teórica de Habermas, especialmente pela ausência de instrução política do cidadão brasileiro.

Streck sugere as seguintes indagações:

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Nesse sentido, com Ackerman, há que se perguntar: Pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? ‘Minha resposta é não’, vai dizer Ackerman (STRECK, 2002, p. 174).

Além de Lenio Streck, a cientista Gisele Cittadino também manifesta-se de forma favorável à democracia substancial. A referida autora admite a necessidade de ampliação da participação política, mas vislumbra no Judiciário uma instância fundamental para o alcance dos ideais democráticos.

Segundo Cittadino:

De qualquer forma, do ponto de vista jurídico, parece não haver outra forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira, buscando superar a cidadania de baixa intensidade, senão conferindo prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Estão corretos, portanto, os constitucionalistas ‘comunitários’ ao conferir prioridade aos temas da igualdade e da dignidade humana. A participação cidadã pode certamente buscar, através dos vários institutos previstos no texto constitucional, a efetivação das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, o sistema de direitos assegurados pela Constituição Federal apenas terá efetividade mediante a força da vontade concorrente dos nossos cidadãos em processos políticos deliberativos. Esta cidadania juridicamente participativa, entretanto, dependerá, necessariamente, da atuação do Poder Judiciário – especialmente da jurisdição constitucional –, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre ele, se fizer (CITTADINO, 2004, p. 231-232).

Ainda no cenário brasileiro, e rebatendo as críticas da ilegitimidade técnica da atuação do Poder Judiciário, o jurista Luiz Flávio Gomes afirma:

[...] quem acusa a atividade judicial de antidemocrática, pelo fato de que seus membros não são eleitos pelo sufrágio universal, desconhece por completo que sua legitimação democrática formal tem natureza completamente distinta da legitimação política representativa. Desconhece, ademais, que vários membros do Poder Judiciário são oriundos de carreiras distintas, que o ingresso na carreira é concretizado com a participação da OAB (CF, art. 93, I), que pessoas do povo (no Juri) participam da distribuição de Justiça e desconhecem, por fim, a própria natureza dialética da função jurisdicional, que é uma das últimas do Estado moderno cujo pão

de cada dia é o diálogo, é o prestar atenção e escutar, a difícil arte de poder escutar!, e sopesar as diversas opiniões assim como os argumentos dos que participam do processo, cumprindo o princípio do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV). (GOMES, 1997, 123).

Deste modo, para a ótica da democracia substancial, o Poder Judiciário também atua como órgão de legitimação dos direitos das chamadas minorias, muitas das vezes suprimidos nos órgãos de representação majoritária.

Segundo Dworkin:

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2002, p. 26).

Portanto, a democracia substancial volta-se para a realização material da democracia, concebendo legitimidade para além dos agentes majoritários e conferindo ao Poder Judiciário a missão de resguardar o núcleo central da Constituição e, com isso, atuar ativamente no jogo democrático.

Ainda nas palavras de Dworkin:

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. (DWORKIN, 2002, p. 476).

Feitas estas considerações acerca da democracia procedimental e da democracia substancial, importa agora abordar as críticas ao fenômeno da judicialização, tendo por base a construção teórica de Garapon.

O cientista francês Antoine Garapon concebe o fenômeno da judicialização como prejudicial ao fortalecimento da democracia, sinalizando uma patologia no universo político.

Segundo Garapon, algumas causas estão diretamente relacionadas à expansão da atuação política do Poder Judiciário. Dentre estas causas, algumas das mais relevantes são a decadência do indivíduo e da sociedade moderna, a apatia política e a contratualização das relações sociais.

A primeira causa – decadência do indivíduo e da sociedade – reflete a ausência de referenciais fundantes da personalidade do indivíduo, que, sufocado pelo ritmo acelerado e crescente da sociedade moderna, recorre ao Judiciário como verdadeira muralha de proteção.

Garapon sustenta que o indivíduo se transformou em usuário do serviço da justiça, cada vez mais dependente da intervenção do Judiciário para garantir -lhe minimamente uma identidade, a diferi-lo e a proteger-lhe do outro.

Para Garapon, esta excessiva busca pelo Poder Judiciário amplia e cria uma governança pelos Juízes, que, empoderados do reclame das demandas individuais, sentem-se moralmente legitimados a deliberar sobre os assuntos mais privados, que não deveriam ser objeto da tutela do Estado, principalmente a tutela cogente de uma decisão judicial.

O indivíduo recorre ao Judiciário querendo que seja reconhecida sua identidade, sua

essência, perdida na moderna sociedade, marcada pelo pluralismo. No entanto, ao fazê-lo, o indivíduo delega ao Judiciário a intromissão em questões que tornam inerte o direito de liberdade individual.

Para Garapon, esta intromissão estatal deve ser gradualmente diminuída com o chamamento, o despertar do indivíduo, que, ao longo das políticas implementadas pelo Estado de Bem Estar Social, se manteve distante da participação política.

O indivíduo tornou-se dependente do assistencialismo do Estado e, na sociedade plural e capitalista, que exige menor interferência do Estado na economia, o indivíduo transportou as políticas assistencialistas para o Judiciário, mantendo-se inerte quanto à evolução de sua participação política.

Distante do ideal de cidadania, esta inércia do indivíduo, que o fez deixar de ser cidadão e tornar-se dependente dos serviços da justiça e do assistencialismo do Judiciário, resultou em uma apatia política expressiva e desencadeou uma crise de representatividade política.

Bobbio, por sua vez, qualifica este indivíduo apático como um cidadão não educado para o exercício da cidadania. Veja-se:

Olhemos ao nosso redor. Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito ao voto. Do ponto de vista da cultura política, estas são pessoas que não estão orientadas nem para os *output* nem para os *input*. Estão simplesmente desinteressadas daquilo que, como se diz na Itália com uma feliz expressão, acontece no "palácio". Sei bem que também podem ser dadas interpretações benévolas da apatia política. Mas inclusive as interpretações mais benévolas não conseguem tirar-me da mente que os grandes escritores democráticos recusar-se-iam a reconhecer na renúncia ao uso do próprio direito um benéfico fruto da educação para a cidadania (BOBBIO, 1986, p. 32).

Deste modo, a apatia política e, como consequência, o assistencialismo da justiça enfraquecem o exercício da cidadania, o direito de liberdade e a participação política.

Voltando a Garapon, este ainda ressalta que a crescente contratualização das relações sociais elevou o número de demandas, das mais singelas às mais complexas, afetas à intimidade e à vida privada.

Todos os conflitos, das mais variadas ordens, são intensificados na sociedade moderna, em que os indivíduos, temerosos das ameaças externas de outros indivíduos ou grupos sociais, cada vez mais contratualizam as relações sociais, tornando-as complexas e com uma conflituosidade superior ao senso de liberdade política, o que culmina com a crescente distribuição de processos judiciais.

Neste ponto, ainda cumpre colacionar os ideais de limitação da atuação do Poder Judiciário sustentados pelo pesquisador Cass R. Sustein como forma de preservação da participação política.

Para Sustein, é preciso estabelecer limites institucionais ao Poder Judiciário, pois a dependência aos Tribunais Judiciais acaba por reduzir o acesso à construção de canais de busca pela democracia.

Ainda segundo a ótica de Sustein, a eficácia das decisões judiciais é reduzida, especialmente no que tange às políticas públicas voltadas à coletividade. Para o autor, o foco das decisões judiciais é sempre limitado aos conflitos representados nas lides judiciais.

Com isso, Cass R. Sustein defende a tese em prol da diminuição da interferência do Poder Judiciário com a utilização de limites institucionais a delimitar os marcos da atuação

judicial.

Para Susteim, a atuação judiciária esvazia os ideais da cidadania e torna ineficaz a realização das ações estatais voltadas à sociedade, tornando inócuo o diálogo democrático.

A visão de Garapon e Susteim é crítica e revela os aspectos contramajoritários da atuação política das Cortes Judiciais. No entanto, como já dito anteriormente, a presente pesquisa não tem a preocupação de optar pelos defensores ou críticos da judicialização. Assim, cumpre apenas tecer algumas considerações sobre os posicionamentos apresentados.

Relativamente às concepções de democracia procedimental e substancial, parecer haver um ponto controvertido em ambas as teorias, pois os valores sustentados pelos procedimentalistas para a defesa das regras do jogo democrático abarcam o direito de liberdade, de autonomia, de participação política, valores estes com uma carga substancial notória.

Deste modo, para os substancialistas, a defesa material da Constituição implica o reconhecimento tácito de que as regras democráticas são necessárias ao exercício dos direitos: sem o instrumento, não há como dar satisfação ou cumprimento ao objetivo fim.

A ótica substancial da democracia, portanto, autoriza a atuação do Poder Judiciário em defesa dos valores expressos na Constituição e amplia o conceito de legitimidade de deliberação política.

A sociedade plural e seus reclames tomou a democracia como discurso e a fez de verdadeiro instrumento de transformação. Aliás, Giddens “considera a democracia como um instrumento de transformação coletiva” (2003, p. 38).

A democracia, como instrumento de transformação coletiva, vem ocupando espaços até então burocratizados e revelando outros centros de poder para além daqueles tradicionalmente reconhecidos.

A este respeito, estas são as considerações de Bobbio:

Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje quanto ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático. Deste ponto de vista, creio que se deve falar justamente de uma verdadeira reviravolta no desenvolvimento das instituições democráticas, reviravolta esta que pode ser sinteticamente resumida numa fórmula do seguinte tipo: da democratização do estado à democratização da sociedade.

Reúno neste pequeno volume alguns escritos dos últimos anos sobre as chamadas “transformações” da democracia. Uso o termo “transformação” em sentido axiologicamente neutro, sem associar a ele nem um significado negativo nem um significado positivo. Prefiro falar de transformação, e não de crise, porque “crise” nos faz pensar num colapso iminente. A democracia não goza no mundo de ótima saúde, como de resto jamais gozou no passado, mas não está à beira do túmulo. Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo (BOBBIO, 1986, p. 09).

A democracia, enquanto processo, é marcada por atos dinâmicos e por vezes cíclicos, mas que conferem a segurança social necessária ao desenvolvimento das relações sociais.

Neste cenário de transformação, Bobbio ainda defende que a democracia, apesar de todos os obstáculos enfrentados, tem se mantido. Veja-se:

No entanto, embora admitindo que possa estar correndo um certo risco, creio ser possível fazer uma constatação final: nenhuma guerra explodiu até agora entre estados dirigidos por regimes democráticos. O que não quer dizer que os estados democráticos não tenham feito guerras, mas apenas que jamais as fizeram *entre si* (BOBBIO, 1986, p. 38).

O fenômeno da judicialização, a par de levantar algumas importantes indagações sobre a legitimidade de atuação do Poder Judiciário na arena de deliberação política, apresenta, de igual forma, um novo cenário de exercício da democracia, pois, em que pesem os possíveis malefícios da intervenção judicial, muitos avanços no campo dos direitos fundamentais foram obtidos por força das decisões judiciais.

Por óbvio que as regras procedimentais para o exercício da democracia são de extrema relevância para a manutenção do regime democrático, mas uma equalização e harmonização entre procedimento e substância precisa ser alcançada, para que a democracia caminhe e conduza ao aperfeiçoamento da sociedade e suas instituições.

Neste ponto, cumpre abordar algumas especificidades da democracia no cenário brasileiro.

O Brasil viveu momentos cíclicos que alternaram entre a democracia e o autoritarismo. Neste contexto, o processo de redemocratização e constitucionalização ampliou os direitos e buscou permitir a atuação de novos atores sociais. As regras do jogo democrático foram ampliadas, permitindo novos legitimados e exigindo a criação de novos espaços.

Em uma análise da democracia sob a ótica política no Brasil, os cientistas sociais Luiz Werneck Vianna e Maria Alice Resende Carvalho asseguram que:

A democracia política é o campo, por excelência, em que a física dos interesses pode livremente se expressar e em que se efetiva o processo de socialização para uma cidadania ativa. O seu papel civilizatório reside, então, em propiciar a passagem do interesse egoísta para o interesse bem-compreendido, o qual supõe a deliberação e a agregação de vontade, traduzindo-se na intenção de criar o direito como obra continuada de todos. Desde sempre, soube-se no Brasil que triunfar sobre a fragmentação e a ausência de solidariedade social dependia de uma construção política. Mas o que nunca havia sido experimentado de fato foi conceder liberdades de movimentos, no contexto de uma institucionalidade democrática, às grandes majorias. Estender a elas, agora, como se deu a partir da Carta de 1988, o acesso aos procedimentos que levam à elaboração das leis e mesmo ao controle da sua produção, permitindo-lhes combinar as ações da sua vida associativa e dos seus órgãos de representação com esse novo tipo de instituições que as admitem como novos personagens da esfera pública, se vem apresentando como um caminho inédito, em que a república se recria por baixo, enraizada nos interesses e expectativas de direitos do que até agora foi o limbo do Brasil (VIANNA; CARVALHO, 2000).

Com efeito, no Brasil, a ampliação dos mecanismos legais de atuação e o alargamento de direitos conduziram as práticas democráticas a ocupar novos espaços e a proporcionar a participação de novos agentes.

Em que pesem as diferenças de evolução histórica entre os modelos europeu, americano e dos países com desenvolvimento tardio, como o Brasil, uma condição aproxima estes modelos, que é a dos novos contornos advindos das práticas democráticas.

Por óbvio que o processo de consolidação histórica vivenciado pela Europa e pelos Estados Unidos tornou estes novos contornos mais perceptíveis e menos invasivos do que no cenário brasileiro.

No Brasil, os debates acerca da democracia substancial e da democracia procedimental revelam a necessidade primária de ampliar as práticas de cidadania e de incluir o cidadão no direito de participação política.

No entanto, o dirigismo previsto na Constituição, em certa medida, torna, na ótica procedimentalista, o cidadão dependente do assistencialismo do Estado para obter a concretização dos ideais reclamados.

Neste sentido, Luiz Moreira dispõe que:

A judicialização da política alcançou patamares alarmantes no Brasil. Sob o argumento de que vivemos sob uma democracia de direitos, o sistema de justiça passou a tutelar todas as áreas, interferindo em políticas públicas, imiscuindo-se no mérito do ato administrativo, desbordando de suas competências para envolver-se com assuntos que violam assim a autonomia dos poderes políticos, tudo submetendo ao jurídico. Essa tentativa de colonização do mundo da vida pelo jurídico se realiza mediante um alargamento do espectro argumentativo, desligando a argumentação jurídica de qualquer vinculação à lei. (MOREIRA, 2013).

A Constituição Federal de 1988 teve de preocupar-se em educar o cidadão para as práticas da cidadania e isso, em um processo a médio prazo, tornou o cidadão usuário dos serviços do Estado.

Neste cenário, a judicialização despontou como fenômeno decorrente do dirigismo constitucional e da ampliação do direito de participação política, como se as condições procedimentais abrissem o caminho para a prevalência do aspecto substancial da democracia.

Com efeito, o aspecto transformativo da democracia merece destaque, dado o dinamismo do jogo democrático e dos crescentes arranjos sociais impostos pela sociedade pluralista.

Neste sentido, segundo Bobbio, o bom democrático não pode se conformar com o pior. Veja-se:

Pessoalmente, estou convencido de que a estrada é justa, embora repleta de perigos. Porém, estou também convencido de que a atitude do bom democrático é a de não se iludir sobre o melhor e a de não se resignar com o pior (BOBBIO, 1986, p. 64).

Portanto, ainda que a judicialização, dependendo da concepção adotada, simbolize, na sociedade moderna, o melhor ou o pior da democracia, ela atesta, acima de tudo, que a

democracia subsiste viva e ocupando novos espaços, novas arenas, impondo a discussão de novas pautas e chamando os atores sociais a deliberar sobre os novos rumos da condução da formação da vontade política.

## CONCLUSÃO

A ampliação do caráter protetivo dos direitos humanos, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, como resposta às práticas dos governos autoritários, tornou-se condição prevalente para a consolidação dos regimes democráticos ao redor do mundo e para a adoção do processo de constitucionalização.

A adoção do constitucionalismo proporcionou uma profunda mudança estrutural no sistema judiciário, conferindo maior autonomia ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Tal controle aplica-se aos atos exarados pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, o que reforça o caráter contramajoritário conferido à atuação judiciária frente aos demais poderes.

Neste sentido, o constitucionalismo democrático ampliou e universalizou a possibilidade da revisão judicial, como sistema encarregado de proporcionar a prevalência da norma constitucional, protegendo especialmente o núcleo de direitos alocados na categoria substancialista do texto constitucional, que assim se tornou apto a tutelar o direito individual, a limitar a atuação dos poderes estatais e a estabelecer uma hierarquia de normas aos documentos legislativos.

No cenário brasileiro, o processo de constitucionalização e redemocratização impulsionou o surgimento de novos atores sociais, que se mobilizaram em prol da satisfação e concretude de seus direitos contemplados no texto constitucional. Tais atores passaram a recorrer de forma crescente aos Tribunais Judiciais, buscando, muitas vezes, suprir a omissão legislativa e obter provimento favorável em relação à concretude dos direitos reclamados.

Desta forma, a presente dissertação procurou demonstrar as condições emergentes e facilitadoras da atuação dos Tribunais como agentes de realização da democracia e buscou abordar ainda os eixos teóricos que validam ou rejeitam a atuação das Cortes como formadores da vontade política.

A questão da legitimidade democrática perpassou todo este trabalho, que abordou a discussão das correntes da democracia procedimental e da democracia substancial sob a ótica da legitimidade de atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas.

Discussões acerca da relação tênue entre soberania popular e supremacia constitucional também foram objeto de análise, na medida em que este binômio revela os fundamentos teóricos das concepções de democracia que justificam ou rejeitam a atuação de protagonista assumida pelos Tribunais Judiciais.

A noção de que a política se judicializa, ou seja, torna-se passível de decisão dentro das Cortes Judiciais também foi abordada e atesta o caráter transformativo da democracia, enquanto processo dinâmico de tomada de decisões, revelando também certos indícios de crise de representatividade dos poderes representativos.

Como argumento desfavorável à atuação ativa Judiciário, mencionamos certo assistencialismo exacerbado, o que acaba por gerar e generalizar certa apatia política do cidadão, que a todo instante recorre ao Judiciário, sem exercitar o direito à participação política, direito este central para a ótica procedimentalista da democracia.

Com efeito, segundo a visão dos teóricos procedimentalistas, a atuação dos órgãos judiciários tem esvaziado os ideais do direito de cidadania e criado indivíduos dependentes da

atuação estatal, incapazes de resolver ou se posicionar na conflituosidade das novas relações sociais.

O caráter pluralista da sociedade contemporânea criou novas formas de relação social, intensificou a necessidade de proteção aos direitos fundamentais e exigiu que o Estado se posicionasse em questões tensas do ponto de análise moral, social e econômico.

Para os procedimentalistas, a concepção da atuação judiciária como lugar de realização da democracia afasta-se das premissas de participação política e de igualdade material e formal.

O cidadão abandona os ideais tão caros da cidadania e passa a se tornar um cliente da justiça, usuário dependente do serviço das Cortes Judiciais, agigantando, assim, a atuação dos magistrados, que cada vez mais são vistos como agentes de realização dos ideais democráticos e, por vezes, como os únicos agentes, dada a descrença na atuação dos demais poderes.

Neste cenário, o Estado, imbuído da função judiciária, detém de forma exclusiva a formação da vontade política, o que afasta os ideais da soberania popular e aloca na supremacia constitucional a validação das decisões políticas. Neste sentido, para a corrente procedimentalista da democracia, a judicialização representa uma grave debilidade no que tange aos aspectos majoritários na formação da vontade política.

Já para os defensores da ótica substancialista da democracia, a eleição prévia de certos direitos e valores previstos no texto constitucional representa um mecanismo de defesa contra decisões ou atos que violem o núcleo central de direitos sob o pretexto e sob o manto da legitimidade da atuação dos órgãos majoritários.

Para os substancialistas, ao Poder Judiciário foi conferida a legitimidade de atuação em defesa dos ideais democráticos previstos na Constituição. Logo, não se trata de debilidade e sim de atuação constitucionalmente assegurada em defesa da democracia. Nesta ótica, os valores previamente eleitos e guardados no texto constitucional são preponderantes e servem como mecanismo de controle da atuação dos demais poderes, o que autoriza a tomada de decisões políticas no campo judicial.

Cada uma das concepções de democracia abordadas neste trabalho apresenta construções argumentativas que validam ou rejeitam a ideia de atuação ativa das Cortes Judiciais, e o fazem sob pressupostos teóricos densos e tangíveis.

O trabalho não se ocupou em eleger a corrente prevalente, optando, ao invés disso, por salientar o caráter transformativo da própria democracia. Antes mesmo de eleger se existe ou não legitimidade democrática e política na atuação do Poder Judiciário, torna-se premente reconhecer que a democracia é um permanente processo de transformação coletiva e, enquanto tal, vem ocupando novos espaços, novos cenários e chamando novos atores a participar da formação da vontade política.

Como dito, não se pretendeu sustentar aqui a debilidade ou legitimidade das Cortes Judiciais como condições prevalentes do jogo democrático, mas tão somente assegurar que a via democrática vem gradativamente apresentando novos contornos, uma vez que as práticas democráticas têm conduzido Estado e sociedade a intensificar e firmar novos arranjos sociais e institucionais, como forma de declarar que a democracia subsiste viva e essencialmente dinâmica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: novembro 2013.

BRASIL. Constituição. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

Acesso em: novembro 2013.

BRASIL. **Lei no 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: novembro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso a partir de março 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1986.

CARRIÓ Genaro. **Notas sobre Derecho y language**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

CARVALHO, José de Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem**. In: Revista de Sociologia e Política, n. 23, Nov., 2004.

CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). **El Âmbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporâneo**. Barcelona: Crítica, 1994.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Anpocs. Disponível em <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_34/rbcs34\\_09.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm)>. Acesso em: agosto de 2014.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOMINGUES, Ivab. **O Grau Zero do Conhecimento. O problema da Fundamentação das Ciências Humanas**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes-WMF, 2010.
- FARO DE CASTRO, Marcus. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n 34, 1997, vol. 12. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>. Acesso em 18 de junho de 2009.
- FERRAZ, Antônio Augusto M. Camargo. **Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público**. In Edis Milaré (org.). *Ação Civil Pública*. Lei nº 7347/85 – 15 anos.
- FILGUEIRAS, Fernando de Barros. **Nem exceção nem histórico**. *Revista Carta Capital*. 2012. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-nao-redimira-a-politica-da-corrupcao>>. Acesso em: novembro 2013.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. 2 ed. São Paulo: Editora UNESP, 1993.
- GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997, p. 119-126.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nissa da Silva, Claudia Berliner. Organizado por Richard Tuck. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. 5 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. **Instituições Políticas Democráticas: O Segredo da Legitimidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- LINARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Luiz. **Judicialização da política no Brasil**. Le Monde Diplomatique Brasil. 2013. Disponível em <<https://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ar&id=1364>>. Acesso em: dezembro de 2014.

NASSIF, Luis. **Lewandowski, mídia e Judiciário**. Revista Carta Capital. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/lewandowski-e-a-relacao-midia-e-judiciario-8539.html>>. Acesso em: dezembro 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?**. in SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, ano 11, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito*. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito. Mestrado e doutorado 2001**. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1996.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University. 1995.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo. **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice de Rezende de. **República e Civilização Brasileira. Estudos de Sociologia**. 2000. Disponível em <<seer.fclar.unesp.br/article/viewFile/830/691>>. Acesso em: dezembro 2014.

WALDRON, Jeremy, **Law and Disagreement**. Oxford: Claredon Press. Tradução: José Luis Martí y Aguéda Quiroga. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006.

WEBER, MAX. **A Ideia de Sociologia Econômica**. Tradução: Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.