

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL PUCPR/UNIOESTE**

ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO
CONSTITUCIONAL NOS CENÁRIOS DE EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

CURITIBA

2011

ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO
CONSTITUCIONAL NOS CENÁRIOS DE EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestrado Interinstitucional PUCPR/UNIOESTE, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Barbosa.

CURITIBA
2011

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

B462j
2011 Benedetti, Andréa Regina de Moraes
Judicialização da política : a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário / Andréa Regina de Moraes Benedetti ; orientadora, Claudia Maria Barbosa. – 2011.
125 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2011
Inclui bibliografias

1. Poder judiciário. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Direito e política. I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.256

ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO
CONSTITUCIONAL NOS CENÁRIOS DE EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestrado Interinstitucional PUCPR/UNIOESTE, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientadora Professora Doutora Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Doutor Zulmar Antônio Fachin
Centro Universitário de Maringá

Professora Doutora Daniella Anne Pamplona
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 08 de Junho de 2011.

DEDICATÓRIA

A Volmir, ontem, hoje e sempre.

AGRADECIMENTOS

Ter a muitos a quem agradecer é uma dádiva.

A meus pais, Rosa e Nery, pelo incentivo. Minha querida mãe, sempre pronta a ajudar e ouvir, exemplo de amor e carinho.

A meu esposo Volmir por ser o primeiro a acreditar em minha vocação acadêmica e apoiar minhas escolhas. Amor e sempre amor.

A meus lindos filhos, Ana Carolina e Vinícius, música e poesia em minha vida, por me lembrarem todos os dias o que realmente importa.

A Filomena Clara Schmidt, a Mina, que olha por meus filhos e cuida do meu lar, oportunizando meu trabalho e meus estudos.

Aos meus colegas do curso de Direito, em especial às amigas Marta Botti Capellari e Melissa Barbieri de Oliveira, pelas opiniões que sempre me amparam. A Adriana do Val pelas preciosas contribuições acadêmicas.

Ao professor Celso Hiroshi Icohama, pela oportunidade dada no passado, sem a qual possivelmente eu não chegaria até aqui.

Aos colegas de mestrado pelo alegre convívio. Luis Miguel, companheiro para todas as horas. Priscila, a jovem mais experiente que conheci, doce e linda, sábia e humilde, amiga para a vida toda. Oscar, irmão do coração, que literalmente me conduziu até Foz do Iguaçu, tornando minha vida mais fácil.

Às queridas Eva de Fátima Curelo, Verônica Krauss e Áurea Inês Theisen Martines, pessoas especiais que cuidam de nós no mestrado. *Evita* no coração.

À professora Amélia do Carmo Sampaio Rossi que mesmo sem me conhecer, confiou-me para estudo os frutos de sua produção intelectual, demonstrando que exerce na prática aquilo que se depreende de seus textos: o apreço ao bem comum.

À Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *campus* de Francisco Beltrão, nas pessoas do Diretor Geral, professor José Maria Ramos e da Diretora do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, professora Romilda de Souza Lima, pelo incentivo, colaboração e amizade.

Menção especial neste agradecimento às instituições diretamente responsáveis pela realização do Mestrado Interinstitucional: à Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *campus* de Foz do Iguaçu pelo empenho e sucesso em trazer o primeiro Minter em Direito da nossa Universidade.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná, por aceitar o desafio de descentralizar o conhecimento científico e à Fundação Araucária de Apoio ao

Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná, pela bolsa concedida aos docentes da Unioeste.

A tantos mais que contribuíram, mas que os limites destas páginas impedem nomear. Desde meus alunos, passando pelos funcionários da Unioeste até a Prof^a. Franciele Potrich Lopes da escola da Ana Carolina, muito obrigada. Às amigas do coração Rosely, Elizangela, Fabiane, Ione e Carmen que tornaram minha jornada mais fácil.

Por fim, à querida professora orientadora Claudia Maria Barbosa pelo apoio e por acreditar na minha capacidade em momentos que nem eu mesma era capaz de fazê-lo. Exemplo profissional e pessoal que contagia com sua alegria e encanta com seu conhecimento. Não apenas orienta, transforma.

RESUMO

O protagonismo judicial é um fenômeno estranho ao modelo de Estado Moderno, que vem alterando a forma como se definem, delimitam e aplicam direitos e políticas públicas, transformando a sociedade atual. A judicialização da política, forma de expressão desse protagonismo, é um fenômeno de causas múltiplas, estudado sob enfoques diversos na doutrina, que termina por apresentar fluidez nos conceitos acerca do tema. Trata-se de uma das questões mais debatidas no campo da filosofia constitucional atualmente, pois diz respeito à busca de soluções para justificar e/ou delimitar o papel ativo dos juízes no processo de tomada de decisões que tradicionalmente eram típicas da esfera política. O trabalho identifica diversos fatores que levaram a uma progressiva expansão do poder judicial, assim como diferentes contextos nos quais esse processo de judicialização se desenvolve, e que acaba por impor alterações em categorias centrais do constitucionalismo, da teoria constitucional e da teoria do Estado. Especifica um fenômeno global de expansão do poder judicial, que se observa inclusive pelo fato de que o aumento da esfera de decisão judicial ocorreu em países de tradições tão díspares, como *civil law* e *common law*, nos quais o papel do juiz e sua legitimação perante a sociedade se construíram de formas diferentes. Propõe ao final um conceito constitucional de judicialização da política porque esta, sob quaisquer viés que se estude, está necessariamente associada ao constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chave: Protagonismo Judiciário. Judicialização da Política. Constitucionalismo Contemporâneo.

ABSTRACT

The judicial protagonism is an odd phenomenon to the modern state model, which is changing the manner of defining, delimiting and applying the public rights and policies and transforms the current society. The judicialization of politics, a way to express this protagonism, is a phenomenon with multiple causes, studied from several viewpoints of the doctrine, and ends by showing the fluidity of the concepts about the subject. It is one of the most discussed questions nowadays in the constitutional philosophy field, once it is related to the search of solutions to justify and/or delimitate judges active role in the decision making process that, traditionally, were typical of the political sphere. This study identifies several factors that take to a progressive expansion of the judiciary as well as the different contexts in which this judicialization process is developed and ends up imposing changes on the central constitutionalism categories, on the constitutional theory and on the State theory. It also specifies a global phenomenon of the judiciary expansion, observed by the fact that the enlargement of the judicial decision taking sphere occurred in countries with distinct traditions, for instance the civil law and common law, according to which the judge role and his legitimization in the view of the society were built through different forms. It is proposed a constitutional concept of the judicialization of politics, regardless the opinion adopted, inasmuch as this is necessarily associated to the contemporary constitutionalism.

Keywords: Protagonism. Judicial. Judicialization of Politics. Contemporary Constitutionalism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUA PLURALIDADE DE ASSOCIAÇÕES: A NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DE UM FENÔMENO MULTIFACETADO	13
2.1	ORIGEM DO TERMO: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA SEGUNDO TATE E VALLINDER	13
2.2	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: TATE E VALLINDER NA DOCTRINA BRASILEIRA E OUTRAS NOMENCLATURAS DE JUDICIALIZAÇÃO	17
2.3	OS RECORRENTES CENÁRIOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	20
2.3.1	Judicialização e Constitucionalismo Contemporâneo	20
2.3.2	Judicialização da política, controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional	23
2.3.3	Judicialização da política e a teoria da separação dos poderes	26
2.3.4	Judicialização da política e democracia	28
2.3.5	Judicialização da política e legitimidade do Poder Judiciário	30
2.3.6	Judicialização da política, explosão de demandas e pesquisas empíricas	31
2.3.7	Judicialização da política e comportamento judicial	33
2.3.8	Judicialização da política e a ampliação da cidadania	35
2.3.9	Judicialização da política e a convergência <i>Common Law/Civil Law</i>	37
2.3.10	A dimensão externa da judicialização	39
3	DA MULTIPLICIDADE DE ENFOQUES À CONVERGÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE ESTUDO DE CATEGORIAS CENTRAIS DE JUDICIALIZAÇÃO	41
3.1	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A AMPLIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DE UMA NOVA TEORIA CONSTITUCIONAL	42

3.1.1	Força normativa da Constituição, normatividade de princípios e leitura moral da Constituição	42
3.1.2	O papel da Jurisdição constitucional	47
3.1.3	O aumento expressivo das demandas e análise das decisões judiciais por meio de pesquisas estatísticas	49
3.1.4	A convergência <i>Common Law/Civil Law</i>	53
3.2	SEPARAÇÃO DOS PODERES: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA REDESENHANDO A TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	54
3.2.1	Legitimidade da decisão judicial	58
3.2.1.1	O suposto déficit de legitimidade	58
3.2.1.2	A racionalidade da decisão	61
3.2.1.3	Celeuma usurpação <i>versus</i> delegação de funções	63
3.2.2	O papel ativo dos juízes: independência e as novas bases do comportamento judicial	66
3.2.2.1	Ativismo judicial e politização	67
3.3	A DEMOCRACIA REDESENHADA PELA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A SUPERAÇÃO DA REGRA MAJORITÁRIA	70
3.3.1	Causas de afastamento entre representantes e representados e o enfraquecimento dos partidos políticos	70
3.3.2	A atuação dos grupos de pressão	74
3.3.3	Ampliação da cidadania	77
3.4	PODER JUDICIÁRIO EM SEU VÉRTICE TRANSNACIONAL: LIMITES E DESAFIOS DESTA EXPANSÃO	78
3.4.1	A responsabilidade internacional do Poder Judiciário	80
3.4.2	As Cortes Internacionais e a nova interação entre os Poderes	83
3.4.3	A política externa do Estado frente a um Poder Judiciário em expansão	87
4	A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO CONSTITUCIONAL DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	89
4.1	A BASE CONSTITUCIONAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	90
4.2	O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NAS DEMAIS CATEGORIAS DE JUDICIALIZAÇÃO	95
4.2.1	Constitucionalismo contemporâneo e separação dos poderes	95
4.2.2	Constitucionalismo contemporâneo e democracia	102

4.2.3	Constitucionalismo e a dimensão externa da judicialização	106
4.3	CONCEITO CONSTITUCIONAL DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PONTO DE CHEGADA OU PARTIDA?.....	107
5	CONCLUSÃO	111
	REFERENCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões mais debatidas no campo da filosofia constitucional atualmente diz respeito à busca de soluções para justificar e ou limitar o papel ativo dos juízes no cotidiano dos cidadãos.

Diversos fatores levaram a uma progressiva expansão do poder judicial, alterando categorias centrais do constitucionalismo, da teoria constitucional e da teoria do Estado tradicionais.

O fenômeno é global, o que se observa inclusive pelo fato de que o aumento da esfera de decisão judicial ocorreu em países de tradições tão díspares, como *Civil Law* e *Common Law*, nos quais o papel do juiz e sua legitimação perante a sociedade se construíram de formas diferentes.

Note-se que apesar da atualidade, o tema não é novo. Já em 1962 Alexandre Bickel (1986) advertia para o papel do juiz ao escrever sua hoje clássica obra “The least dangerous branch”, sendo que até o momento, o debate permanece em aberto.

O fato é que no contexto onde se insere a judicialização, passou-se a exigir do Judiciário um maior protagonismo na solução dos conflitos, em especial por meio de um posicionamento ativo na implementação de categorias de direitos nunca lhe havia sido demandadas.

O Judiciário, então, perde parte de sua identidade, pois o modelo sobre o qual foi erigido se modifica, de modo que a entrega da prestação jurisdicional de forma neutra, distante e superior às partes já não satisfaz. Passa a ser exigido do juiz um comportamento cada vez mais político para implementar direitos que antes sequer se encontravam definidos, como os direitos coletivos.

Destarte, o Poder Judiciário, que outrora se colocava de maneira imparcial frente a duas partes (ou ainda, dois pólos) e decidia casos individuais, apresentando a única solução correta se vê obrigado a decidir questões que, em princípio, deveriam ser discutidas na esfera política.

Ora, se na política o procedimento é diverso, marcado pela busca da solução possível, orientado pelo princípio da maioria e por orçamentos que balizam a formulação de políticas públicas, decisões judiciais neste contexto são no mínimo anômalas e seus reflexos merecem detida análise.

Constitui-se o tema, portanto, em um dos maiores desafios para os estudiosos do que se convencionou chamar filosofia constitucional: dada à evidência

de que a atuação do Judiciário expande-se em direção à política, como justificar, delimitar e enquadrar o comportamento dos magistrados na sociedade complexa em que hoje se vive?

Ocorre que, em face deste vasto campo de estudo muitas tem sido as abordagens no estudo da judicialização, causando certa fluidez de conceitos. Assim sendo, a judicialização enquanto fenômeno de causas múltiplas e influências variadas importa em associações com a democracia, o funcionamento do Estado, o papel dos poderes, a própria separação de poderes, o constitucionalismo, dentre outros aspectos.

Neste contexto, o presente trabalho identifica vários usos e definições de judicialização, seus desdobramentos quando associada aos diferentes temas dantes elencados e procura, ao final, em sede de objetivo geral estabelecer um conceito constitucional de judicialização da política, pois entende que é o constitucionalismo contemporâneo que a define e fundamenta.

Quaisquer análises que se apresentem, diga-se, são necessariamente recortes de uma realidade mais ampla. O estudo reconhece a coexistência de outros conceitos, nascidos em matrizes teóricas distintas, tais como social e político, mas busca demonstrar a força de um conceito constitucional que, de certo modo, pode englobar os demais.

Ademais, alguns esclarecimentos iniciais são necessários.

Esta pesquisa aborda a judicialização da política de modo geral, mas toma o Brasil como referência. Deste modo, questões como a evolução do Estado, a expansão de cada um dos Poderes, por exemplo, são estudadas em um panorama global, referindo-se também aos Estados Unidos ou à realidade européia, eis que lá o movimento da judicialização é mais antigo.

De outro lado, sempre que o assunto oportunizar o estudo no caso brasileiro, leia-se, de regra, a partir da Constituição de 1988, esta será a preferência.

Ainda, como já mencionado, a judicialização é um fenômeno multifacetado, que comporta abordagens diversas. Muitos são os enfoques e variadas opiniões doutrinárias acerca do tema.

Assim, para efeito de organização da pesquisa e melhor entendimento dos dados levantados, optou-se pela divisão do estudo dos conceitos e abordagens em duas partes.

No primeiro capítulo, de natureza descritiva, são arrolados os enfoques recorrentes na doutrina acerca da judicialização, sem aprofundar os temas, o que será

feito somente no segundo capítulo. A intenção é dar clareza ao texto sem induzir, todavia, ao pensamento de que se trata de assuntos totalmente distintos.

Por esta razão também, alguns conceitos e análises instrumentais para a pesquisa são realizados no primeiro capítulo, como é o caso da descrição histórica do constitucionalismo, das definições de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, dentre outros.

No segundo capítulo, como já referido, de natureza analítica, apresentada a judicialização em seus variados enfoques, aprofundam-se alguns aspectos essenciais para compreensão do tema.

Para isto, diante dos aspectos convergentes identificados entre os conceitos e associações do primeiro capítulo, aqueles são reunidos em quatro categorias centrais de estudo: constitucionalismo, separação dos poderes, democracia e a aqui denominada dimensão externa da judicialização. Por esta razão também, este capítulo possui um número de páginas superior aos demais.

No terceiro capítulo, então, em face de tudo que fora estudado, propõe-se um conceito constitucional de judicialização por se entender que sob qualquer viés que se estude, a judicialização necessariamente está associada ao constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, o trabalho segue as normas da Pontifícia Universidade Católica para trabalhos científicos (RICHARDT; TETERYCZ, 2010) sempre que compatível com o regulamento de elaboração das dissertações de mestrado aprovado pelo colegiado do Programa de Pós Graduação em Direito da mesma Universidade.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUA PLURALIDADE DE ASSOCIAÇÕES: A NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DE UM FENÔMENO MULTIFACETADO

2.1 ORIGEM DO TERMO: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA SEGUNDO TATE E VALLINDER

A expressão 'judicialização da política' foi empregada, pela primeira vez, no seminário realizado na Itália em 1992, pelo Centro de Estudos sobre o Poder Judiciário de Bolonha¹, a partir da apresentação de *papers* com vasta gama de enfoques sobre a judicialização (VERÍSSIMO, 2006, p. 24). A publicação deste material ocorreu sob a organização de Torbjörn Vallinder, em 1994, por meio do artigo 'A judicialização da política: um fenômeno mundial', publicado na Revista Internacional de Ciência Política².

O termo judicialização acabou se difundindo, na sequência, especialmente a partir da obra '*The global expansion of judicial power*', de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, editada no ano de 1995 em continuação à publicação de Vallinder de 1994, onde segundo Loiane Verbicaro (2008, p.390), fora empregada para definir duas situações distintas: a apreciação pelo Poder Judiciário de ações judiciais envolvendo questões políticas e a adoção de procedimentos judiciais de decisão pelos Poderes Legislativo e Executivo.

No livro, os autores traçam as características de um fenômeno global de recrudescimento da interação entre Direito e Política (VERBICARO, 2008, p.390) após examinarem os contextos jurídicos e políticos dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Estados pós-comunistas, Filipinas e Namíbia.

Para Tate e Vallinder (citados por OLIVEIRA, 2005, p.562) o berço da judicialização se revela nos Estados Unidos, a partir da expansão do modelo americano de controle de constitucionalidade das leis, que redundou numa atuação política do Judiciário. Tal fenômeno, todavia, vem se alastrando para diversos outros países, "naquilo que os autores aclamaram como expansão global do Poder Judicial".

¹ Centro di Studi sull'Ordinamento Giudiziario di Bologna.

² No original: VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics - a world-wide phenomenon: introduction. **International Political Science Review**. Abr. 1994; vol. 15, n. 2, p. 91-99.

Deste modo, a expansão do Poder Judiciário estaria relacionada à queda do comunismo no leste europeu e o fim da União Soviética de forma que, na condição de única potência do planeta, os Estados Unidos difundiram seu funcionamento institucional (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006).

Este conjunto de fatores oportunizou que o controle de constitucionalidade norte-americano se tornasse um modelo de controle institucional, seguido principalmente pelas novas democracias

Em termos conceituais, para Tate e Vallinder (citados por OLIVEIRA; CARVALHO, 2006), a judicialização da política se caracteriza pela expansão da arena decisória judicial e/ou na adoção de mecanismos judiciais em arenas de deliberação política.

Esclarecem, todavia, que os julgamentos de ações que envolvam políticas governamentais já constituem, por si só, um processo judicialização da política. Não deixam de inserir no conceito, entretanto, a utilização de procedimentos jurídicos na ordenação do mundo político. Aqui, os demais poderes passam a utilizar os procedimentos judiciais em suas próprias esferas de atuação.

Explicação semelhante é apresentada por Ernani Carvalho (2004, p.121) para quem Tate e Vallinder (1995) explicam o fenômeno da judicialização da política sob duas formas:

A chamada judicialização interna (from without), definida como “a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político, tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais Poderes” (CARVALHO, 2004, p.121).

Aqui se inclui a judicialização sob o prisma da expansão dos tribunais por meio da jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, tendo como pano de fundo a constitucionalização de direitos.

A outra forma de judicialização identificada por (CARVALHO, 2004, p.121) é a chamada judicialização externa (from within) marcada pela “utilização do aparato judicial na administração pública onde os métodos e procedimentos judiciais são incorporados pelas instituições administrativas”.

Neste caso, como já referido, não se trata de expansão de um poder sobre as funções dos demais e sim da adoção dos procedimentos de outro poder no exercício de suas próprias funções³.

Este segundo contexto, mais difuso, de utilização do aparato judicial ou de procedimentos judiciais pelo Poder Executivo pode ser exemplificado, segundo Maciel e Koerner (2002, p. 114) com os de tribunais e juízes administrativos. Já no caso do Poder Legislativo o exemplo mais notório parte das Comissões Parlamentares de Inquérito⁴.

Tate e Vallinder (citados por MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114) entendem, ainda, 'judicialização da política' e 'politização da justiça'⁵ como expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, onde a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes.

Da obra de Tate e Vallinder (1995) é possível se obter, ainda, a distinção entre a forma de tomada de decisão nas esferas política e legislativa, dados importantes para questões que serão abordadas.

Assim, segundo Maciel e Koerner (2002, p.114) a atuação da magistratura se caracteriza pela presença de um juiz imparcial frente a duas partes (ou ainda, dois pólos) que atua por meio de audição aberta dos argumentos apresentados. Tais argumentos são analisados e culminam em sentenças de casos individuais. De regra, tais juízes apresentam a única solução correta.

No Legislativo, busca-se a solução política possível, por meio da discussão entre várias partes e setores da sociedade, mediante barganhas, lobby e compromissos a portas fechadas. Utiliza-se do princípio da maioria, regras gerais, leis e orçamentos que orientam a formulação de políticas públicas, alocando-se recursos econômicos e políticos (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Não por acaso, decisões que emanam de tão díspares procedimentos causam tamanha repercussão a partir do momento que são proferidas pelo Poder que

³ Relaciona-se aos juízes que passam a trabalhar no governo e, nas repartições públicas sob sua responsabilidade, adotam critérios da administração judiciária. Tal fato é observado na Suécia, por exemplo, mas não se coaduna no caso do Brasil, vez que aqui, de regra, o caminho é inverso: parte-se do Governo para os Tribunais (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006).

⁴ Oportuno registrar que no presente trabalho o recorte metodológico alcança somente a judicialização definida por Tate e Vallinder (1995) como interna, por ser a mais difundida e como tal, apresentar maior impacto na sociedade, reclamando, ainda, a análise do tema da constitucionalização.

⁵ O tema politização da justiça será revisitado no decorrer do trabalho, sob novas perspectivas.

não ‘nasceu’ para emaná-las. Decidir política com procedimento judicial é no mínimo anômalo e traz profundas transformações.

Estabelecida as bases para um conceito para a judicialização, Tate e Vallinder (citados por OLIVEIRA; CARVALHO, 2006) elencam as condições facilitadoras da judicialização e sua interação com os principais atores.

Tais condições serão trabalhadas no segundo capítulo, limitando-se neste momento a se estabelecer um rol, na mesma ordem apresentada por pelos autores americanos:

a) Democracia: caracteriza-se como condição inarredável, ainda que não suficiente, para o surgimento da judicialização. Sem a marca do processo democrático com a interação das regras de maioria e minoria não seria possível se pensar em expansão do Poder Judicial na seara política.

b) Separação de poderes: conforme formulação teórica de Montesquieu (2004) ao Poder Judiciário cabe a interpretação da lei e não sua criação. É a difundida condição de ‘juiz como a boca da lei’. Todavia, a dificuldade em se estabelecer os limites de onde termina a interpretação judicial e onde começa a gênese do processo legislativo é um tema em aberto na tese de Tate e Vallinder (1995), razão pela qual merece análise.

Do mesmo modo que a democracia, a separação dos poderes facilita a judicialização, mas não é condição necessária, muito menos suficiente, por si só, para o surgimento do fenômeno. Vez mais: é um cenário complexo e multifacetado.

c) Política de direitos: Outra condição essencial para o processo de judicialização da política é o reconhecimento formal de direitos políticos por uma Constituição. Note-se, todavia, que há casos onde a despeito de não se ter uma carta formal de direitos “a aceitação de que as minorias e os indivíduos têm direitos pode significar um ponto importante contra a supremacia da maioria, principalmente, quando estiver em jogo a interpretação dos juízes” (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006). Citam os autores, como exemplo, Israel.

d) Uso dos Tribunais pelos grupos de interesse: “A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais, que por sua vez estruturam o sistema político” (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006). Neste contexto, a utilização dos Tribunais, que exercem a jurisdição constitucional pelos grupos de interesse é condição que oportuniza a judicialização.

e) Uso dos Tribunais pela oposição: Do mesmo modo, os partidos políticos de oposição, não conseguindo ‘deter’ as alterações realizadas pela maioria, vêm nos

tribunais um meio de 'barrar', conter, até mesmo inviabilizar as alterações em curso que não conseguem superar no campo adequado, leia-se, no Legislativo (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006).

f) Inefetividade das instituições majoritárias: Esta condição pode se revelar de duas maneiras. A primeira quando a maioria não reconhece os direitos da minoria, que busca nas Cortes o reconhecimento explícito de seus direitos.

A segunda, quando o governo não tem capacidade de governar com a maioria do Parlamento e esta debilidade dos partidos políticos e das coalizões leva a crise de governabilidade até os tribunais (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006).

g) Da condição anterior, decorrem as chamadas 'percepções das instituições políticas': Caracterizam-se como uma espécie de crise aguda da ineficácia das instituições majoritárias, quando inexistente acordo que propicie a governabilidade na cúpula e insatisfação generalizada na base (OLIVEIRA; CARVALHO, 2006). É o "aperfeiçoamento" da condição anterior, marcada pelas insatisfações de toda ordem e de vários setores, não só do governo, onde o Poder Judiciário é chamado a interferir por gozar de prestígio e respeitabilidade que em momentos como o descrito, de regra, não fruem os políticos.

h) Instituições majoritárias que delegam: Determinadas questões possuem um custo político muito alto⁶, e por vezes não existe interesse direto da maioria dos políticos em decidi-las. Geralmente são casos ligados a direitos políticos e civis. Quando os 'tomadores de decisão eleitos' não decidem, em geral, estas decisões acabam no Judiciário, num movimento interpretado por Tate e Vallinder (citados por OLIVEIRA; CARVALHO, 2006) como um ato de delegação do Parlamento.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: TATE E VALLINDER NA DOUTRINA BRASILEIRA E OUTRAS NOMENCLATURAS DE JUDICIALIZAÇÃO

Diante da repercussão da obra de Tate e Vallinder em escala mundial, o debate sobre a judicialização da política foi trazido ao Brasil, sendo pioneiro nesta discussão no país, no ano de 1997, Marcus Faro de Castro com o artigo 'O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política'.

⁶ Como, por exemplo, no Brasil, os casos de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, adoção de crianças por casais homossexuais, fidelidade partidária, dentre outros.

Na sequência⁷, em 1999, publica-se o livro ‘A judicialização da política e das relações sociais’, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges.

Tais obras são referências no estudo da judicialização no país e serão oportunamente exploradas, especialmente no debate acerca do aumento das demandas judiciais.

O fato é que, adotando as ideias de Tate e Vallinder (1995) e a concepção de que a judicialização da política corresponderia, em linhas gerais a duas vertentes “distintas, mas interrelacionadas, de um mesmo movimento contemporâneo da expansão global do Poder Judiciário” (VERÍSSIMO, 2006, p. 24), expressivas segmento da doutrina⁸ tomou como base tal definição para, na sequência, discutir variados enfoques e abordagens da judicialização da política.

A judicialização da política também se encontra referida por outras opções terminológicas como juridicização (TOMAZ, 2008, p.105), (ASENSI, 2010, p.45) e juridificação (MONTEIRO, 2007) ou mesmo tão somente ‘judicialização’, de regra, tomados como sinônimos para representar a expansão do Poder Judiciário sobre a política⁹.

⁷ Registre-se, ainda, a publicação, em 1998, do artigo intitulado “Poder Judiciário na Constituinte de 1988, judicialização da política e politização da justiça” de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Trata-se de discurso que serviu de base ao Ciclo de Conferências sobre os dez anos da Constituição Federal brasileira. Tal discurso, em que pese o título, apenas menciona a judicialização, sem contribuir com relevo para o debate que se iniciava acerca do tema.

⁸ Dentre este expressivo segmento, tem-se que:

a) (ARAÚJO, 2004, p.2), (COUTO 2004, p.157), (ESTEVES, 2004, p.128), (GUERRA, 2009, p.4), (LEITÃO, 2005, p.1), (LEITÃO, 2008, p. 13). (MACIEL; KOERNER, 2002, p.114), (NUNES JÚNIOR, 2008, p.158-160), (OLIVEIRA, 2005, p.559), (OLIVEIRA, 2009, p.227), (POZZOBON, 2010, p.32), (VERBICARO, 2008, p.390-392) e (WERNECK VIANNA, 1996, p.269) são autores que adotam expressamente o conceito de Tate e Vallinder como ponto de partida para seus estudos.

b) (ASENSI, 2010, p.48), (CARVALHO; OLIVEIRA, 2006, p.6), (FERNANDES, 2010, p.87), (SANTOS, 2007, p. 276) (ROCHA, 2008, p.1), (PACHECO, 2008, p.79-80), (PONCIANO, 2009, p.93) (ROMERO, 2008, p.9), SILVA (2008, p.3328), SOARES, 2010, p.6), (VERBICARO; PAMPLONA, 2007, p.13) e VERÍSSIMO (2008, p.433) são autores que citam a obra ao estudarem judicialização.

c) Rodrigo Uprimny Yepes (2007, p. 54) em definição muito próxima a de Tate e Vallinder (1995), indica bibliografia para conceituações semelhantes, remetendo aos trabalhos de Pilar Domingo, em especial: DOMINGO, Pilar. *Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in México*. In SIEDLER, Rachel; SCHJOLDEN Line; ANGELL, Allan (ed.). **The judicialisation of politics in latin america**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.

⁹ Apenas para registro, tem-se que Asensi (2010, p.48) ao estudar a obra de Tate e Vallinder (1995, p.15) faz a seguinte distinção: “se, num contexto de *judicialização*, o Judiciário é chamado a *decidir* no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito; num contexto de *juridicização* predomina a ideia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente”.

Nesta pesquisa, até por questões de estilo e linguagem, os termos judicialização e judicialização da política também serão tomados como sinônimos, mas sempre em sentido de expansão do poder judicial sobre a arena política. Se houver o emprego da palavra judicialização em outro sentido (como o ingresso em massa de processos perante o Judiciário, v.g.) será feita a devida observação no texto.

Werneck Vianna *et. al* (1999, p.11)¹⁰, por sua vez, diferenciam judicialização da política de judicialização das relações sociais. A primeira seria “invasão do Direito no mundo contemporâneo em face dos poderes republicanos e da esfera política”. A segunda, “a regulação da sociabilidade e das práticas sociais inclusive daquelas tradicionalmente privadas e tidas como impermeáveis a intervenção do Estado”¹¹.

Noutra margem, a judicialização da política também pode ser analisada em face do ativismo judicial, que embora próximos, são fenômenos distintos¹². A primeira, “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, permitindo que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais”. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte¹³ (BARROSO, 2009, p.17).

O ativismo judicial, por sua vez, está relacionado à postura do intérprete, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” (BARROSO, 2009, p.17).

Em face do exposto, observa-se que a judicialização é um fenômeno multifacetado, que comporta abordagens diversas.

O emprego do termo se modifica conforme a associação que se faz dele, “manifestando-se diversamente de acordo com as peculiaridades históricas e culturais de cada sociedade, podendo o Judiciário assumir posicionamentos distintos e existir áreas mais judicializadas do que outras” (NUNES JUNIOR, 2008, p. 78).

Destarte, a análise do fenômeno da judicialização aqui proposta busca identificar algumas das principais associações que se faz ao tema, para ao final desenhar seu conceito constitucional.

Não se tratam de definições estanques, advirta-se. Os variados enfoques de judicialização permeiam-se em suas próprias fundamentações e seus interstícios de convergência, por vezes, confundem-se.

¹⁰ Do mesmo modo procede Gisele Araújo (2004, p. 2).

¹¹ Exemplos de judicialização das relações sociais podem ser encontrados nos seguintes artigos: CHRISPINO, Álvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Revista Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação**. Rio de Janeiro. v. 16. n. 58. p. 9-360. jan./mar. 2008.

SCHUCH, Patrice. A “judicialização do amor”: sentidos e paradoxos de uma justiça “engajada”. **Campos - revista de antropologia social**. Curitiba. v. 9. p. 9-28. 2008.

¹² “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância. Já o ativismo judicial é uma atitude, um modo proativo (BARROSO, 2009, p.6).

¹³ Poder constituinte neste estudo, de regra, adotado numa abordagem livre de conotações ideológicas, como ensina Riccardo Guastini (2007, p.23) ao se referir ao poder constituinte como a oposição a um poder constituído, apto a instaurar a ‘primeira’ ordem, a Constituição.

Assumindo-se então que a judicialização da política qualquer que seja o enfoque dado está intimamente ligada à expansão do Poder Judicial sobre questões políticas, neste momento passa-se a identificar os variados cenários onde está inserida a judicialização para, posteriormente, analisar em que medida interfere na organização dos poderes do Estado e no processo de deliberação democrática.

2.3 OS RECORRENTES CENÁRIOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.3.1 Judicialização e Constitucionalismo Contemporâneo

A judicialização da política encontra-se associada ao constitucionalismo contemporâneo¹⁴, entendido como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional.

Para tanto, impende delinear o *iter* percorrido entre o rompimento das amarras do poder absoluto do monarca até a nova concepção de constitucionalismo, como ferramenta necessária para compreender a judicialização.

Neste sentido, informa Canotilho (2010, p.47) que constitucionalismo é um movimento definido como uma teoria que exalta o princípio do governo limitado como requisito indispensável à garantia dos direitos e que estrutura a organização político-social de uma comunidade.

A própria expressão 'movimento definido como uma teoria' evidencia que o constitucionalismo pode ser associado, a partir de um enfoque histórico, a um movimento social e cultural que rompeu com o esquema tradicional de dominação política e sob o enfoque ideológico, como uma nova teoria que prega a limitação do poder e assegura direitos fundamentais.

Seja como movimento social ou como teoria (aqui entendidos como indissociáveis), o constitucionalismo pode ser dividido em antigo, moderno e contemporâneo¹⁵.

¹⁴ Adota-se, nesta pesquisa, a expressão 'constitucionalismo contemporâneo', sem prejuízo de tomá-la como sinônimo de neoconstitucionalismo, especialmente quando os autores aqui estudados o fizerem. Nesse sentido, interessante a observação de Suzanna Pozzolo (2006, p.77), pioneira no uso da expressão, para quem 'neoconstitucionalismo' é um termo bem apropriado para definir uma política constitucional que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser.

O constitucionalismo antigo guarda sua origem no fim da Idade Média estendendo-se até o século XVIII, tendo como marca principal a limitação do poder do monarca, por meio de princípios escritos ou costumeiros (CANOTILHO, 2010, p.48).

Caracteriza-se, basicamente, pela inexistência de uma codificação constitucional¹⁶, pela vinculação do Soberano e dos Tribunais a normas garantidoras de direitos fundamentais basicamente individuais, pela irresponsabilidade do Soberano em face ao desrespeito a essas normas¹⁷, não subordinação do Parlamento por nenhum instrumento formal e possibilidade, por meio de atos legislativos ordinários do Parlamento, de alteração do texto constitucional (MORAES, 2000, p.311).

Do aprimoramento destas características, o constitucionalismo antigo, cujo símbolo é a Magna Carta do Rei João Sem Terra de 1215, evolui para o constitucionalismo moderno.

A origem formal do constitucionalismo moderno, por sua vez, remonta a independência das treze colônias pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a conseqüente Independência Americana em julho de 1776 e às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos em 1787 e da França em 1791 (MORAES, 2000, p.312).

Percebe-se, então, que a partir de meados do século XVII na Inglaterra e no século XVIII nos Estados Unidos e França, um novo movimento de questionamento político, filosófico e jurídico acerca das formas de domínio político se instala.

Novamente é Canotilho (2010, p.51) quem ensina que o constitucionalismo moderno se constitui em “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” passando a conter um juízo de valor, uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

A ideia de liberdade já não se mostra suficiente, outros direitos são necessários. A superação do absolutismo permite buscar outras garantias, é preciso pleitear para além da liberdade, a igualdade.

A característica principal do constitucionalismo moderno é, então, fruir da “existência de um conjunto de regras sistematizado e codificado em um único documento, que estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e

¹⁵ A divisão entre constitucionalismo primitivo, antigo, medieval, moderno, contemporâneo e neoliberal não é objeto deste estudo. Para diferenciação vide FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

Para diferenças entre Constitucionalismo antigo e moderno, vide MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁶ Ou seja, um único documento denominado ‘Constituição’.

¹⁷ “A chamada eficácia zero do constitucionalismo” (MORAES, 2000, p. 311).

criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade” (MORAES, 2000, p.312).

Neste momento percebe-se a vinculação do Parlamento e a responsabilidade daqueles que estão no Poder, agora cobertos pelo manto da Constituição, que passa a ocupar um lugar privilegiado no ordenamento. Desloca-se de vez o poder supremo, do soberano para a Constituição.

Note-se, todavia, que a aproximação entre constitucionalismo e democracia - solo fértil para a judicialização – operou-se com a chamada reconstitucionalização da Europa, após a Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX.

Nasce uma nova forma de organização política, onde a Constituição teve seu lugar redefinido, aumentando definitivamente a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas (BARROSO, 2005a, p.235), definido como Estado Democrático Constitucional de Direito.

Tal conjunto se realiza a partir da decadência do positivismo jurídico, enfraquecido por conta das barbáries de guerra cometidas na Itália e na Alemanha, respectivamente, sob o manto da legalidade positivista (BARROSO, 2001, p. 40).

O positivismo, então, se vê incapaz de resistir a um novo movimento que se inicia e que modifica o que se entende por Constituição¹⁸.

Este conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da Segunda Guerra Mundial, ganhando força na década de 70, alia-se à jurisdição constitucional e à conseqüente formulação de novas bases teóricas do Direito para formar o que hoje se denomina constitucionalismo contemporâneo ou, como querem POZZOLO (2006) e CARBONELL (2007, p.10), neoconstitucionalismo, abrindo espaço para a judicialização da política¹⁹.

¹⁸ Para aprofundar o tema vide: ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

¹⁹ Cabe ponderar o uso da expressão “constitucionalismo contemporâneo” neste ponto, em especial por que se toma como ponto de partida a obra dos americanos Tate e Vallinder (1995). Nos EUA não se fala em constitucionalismo contemporâneo e, no entanto, lá também se verifica a judicialização. Especifica-se, então que, embora esta expressão não seja utilizada nos Estados Unidos, também lá se identifica uma teoria constitucional que agasalha os princípios de constitucionalismo contemporâneo. Esta teoria é nova nos países *civil law* e a explicação pode residir no fato de que o que para os países *Civil Law* seja definido como constitucionalismo contemporâneo, nos Estados Unidos se chame apenas constitucionalismo. Oportuna a lição de Barroso (2005b, p.14) neste momento: “O berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana - a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário”. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária datada de 1803. “Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea”.

Judicialização aqui é fenômeno que decorre de uma nova forma de se enxergar a Constituição.

2.3.2 Judicialização da política, controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional

A segunda associação possível de judicialização da política decorre, em termos, da primeira, e diz respeito à jurisdição constitucional.

A Constituição escrita, como já mencionado, é característica do Estado Moderno tendo se consolidado com a Revolução Francesa e a Independência Americana.

Não se tratam, todavia, de meras palavras reduzidas a termo para definir a quem cabe o poder e quais são os direitos oponíveis a este poder. Vai além. A Constituição escrita traz à luz um sistema que fora previamente concebido pela sociedade de modo a lhe trazer organização e estabilidade.

O fato de a Constituição ser um documento escrito não a livra, todavia, de conviver com lacunas. Para Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p.1003)²⁰ entretanto, de certo modo, “é essa ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional necessária ao amplo desenvolvimento do processo político”.

Nesta abertura, então, insere-se a jurisdição constitucional que, dentre as funções políticas do Estado é responsável por resolver os conflitos de natureza constitucional. É a função judicial que tutela a supremacia da Constituição.

Nas palavras de Dirley da Cunha Junior (2008, p.387-388) a jurisdição constitucional, pouco importando o órgão que a exerça, deve ser compreendida como

²⁰ Anote-se a observação de Arend Lijphart, ao tratar das Constituições e a soberania dos direitos da maioria em confronto com os da minoria, na obra ‘As democracias contemporâneas’: Há duas razões pelas quais a distinção entre constituições escritas e não escritas é irrelevante. Uma é que quase todas as constituições do mundo são escritas e as não escritas são relativamente raras [...]. Em segundo lugar, do ponto de vista do contraste fundamental entre os modelos majoritário e consensual de democracia, é mais relevante determinar se a constituição, escrita ou não, impõe restrições significativas à maioria do que perguntar se é escrita ou não. Se for um simples documento explicitamente denominado de lei suprema da nação, a maioria parlamentar pode sentir-se moralmente obrigada a respeitá-la mais do que se for uma mera coleção de leis e costumes mais ou menos amorfos, sem mesmo um claro acordo sobre aquilo que é exatamente parte da constituição não escrita e o que não é. Mas em termos de sua força formal vinculativa, geralmente apoiada pela autoridade moral, as constituições escritas e não escritas não podem diferir muito (LIJPHART, 1989, p.244-245). Ocorre que, para fins de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos é indispensável a presença Constituição escrita, rígida e suprema.

“uma função responsável pela remoção e solução dos conflitos de natureza constitucional, enquanto a jurisdição ordinária cuidaria de todos os demais conflitos”.

Por matéria de natureza constitucional entenda-se, então, aquela que tem por parâmetro imediato a defesa da Constituição e a concretização de direitos fundamentais.

Neste sentido, sendo a jurisdição constitucional a função judicial responsável pela defesa da Constituição não poderia deixar de abranger a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos e omissões do poder público.

O controle de constitucionalidade, portanto, está diretamente relacionado à jurisdição constitucional e neste ponto cabe delinear as nuances de distinção entre os temas, em que pese usados, inapropriadamente, como sinônimos.

O controle de constitucionalidade, pois, é o mais importante e destacado aspecto da jurisdição constitucional, que deve ser compreendido como uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público com uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados (CUNHA JUNIOR, 2008, p.389).

Em resumidas palavras: o controle de constitucionalidade é o ato de defesa da Constituição que vem à luz por meio da jurisdição constitucional, podendo ser difuso ou concentrado²¹.

No sistema de controle judicial concentrado somente o órgão de cúpula do Judiciário realiza o controle de constitucionalidade. No difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário podem fazê-lo.

Constitucionalidade, ao seu turno, é a relação que se estabelece entre uma Constituição e um comportamento, que lhe está conforme, cabe em seu sentido e com ela é compatível. Ou não. E neste caso, surge a inconstitucionalidade. “É uma relação de índole normativa”. É o cumprimento, ou não, de certa norma jurídica (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 5-6).

O controle de constitucionalidade exige então que, além de escrita, a Constituição seja rígida, onde o procedimento adotado para alteração de suas normas é complexo e formal, diferente do procedimento para alteração das normas infraconstitucionais.

²¹ Ou, ainda, “entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1009)

Ora, se o procedimento para alterar a Constituição fosse o mesmo adotado para alterar as leis ordinárias não haveria que se falar em controle de constitucionalidade sobre estas leis.

A adoção deste modelo de Constituição culmina na construção de um órgão de controle, capaz de preservar e proteger a normatividade constitucional (PEIXINHO, 2008, p. 4038). Um órgão apto a vigiar a constitucionalidade das leis, ou ainda, destinado a realizar o controle de constitucionalidade.

Quanto a este órgão de controle, sua conformação, composição e competência variam conforme as diferentes concepções filosóficas e experiências históricas de cada país.

No caso brasileiro especificamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui uma peculiar situação, decorrente da adoção das concepções aparentemente excludentes de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, que ensejou o surgimento de um modelo misto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1009).

Deste modo, o STF atua no exercício do controle difuso de constitucionalidade por meio de competência recursal e no exercício do controle concentrado através da competência originária, nos termos do Artigo 102 da Constituição Federal.

Ou seja, ora revisa em última instância questões constitucionais discutidas nos diversos processos, ora imbuí-se da condição de Tribunal Constitucional²².

No que concerne ao estudo da judicialização, merece registro que o controle abstrato de normas foi introduzido no ordenamento brasileiro em 1965, pela Emenda Constitucional 16, outorgando-se ao Procurador-Geral da República o poder de arguir a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais incompatíveis com a Constituição.

Mas é a Constituição de 1988 que amplia de maneira significativa o direito de propositura do controle abstrato, incorporando entre os entes legitimados diferentes órgãos constitucionais da União e dos Estados, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações sociais como as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional²³.

²² A questão converge para análise de temas como a súmula vinculante e repercussão geral. Os limites e objetivos desta pesquisa desautorizam, todavia, seu enfrentamento.

²³ Art. 103 da Constituição Federal. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

O fato é que a revisão das leis e atos estaduais e federais pelo Poder Judiciário constitui uma das mais profícuas faces da judicialização da política, eis que se trata da interferência direta de um Poder da República em outro.

E é justamente nesta seara da jurisdição constitucional, com a figura da interpretação constitucional, que se identifica a segunda abordagem possível de judicialização da política.

A judicialização, sob este prisma, se manifesta por meio da jurisdição constitucional.

2.3.3 Judicialização da política e a teoria da separação dos poderes

A judicialização já fora, até aqui, identificada sob dois enfoques.

Primeiro, enquanto fruto do constitucionalismo contemporâneo e da decorrente constitucionalização do Direito. Segundo, como estrada aberta ao Poder Judiciário para, por meio da jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, expandir sua atuação sobre o Poder político.

Em face das duas análises postas, inescapável o estudo da judicialização sob o vértice da separação dos poderes.

Ora, “autorizada” pela Constituição a “invasão” da Corte Constitucional sobre os domínios da política, onde restaria e que peso teria a harmonia preconizada pela teoria dos freios e contrapesos? A tentativa de resposta a esta indagação é a terceira abordagem da judicialização da política.

A teoria da tripartição de poderes embora aprimorada e ampliada por Montesquieu (2004) com a ideia dos pesos e contrapesos, foi iniciada por John Locke (2004)²⁴, que atribuiu aos poderes Legislativo e Executivo a responsabilidade de fixar e executar as leis, respectivamente e ao denominado poder Federativo – poder de guerra e paz - a responsabilidade para firmar ligas e promover alianças.

É Montesquieu (2004) no entanto, inspirado na teoria de John Locke, que passa a denominar os poderes como Legislativo, Executivo e Judicial, atribuindo-lhes

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁴ Sem prejuízo da análise das contribuições de Maquiavel (1996), que não constituem objeto deste trabalho.

o exercício a pessoas diversas, inculcando a noção de 'harmonia' entre os órgãos políticos.

Para Claudia Maria Barbosa (2006b, p.2), a construção teórica elaborada por Montesquieu parte de duas premissas até hoje incontestáveis. A primeira, de que o detentor do poder tende a dele abusar indo até onde encontra limites. A segunda, que na verdade é uma advertência, informa que para que não se possa abusar do poder é preciso que o poder freie o poder.

Todavia, a ideia básica de distribuir o exercício do poder político entre várias pessoas ou grupos, em vez de mantê-lo concentrado em um só indivíduo é consideravelmente antiga (BARCELLOS, 2008, p.241), sendo que as primeiras bases teóricas para a tripartição remontam à Antiguidade, com Aristóteles, vislumbrando três funções distintas do poder soberano.

Nesta concepção, entretanto, o soberano reunia em si, de modo absoluto, o poder de editar e aplicar as leis e julgar casos concretos.

O fato é que a moderna noção de separação dos poderes surge em um contexto histórico específico: "a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a formação dos Estados de Direito Constitucional" (BARCELLOS, 2008, p.242).

Deste modo, a intenção da tripartição dos poderes era clara e visava limitar o poder estatal, impedindo o exercício arbitrário e garantindo-se direitos individuais.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos (2008, p.16) "o propósito essencial da separação dos poderes era a própria limitação do poder, evitando seu abuso para, ao fim, proteger o indivíduo, suas liberdades e seus direitos".

Pela teoria da tripartição, então, cada um dos poderes possuía uma função típica, principal, para a qual foi criado e instituído: Legislativo criava leis, Executivo as implementava para gerenciar o Estado e o Judiciário julgava, aplicando as leis aos casos concretos.

De modo secundário, numa esfera de interpenetração entre os poderes, para manter a harmonia e equilíbrio do sistema, cada Poder exercia as funções dos demais de modo atípico, em situações específicas e predeterminadas, sendo que este sistema conferia independência e harmonia aos poderes.

O Estado brasileiro, a exemplo da maioria dos demais Estados, adotou este modelo erigindo a tripartição à categoria de cláusula pétrea constitucional, conforme se observa pelo art. 60, § 4, III²⁵.

²⁵ Artigo 60, § 4º da Constituição Federal: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes.

Ocorre que determinados acontecimentos – que serão oportunamente explorados - mudaram este cenário de equilíbrio e harmonia. Os Poderes, por razões diversas e em momentos distintos agigantaram-se, expandiram suas funções atípicas, ocupando espaço na esfera típica de outros Poderes. É este fenômeno que parte da doutrina designa como judicialização da política.

Assim sendo, é na seara da tripartição dos poderes que insta analisar se, e de que modo, a judicialização subverteu a tradicional teoria da separação dos poderes.

2.3.4 Judicialização da política e democracia

O estudo da judicialização da política não pode, por certo, se dissociar da análise do tema sob o prisma da democracia.

A defesa de um Estado democrático busca, principalmente, afastar a tendência humana ao autoritarismo enquanto que o Estado autoritário se caracteriza pela concentração no exercício do poder, dispensando o consenso dos governados e repudiando a separação das funções do poder e as garantias individuais (MORAES, 2000, p.43).

Democracia, assim, pode ser entendida, de modo simples, como “o regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por meio de eleições honestas e livres.

Note-se, todavia, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Por vezes, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores (BARROSO, 2005b, p.41) que alcançam também a proteção dos grupos vulneráveis.

Acerca da concepção majoritarista de democracia Ronald Dworkin (2005, p. 502) apresenta reflexões. Para o autor, democracia, “dizem todos”, significa governo exercido pelo povo. Não se trata de poder exercido por alguma família, um tirano ou mesmo uma classe social. Todavia, ‘governo exercido pelo povo’ pode ser interpretado de duas formas diametralmente opostas: majoritarista e coparticipativa.

Na concepção coparticipativa, de difícil sustentação para DWORKIN (2005, p.503), o governo exercido pelo ‘povo’ significa governo de todo o povo “agindo em

conjunto como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo do autogoverno”.

Na concepção majoritarista, por sua vez, o governo é exercido pelo maior número de pessoas e o ideal democrático “repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria ou pluralidade de opinião” (DWORKIN, 2005, p.502)²⁶.

Tal concepção afirma com veemência que a opinião da maioria só constará como sua vontade se os cidadãos tiveram a “oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos” (DWORKIN, 2005, p.502). Ou seja, quando as instituições permitem que a maioria escolha representantes cujas preferências políticas respeitem suas vontades.

Para Dworkin (2005, p.502), os cidadãos têm dois papéis principais em uma democracia madura, serem ao mesmo tempo ‘juízes’ e participantes das competições políticas. Como juízes expressam seus veredictos em eleições formais, plebiscitos ou outras formas de legislação direta. Como participantes, são candidatos e correligionários, cujos atos ajudam a dar forma à opinião pública a decidir os votos dos outros cidadãos (DWORKIN, 2005, p.502).

Neste sentido, a concepção majoritarista de democracia para DWORKIN (2005, p.503) “confere atenção exclusiva ao primeiro destes papéis”, insistindo, na medida do possível, que as “opiniões informadas e reflexivas do maior número de pessoas devem decidir quem será eleito para governar e o que o governo eleito fará”.

É justamente neste quadro de participação ativa dos cidadãos na eleição de seus governantes e legisladores que a judicialização surge em sua quarta abordagem. Aqui é estudada especialmente quanto a uma possível redefinição democrática que se opera face aos novos atores inseridos pela constitucionalização, e seus reflexos diante da expansão do papel do Poder Judiciário.

Sob este prisma analisa-se a judicialização decorrente da crise enfrentada pelo sistema representativo em face da “acentuada substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, onde o Parlamento deixa de ser o único ator nas decisões governamentais” (MORAES, 2000, p.50), fazendo-se acompanhar por outros grupos, seja de interesses ou também de pressão.

Assim sendo, ao sair do centro das atenções o Legislativo passa a atuar paralelamente com as associações gerais, as associações criadas especificamente

²⁶ Ronald Dworkin (2005, p.502) re-divide a concepção majoritarista em duas frentes: uma, populista, onde “o Estado é democrático até o ponto em que o governo aprova as leis ou procura exercer a política que tinha, na época. Ou seja, com a aprovação do maior número de cidadãos e outra versão mais sofisticada, entendida como a ideal nesta pesquisa, onde “as opiniões informadas e reflexivas do maior número de pessoas devem decidir quem será eleito para governar e o que o governo eleito fará”.

com finalidades políticas, os grupos institucionais, os grupos anônimos e a imprensa (MORAES, 2000, p.50). Novos atores são escalados a protagonizar o espetáculo da democracia.

A questão envolve perceber os reflexos originados pela pressão destes grupos de interesse, que conseguem assegurar direitos através do Poder Judiciário, pois enquanto grupos minoritários não conseguiriam aprová-los pelas regras da maioria.

O Poder Judiciário passa a funcionar, então, como uma esfera de proteção de interesses de minorias e grupos vulneráveis. A decisão de um Poder não eleito sobrepõe-se à vontade daqueles que foram votados pelo povo, evidenciando a chamada dificuldade contramajoritária²⁷ e a judicialização aqui é tida como responsável, um meio de redefinição da democracia.

2.3.5 Judicialização da política e legitimidade do Poder Judiciário

A judicialização já fora identificada no âmbito da separação dos poderes e das novas interações que a expansão do poder judicial provoca no âmbito da democracia. Cabe explorar outras frentes de um possível esvaziamento da esfera política em face da expansão do poder judicial.

Assim sendo, as linhas divisórias cada vez mais tênues entre os Poderes abrem caminho para outra discussão recorrente na doutrina, que envolve a legitimidade das decisões judiciais, especialmente aquelas de cunho social e de caráter contramajoritário, sobretudo nos países onde o Judiciário não possui mandato.

A questão que se levanta perquire se a revisão pelo Poder Judiciário dos atos dos demais Poderes, constituídos por representantes eleitos pela maioria também contribui para um esvaziamento da esfera política.

A judicialização aqui estudada envolve, ainda, identificar formas de se legitimar a atuação do Poder Judiciário no contexto de expansão sobre a política e tal discussão é feita em dois momentos.

Primeiro, levanta os argumentos que apontam para um déficit de legitimidade do Poder Judiciário. Na sequência, importa verificar se este déficit, em que pese sua

²⁷ “A expressão ‘dificuldade contramajoritária’ (the countermajoritarian difficulty) foi cunhada por Alexander Bickel, *The last dangerous branch*, 1986, cuja 1ª edição é de 1962 (BARROSO, 2005b, p.38)”.

relevância, se sustenta frente ao papel do Judiciário enquanto defensor da Constituição e concretizador de direitos fundamentais.

No Brasil especificamente, mantendo a tradição que remonta a primeira Constituição da República, de 1891, inspirada no constitucionalismo norte-americano, a Constituição de 1988 não estabelece mandato para os cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Também no caso brasileiro, portanto, a situação pode redundar em que um Poder não eleito pelo povo implemente, por meio da decisão judicial, políticas públicas que caberiam aos mandatários da soberania popular.

2.3.6 Judicialização da política, explosão de demandas e pesquisas empíricas

A judicialização é objeto de análise também no que concerne ao ingresso das ações em Juízo.

Nesta linha de estudo, a judicialização da política é estudada no contexto do aumento do número de ações judiciais e no Brasil envolve a chamada explosão de demanda decorrente da Constituição Federal de 1988.

Aqui surgem as pesquisas acerca do Poder Judiciário brasileiro, ora medindo em números sua atuação, ora buscando desvendar sua expansão política por meio da crítica de suas decisões.

Na seara do número expressivo de ações em andamento destacam-se pesquisas estatísticas como a levantada pelo relatório do 'Banco Mundial - Fazendo com a Justiça Conte' (AMB, 2004), realizado a partir de uma extensa análise apoiada em dados concretos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia Pública.

Ainda, o Diagnóstico do Poder Judiciário (MJ, 2004), levado a cabo pelo Ministério da Justiça onde, pela primeira vez no Brasil, se fez um estudo amplo de dados estatísticos levantadas, com vistas a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em especial quanto ao volume de processos e duração média de julgamento.

Destaca-se, ademais, a atuação do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fornecendo relatórios como o 'Justiça em números', que apresentam um panorama global da Justiça, sobretudo sobre o número de processos, por meio de dados disponibilizados pelos tribunais.

Todos estes relatórios comprovam por meio de dados aquilo que se conhece na prática, a sobrecarga de processos do Poder Judiciário brasileiro e o aumento progressivo das demandas.

Sob outro enfoque, mas dentro no contexto das demandas judiciais, a expansão do Poder Judiciário foi estudada sob o viés de sua atuação política²⁸. Assim, por meio de pesquisas empíricas desde o perfil dos juízes até o escrutínio das ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADINS), procurou-se descobrir como se comportam os juízes e seus colegiados neste contexto.

Marcos Faro de Castro (1997), a partir de um banco de dados com 1.240 ementas de um total 7.855 acórdãos publicados no primeiro semestre de 1994, analisou o desempenho institucional do STF buscando identificar o caráter da atuação do tribunal como órgão político, os tipos de conflitos que julga, e os interesses em jogo.

Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, expoentes no estudo do Poder Judiciário e na consequente análise da judicialização no país, possuem estudos de relevo na área do aumento das demandas e o papel do magistrado.

O estudo inicia com a obra *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira* (1997, p.5), que aprofunda de modo analítico os dados publicados na pesquisa intitulada *O perfil do Magistado Brasileiro* (1996), catálogo em que foram colhidas as respostas ao questionário enviado a todos os juízes do país.

A partir de 3.927 respostas, foi traçado um perfil demográfico e social do magistrado, a trajetória profissional, suas atitudes frente ao Direito, ao Poder Judiciário, à sociedade e ao sistema político.

No ano de 1999, Luiz Werneck Vianna et. al (1999) levam a público o resultado de outra pesquisa, iniciada em março de 1998, sobre Poder Judiciário e suas relações com a política e sociabilidade do país, por meio da obra 'A judicialização da política e das relações sociais no Brasil' (1999).

Nesta obra, estudam ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas entre 1988 e 1998, buscando avaliar o comportamento do Supremo Tribunal Federal (VIANNA et. al, 1999, p.17).

²⁸ Oportuno mencionar que a defesa da Constituição e o desempenho de papel político pelo STF não se restringe às ADINS. Tendo se revelado também de modo expressivo por meio das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como no caso da possibilidade de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos na ADPF 54.

Em 2007, no artigo intitulado “Dezessete anos de judicialização da política, Werneck Vianna, Marcelo Burgos e Paula Martins Salles (2007) revisitam o tema com base na análise de 3.648 ADINS, ajuizadas entre 1988 e 2005, analisando a expansão do poder judicial sobre os temas mais importantes da vida nacional.

Antônio Moreira Maués e Anelice Leitão (2004, p. 48) estudaram 33 acórdãos referentes a 29 ADINS, julgadas no período de 1988 a 2001, propostas por partidos políticos, de modo a identificar qual o papel das mesmas na defesa de Direitos.

O mesmo objetivo perseguiu a pesquisa que analisa a interferência do Poder Judiciário nas ações políticas do Poder Executivo de Fortaleza entre os anos de 2000 a 2004, realizada por Rômulo Guilherme Leitão (2005)²⁹.

Ante a tais pesquisas percebe-se que a judicialização sob este enfoque, ora é tida como obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente, ora se refere ao ingresso em massa em juízo, de determinada causa.

A análise da judicialização aqui busca verificar em específico, seja em quantidade seja em conteúdo, o papel do Judiciário nestas ações.

2.3.7 Judicialização da política e comportamento judicial

Para Ernani Carvalho (2004, p.116) o aumento da demanda oportuniza ao Poder Judiciário modificar o que foi decidido na arena política, mas só este ‘aumento de causas’ não define judicialização. Para o autor, é preciso analisar o comportamento judicial, sendo esta outra associação recorrente com a judicialização da política³⁰.

²⁹ Registre-se, ainda, o trabalho de Rogério Bastos Arantes (2002, p. 121) que estuda a reconstrução institucional do Ministério Público no país, desde o Código de Processo Civil de 1973 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, seu papel na judicialização da política e o ativismo de membros do Ministério Público. A obra circunscreve-se ao Ministério Público, razão pela qual seu estudo não é aprofundado nesta dissertação. Registra-se, todavia, um resultado que remete, necessariamente, reflexão: na pesquisa, “84% dos entrevistados (membros do Ministério Público) concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que, por isso as instituições da Justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la”.

³⁰ Ressalte-se que em outro estudo, buscando uma nova abordagem para a judicialização, Ernani de Carvalho (2006, p.161) defende que, por um viés político de observação, a revisão judicial aparece como instrumento de análise mais apropriado da judicialização da política, eis que uma revisão judicial pode alterar o processo decisório convencional.

Já em artigo recente (CARVALHO, 2010, p.203) o autor traz a judicialização sob outros enfoques, a partir de fatores que entende “como alterações institucionais que potencializam a participação do Poder Judiciário no processo decisório”, onde reconhece o Poder Executivo como “o verdadeiro arquiteto da política judiciária”.

De qualquer modo, no mesmo artigo, reforça a tese de que “a autonomia e a independência do Poder Judiciário conquistadas com a Constituição de 1988 seriam um importante vetor explicativo do processo

Assim, ao buscar definir a judicialização, entendendo o autor que as condições para seu surgimento estão bem definidas³¹, descreve duas formas de abordagem do comportamento judicial, que seriam o caminho para se alcançar uma melhor compreensão do tema.

A primeira, denominada 'modelo atitudinal' (CARVALHO, 2004, p.123) é baseada no modelo americano e marcada pela independência dos juízes da Suprema Corte inclusive para decidir em que ações darão sua contribuição jurisprudencial.

A segunda forma, chamada pelo autor de 'modelo estratégico' (CARVALHO, 2004, p.123) refere-se ao comportamento dos juízes que antecipam as reações da opinião pública e dos autores políticos nas suas decisões.

Tais modelos conduzem, portanto, a análise de três importantes temas na seara do comportamento do juiz, no contexto da judicialização: independência, ativismo e politização da justiça.

Assim sendo, na geometria da tripartição dos poderes, o juiz submete-se ao império da lei, restando tal submissão recompensada pela independência do magistrado perante os outros fatores do processo decisório (CAMPILONGO, 1994, p. 118).

Não significa, por certo, juízes livres para decidir de acordo com suas predileções pessoais, seus valores políticos, morais e filosóficos (BARBOSA, 2006b, p.6). Independência não é irresponsabilidade.

É uma conquista da sociedade e sob seu manto não podem ser esconder relações imperfeitas entre o direito e a política, tampouco atuações obscuras de alguns de seus membros.

Ademais, diretamente relacionado à independência estão o ativismo judicial e a politização da justiça que também possuem acepções diversas na doutrina.

de judicialização" (CARVALHO, 2010, p. 203), sem deixar de alertar, todavia, que o tema continua a merecer estudos ainda mais aprofundados.

Ainda: a expressão "revisão judicial" utilizada pelo autor encontra melhor tradução em controle de constitucionalidade quando se refere ao *judicial review*.

³¹ As causas são aquelas já elencadas ao se abordar o estudo de Tate e Vallinder (1995): democracia, separação dos poderes, direitos políticos, uso dos tribunais pelos grupos de interesse e uso dos tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias.

Ainda, Luis Roberto Barroso (2006, p.294), no caso brasileiro, em específico, apresenta as seguintes causas: ascensão do Poder Judiciário por meio da Constituição de 1988, aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira, ampliação da jurisdição constitucional no Brasil e previsão de direitos fundamentais.

2.3.8 Judicialização da política e a ampliação da cidadania

A judicialização da política é avaliada, ainda, sob o prisma da cidadania.

Tal abordagem pode ser extraída das palavras de José Ribas Vieira (1995, p.116), ao analisar a relação entre Poder Judiciário brasileiro e a sociedade.

Explica o autor que “da contradição formal detectada por intelectuais críticos do sistema de ordem liberal do século XIX à crise do Judiciário tem-se um longo processo que – para efeito de simplificação – poderá ser denominado de ampliação da cidadania” (VIEIRA, 1995, p.116).

Esta ampliação seria resultado da pressão exercida por classes outrora excluídas da proteção do Estado, ou mais precisamente, excluídas da participação política.

No caso brasileiro tais classes, como os movimentos sociais, por exemplo, passaram a lutar pela previsão legal expressa de direitos e mais, por garantias efetivas de proteção destes direitos. Leia-se: acesso ao Poder Judiciário.

Nas palavras de Vieira (1995, p.116) os traços básicos deste processo de ampliação se constituem por uma crescente pressão dos “segmentos subalternos da sociedade moderna no sentido de terem alguns direitos sociais e econômicos contemplados formalmente na lei, com as garantias efetivas de acionamento do aparelho Judiciário”.

É deste modo que, por meio de um longo processo histórico e social, de lutas e pressões, tendo como piso a democracia, que a cidadania se amplia. Das conquistas das classes mais baixas, também como decorrência da constitucionalização de direitos, que surgem novos atores e novos direitos.

Inaugura-se, então, uma nova cidadania, inspirada por este movimento de constitucionalização dos direitos, “a cidadania pela via judiciária” (GUERRA, 2009, p.14).

Aqui novamente não se pode limitar a ideia de democracia ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Outros princípios devem ser preservados e os direitos da minoria respeitados. Há que se diferenciar ‘cidadão’ de ‘eleitor’ e muitas vezes só restará o Judiciário para preservar os valores nos quais se inspira a lógica democrática (BARROSO, 2009, p.3-4).

Nesta linha de raciocínio, o poder judicial se expande a partir da ampliação do conceito de cidadania e da própria democracia, deixando-se de lado a visão restrita ao

voto majoritário, mas considerando-se também o “respeito às minorias contra as decisões arbitrárias da maioria” (GUERRA, 2009 p.11) especialmente no campo dos direitos sociais.

No mesmo sentido discorre Gisele Araújo (2004, p.12), para quem a judicialização da política representa uma cidadania jurídica onde a participação popular através do direito também se expande.

Note-se, de outro lado, que também o conceito de cidadania pode variar, conforme o enfoque que lhe é dado. Em termos jurídicos, contudo, entende-se que para qualquer lado que se olhe, é possível relacioná-la à judicialização.

Explica-se. A cidadania, na ordem jurídica brasileira, elevada à condição de fundamento da República, alcança o *status* de princípio explicativo da ordem jurídico-constitucional brasileira. Como tal, é vetor de interpretação para a fixação do conteúdo e alcance das normas que compõem todo o ordenamento jurídico nacional (CARLOS SOBRINHO, 2005, p. 68).

Ampliando-se o catálogo de possibilidades interpretativas do Direito, então, abre-se espaço para a judicialização, seja da política ou das relações sociais.

De outro lado, cidadania pode significar a “competência do ente humano para ser sujeito de direitos, em plenas condições de atuar em sociedade, além de ser capaz de participar e influir nos destinos da sociedade”, pressupondo a garantia e efetividade de direitos civis, políticos e sociais (CARLOS SOBRINHO, 2005, p. 68).

O aspecto jurídico sob este prisma se consubstancia na existência de um direito de cidadania “que consiste no atributo pessoal, na faculdade e, sobretudo, na capacidade de participar e influir nos atos de Poder, fundado no regime jurídico de participação instituído pela Constituição Federal de 1988” (CARLOS SOBRINHO, 2005, p. 68).

Enquanto direito fundamental de quarta dimensão³², portanto, a cidadania também se relaciona com a judicialização, eis que, quanto mais informado e participante do jogo político, mais o cidadão buscará seus direitos, entregando ao Poder Judiciário, inerte por natureza, a força motriz para sua expansão.

³² Para Paulo Bonavides (2008, p. 562-579), as gerações de direitos seriam cinco e assim se apresentam: a) Os direitos da primeira geração, tidos como direitos da liberdade, sendo os primeiros a constarem do ordenamento normativo constitucional: direitos civis e políticos; b) Os direitos da segunda geração: sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades; c) Os direitos da terceira geração, ou da fraternidade: o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação; d) Os direitos da quarta geração: direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo e, por fim; e) Direito de quinta geração: a paz, que perpassa o Direito em todas as suas dimensões, pois da dignidade jurídica da paz derivam os foros da cidadania.

2.3.9 Judicialização e a convergência *Common Law/Civil Law*

O modelo ocidental de Direito é formado por dois grandes sistemas, denominados *Civil Law* e *Common Law*³³.

No sistema *Common Law* o juiz atua criando o direito tendo, portanto, responsabilidade política. Aqui, o direito é construído ou aperfeiçoado pelos juízes, a partir de normas gerais, existindo a figura dos precedentes.

Segundo Cláudia Maria Barbosa (2006b, p.12) no sistema *Common Law* o precedente serve como elemento integrador e unificador que na ausência ou insuficiência da lei, representa a certeza e a segurança do direito. O sistema é assumido como incompleto e por isto a doutrina do *stare decisis* lhe é primordial. O papel do juiz é analisar os fatos, encontrar os precedentes cabíveis e aplicá-lo, construindo o Direito.

No sistema *Civil Law* revela-se a soberania do Parlamento e a prestação jurisdicional é vista como um ato de subsunção, de conhecimento da norma e não de construção da mesma. Trabalha-se com um modelo codificado, coerente e completo, que confere segurança jurídica.

A diferença básica entre os sistemas, no que pertine ao Poder Judiciário é que no *Common Law* o juiz tem a figura de um construtor da lei, ao passo que no *Civil Law* se apresenta como aplicador da lei.

A interpretação na família *Common Law* é um ato de vontade e na *Civil Law* como já mencionado, um ato de conhecimento. No ato de vontade, o juiz subjetivamente constrói a resposta e o Direito praticamente não responde nada. A intenção do juiz responde. No ato de conhecimento, o Direito já possui a resposta certa, bastando que um juiz a busque para o caso concreto que se lhe apresenta.

Num sistema *Civil Law*, portanto, o juiz é idealmente um aplicador da lei e quando a subsunção do fato à norma depender da mediação do juiz, este deve interpretá-la, a fim de formar sua convicção. “Na impossibilidade de solucionar adequadamente a lide interpretando a lei, deve integrá-la” (BARBOSA, 2006b, p.11).

Ainda, a variação do modelo *Civil Law* que admite a soberania constitucional apresenta o controle de constitucionalidade, exercido por um órgão encarregado de

³³ O sistema *civil law* também é designado Direito Continental ou romano-germânico.

fazer a compatibilização da lei com a Constituição que pode ter natureza diversa, de cunho político, jurídico ou misto.

Assim sendo, nos países anglo-saxões, em razão da estruturação do sistema jurídico da *Common Law*, o ativismo judicial e a judicialização da política constituem prática corrente e tradicional (FARIA, 2004).

O Judiciário, por meio dos precedentes, carrega um considerável poder de criação do Direito, como guardião dos direitos fundamentais e como “ator consciente das implicações ético-morais de suas funções profissionais e, acima de tudo, sensível ao seu meio ambiente, onde encontra as bases históricas para definir e fundamentar seus critérios de interpretação e justiça” (FARIA, 2004).

Nos países da *Civil Law*, por sua vez, cujo sistema jurídico tem origem no direito romano-germânico (América Latina e Europa Continental), o papel atribuído ao Judiciário sempre foi mais restrito, “marcado por uma tendência à autorrestrição dos juízes, por um mecanicismo interpretativo e por uma concepção formalista da ciência jurídica” (FARIA, 2004).

Para Faria (2004) na *Civil Law* exige-se um juiz funcionário (burocrata estatal) para exercer “um mecânico processo de aplicação de normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos, a fim de garantir a certeza nas relações jurídicas”.

Uma diferença importante entre *Civil Law* e *Common Law* para Cappelletti (1999, p.121-123) reside na falta do vínculo aos precedentes judiciais nos países *Civil Law*, que tendem a identificar o direito com a lei, cujas lacunas serão supridas pela própria lei, via analogia ou princípios. Já na tradição *Common Law*, em caso de lacunas sempre há “para além da lei, o ‘common law’, ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juízes, que disciplinará as relações jurídicas das partes (não disciplinadas pela lei”).

Claudia Maria Barbosa (2006b, p.3) ressalta que a própria teoria da separação de poderes também foi recepcionada de maneira diversa nos países de *Common Law* e de *Civil Law*, mas em qualquer dos sistemas, ligada à preocupação central de garantir os direitos individuais frente aos abusos do Poder do Estado.

Na Inglaterra instaurou-se o princípio da supremacia parlamentar enquanto que nos Estados Unidos, os juízes, desde o início de sua formação histórica, atuavam como árbitros. Na França, restringiu-se a função dos juízes a mera ‘boca da lei’³⁴ (BARBOSA, 2006b)³⁵.

³⁴ Montesquieu (2004).

³⁵ Isto se justifica por que na Inglaterra, historicamente o Parlamento (Poder Legislativo) atuou em defesa da liberdade dos ingleses contra a opressão do poder real, nos Estados Unidos, a função de árbitro

Tratam-se, portanto, de modelos díspares de Direito, com origem e atuação diversas. A expansão do Poder Judicial, todavia, terminou por aproximar as duas famílias de Direito, num movimento denominado convergência *Common Law Civil Law*, constituindo em outra face da judicialização.

2.3.10 A dimensão externa da judicialização

Por derradeiro, neste rol dos principais enfoques interessante sua associação com a aqui denominada dimensão externa da judicialização. Esta se revela, no mínimo, de três formas: a interação entre expansão do poder judicial e responsabilidade internacional, o novo elemento de freios e contrapesos inserido com a criação das Cortes Internacionais e, por fim, a interação do Poder Judiciário em expansão com a política externa do Estado.

As duas primeiras interações do Poder Judiciário em uma dimensão internacional são frutos da nova conformação da sociedade, hoje complexa, globalizada³⁶, com intensa circulação de pessoas, mercadorias e serviços entre os Estados, que terminaram por relativizar um conceito que por muito tempo foi tido como absoluto: a soberania³⁷.

A relativização da soberania abriu espaço a novas interações entre os Estados que passaram a tentar resolver juntos problemas comuns e a disciplinar as novas relações sociais que surgiam.

Questões internas que se regiam por categórica autodeterminação hoje convivem com governos cujos países passaram a constituir blocos, associações, comunidades e organizações internacionais, com vistas a tentar disciplinar esta nova condição.

A motivação para tal proceder se apresenta nas palavras de Luigi Ferrajoli (2007, p.72) para quem “a soberania estatal vem sendo juridicamente limitada pela sujeição dos Estados ao imperativo da paz e à garantia dos direitos humanos estabelecidos nas Convenções internacionais”.

alcançava inicialmente os conflitos entre as colônias e a metrópole, e depois os conflitos entre os novos estados federados e a própria federação, função que acabou desaguando na noção de controle de constitucionalidade ainda vigente”. Já na França, os juízes estavam associados historicamente aos privilégios da nobreza (BARBOSA, 2006).

³⁶ Acerca da questão constitucionalismo e globalização vide Gerardo Pisarello (2007, p. 159-184).

³⁷ Para aprofundar o tema sobre soberania nacional e sua compatibilização com uma ordem global justa vide Peter Koller (2003, p.322-334).

E como não poderia deixar de ser, atrelada a novas relações sociais nasce uma nova conformação jurídica outrora sequer concebida e tida como inviável: o direito transnacional.

Para dar conta então, da aplicação deste Direito transfronteiriço, Cortes e Tribunais da mesma natureza são criados e instalados com jurisdição sobre os Estados.

É neste novo paradigma de jurisdição, então, que se estuda a questão da dimensão externa da judicialização da política, sob as já arroladas três formas de interação.

A primeira questão envolve a atuação do Poder Judiciário que, tal quais os demais Poderes, pode cometer ato ilícito internacional e desta forma atrair para o Estado a responsabilidade internacional.

Aqui, a atividade jurisdicional interna gera responsabilidade para o Estado em âmbito supranacional perante órgãos internacionais dos quais o país faça parte.

Se em condições de equilíbrio entre os Poderes este fato já possui relevo, em situação de expansão do poder judicial abre-se um novo leque de possibilidades, que merece reflexão.

A segunda forma de judicialização em sua dimensão internacional seria a “adição ao sistema constitucional de pesos e contrapesos de instâncias externas capazes de oferecer soluções para impasses institucionais” (COUTO, 2004, p. 148-154) ou ainda, Cortes judiciais supranacionais que poderiam também influenciar no jogo político interno do Estado.

A terceira forma de interação, ainda que não diretamente relacionada às Cortes judiciais, também implica numa dimensão externa da judicialização. Manifesta-se, então, conforme Estevão Ferreira Couto (2004, p.148-154), quando o Judiciário atua como um “poder capaz de estabelecer parâmetros para a política externa” por meio da interpretação no controle de constitucionalidade, impondo ao Executivo determinada conduta e conduzindo de maneira tangencial a ação externa do Estado.

3 DA MULTIPLICIDADE DE ENFOQUES À CONVERGÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE ESTUDO DE CATEGORIAS CENTRAIS DE JUDICIALIZAÇÃO

Da leitura do primeiro capítulo deflui a constatação de que o fenômeno da judicialização da política é multifacetado e enfrentado pela doutrina a partir de abordagens diversas.

A revisão de literatura permitiu destacar dez cenários recorrentes na análise da judicialização e seus principais aspectos.

Nota-se, todavia que, em que pese tão difusos contextos de judicialização, seus enfoques podem ser reunidos em quatro categorias centrais, intimamente relacionadas, cujas interferências convergem entre si e, por vezes, resultam em conclusões semelhantes.

Tais categorias são: constitucionalismo contemporâneo, separação dos poderes, democracia e a aqui denominada dimensão externa da judicialização.

No presente capítulo as diferentes abordagens serão reunidas por suas semelhanças, como base para um conceito constitucional de judicialização.

Assim, ao tratar do constitucionalismo contemporâneo enquanto movimento que propiciou a judicialização, há que se abordar a questão da ligação entre Direito e Moral, com a chamada leitura moral da constituição e da normatividade dos princípios constitucionais, situações que permitem uma ampla intervenção do juiz. Tais assuntos permitem agregar a esta categoria de judicialização a análise da jurisdição constitucional, a questão do aumento expressivo das demandas e a chamada convergência *Common Law/Civil Law*.

Na abordagem da separação dos poderes estuda-se a reconfiguração das funções dos poderes, em face da interpenetração verificada entre os mesmos. Destarte, inescapável abordar questões como legitimidade do Poder Judiciário, a celeuma delegação/usurpação de poderes e o comportamento do juiz neste cenário de readequação dos poderes.

Acerca da democracia e a judicialização enquanto fenômeno que realinha o compromisso e a interação social, insta analisar o tema da redefinição democrática frente aos grupos de interesse e pressão, a atuação do Poder Judiciário na defesa de interesses contramajoritário e o papel da Constituição neste novo quadro que se desenha. Necessariamente, o enfoque da ampliação da cidadania se encontra aqui.

Por fim, na análise da dimensão externa da judicialização o estudo converge para a expansão do Poder Judiciário sobre os poderes políticos diante do novo quadro mundial da noção de Estado, com fronteiras econômicas reduzidas e especialmente de soberania relativizada, que terminaram por trazer a noção de supranacionalidade, inclusive do Poder Judiciário.

3.1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A AMPLIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DE UMA NOVA TEORIA CONSTITUCIONAL

3.1.1 Força normativa da Constituição, normatividade de princípios e leitura moral da Constituição

A judicialização enfrentada sob o enfoque do constitucionalismo contemporâneo implica discutir novos aspectos da teoria constitucional, as normas principiológicas e a leitura moral da Constituição, que vão servir de base à construção de um conceito constitucional de judicialização.

Isto ocorre por que um hoje identificado renascer do Direito Constitucional congrega textos constitucionais surgidos no pós-guerra, dotados de altos níveis de valores morais. Reúne, ainda, a descoberta do controle de constitucionalidade das leis e o desenvolvimento de novas bases teóricas que permitiram não só interpretar o Direito, mas também criá-lo (CARBONELL, 2007, p.10-11).

Admitindo-se, então, que o fenômeno da judicialização da política encontra sua morada no constitucionalismo contemporâneo, insta desvendar as principais influências deste movimento sobre a judicialização.

Para tanto, de início, busca-se na teoria constitucional o significado de Constituição³⁸, adotando-se a tese de que esta representa um compromisso de valores, atuante não apenas como a Lei Fundamental do Estado, mas, sobretudo, como instrumento maior de construção da sociedade do porvir (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.14).

³⁸ Sem adentrar nas minúcias que envolvem as tentativas de se conceituar Constituição, eis que não constitui objeto desta dissertação.

O conceito de Constituição é histórico-evolutivo e em seu sentido moderno associa sua força normativa a um conteúdo axiológico, de modo que pode ser entendida como a lei fundamental que estabelece valores mínimos e as bases estruturais do Estado, para, por meio de seus Poderes, viabilizar os termos da “convivência democrática, pluralista e socialmente justa em direção ao desenvolvimento das aspirações individuais, coletivas e nacionais, e a consecução do bem comum (MUTA, 2007, p.4).

Este conjunto de valores aptos a balizar a convivência democrática em sociedade ganhou força ao ver atribuída às suas normas a carga normativa, onde a Constituição oportuniza o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, dando origem à constitucionalização³⁹ do Direito.

Tal constitucionalização resulta “na aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, na inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, na interpretação das normas constitucionais conforme a Constituição” (BARROSO, 2005a, p.288).

A Constituição, então, deixa de ser “apenas” um conjunto de regras que organiza os Poderes, estabelece forma de governo e garante direitos fundamentais.

Nas palavras de Konrad Hesse (1991, p.15) a Constituição deixa de ser o “simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” e em face de sua pretensão de eficácia, passa a imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

É, pois, em oposição aos já referidos horrores da Segunda Guerra, que se conhece o desenvolvimento de um novo discurso a respeito da Constituição: o normativo, onde as normas constitucionais passam a ser consideradas normas jurídicas e, como tal, dirige-se a toda a sociedade, em especial ao Poder Judiciário (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 63).

Para Hesse (1991, p.15), a norma constitucional não existe de modo autônomo da realidade e sua essência está no fato de que a Constituição pretende ver concretizadas as conjunturas que regula.

³⁹ A constitucionalização do Direito não significa propriamente que no texto constitucional existem normas que materialmente pertenceriam a outros ramos. Isto não é relevante. Traduz-se, isto sim, o efeito expansivo das normas constitucionais, cujos princípios e regras se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. “Não é a vinda do direito infraconstitucional para a Constituição, mas a ida do Direito Constitucional à legislação infraconstitucional” (BARROSO, 2006, p.292).

Em outras palavras: “somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas circunstâncias, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se (HESSE, 1991, p.17).

Ou seja, Constituição é norma jurídica, imperativa, existe para ser realizada e está ao alcance de todos os jurisdicionados.

Na senda da força normativa da Constituição, trafega a nova interpretação, como estrada aberta para a judicialização.

A interpretação, por sua vez, consolida e preserva a força normativa da Constituição numa perspectiva pós-positivista do Direito, superando-se a ideia de mera subsunção que poderá dar abrigo inclusive a uma nova teoria do direito constitucional, conforme ensina Amélia Rossi (2011).

No mesmo contexto de indignação pós-guerra, em reação ao nazismo e ao fascismo, insere-se a normatividade dos princípios, face à ascensão da dignidade da pessoa humana no plano interno e internacional como valor máximo dos ordenamentos jurídicos (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.62).

A dignidade passa a ostentar a condição de vetor orientador da atuação estatal e de organismos internacionais, num movimento generalizado de proteção deste valor.

Destarte, da força normativa reconhecida à Constituição, com sua consequente interpretação a partir de regras e princípios, ocorre um efeito “expansivo das normas constitucionais e seu conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico” e que repercute sobre a atuação dos três Poderes e nas suas relações com os particulares (BARROSO, 2005a, p.248), importando, sobretudo, na constitucionalização do Direito.

Os princípios são conduzidos ao centro do sistema jurídico, superando a ideia de sua dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade imediata (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.56). Passam a valer como normas jurídicas.

A Constituição então se reveste do *status* de sistema aberto de princípios e regras, disponível a incorporar valores jurídicos externos à pura lei, pautados nos ideais de justiça e realização dos direitos fundamentais.

Na lição de Vale e Mendes (2009, p. 77) a Constituição não é [mais] uma norma fechada, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução e à utopia.

No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica de ‘um ou outro’ e sim de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades.

No Brasil não é diferente. O direito constitucional aflora com a convocação, elaboração e promulgação da Assembléia Nacional Constituinte, que fez nascer a Constituição Cidadã⁴⁰, onde o país é apresentado ao Estado Democrático Constitucional de Direito.

Para Barroso (2005a, p.280) com a criação, na Constituição de 1988, de novos direitos, novas ações e a ampliação da legitimação ativa para tutela de interesses, “os juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo”, redundando na “virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário.

Neste movimento de expansão das normas constitucionais, a força da Constituição só faz avançar e a constitucionalização que dela decorre espalha valores constitucionais por todo o sistema jurídico.

Isto se manifesta de maneira difusa pelos diferentes ramos do Direito - do direito civil ao penal, passando inclusive pelo processual - ainda que com grau variado de intensidade (BARROSO, 2005a, p. 278-280). O infraconstitucional vai conhecer então, a força da Constituição.

Elege-se, a título de reforço da tese aqui esposada, a interessante visão que se levanta na área do processo civil brasileiro para ilustrar a situação.

Neste rumo, Eduardo Cambi (2009, p.210) ao abordar o direito fundamental à tutela jurisdicional⁴¹, analisa judicialização da política. Para o autor, “a Constituição é o estatuto jurídico do político podendo-se afirmar que Direito Constitucional é Direito Político”.

A carta constitucional, então, estabelecendo as funções do Direito e atuando como mecanismo de interpretação entre os dois sistemas sociais autônomos, oferta “soluções jurídicas para os problemas políticos e soluções políticas para os problemas jurídicos” aumentando a capacidade de aprendizagem e de influências entre os mesmos (CAMBI, 2009, p.210).

⁴⁰ Expressão empregada pelo presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, referindo-se à ampla participação do povo, em sua elaboração, por meio de seus representantes e por se voltar à plena relação da cidadania. (SILVA, 2006, p. 90).

Os termos exatos do pronunciamento de Ulisses Guimarães assim como uma cuidadosa descrição daquele momento e contexto histórico podem ser colhidos em FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 95-103

⁴¹ Insculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que dispõe que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Para o autor, há uma relação de complementaridade entre o Direito Constitucional e a política. E mais, o Direito Constitucional judicializou a política, pois a política “representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passou a ser tema de direito público”.

É neste cenário, portanto, de novos direitos e novos atores, que surge a judicialização associada ao constitucionalismo.

Com efeito, segundo Cunha Junior (2008, p.9) até a Segunda Guerra Mundial a teoria jurídica vivia sob a influência do Estado Legislativo de Direito, onde a Lei e o princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação. “Uma norma jurídica era válida não por ser justa e sim, exclusivamente, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa”, situação que começa a mudar no constitucionalismo contemporâneo.

A passagem pelas Guerras faz nascer uma concepção de leitura moral da Constituição. Na concepção de Ronald Dworkin (2006) moralidade política se insere no âmago do Direito constitucional, propugnando que se faça a Leitura moral do texto constitucional.

Deste modo, a “leitura moral da Constituição resultante de uma interpretação construtiva dos valores do regime democrático termina por realizar a conexão do discurso jurídico ao discurso moral” (ROSSI, 2011, p.171).

Destarte, a leitura moral difere da leitura das demais normas jurídicas por que esta se fundamenta sobre direitos fundamentais, devendo ser inspirada por valores de igualdade, liberdade e solidariedade.

Todavia, essa leitura deve se apoiar numa melhor compreensão da Democracia, desvinculada da “premissa majoritária”. Ou seja, a leitura moral permite compreender melhor a dimensão de igualdade, liberdade e solidariedade, cabendo ao Judiciário ler estes princípios, não conforme seus princípios morais e sim conforme as convicções da Constituição.

No entanto, princípios morais, tendem à abstração podendo dificultar o trabalho do juiz. O neoconstitucionalismo, então, traz a discussão sobre algumas técnicas utilizadas na interpretação de princípios, que podem ajudar o intérprete na busca de uma solução mais justa exigida por um caso concreto, cuja descrição não cabe nos limites desta dissertação analisar.

3.1.2 O papel da Jurisdição constitucional

Em atenção ao objetivo específico de reunir os pontos de convergência dos enfoques de judicialização já alinhados, tem-se que no aludido cenário de redefinição do papel da Constituição e de nova interpretação constitucional se insere a temática do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional.

Assim, Anderson Orestes Lobato (2001, p.48) associa a judicialização da política ao controle de constitucionalidade e a uma evolução natural do Estado de Direito que se democratiza.

Define judicialização como fenômeno “pelo qual o Poder Judiciário assume a tarefa de árbitro do debate democrático, através do controle de constitucionalidade das leis e das ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais” (Lobato, 2001, p. 418) analisando com propriedade a relação entre jurisdição constitucional e democracia como combustível de realização da ideia de Direito.

Para o autor a decisão judicial, protegida pela fundamentação jurídica e abrigada pelas garantias institucionais e pessoais do julgador⁴² contribui sensivelmente para o fortalecimento das instituições democráticas.

E é dentro deste papel judicial que está o exercício do controle de constitucionalidade, definido como ato de defesa da Constituição que vem à luz por meio da jurisdição constitucional, recrudescendo o conflito Direito e política, em face da interferência do magistrado.

Política e Direito são temas intimamente relacionados, cujo ponto de contato é a percepção do fenômeno do poder, onde a Constituição transforma o poder constituinte em poder constituído. Ou ainda, conforme Barroso (2005b, p.12) transforma “Política em Direito”, dando à jurisdição constitucional uma inexorável dimensão política, sem deixar de constituir uma tarefa jurídica⁴³.

Em face desta estreita conexão, aquele que exerce a jurisdição constitucional não pode ignorar as consequências políticas de suas decisões, sem deixar de se apegar, todavia, ao ordenamento jurídico. A relação entre jurisdição constitucional e judicialização da política é estreita.

⁴² A independência judicial será abordada no tópico que analisa a separação dos poderes.

⁴³ Sujeita-se, portanto, “aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes” (BARROSO, 2005).

Neste sentido Nunes Junior (2008, p.178) informa que no âmbito da jurisdição constitucional, seja nos Estados Unidos seja na Europa, a forte pressão e a mobilização política da sociedade estão na origem da judicialização da política.

Tal fato guarda relação com a atuação cada vez maior de grupos de interesse e grupos de pressão⁴⁴ que buscam no Judiciário a implementação das prestações que não alcançam na esfera política. Este movimento também se identifica no Brasil.

A questão crucial, todavia, está em se estabelecer um critério apto a separar os atos estritamente políticos, que seriam excluídos da tutela judicial daqueles sujeitos à intervenção judiciária.

Na mesma direção Paulo Bonavides (2008, p.318-319) adverte que se não houver um critério satisfatório a separar o político do jurídico, o resultado poderá se dar em duas direções, igualmente danosas: o retraimento do Poder Judiciário, esvaziando considerável área do campo das garantias constitucionais ou, ao contrário, sua indevida ingerência na esfera da competência constitucional dos demais poderes.

E sugere um caminho que merece atenção. As questões políticas expressas em atos legislativos e de governo, para Bonavides (2008, p.318-319) fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência constitucional de direitos individuais.

Dir-se-ia mais, no entanto, salvo se ameçarem direitos fundamentais. Em outras palavras, ainda: os direitos fundamentais (e não só os individuais) podem ser tidos como a linha divisória entre Direito e política.

Cumprir a Constituição cabe a todos os Poderes e aos jurisdicionados A defesa da Carta Constitucional é missão do Poder Judiciário e sempre que este atuar na defesa de Direitos Fundamentais estará autorizado a versar sobre assuntos políticos.

No Brasil, não é diferente. A combinação entre dois critérios de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado – confere ao Supremo Tribunal Federal uma posição singular no sistema constitucional brasileiro (NUNES JUNIOR, 2008, p.166) que, ao deter a função exclusiva de proceder ao exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, encontra espaços generosos para a judicialização da política.

Segundo Claudia Maria Barbosa (2006b, p.13) a dupla função no sistema constitucional brasileiro afeta a autonomia do STF, pois não é possível distinguir sua atuação técnica de sua atuação política, especialmente quando a maioria das

⁴⁴ A influência dos grupos de interesse e pressão será estudada no item que se refere à democracia.

questões constitucionais que lhe são apresentadas têm o poder público como parte interessada.

Ademais, a dupla função política e jurídica exercida pelo Supremo Tribunal Federal não se coaduna com a forma política que norteia sua composição. Tal conformação aproxima perigosamente o Tribunal e o Governo, deixando-o muito próximo a ingerências diretas do poder Executivo, retirando-lhe a independência e isenção necessárias para o exercício do controle de constitucionalidade (BARBOSA, 2006b, p.14).

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado questões que envolvem políticas governamentais que afetam a dívida pública, a política monetária, os direitos sociais, previdenciários, dentre outros, cuja decisão tem o condão de dirigir a atuação do Estado, já que implicam em um montante de dinheiro que compromete outros compromissos orçamentários.

Conforme observa Claudia Barbosa (2006b, p.14) em muitos casos a decisão do STF o tem aproximado do Governo, legitimando de certa forma a atuação do Poder Executivo. Esta opção, contudo, termina por desabrigar os jurisdicionados.

São obstáculos ao exercício da jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade que acabam por revelar uma face danosa da judicialização da política⁴⁵.

3.1.3 O aumento expressivo das demandas e análise das decisões judiciais por meio de pesquisas estatísticas

Em face dos argumentos anteriormente expendidos e da dificuldade de se delimitar a linha divisória entre Direito e Política, ainda no esforço de convergência de temas, o estudo das ações judiciais se mostra oportuno neste momento.

Note-se que ainda que outros instrumentos⁴⁶ sejam utilizados para limitar a ação dos demais Poderes pelo Poder Judiciário, é no seio das ações de inconstitucionalidade (ADINS) que o fenômeno da judicialização ganha maior expressão e como tal, desperta interesse nas pesquisas.

⁴⁵ Este enfoque será retomado no tópico referente ao ativismo e politização.

⁴⁶ Ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus. Sobre o assunto: NUNES JUNIOR (2008).

Tem-se, então, que a ampliação do número de ações judiciais contra os atos do Poder Público integra o jogo democrático das sociedades atuais e nesse sentido, é possível afirmar que o aumento do número de processos, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, não é apenas fenômeno jurídico, mas também político.

Deste modo, variados são os enfoques e diversas as conclusões encontradas nas análises empíricas aqui catalogadas.

Assim, Marcos Faro de Castro (1997) observa em sua pesquisa uma mudança no papel institucional do Poder Judiciário, onde a atuação dos tribunais, em sua interação com o sistema político tem se dado em dois planos: um político e outro jurisdicional.

No plano das ações políticas ou não jurisdicionais, há o que o autor chama de exercício informal do poder, através de pronunciamentos de juízes, em discursos de posse e declarações à imprensa. Tais ações complementam o segundo plano, chamado jurisdicional.

No plano jurisdicional está presente o exercício formal da autoridade judicial por meio de despachos, sentença, decisões liminares, etc.

Para Castro (1997) os pronunciamentos não-jurisdicionais, mas que muitas vezes são oficiais, como é o caso dos discursos de posse, tem efeito político relevante, indicando de que modo se opera a interação entre o sistema judicial e o sistema político.

Noutro lado, segundo Castro (1997) as ações jurisdicionais têm sido frequentemente marcadas por confrontações institucionais, sobretudo naquelas que envolviam partidos políticos, que procuravam agir através do Judiciário.

Nestes casos, decisões judiciais, em sua maioria liminar não confirmada no julgamento definitivo, contrárias ao interesse dos políticos ou do governo, causaram reações no Legislativo e Executivo, 'réplicas' e 'tréplicas' através de pronunciamentos informais de juízes e outros atores.

Observa, ainda, o autor, que a relação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes é influenciada pela opinião pública, através das entrevistas que ambos concedem, emitindo suas respectivas "opiniões sobre gastos excessivos atribuídos ao Judiciário e 'privilégios' de parlamentares, políticas governamentais, decisões judiciais, princípios como o das "cláusulas pétreas, separação e independência dos poderes".

Em face das posições frequentemente antagônicas entre os Ministros e da repercussão que causam na opinião pública, entende o autor que o Poder Judiciário e especialmente o STF, têm causado algum impacto sobre o Legislativo e sobre o

Governo, frequentemente através de concessão de liminares e de ações não jurisdicionais (CASTRO, 1997).

Tal estudo evidencia a crescente judicialização da política no Supremo Tribunal Federal.

Da análise específica das ADINS no período, Castro (1997) extrai conclusões interessantes, dentre as quais se destaca a afirmação de que, com exceção da política tributária, o STF preponderantemente não tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais.

Esta pesquisa corrobora, assim, o que já fora alegado no item afeto à jurisdição constitucional, acerca da aproximação duvidosa entre Justiça e Governo em sede de controle de constitucionalidade.

Na pesquisas de Werneck Vianna *et. al* (1997, p.47) acerca do perfil da magistratura, todavia, sob um viés sociológico exsurge um Poder Judiciário forçado a agir de maneira ativa, no papel de guardião dos direitos fundamentais e sociais e comprometido com a realização da justiça.

Esta visão no mínimo conflita com a imagem transmitida pelo Supremo Tribunal Federal evidenciada por Castro (1997). Tal variação pode evidenciar um fenômeno de disparidade não só entre os Poderes da República, mas também dentro do próprio Poder Judiciário, onde os magistrados 'na base' atuam ativamente na defesa dos direitos fundamentais, enquanto a Cúpula, pelas razões já analisadas, flerta de modo arriscado com o Governo.

Não é por outro motivo, certamente, que por ocasião dos estudos das ADINS especificamente, os mesmos autores constatam que o STF tem "preferido exercer o controle da constitucionalidade das leis mais no julgamento das liminares do que no mérito", postura que avaliam como "uma atitude de reserva ou de parcimônia quanto à explicitação da sua jurisprudência" (VIANNA *et. al*, 1999, p.17).

Ora, parcimônia em explicitação de sua jurisprudência não é papel que se reserve a uma Corte com pretensões de Tribunal Constitucional, salvo se optar pelo desvio da rota de conflito com os demais Poderes.

Em que pese estes argumentos, terminam os autores por concluir que, diferente das constatações de Castro (1997) e Ariosto Teixeira (2001), o STF tem sim uma adesão maior ao novo papel de guardião de direitos fundamentais que lhe foi destinado pelo constituinte.

Para Werneck Vianna *et. al* (1999, p.53) confirma-se no Brasil a hipótese de Tate e Vallinder (1995) sobre judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares.

Interessa observar, ainda, que ao revisitar o tema da judicialização em 2007, Werneck Vianna *et. al* (2007, p.385) corroboram uma afirmação feita em 1999, no sentido de que “a projeção do papel do juiz na vida social não é ambição de poder por parte do Poder Judiciário”.

E observam, ademais, que a ADIN se mostra altamente sensível às mudanças na política do governo, alçando o STF a uma condição de ‘Conselho de Estado’. Tal conclusão evidencia que os Poderes Executivo e Legislativo cada vez mais cedem em favor do Judiciário boa parte das prerrogativas que a soberania popular lhes outorga.

Noutra margem, na análise sobre as ADINS realizadas por Antônio Moreira Maués e Anelice Leitão (2004, p.48) a tese defendida diz que as ADINS apresentadas pelos partidos políticos no período se traduziram em ações em defesa da Constituição.

Para os autores “essa específica dimensão da judicialização da política no Brasil” – as ADINS propostas por partidos políticos – “tende a responder a possíveis violações da Constituição cometidas pela maioria política”. Em outras palavras: as ações de inconstitucionalidade contêm argumentos convincentes de que a Constituição foi violada pela maioria política (MAUÉS; LEITÃO, 2004, p.33).

Corroborando, portanto, tal pesquisa a alegação de que no contexto da expansão do Poder Judiciário, este se legitima, sobretudo, pela defesa da Constituição e dos valores nela insculpidos e alçados à condição de direitos fundamentais.

No mesmo sentido a pesquisa de Rômulo Guilherme Leitão (2005, p.7) que concluiu, ao analisar a judicialização em âmbito local (Fortaleza) que a utilização do Poder Judiciário, notadamente o estadual, por grupos de interesses (no caso, associações e sindicatos), foi manifesta, numa expectativa redentora em relação ao Poder Judiciário, deixando os agentes políticos tentados a resolver os problemas por meio da Justiça.

Para Ernani Carvalho (2004, p.121), por fim, o uso dos tribunais por grupos de interesses – o que se depreende da análise de ADINS – ocorre com frequência no Brasil, assim como o uso dos tribunais pela oposição ao governo é fato consumado no país.

Todavia, para o autor, o aumento puro e simples de processos não implicou uma intervenção efetiva do Poder Judiciário, de sorte que a análise das ADINS

demonstrou não haver vontade efetiva do operador de direito em participar da formulação de políticas públicas (ERNANI, 2004, p.121).

3.1.4 A convergência Common Law / Civil Law

Mauro Cappelletti (1999, p.116), ao estudar a expansão da criatividade judicial, narra o que entende como uma tendência cada vez maior de convergência do sistema da *Common Law* com o sistema da *Civil Law*, justificada pelo fato de que a inevitável criatividade da função judiciária aproximou as duas famílias jurídicas.

As explicações para este fenômeno de aproximação, para Loiane Prado Verbicaro (2008, p.392-393) passam pela reformulação da teoria da separação dos poderes concebida por Montesquieu e pela concepção de que os juízes são guardiões dos direitos fundamentais e não simples operadores das leis e da certeza jurídica.

A ideia de reformulação dos poderes será oportunamente abordada, mas evidencia uma tendência de que a progressiva expansão dos Poderes, cada qual em seu momento e por distintas razões, alterará definitivamente os sistemas de Direito e a própria concepção de justiça.

Werneck Vianna et. al (1999, p.54) ensinam que a associação desta convergência *Common Law Civil Law* à judicialização da política é possível na medida que, em qualquer dos sistemas, “a jurisdição constitucional tem sido mecanismo de defesa da Constituição e de concretização de suas normas”, numa concepção, vez mais, de juízes como guardiões de direitos fundamentais.

E não é diferente no Brasil onde, para os autores, o Poder Judiciário, convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião de valores fundamentais, revela um novo processo institucional que tem derivado na judicialização da política, convergindo ao sistema *Common Law* (VIANNA et. al, 1999, p.11).

Também Gisele Cittadino (2002, p. 39) enquadra a judicialização como um processo de expansão da jurisdição constitucional, tanto no sistema *Civil Law* quanto *Common Law* numa crescente concretização da Constituição.

Para Cappelletti (1999, p.133), por fim, a aproximação entre as duas famílias jurídicas se origina da necessidade comum de confiar ao ‘Terceiro Poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e

evolução do Direito, tudo em consequência da dramática metamorfose das sociedades modernas. Para o autor, trata-se de um fenômeno arriscado e aventureiro, “mas não despido de promessas de modo que esta aproximação entre sistemas tão dispares pode abrir um capítulo mais luminosos na história fascinante da civilização jurídica”.

Assim sendo, tal quadro, no mínimo, reforça a tese de que, se sistemas tão dispares quanto *Civil Law e Common Law* se aproximam, a judicialização da política é um fenômeno que modificará substancialmente e em definitivo o modo tradicional de se pensar o Direito.

3.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA REDESENHANDO A TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Conforme já abordado, a judicialização interfere na visão clássica da divisão dos poderes, de modo que impende refletir sobre os fatores que levaram ao agigantamento do Poder Judiciário e quais suas consequências.

Tem-se, então, que a separação dos poderes, consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁷ de 1789, é marca do Estado moderno Liberal.

Tecnicamente, contudo, seria adequado falar em ‘princípio da separação das funções’, eis que o poder estatal é uno, emana do povo e suas funções é que são divididas entre Legislativo, Executivo e Judiciário (CAMBI, 2009, p.171).

Ocorre que o cenário de aparente equilíbrio e harmonia foi alterado pela expansão dos Poderes que, em momentos distintos se agigantaram, alastrando-se sobre as funções típicas de uns sobre os outros.

Para entender este mecanismo, cabe descortinar alguns aspectos importantes da evolução do Estado, identificando pontos cruciais de sua transformação, bem como do Direito, ao longo do tempo.

Tem-se então, que o Estado moderno emergiu progressivamente desde o século XIV, distinguindo-se do feudalismo e tomando duas formas principais: Estado Liberal e Estado Social⁴⁸.

47 Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

O Estado Liberal nasceu com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX enquanto que o Social começou a se construir desde o final do século XIX até aproximadamente os anos 70, anos a partir dos quais, segundo informa André-Noël Roth (2010, p.16), o Estado se encontra em crise.

Para José Adércio Leite Sampaio (2002, p.62) a primeira expansão de funções acontece com o Legislativo, sendo o legislador o pioneiro na redefinição dos papéis dos Poderes com sua preocupação em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos.

É no Estado Liberal, portanto, que se vislumbra o agigantamento do Poder Legislativo, tendo como corolário, a posterior expansão também do Executivo.

Registre-se que o Estado moderno de tipo liberal se concebeu como protetor da liberdade individual, favorecendo o desenvolvimento da economia capitalista com a regulação espontânea da sociedade, valendo-se do poder de polícia e do poder jurídico para cumprir tal missão (ROTH, 2010, p.17).

A função básica do magistrado, no Estado Liberal, para Amélia do Carmo Sampaio Rossi (2011, p.147) era “eliminar as dificuldades opostas à autorregulação do mercado”. O Direito era instrumento para a consecução dos ideais liberais⁴⁹.

A tônica judicial, por sua vez, era a neutralidade na aplicação do Direito diante do triunfo do império da lei. O Poder Legislativo em destaque.

Mas o Estado Liberal conhece sua crise, diante da exploração humana e da chamada ‘questão social’⁵⁰, exigindo intervenção do Estado.

Com raízes na Revolução Industrial (ROTH, 2010, p.17) o Estado Social desponta como resposta a esta crise. Surge a limitação da propriedade, desaparece a neutralidade do direito e a crença na justeza do caráter geral e abstrato da lei (CAPELLA, 2002, p.198).

Nas palavras de Amélia Rossi (2011, p.150) “o paradigma do Estado Social promove uma redução das autonomias individuais, na medida em que se desenvolve o papel da intervenção e regulação estatal, para se alcançar uma sociedade mais igualitária”.

Neste contexto, o Poder Executivo passa a ser detentor de um poder normativo especial que antes era reservado apenas ao Legislativo.

⁴⁸ Tido, neste trabalho, como sinônimo de Estado-providência, Estado de Bem Estar Social e Welfare State.

⁴⁹ Leia-se proteger, por meio de direitos individuais, a propriedade e o patrimônio, interesses caros ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial que se desenvolvia naquele momento (ROSSI, 2011, p.145).

⁵⁰ Ou seja, a exploração humana, de massa, reproduzida socialmente com níveis alarmantes de misérias, exclusão social e desigualdade (ROSSI, 2011, p.147).

Isto ocorreu por que o aperfeiçoamento do Estado Social implicava em demandas crescentes. Tais demandas exigiam do Legislativo soluções adequadas e imediatas.

Como as leis eram criadas muito atrasadas ou “perdiam atualidade com assombrosa velocidade”, quanto mais o Legislativo tentava dar solução aos problemas, mais chances apresentavam de descompasso e as leis se mostravam cada vez mais confusas e ineficazes (SAMPAIO, 2002, p.62).

Assim sendo, a atuação enquanto Estado exclusivamente legislativo foi de tamanha expressão que exigiu a intervenção do Poder Executivo e de sua máquina burocrática, por conta de sua incapacidade de atender as demandas do Estado-providência.

Mauro Cappelletti (1999, p.39) esclarece que a fim de dar atuação prática às atividades interventivas, um aparelho administrativo complexo foi criado. O ‘welfare state’, na origem um Estado ‘essencialmente legislativo’, transforma-se em ‘Estado administrativo’ e burocrático. O legislativo, mais preocupado com discussões de política geral e partidária, transfere⁵¹ parte de sua atividade ao ‘poder regulamentar’ do Executivo.

Ante a este panorama, da necessidade de se reorganizar e readequar a relação entre os poderes, em decorrência do crescimento do papel do Estado, em especial do Welfare State, surge o que parte da doutrina denomina como judicialização da política.

Assim é que, se nos momentos posteriores, a Revolução Francesa pôde ser identificada à supremacia do Poder Legislativo e, na sequência, com Welfare State, a força do Poder Executivo, o momento atual é de expansão do Poder Judiciário.

Neste sentido, o Estado de Direito modifica-se profundamente ao abandonar a missão de Estado exclusivamente legislativo, “preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos e passa a considerar a Constituição como instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais” (PEIXINHO, 2008, p.4035).

José Adércio Leite Sampaio (2002, p.63) corrobora este argumento ao expor que nesse cenário de crescimento dos Poderes (primeiro do Legislativo e, depois, do Executivo) desafiava-se, em defesa da tripartição dos poderes, uma redefinição do papel do Judiciário, além do “figurino de mero censor ou árbitro das relações privadas”.

⁵¹ Abdica, nas palavras de Cappelletti citando Koopmans (1999, p.43).

Quanto ao Brasil, o Estado de Direito brasileiro também estruturou seu poder político, a exemplo de outros Estados de derivação liberal, de acordo com a separação dos poderes. Desde a Constituição de 1824⁵² até a cláusula pétrea⁵³ da Constituição Federal de 1988, esta tem sido a marca do poder político no Brasil.

No cenário brasileiro, como já mencionado e adiante repetido, a expansão do Poder Judiciário encontra suas raízes no processo de redemocratização, a partir da abertura negociada entre os militares e a elite política em 1985, que culminou com a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, destinada a elaborar e aprovar a nova Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Isto posto, cabe indagar se, diante deste quadro, estaria em crise fundamento da teoria separação dos poderes? E mais, qual o papel da expansão do Poder Judiciário neste movimento?

Para Manoel Messias Peixinho (2008, p.4033) a teoria da separação dos poderes é um dogma, a ponto de ser incluída como princípio fundamental sem o qual não existiria Constituição.

Todavia, é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação dos poderes, como alerta Ana Paula de Barcellos (2008, p. 246).

Tal princípio serviu de meio para limitação do poder absoluto e não pode se constituir em um fim em si mesmo. Foi meio necessário para romper a dominação imposta por um poder centralizado, sem limites e freios e não existe por si só. É um princípio que serve ao Estado e não o Estado que serve a ele, logo não é absoluto.

Nas palavras da autora, a formulação da separação dos poderes derivou da “percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa em detrimento daqueles que lhe estão subordinados” (BARCELLOS, 2008, p.246).

O poder uno ou centralizado em uma pessoa ou órgão abriria espaço para abusos, desmandos, descontrole. Sem um poder ou função da mesma estatura a lhe conferir equilíbrio, poderia se converter em arma contra aqueles que lhe alçaram à condição poder.

Em face deste cenário, o exercício do poder político haveria de ser dividido, para que os direitos dos indivíduos fossem preservados, razão pela qual se impõe uma visão flexibilizadora dos dogmas construídos em torno da ideia de separação dos poderes (BARCELLOS, 2008, p.246).

⁵² Todavia, a Constituição de 1824 previa, além dos três poderes tradicionais, um quarto poder, o Poder Moderador (FERREIRA FILHO, 1998, p.64).

⁵³ Insculpida no já transcrito Artigo, 60, § 4º, III da Constituição Federal.

Observa-se, assim, que a judicialização, de certo modo subverte o sistema de separação de poderes. Está-se diante, então, de uma realidade que não cabe mais em uma teoria que foi essencial ao Estado Liberal, mas que já vem sendo revista pela realidade de diferentes países.

Há que se buscar novas frentes e concepções para a separação dos poderes, hábil a conformar a sociedade atual, superlativa, globalizada, hipercomplexa.

O problema, todavia, é que uma nova teoria, apta a substituir ou readequar a separação de poderes ainda não está sedimentada. Arrisca-se a dizer até mesmo que talvez ela passe justamente pela necessidade de se assumir que o Estado é uno, mas diversos são seus centros decisórios.

Dentre estes centros decisórios, cobertos por uma nova roupagem de interpenetração entre os poderes como regra e não mais exceção, o Judiciário desponta em posição de destaque. A nova roupagem, todavia, exige senão totalmente inédita, ao menos uma remodelada personalidade.

Em outras palavras: o 'novo' Judiciário (em consonância com a 'nova' teoria dos poderes) deve ser um poder democrático, responsável, ativista, já que as bases que o erigiram, como a neutralidade, independência e não interferência, já não está mais, indelevelmente, posta.

Demarcados tais pontos, noutra margem, analisar a judicialização da política e a interação dos poderes conduz necessariamente a outra questão convergente, a legitimidade do Poder Judiciário. E desta, nova fronteira se abre: a questão da usurpação ou delegação de funções entre os Poderes da República.

3.2.1 Legitimidade da decisão judicial

3.2.1.1 O suposto déficit de legitimidade

Dentre os Poderes da República, o Judiciário é o mais distante e desconhecido da sociedade, fato que favorece sua crise de legitimidade, agravada em sede de progressiva expansão.

Tem-se, então, que o Poder Judiciário é composto de pessoas detentoras de um saber extremamente técnico e minucioso, não raro expresso em decisões rebuscadas e prolixas, inacessíveis à população em geral.

Os magistrados, ademais, detêm o monopólio de uma função e como tal, seu exercício não está acessível a mais ninguém fora deste Poder, seja direta ou indiretamente. Só ao juiz cabe, de regra, o poder de coerção e ele detém o conhecimento da lei.

Some-se a isso as garantias dos juízes, cujos destinatários são os jurisdicionados beneficiados pela independência do magistrado, mas que por distorções, acabam sendo classificadas como privilégios.

Todo este contexto, aliado ao fato de que não se pode escolher quem vai prestar a jurisdição termina por afastar os juízes da sociedade, afetando sua legitimidade.

Noutro sentido, a forma de recrutamento⁵⁴ e, por decorrência, a homogeneidade dos membros do sistema Judiciário reforçam esta tese. O acesso à carreira no Brasil se dá, via de regra⁵⁵, por concurso, nos moldes definidos por Zaffaroni (1995) como modelo técnico-burocrático, assim classificado como contraponto à nomeação política.

As deficiências deste modelo, em que pese apto a afastar, de regra, favorecimentos e apadrinhamentos, também se revelam.

Os candidatos que se sobressaem não necessariamente são aqueles que conhecem a realidade social e que poderão desempenhar suas funções de modo mais alinhado aos compromissos que fundamentam a sociedade.

Ao contrário. Em geral ascendem ao Judiciário candidatos alheios ao mundo real, ensimesmados em leis e códigos, prontos para serem a boca da lei, mas despreparados para lidar com o ser humano. Confunde-se imparcialidade e discrição com apatia, desinteresse, desapego às dores da miséria humana que aqueles que detêm o monopólio da resolução dos conflitos jamais poderiam ignorar.

É certo que mudanças no recrutamento brasileiro lentamente estão se instalando, como a cobrança de conteúdos de formação humanística nas provas de concurso para juiz, com a valorização das matérias propedêuticas do Curso de Direito. Some-se a isso a exigência uma experiência jurídica mínima para o acesso ao cargo.

⁵⁴ Maiores detalhes sobre forma de recrutamento, investidura e processo de escolha dos juízes, vide (BARBOSA, 2006,a).

⁵⁵ Cujas exceções se referem aos Tribunais, por meio do quinto constitucional e nomeações pelo Presidente da República, no caso do STF.

São passos na direção de uma mudança de paradigma, por certo, mas lentos para alcançarem a realidade atual, eis que já partiram em atraso.

Destarte, se o recrutamento nas bases do Judiciário peca em alguns pontos, a composição dos órgãos superiores é ainda mais problemática, em especial no caso do Supremo Tribunal Federal.

Na Corte Superior, a composição é resultante de “um modelo que favorece relações impróprias entre os poderes, já que o nomeado é indicado pelo Presidente da República, com a chancela praticamente burocrática do Parlamento” (BARBOSA, 2006a, p.9).

Este procedimento, no mínimo, oportuniza que o Presidente da República nomeie livremente aqueles que melhor se moldam aos seus ideais e concepções, que podem não necessariamente coincidir com a pessoa melhor preparada para o cargo.

Tal característica pode auxiliar a entender os dados que emergem de pesquisas como a de Marcos Faro de Castro (1997).

Rogério Bastos Arantes e Maria Tereza Sadek (1994, p.36) apontam ainda que o “Poder Judiciário é uma instituição muito mais coesa e homogênea que as demais”, sendo que seus membros são menos sensíveis à pressão pública que os componentes dos demais Poderes e, via de consequência, mais fechados ao debate.

Isto não seria necessariamente ruim, pois de regra nenhum Poder deve simplesmente ceder a pressões, máxime da opinião pública. Todavia, esta homogeneidade e hermetismo tornam ainda mais difícil ao Judiciário a modernização, a autocrítica, a redefinição de pensamento.

Estas são, pois, algumas das principais razões que apontam para a ilegitimidade do Poder Judiciário, inábeis, todavia, a comprovar o suposto déficit de legitimidade em sede de judicialização da política.

Como reforço desta afirmação, busca-se refúgio de imediato na lição de Luis Roberto Barroso (2005b, p.15) para quem o ‘déficit democrático do Judiciário’ não é necessariamente maior que o do Legislativo “cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico e a manipulação dos meios de comunicação”.

Ora, se o Judiciário pode ser classificado como distante da sociedade, o Legislativo padece de mal semelhante, embora por razões diversas.

A falta de consciência política⁵⁶ e conseqüente ausência de participação ativa e responsável dos eleitores na escolha dos candidatos, leva ao Poder os detentores do 'esquema político'. Ou seja, de regra, elegem-se sempre os mesmos candidatos, aqueles que 'lá estão', que conhecem e dominam os meandros do poder, usam a máquina administrativa para reeleição, e alimentam um círculo vicioso de falta de renovação no Parlamento.

Quando não podem mais permanecer no Poder, tais candidatos, numa espécie de herança ou 'sucessão testamentária' de suas cadeiras, elegem um apadrinhado, quando não, um espectro que vai apenas obedecer a suas ordens.

Deste modo, se a falta de eleição pode ser alçada a apanágio da deslegitimação do Poder Judiciário como quer parte da doutrina, a existência de eleição não parece por si só legitimar os demais poderes, exigindo-se mais, portanto.

Neste sentido, Anderson Lobato (2001, p.51) traz luz ao assunto, ao afirmar que se a legitimidade do Poder Judiciário não pode ser obtida através do processo eleitoral, esta se revela na "sua capacidade de proteger os Direitos do cidadão e sobretudo, de resistir à pressão política exercida pelo governo".

A chave da legitimidade do Judiciário em tempos de judicialização da política passa, portanto, pelo seu papel de garantidor dos Direitos Fundamentais e vai encontrar reforço no constitucionalismo contemporâneo como restará demonstrado no terceiro capítulo.

3.2.1.2 A racionalidade da decisão

Outro pilar fundamental da legitimidade do Poder Judiciário é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes e pela opinião pública. Para que isto aconteça todas suas decisões devem ser públicas e fundamentadas. Ou ainda, motivadas racionalmente.

Assim, a grande destinatária da motivação da decisão é a comunidade, que pode verificar se o juiz atua com conhecimento de causa e imparcialidade. E mais,

⁵⁶ Cujas origens e razões os limites desta dissertação não permitem dissecar, mas que se referem basicamente à falta de educação política e conscientização das pessoas em relação a seus próprios direitos. Sobre o tema 'educação política' consultar Wolfgang Kersting (2003, p.106-114) para quem "[...] apenas a educação dos cidadãos não basta [...] necessitamos também de políticos eticamente educados".

para além de uma garantia de que as decisões não serão arbitrárias, a motivação serve para demonstrar que as decisões foram refletidas e estão conforme o Direito.

Nesta linha de pensamento, juízes não devem decidir com base nas suas convicções. Intuição, consciência, senso de justiça ou equidade do magistrado não devem, jamais ser a única fonte da decisão judicial (BARBOSA, 2006b, p.6). A racionalidade da decisão precisa ser evidenciada.

Ora, se o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar por que o faz, sendo esta uma marca fundamental do Estado de Direito (WAMBIER, 2007, p.314). Há que se evidenciar as razões pelas quais o julgador, representando o Estado, imiscui-se na vida das pessoas, seja diretamente ou alterando políticas a elas afetadas.

Eduardo Cambi (2009, p.322) traz interessante visão que auxilia na questão de se legitimar as decisões judiciais. Assevera o autor que “a verdade é um valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas. Está ligada à ideia de motivação judicial como forma de controle das decisões emanadas do Poder Judiciário”.

E acrescenta que se é certo que os juízes não estão sujeitos diretamente às agruras da insatisfação popular por não serem eleitos e como tal, não podem ser substituídos, as decisões judiciais devem se legitimar socialmente (CAMBI, 2009, p.323).

E como fazê-lo? Debruçando-se o magistrado não só sobre questões jurídicas, mas também sobre as questões fáticas, valendo-se da argumentação jurídica.

Assim, a racionalidade não é atributo da própria decisão, por si só. Ela decorre da argumentação contida nesta decisão, onde o juiz demonstra por que essa é a decisão correta.

Tudo isto reside no fato de que concretizar direitos fundamentais não é o mesmo que transformar juízes em legisladores, razão pela qual, para além de princípios e regras, deve haver uma teoria da argumentação jurídica, na qual seja possível buscar uma decisão racionalmente motivada (CAMBI, 2009, p.339)⁵⁷.

⁵⁷ Para estudo da questão em profundidade vide Ronald Dworkin.

3.2.1.3 Celeuma usurpação *versus* delegação de funções

No rol dos dilemas da legitimidade judicial em sede de separação dos poderes surge outra questão associada à judicialização da política, que envolve a discussão acerca da usurpação/delegação das funções do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.⁵⁸

A visão clássica da tripartição erige três Poderes em torno da noção de lei, onde um a cria ou aprova, o outro a executa, o terceiro a aplica contenciosamente. No momento em que um Poder a quem cabe julgar, aplicando a lei ao caso concreto, implementa políticas ou expande a interpretação do Direito poderia se falar em usurpação das funções primárias do demais poderes.

Assim, em sede de judicialização da política o Poder Judiciário, por ato de vontade, no sentido de se expandir seu poder se apropriar da função legislativa.

Tal raciocínio, como regra, entende-se por inadequado.

O primeiro argumento decorre do já analisado contexto histórico em que se deu a expansão do Poder judicial, dando conta que este movimento (e onerosa obrigação imposta ao magistrado) não foi vontade própria deste Poder, mas fruto de uma situação posta pela própria evolução do Estado e da atuação do Legislativo.

Neste rumo, a centralidade do Poder Judiciário ainda que pareça extrapolar suas funções, foi decorrência de um 'modo de legislar genérico', onde o parlamento ao aprovar leis amplas sem especificar o modo como deveriam se materializar abriu espaço para a expansão do Poder Judiciário (LOURENÇO NETO; LOURENÇO, 2009, p.3). Neste movimento, ainda que involuntariamente, delegou seus poderes.

Para Celso Campilongo (1994, p.121) "a legalidade do Estado contemporâneo é fruto de um labiríntico processo legislativo gerador de leis vagas, imprecisas e amiúde contraditórias", restando àquele que cabe aplicar a lei dar conta desta herança. Ou como prefere Garapon (2001, p.401), a concepção 'legicêntrica'⁵⁹ é combatida pela inflação de textos mal redigidos com conteúdo fraco.

⁵⁸ Adotam-se aqui as definições constantes do dicionário Aurélio, onde usurpar significa apossar-se violentamente de algo; adquirir com fraude; alcançar sem direito; exercer indevidamente; assumir o exercício de, por fraude, artifício ou força ou tomar à força. Delegar, por sua vez, significa transmitir poderes; investir na faculdade de fazer, executar (FERREIRA, 2004).

⁵⁹ Termo que usa para definir a concepção da teoria clássica da democracia, onde a lei é a expressão da soberania popular sob a qual o juiz não tem qualquer influência, limitando-se a aplicá-la. Para Garapon (2001, p.40) esta concepção tão 'legicêntrica' é combatida também pela legislação supranacional, e que será retomado neste trabalho nas tratativas da chamada dimensão externa da judicialização.

Não se quer com tais argumentos alçar o Judiciário à condição de redentor de todas mazelas da sociedade que, por sua vez, teriam sido deliberadamente arquitetadas pelo Legislativo, num processo de demonização do Parlamento.

Para Campilongo inclusive (1994, p.121), ao analisar especificamente o caso brasileiro, esta situação de expansão do Poder Judiciário não seria somente resultado do despreparo do legislador e sim “reflexo das discrepâncias da própria sociedade brasileira, com seus ‘planos econômicos’, ‘leis manifestos’ e ‘normas programáticas’ que aumentam diariamente”.

O fato é que, no Estado Democrático a decisão política deve resultar de um amplo debate entre governo e oposição de modo que a atuação do parlamento reflita da maneira mais fidedigna possível os valores da sociedade. Numa sociedade cada vez mais complexa e plural este debate, ainda que no seio da democracia, se mostra cada vez mais difícil de ser levado a efeito.

Assim sendo, o jogo político pode tender a uma relação do tudo ou nada, onde “o governo procura impor a sua política, esquivando-se do debate democrático entre os poderes do Estado” (LOBATO, 2001, p.48). Esquiva-se, por igual, do debate com a sociedade também representada pelos partidos políticos.

Nesta conjuntura “não resta à oposição e sociedade civil organizada alternativa senão se socorrer no Poder Judiciário, na esperança de resistir a uma política governamental imposta unilateralmente” (LOBATO, 2001, p.48). O Judiciário assume, então, a tarefa de “árbitro do debate democrático” tendo a Constituição como parâmetro para as suas decisões, revelando-se uma delegação de funções.

O segundo argumento contrário à tese de usurpação de funções pelo Poder Judiciário se refere justamente ao já aludido papel de garante da Constituição e como tal, dos direitos fundamentais.

Claudia Servilha Monteiro (2007, p.177) informa que o papel do juiz não é subtrair “as funções transformadoras da sociedade que tem pressuposto de respeitar as decisões tomadas no jogo político das tensões que se estabelecem no choque entre os grupos sociais”. Ou seja, o juiz não usurpa funções legislativas e sim as resguarda.

Cabe ao juiz, portanto, proteger a função legislativa (dela mesma, se for necessário), como manifestação formal da vontade popular. Para tanto vai justificar sua atuação, e aqui se retomam os argumentos da racionalidade, ao sustentar os valores insculpidos nos princípios selecionados, conforme critérios de preferência, pela própria sociedade.

Como terceiro argumento contrário à usurpação encontra-se a atitude do Parlamento que, refratário à discussão de casos polêmicos (cuja tomada de posição pode implicar em migração de votos), delega ao Poder Judiciário a ácida função de tratar das feridas sociais. Exemplo flagrante desta situação, no caso brasileiro, emerge da decisão de maio de 2011, onde o Supremo Tribunal Federal estende aos casais homossexuais os direitos e obrigações previstos na União Estável.

Ora, esta decisão é paradigmática para demonstrar a delegação do Parlamento ao Judiciário. A discussão que cabia ter sido travada no Legislativo, onde há (ou deveria haver) representação de todos os setores sociais, não existiu. Os projetos de lei hábeis a tratar do tema seguem engavetados em corredores inacessíveis ao debate democrático. Enquanto isso, as uniões de pessoas do mesmo sexo continuaram acontecendo e com elas todos os efeitos práticos na 'vida real'.

Qual a solução para o caso? Coube ao Poder Judiciário tentar resolver a questão já que o Legislativo esquivou-se de levantar bandeiras, contra ou a favor, legislando acerca do tema⁶⁰.

Noutra banda, importa refletir um pouco mais.

Disse-se que o Judiciário não expandiu seus poderes por vontade própria e que se o fez, foi em defesa da Constituição e na condição de árbitro do debate democrático, quando não houve atuação do parlamento. Mas o que dizer dos casos em que, mesmo não havendo omissão do Legislativo, o Poder Judiciário atuou?

O caso emblemático aqui envolve a decisão da fidelidade partidária⁶¹, onde a Justiça decidiu em contrariedade à vontade expressa pelo Legislativo por meio da lei, em flagrante oposição ao mesmo.

Em situações como esta cabe a advertência de Luis Roberto Barroso (2005b, p.18), de que “o Judiciário deverá sempre verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir”.

E exemplifica: desde o simples traçado de uma estrada, passando pela ocorrência ou não de concentração econômica e medidas de segurança para

⁶⁰ No caso em específico detém o Parlamento mais uma chance, já que o Poder Judiciário passou ao largo da questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Resta saber se os parlamentares desta vez enfrentarão o ônus (e por que não bônus?) político desta atuação.

⁶¹ O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando 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. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa (BARROSO, 2009, p.8)

transporte de gás, que são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica.

Nestas matérias, em regra, o Judiciário deverá acatar as valorações feitas pela instância especializada sempre que possuam razoabilidade e observem o procedimento adequado (BARROSO, 2005b, p.18). A questão se modifica, entretanto, quando houver vulneração a direitos fundamentais ou clara afronta a normas constitucionais. “Deferência não significa abdicação de competência”.

3.2.2 O papel ativo dos juízes: independência e as novas bases do comportamento judicial

Em sede de redefinição da teoria de separação dos poderes converge para a delimitação do papel ativo dos juízes o estudo do comportamento judicial, sobretudo em face da autonomia e independência conquistadas na redemocratização, duas garantias que seriam, para Ernani Carvalho (2010, p. 203), importante meio explicativo do processo de judicialização.

Assim sendo, tem-se que a proposição ‘independência judiciária’ é tida como autoexplicativa, mas seu conceito é no mínimo relativo e sua verificação depende de condições objetivas e subjetivas que variam espaço e temporalmente (BARBOSA, 2006b)⁶².

Cabe esclarecer, desde já, que o Poder Judiciário é independente por que não está submetido aos demais Poderes do Estado. Os juízes, por sua vez, são independentes, por que não há subordinação hierárquica entre eles, em que pese a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição.

⁶² Os limites desta dissertação desautorizam uma análise aprofundada, elegendo-se alguns pontos necessários a instrumentalizar o debate aqui proposto. Acerca do tema vide: BARBOSA, Claudia Maria. Alguns dos aspectos de la independencia del Poder Judicial en Brasil. In: Instituto latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. (Org.). Independência Judicial en América Latina. De quien? Para que? Como? 1 ed. Bogotá: Publicaciones ILSA, 2004, v. 01-nov, p. 417-437. BARBOSA, Claudia Maria. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. In: Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial- Universidade Estadual de Londrina/PR (Org.). Revista Direito e Pós Modernidade. Londrina: 2006b.

Assim, diferente da estrutura da administração pública, os magistrados não dão nem recebem ordens uns dos outros, sendo esta independência funcional uma garantia institucional do regime democrático⁶³(CAMPILONGO, 1994, p. 118).

A análise da independência aqui busca verificar os meandros da atuação de um Poder que se vê obrigado a ir além da aplicação mecânica da lei e se convence progressivamente que novos caminhos devem ser trilhados.

O juiz, outrora distante e reservado, vê-se exposto na mídia em cada decisão permeada pela política. O juiz, cuja função era tão somente entregar a prestação jurisdicional como um movimento automático de aplicação da lei ao caso concreto, passa a ser depositário da confiança que a sociedade perdeu no Parlamento.

O juiz que era simplesmente neutro e equidistante das partes se vê político, e precisa lidar com o novo cenário que esta “contaminação política” apresenta e é de tempo de se conhecer a judicialização da política frente ao ativismo e a politização da justiça.

3.2.2.1 Ativismo judicial e politização

Registre-se, desde já, que neste tópico a politização da justiça passa a ser entendida como um reflexo do ativismo judicial onde o Judiciário tenderia a decidir influenciado pela política (ou ainda pior, pelos políticos). Trata-se, por certo, de tema espinhoso, já que de enfoque variado na doutrina⁶⁴, mas de essencial enfrentamento em sede de judicialização.

Tem-se então que o ativismo judicial, cuja origem remonta à jurisprudência norte-americana, implica numa atitude do magistrado, um agir proativo, em intenção

⁶³ O conceito de garantia institucional foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as formas de organização dos Poderes Públicos, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição (COMPARATO, 2004, p. 151).

⁶⁴ Tanto ativismo quanto politização são estudados em contextos bastante diversos na doutrina. Por exemplo, para Marcus Faro de Castro, a politização da justiça é uma “condição institucional de introdução da jurisdição (sobretudo a das cortes constitucionais) no processo de formulação de políticas públicas”, sendo em parte auxiliada pelas regras orgânicas dos tribunais ou do Poder Judiciário como um todo (CASTRO, 1997, p.2). Já Lourenço Neto e Lourenço (2009) entendem a politização como um fenômeno oposto à judicialização, sendo que a “politização da justiça não significa que a justiça esteja submetida a interesses políticos, mas sim, que a justiça é sensível às pressões da Sociedade, manifestadas através de ações coletivas e políticas”.

Noutra margem, Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 413) analisa o fenômeno que chama de ‘ativismo judicial à brasileira’, referindo-se às altas taxas de julgamento do STF, que seriam responsáveis por boa parte da crise de eficiência do Poder Judiciário.

de expandir sua atuação, por meio da interpretação. Este ‘querer agir’ pode resultar na politização da justiça, cujos efeitos serão variados.

Para Santos (2007, p.278) antes de ser um conceito fechado de uma teoria do direito, o ativismo é, na verdade, um movimento que veio para reforçar as bases democráticas da formação da vontade social expressa pelo Estado. E o faz por meio do poder constitucionalmente conferido ao Judiciário de interpretar as normas visando à segurança do sistema, aplicando-as na “medida necessária para a sua observância do interesse social constitucionalmente estabelecido”.

Luis Roberto Barroso (2009, p.6) entende o ativismo como uma atitude, a escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance⁶⁵.

E mais, normalmente o ativismo se instala em situações de retração do Poder Legislativo, onde se verifica certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (Barroso, 2009, p.6).

Para José Ribas Vieira *et al* (2009, p.11) assim como o fenômeno da judicialização “o ativismo judicial é igualmente complexo por conter uma pluralidade de dimensões”, podendo ser praticado tanto nos autos do processo, pelo exercício da prestação jurisdicional, quanto fora deles, por meio de entrevistas, discursos de posse e pronunciamentos.

Importa delimitar então que o ativismo, por meio de um juiz ou tribunal, seja invalidando ações, seja suprindo omissões dos demais Poderes, em seu sentido jurisdicional é entendido “como a ampliação da competência do tribunal por meio de suas próprias decisões” (VIEIRA *et al*, 2009, p.11).

Para Vieira *et. al* (2009, p.11) apesar de muito próximos, os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização não se confundem. Ativismo judicial é uma atitude

⁶⁵ Barroso (2009) diferencia, ainda, o ativismo de autocontenção. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: 1) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 2) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; 3) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A *autocontenção judicial*, que é o oposto do ativismo, é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais 1) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; 2) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e 3) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

de revisar temas e questões - *prima facie* - de competência de outras instituições. A judicialização da política, para os autores, é mais ampla e estrutural e “cuidaria de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo - Poder Executivo para o Poder Judiciário”.

Entende-se o ativismo em suma, neste trabalho, como um querer agir do juiz, para além da condição anterior de subsunção e simples dizer o Direito.

Esta atitude, por meio de decisões ou comportamentos judiciais, produz reflexos como os inúmeros até aqui estudados, mas um reflexo dos mais contundentes é a possível politização da justiça.

Neste sentido, Boaventura Souza Santos (2003) entende que as relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam um momento de tensão sem precedentes cuja natureza, para o autor, pode se resumir numa frase: a judicialização da política conduz à politização da justiça.

Entende-se, todavia, que nem sempre onde houver judicialização necessariamente haverá politização. Somente em alguns casos, o ativismo poderá conduzir a uma decisão/atuação influenciada pelas suas possíveis consequências em relação à política, evidenciando a politização. E mais, esta consequência não será necessariamente danosa.

A questão, entretanto, é até que ponto os valores e preferências políticas dos atores judiciais estarão em consonância com aqueles preferidos pela sociedade, sob pena de, ao se deslocar a atuação do Legislativo para o Judiciário, mudar-se tão somente o nome do Poder “manipulador”.

E mais, quando aquele que seria o último recurso é chamado a atuar se corrompe ou desvirtua, os resultados podem ser ainda mais cruéis e perniciosos, já que à sociedade não restará, ao menos em sua conformação atual, a quem recorrer. Por esta razão, os limites do ativismo e da decorrente politização devem ser bem observados, revelando mais um desafio ao Poder Judiciário neste século.

3.3 A DEMOCRACIA REDESENHADA PELA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A SUPERAÇÃO DA REGRA MAJORITÁRIA

3.3.1 Causas de afastamento entre representantes e representados e o enfraquecimento dos partidos políticos

A análise da expansão do poder judicial neste século passa obrigatoriamente pelo estudo das dificuldades da representação política, enquanto pilar de sustentação da democracia. Neste ponto, discute-se além do possível esvaziamento da esfera política pela judicialização, uma possível redefinição do jogo democrático.

Para tanto, em um primeiro momento, são descritas as principais causas do distanciamento entre população e seus representantes, enquanto combustível para a expansão do poder judicial para, na sequência, analisar seus reflexos.

O Poder Legislativo, por vezes (muitas vezes) não reflete a vontade popular e os grupos mais fortes e organizados passam a atuar de modo decisivo na condução dos negócios políticos do Estado, em detrimento dos interesses do restante da sociedade que não encontra na democracia representativa tradicional, mecanismos para defesa de seus direitos fundamentais básicos.

Assim, para Alexandre de Moraes (2000, p.46) uma democracia não deve ser meramente teórica, pois uma democracia autêntica e real exige efetiva participação popular nas decisões governamentais e, em especial, na escolha de seus representantes.

Nesta linha, a gênese do princípio democrático exige a integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, de modo a garantir o respeito à soberania popular.

A soberania popular, por sua vez, é entendida como um poder político supremo e independente. Supremo porquanto não é limitado por nenhum outro na ordem interna do Estado e independente, por que de regra, não acata involuntariamente regras na sociedade internacional remanescendo em condição de igualdade com os demais poderes supremos de outros povos.

Exerce-se a soberania popular hoje, em regra, por meio da democracia representativa, onde um grupo ou pessoa são eleitos para representar o povo, no

Parlamento. Somam-se aos aspectos representativos mecanismos de exercício direto da soberania popular, por meio de plebiscitos e referendos, por exemplo.

No caso brasileiro, especificamente o Estado Democrático de Direito, resumido na exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo e no respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no texto constitucional.

De igual modo a Constituição brasileira adota o denominado princípio democrático ao afirmar que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição⁶⁶.

Além da participação direta, determinados mecanismos no contexto da democracia asseguram uma maior participação do povo nas decisões políticas, seja de modo individual, seja por meio de grupos de interesses. Tais mecanismos se consubstanciam, por exemplo, nas garantias elencadas por Moraes (2000, p.46) como necessárias a ampliar a eficácia da representatividade, como o direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização.

Note-se que estes mecanismos necessários a ampliar a eficácia de representatividade, podem ser preventivos, realizados pelo maior interesse dos cidadãos nas eleições, ou repressivos, onde por meio de práticas de Democracia semidireta, se evita a crise da Democracia representativa, sob pena de gerar regimes autoritários (MORAES, 2000, p.46).

Em suma, há que se estimular permanentemente a participação do povo nas eleições. Ora, se o povo não participa do debate democrático, não se mostra interessado em escolher quem vai decidir politicamente em seu nome, pode abrir espaço para que se entenda que não pretende viver num regime democrático.

O fato é que os referidos mecanismos de participação do povo além de assegurar uma maior manifestação popular na política podem acabar por favorecer uma espécie de aperfeiçoamento de atuação de grupos de pressão⁶⁷.

Ou seja, grupos originariamente delineados para representar interesses de determinadas classes ou categorias passam a exercer efetiva pressão. A maneira como conduzem esta pressão e seus resultados para jogo democrático dependerá dos meios utilizados para tal.

⁶⁶ Artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

⁶⁷ A definição de grupos de interesse e de pressão será estudada adiante.

Neste contexto a judicialização da política surge a impulsionada pela atuação de grupos de interesse, grupos de pressão e ainda que de modo mais apagado, pela atuação dos partidos políticos.

Assim, na ideia central do Estado Liberal, soberania popular e representação política permaneciam intocáveis, na condição de instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder (MORAES, 2000, p.47) o que conferia ao Legislativo a condição de Poder em destaque com relação aos demais.

Com a ascensão do Estado Social e a expansão do Poder Executivo, restou patente que em face das grandes transformações socioeconômicas os representantes do povo muito pouco decidiam e os que decidiam careciam de representatividade política.

Em outras palavras, conforme já referido, no Estado Liberal o Poder Legislativo reinava na condição de detentor da vontade geral do povo, predominando entre os demais poderes com verdadeira sede legislativa.

A partir do Estado Social é o Poder Executivo que assume cada vez mais o papel de implementador das políticas governamentais, esmaecendo o protagonismo do Legislativo e, conseqüentemente, os partidos políticos.

É justamente como resultado deste movimento que surgem outros atores na competição política, interessados em romper os limites da democracia meramente representativa em busca de uma atuação cada vez mais participativa, tais como associações, lobistas, sindicatos, grupos anônimos e até a própria imprensa.

Assim sendo, a necessária reaproximação do povo com seu governo terá que superar as dificuldades de identificação entre opinião pública e o Legislativo, o descompasso entre a vontade do povo e a lei.

Isto posto, Alexandre de Moraes (2000, p.47) indica as causas para explicar o distanciamento entre população e seus representantes políticos, dentre as quais destaca três: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.

Acerca da questão da proporcionalidade parlamentar, tem-se que esta busca garantir a cada partido político uma representação no Parlamento, de acordo com sua expressão numérica na sociedade, a fim de refletir no Legislativo de modo mais equilibrado possível, as variadas ideologias presentes na comunidade.

No Brasil, todavia, a proporcionalidade parlamentar é desvirtuada ao se favorecer Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais

populosos, o que acaba por contradizer a regra democrática básica da igualdade do voto⁶⁸.

Isto por que a Constituição Federal determina, no parágrafo único do artigo 45, que proceda aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma unidade da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. Tal dispositivo acaba por inviabilizar o critério da proporcionalidade, distanciando cada vez mais a vontade expressa pelo parlamento, da vontade da maioria popular.

Em sede de desligamento do parlamentar com seu partido após a eleição exsurge a “incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e reclamos sociais e transformá-los em decisões políticas” (MORAES, 2000, p.49). Em outras palavras, uma vez eleitos, os candidatos, agora representantes do povo, por vezes se afastam da ideologia (quando existe) e planos do partido, quando não o abandonam, acedendo a propostas de outras siglas.

Afastando-se das promessas de seu partido, tais candidatos acabam por enfraquecê-los e junto com eles, a democracia representativa como um todo.

Tais distorções abrem espaço para a terceira causa de distanciamento entre povo e Parlamento, talvez a mais prejudicial, o fortalecimento dos já referidos grupos de pressão, de modo desregulamentado e desordenado.

Assim é que a noção de lei como obra do legislador, mandatário dos poderes outorgados pela sociedade, foi substituída por uma produção legislativa descolada dos legítimos anseios da sociedade, produto de pressões diversas operadas por grupos organizados.

O resultado desta pressão, para Moraes (2000, p.54) é costumeiramente o desrespeito às normas constitucionais e aos direitos das minorias, abrindo-se espaço então para o Poder Judiciário expandir sua atuação sobre a política, pois os mesmos grupos que pressionam o Legislador, não alcançando o resultado desejado, valem-se do poder Judiciário para, vez mais, impor sua vontade.

A representação do povo por meio de representantes eleitos tem nos partidos políticos sua via de consecução. É através dos partidos que a sociedade se reúne conforme suas afinidades políticas e ideológicas, de modo a disputar espaço de representação no Poder.

No Brasil, a Constituição Federal regulamenta a forma de atuação da democracia representativa, por meio dos partidos políticos⁶⁹, que gozam de status fundamental na preservação do Estado Democrático de Direito.

⁶⁸ *'One man one vote'*. Ou seja, cada pessoa corresponde a um voto.

Ocorre que, conforme já demonstrado, a democracia dos partidos apresenta diversos problemas, que além do distanciamento entre representantes de representados, passam pelas dificuldades no manejo da própria democracia interna do partido. Isto se revela nos obstáculos para impor a ideia majoritária em face dos desejos das minorias do partido. Exercer a democracia 'dentro de casa', portanto, já se constitui, por si só, em um grande desafio.

Some-se a isso a existência de inúmeros partidos nanicos, por vezes semelhantes entre si, de modo que juntos poderia exercer maior influência, mas que separados fruem de pouca expressão política e pulverizam suas forças.

Ainda, a própria falta de consistência ideológica ou mesmo conhecimento razoável das causas pelas quais levantam bandeiras, fazem com que se perca a oportunidade de contribuir com a democracia, a partir de uma orientação efetiva do governo, acerca dos anseios da sociedade.

Isto sem falar em legendas de aluguel, em factóides políticos, em candidatos que rendem mídia, mas que sequer conhecem a função de um parlamentar, a dança das cadeiras entre partidos e as coligações de interesses.

Diante deste cenário sofrível a solução, longe da apologia ao fim dos partidos, passa justamente por seu fortalecimento, como, por exemplo, maior democratização nos quadros partidários, abrindo-se espaço para todos que pretendam disputar cargos eletivos, de modo a se evitar proliferação partidária (MORAES, 2000, p.52).

Destarte, é neste contexto de que se abre espaço para os grupos de pressão, que ora se passa à análise.

3.3.2 A atuação dos grupos de pressão

Murillo de Aragão (1994, p. 15) define os grupos de pressão como aqueles que “atuam junto ao poder público com o objetivo de obter vantagens, benefícios, resguardar interesses ou impor determinados pontos de vista, envolvendo procedimentos de esclarecimento, informação e doutrinação”.

⁶⁹ Garante a Constituição Federal “a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; a prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei” (MORAES, 2000, p.51).

Aqui cabe diferenciar desde já que grupos de pressão e interesse não se confundem. Um grupo de interesse se forma em torno de um objetivo comum e não trará, necessariamente, relações com entes públicos. Pode inclusive passar por toda sua história sem entabular nenhuma relação ou negociação pública.

Os grupos de pressão, por sua vez, também possuem um interesse comum, atuam em prol de um objetivo, mas tem sua atuação marcada pela interação com o poder público, podendo suas práticas envolver tanto ações legítimas quanto ilegais.

As ações legítimas de um grupo de pressão são aquelas que levam, dentro de limites éticos e legais, as informações corretas e necessárias ao poder público, fornecendo-lhe parâmetros para implementação de políticas.

Contrário senso, as ações ilegais desvirtuam as informações, induzem a concessão de favorecimentos indevidos, distorcem o que seria tido como anseio da sociedade ou de setores dela, em benefício de interesses determinados, próprios ou de terceiros.

As ações dos grupos de pressão, portanto, segundo Aragão (1994, p.15) vão desde relações públicas, propaganda, fornecimento de informações, até a coação, constrangimento e corrupção.

Para o autor, a ação destes grupos sobre o processo político não é um fato recente na história, eis que os sistemas políticos da antiguidade já os conheciam. No Brasil, por exemplo, na Constituinte, entre 1987 e 1988, mais de 383 grupos de interesse atuaram em favor de seus próprios interesses (ARAGÃO, 1994, p.18).

Não se trata de um fenômeno exclusivo do século XX, pois o século XIX a prática já era adotada, mas é no seio do Estado Social, com a expansão da esfera de competência dos poderes públicos que tais grupos se aperfeiçoam como consequência da progressiva dependência dos governados e de seus interesses do poder público.

O que se percebe então é um crescimento quantitativo e qualitativo destes grupos. E isto ocorre de maneira contundente, pois todo grupo ou segmento social que se vê prejudicado em seus objetivos corporativos passa a procurar mecanismos de obter do poder público a satisfação de seus interesses.

Ainda, o já referido distanciamento entre representados e representantes legislativos induz a se procurar de meios, nem sempre legais ou moralmente aceitáveis (MORAES, 2000, p.57) para influenciar direta ou indiretamente as instituições do Estado, ou indiretamente a opinião pública, para que isso reflita nas decisões governamentais.

Para tanto, unidos em grupos, exercem a pressão, por meios legítimos ou não, variando conforme sua participação na vida pública, a qualificação de seus integrantes e sua situação econômico-financeira.

É assim, portanto, que no contexto da crise partidária antes estudada, surgem movimentos sociais que reúnem vários segmentos homogêneos da sociedade, trabalhando na mobilização de espaços fora dos partidos políticos, das associações e dos sindicatos.

É nesta ampliação de cenário de participação política se apresentam atores invisíveis, agravando o distanciamento entre a vontade do povo e do Parlamento. A ausência de responsabilidade destes grupos 'invisíveis' redundando na necessidade de ampliação da Justiça, que passa a exercer uma função moderadora, com vistas a compatibilizar a produção legislativa com o respeito às normas fundamentais.

É justamente neste espaço que se insere a judicialização da política, pois, para dar conta desta nova realidade que os demais Poderes já não alcançam, o Judiciário é chamado a exercer seu papel de guardião do processo democrático e dos valores constitucionais.

Passa a atuar então (ao menos é isso que se espera e nada menos que isso pode ser aceito) corrigindo os desvios perpetrados pela influência dos grupos de pressão. Adentram os juízes o jogo político para proteger os direitos fundamentais e em especial, os grupos vulneráveis, de toda sorte de ameaças.

Em face de todo o exposto, é neste sentido que o presente estudo observa a democracia redefinida pela judicialização. A perda de espaço dos partidos políticos, no contexto da evolução do Estado, com expansão de cada um dos Poderes, em momentos distintos acaba por abrir caminho a novos grupos, seja de interesses, seja de pressão legítima ou ilegal.

Tais espaços são preenchidos pela atuação destes grupos, num jogo democrático diferente da tradicional democracia representativa, desaguando, por fim, no Poder Judiciário a conta desta nova interação.

Nesta arena de redefinição a atuação do Poder Judiciário - para dar conta das novas demandas - migra lentamente da outrora suficiente condição de garante de direitos fundamentais individuais. Neste movimento, de proteção de direitos coletivos, segue em direção a uma condição de defensor dos valores especiais da sociedade ou ainda, comunidade, numa ótica coletiva e plural, inseridos por meio do constitucionalismo contemporâneo, na 'nova' Constituição.

3.3.3 Ampliação da cidadania

Veja mais, prosseguindo no já explicitado esforço de convergência das abordagens de judicialização, tem-se que a acepção encontrada na chamada ampliação da cidadania necessariamente se insere no contexto da democracia.

Oportuno então, em face da esposada tese de redefinição democrática, resgatar a ideia de ampliação da cidadania descrita no primeiro capítulo, marcada pela pressão dos segmentos subalternos da sociedade em busca de direitos sociais e econômicos contemplados na lei e implementados na prática.

Este resgate implica na reflexão de alguns pontos polêmicos.

O primeiro se refere à interpretação desta cidadania ampliada como uma espécie de antídoto aos grupos de pressão, especialmente àqueles invisíveis.

Entende-se, desde logo, que este argumento não se sustenta. A organização em grupos dentro desta 'cidadania ampliada' também pode redundar na criação de outra forma de pressão, que só se diferencia pela maneira de atuação.

Na "cidadania ampliada" os indivíduos que não se sentem representados enquanto sujeitos de direitos passam a exigir a positivação e implementação de prestações, sobretudo de cunho social. E sua atuação também pode ser legítima ou ilegal. Nada novo, portanto, apenas diferente.

A segunda questão envolve a ampliação da cidadania esgotada na ideia de bandeira para resolução dos problemas sociais.

Assim, segundo Vieira (1995, p.66) numa marcha social crescente, levada a termo por cidadãos ativos "o importante não é [seria] uma Constituição perfeita e acabada". O básico para o avanço das transições políticas e a construção de vínculos entre Estado e sociedade numa ordem democrática efetiva, seria a garantia mínima dos direitos individuais e coletivos e a partir daí a própria cidadania construiria o arcabouço de uma sociedade mais justa.

Ora, bastaria a ampliação da cidadania para se garantir uma sociedade mais justa? Em termos utópicos é possível que sim, mas a realidade indica que não.

É o próprio Vieira (1995, p.67) quem traz a resposta, aduzindo que a modernidade não facultou a possibilidade desta ordem democrática real [dir-se-ia ideal] assim como inviabilizou uma cidadania fundamentada em princípios de racionalidade de valores, como justiça e igualdade jurídica.

Tal realidade induz a concluir, então, que a mera garantia/previsão dos direitos não basta, exigindo-se uma atuação ampliada do Poder Judiciário.

De outro lado Werneck Vianna (1999, p.43) identifica um problema. Para o autor, a judicialização da política significa delegação da vontade soberana e substituição do Estado benefactor por uma justiça assistencialista. Este cenário, então, não seria um solo fértil à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos, pois a vontade não emana do povo e sim da Justiça.

Por certo, a judicialização, admita-se, pode não ser o cenário ideal a conter a ideia tradicional de democracia, tampouco de cidadania ativa. Mas na atual conjuntura, é o recurso que se apresenta.

Por derradeiro, a partir da análise de autores referenciais⁷⁰ sobre o conceito de cidadania regulada e a ruptura pela atuação dos movimentos sociais, José Ribas Vieira (1997, p.67) alerta para um risco, que também poderia ser relacionado à judicialização.

O risco consistiria na substituição de uma cidadania regulada por corporações por outra cidadania, também regulada, mas desta vez pela função de tutor, exercida no caso brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal.

Aqui, ao se enaltecer o discurso do Poder Judiciário como guardião das garantias e dos direitos fundamentais se substituiria “via o papel atribuído aos juízes entre nós” (VIEIRA, 1997, p.67) a própria cidadania.

Veja mais se assevera: antes ter os juízes como guardião das promessas, do que deixá-las tão somente nas mãos de determinados grupos que gozam da ‘prerrogativa’ de serem, inclusive, invisíveis.

3.4 PODER JUDICIÁRIO EM SEU VÉRTICE TRANSNACIONAL: LIMITES E DESAFIOS DESTA EXPANSÃO

A judicialização, como já aduzido, encontra abrigo, ainda, em sua dimensão externa, decorrente de uma sociedade globalizada, de soberania estatal relativizada,

⁷⁰ José Ribas Vieira (1997) discute cidadania a partir das perspectivas dos seguintes autores: MARSHALL, Thomaz H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. capítulo III. SANTOS, Wanderley Guilherme. **Ordem burguesa e liberalismo político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978. MOISES, José Álvaro. **Cidadania e participação. Ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição**. São Paulo: Marca Zero, 1990.

marcada pela queda de fronteiras econômicas e sociais, onde o poder judicial supranacional também se revela e (por que não?) se expande, passando a influenciar, por certo, a ordem interna.

A própria Constituição, instrumento político tão caro aos valores internos, poderia perder, *prima facie*, expressivo verniz quando se pensa em fronteiras transnacionais⁷¹.

Para Eduardo Cambi (2009, p.60) o Direito antigo somente se concebia na escala familiar e local. À medida que a humanidade progredia, o Direito teve que se adaptar a uma escala nacional e, por fim, a época atual faz com que seja pensado em escala global.

Antoine Garapon (2001, p.42-43) ao tratar do que chama desnacionalização do Direito, refere-se em especial ao direito comunitário da União Européia, mas acaba por trazer lição que se aplica a todos os Estados, em maior ou menor expressão.

Para o autor a introdução de um nível jurídico superior à lei nacional, provocou uma verdadeira revolução jurídica: “o soberano que até ontem era o último recurso, viu-se subordinado a uma instância superior, diante da qual todos os seus atos são passíveis de serem revistos”. A Justiça, que era um órgão do Estado, passa subitamente a ele ser superior (GARAPON, 2001, p.40).

Vive-se, nas palavras de Barroso (2001, p.18-19) “a decadência do conceito tradicional de soberania”. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à circulação de pessoas e mercadorias e a globalização é “a manchete que anuncia a chegada do novo século”.

Mauro Cappelletti (1999, p.69) esclarece que a ‘Grande Transformação’ fez emergir áreas da vida econômica e social que “por sua natureza e força expansiva ‘multinacional’ escaparam da capacidade regulamentação dos estados individualmente considerados”.

Todos estes autores apontam para a mesma direção: a superação do isolamento (leia-se soberania absoluta) dos Estados, que atingiu várias instituições da ordem interna e terminou por alcançar também a Justiça.

⁷¹ Ilustrativa, neste sentido a lição de José Adércio Leite Sampaio (2002, p.18): “A Constituição apresenta uma força simbólica superior a suas outras dimensões: do ponto de vista da filosofia política e do direito, ela desloca quase todo o debate para dentro de seu mundo, reduzindo questões de validade a questões de constitucionalidade. No plano do direito internacional, ela se vai apresentar como atributo simbólico de soberania, semelhante ao hino nacional, uma espécie de ‘cartão de visita internacional’ para os novos Estados ou governos. E, [somente] internamente ela reunirá o sentido de um ‘contrato’ ou ‘pacto fundador’, que tem um papel decisivo como forma de integração total ou de autoconstrução da identidade comunitária.

Desta nova conformação e queda de barreiras transnacionais, um padrão de interação e defesa global dos direitos humanos ganha força.

Sem descer as minúcias do importante - mas neste espaço inviável - debate entre universalismo *versus* particularismo, tem-se que o gênero humano, sua dignidade e seus direitos fundamentais rompem os limites do território e passam a exigir uma nova instância de proteção: as Cortes Internacionais.

Da institucionalização destes órgãos judiciais transnacionais dois grandes reflexos despontam e merecem análise em sede de judicialização da política: a responsabilidade internacional do Judiciário e o reflexo das Cortes na ordem judicial interna.

Em outra margem, mas não dissociado da dimensão externa da judicialização, tem-se a questão da expansão do Poder Judiciário e sua ligação com a política externa do Estado.

3.4.1 A responsabilidade internacional do Poder Judiciário

A primeira questão, como dito, emana da responsabilidade internacional do Estado por atos praticados pelo Poder Judiciário.

As normas de Direito internacional que regem a responsabilidade internacional dos Estados são de natureza costumeira. Isto, todavia não impede a aplicação de sanções a violações de normas convencionais, quais sejam aquelas insculpidas em Convenções⁷².

Registre-se, ainda, que tais normas costumeiras são objeto de estudo pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, a fim de se tentar uma codificação ou mesmo garantir seu desenvolvimento progressivo (SOUZA; DA ROS, 2005, p. 51).

De qualquer forma, o princípio fundamental que norteia a matéria é o de que toda violação do direito internacional – ato ilícito internacional – gera a responsabilidade internacional do Estado que a cometeu.

Este princípio “é reconhecido na jurisprudência internacional desde a pretérita Corte Permanente de Justiça Internacional e vem sendo reiterado pela Corte

⁷² Entendida, para fins deste estudo, como acordo formal concluído entre os sujeitos de direito internacional e como sinônimo de tratados, pactos, atas, protocolos, etc.

Internacional de Justiça” (SOUZA; DA ROS, 2005, p. 51), obrigando os Estados, na prática, a obedecê-lo.

A análise do tema da responsabilidade internacional envolve, então, quatro elementos: a) uma conduta do Estado; b) a imputabilidade desta conduta ao Estado; c) a existência de um dano e d) o nexo de causalidade, ligando a conduta do Estado ao dano causado (TEIXEIRA, 2007, p.38).

A responsabilidade internacional pode ser atribuída em face de condutas comissivas e omissivas do Estado e pode ser direta (ação ou omissão dos próprios órgãos e agentes do Estado) ou indireta (ação ou omissão da administração indireta), nos mesmos moldes que a responsabilidade interna (MIRANDA, 2010), assemelhando-se muito à responsabilidade civil, prevista na ordem nacional.

Assemelha-se, por certo, mas aqui decorre de atos regidos pelo Direito internacional, podendo ser atribuída a qualquer dos poderes do Estado, ainda que no cumprimento da sanção seja ele, o Estado, que venha a responder.

Explica-se: o Estado, por seu chefe de Estado ou de Governo, ou ainda, por plenipotenciário por ele determinado, se obriga nos termos de uma Convenção.

Este acordo internacional deverá surtir efeitos na ordem interna, cujo marco inicial de vigência dependerá dos trâmites reservados para tal em cada país, variando conforme sua tendência monista ou dualista de prevalência entre Direito interno e internacional⁷³.

Ocorre que, um órgão ou agente público, ao infringir uma norma de Direito internacional, de regra prescrita em tratado, atrai para o Estado a responsabilidade por este ilícito internacional. E isto pode ser praticado por qualquer dos poderes.

Deste modo, é entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, que a distribuição de competências na ordem interna e o princípio da separação dos poderes “são da maior relevância no âmbito do direito constitucional, mas no direito internacional não passam de fatos que não incidem na configuração da responsabilidade internacional do Estado” (SOUZA; DA ROS, 2005, p.57).

Assim, comete ilícito internacional, gerador de responsabilidade internacional, o Poder Legislativo ao legislar de modo contrário aos tratados⁷⁴, ao nacionalizar bens e patrimônios sem a devida indenização, *v. g.*, dentre outras condutas.

⁷³ O Brasil exige procedimento específico conforme artigo 49, I da Constituição Federal que dispõe: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

⁷⁴ Oportuno mencionar a tese acerca do controle de convencionalidade dos tratados. Valério Mazzuoli (2009) tratando do tema aduz que “as justificativas que se costumam dar, sobretudo no Brasil, para o descumprimento das obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional, são absolutamente

O Executivo descumpra o comando internacional, por exemplo, ao expropriar sem indenização, ao ofender direitos humanos por sua polícia, etc.

O Poder Judiciário, do mesmo modo, pode cometer ilícito internacional, atraindo para o Estado a responsabilidade, quando age, *v. g.*, com morosidade na entrega da prestação jurisdicional ou contraria direitos humanos protegidos por tratados⁷⁵.

A responsabilidade pode ser dar ainda, por atos no interior do Estado (regra) ou dentro de outro ente, especialmente quando se trata de ocupação de outro território (MIRANDA, 2010).

Ante ao exposto observa-se, portanto, que a questão da responsabilidade internacional do Judiciário possui grande relevância já que não se admite, em termos de Direito internacional que um Estado se obrigue nos termos de um Tratado e passe a descumpri-lo depois.

Não há coerência, portanto, conforme (SOUZA; DA ROS, 2005, p.65) na conduta de um país que nega vigência a um tratado por decisões de seus tribunais, se este mesmo país assumiu tais obrigações convencionais após participar de um longo processo envolvendo os Poderes Executivo e Legislativo, podendo incluir, ainda, como no caso do Brasil, um exame da conformidade constitucional pelo Congresso.

Em tempos de judicialização da política este se revela como um cuidado a mais impingido ao Judiciário nacional: implementar políticas tomando por guia não somente os valores internos da sociedade, mas também aqueles que ela cultiva na seara internacional.

O cenário ideal autoriza a defender a ideia destes valores, dado sua natureza universal e nacional, devem ser os mesmos, já que futuro do Direito caminha (ou deseja-se que caminhe) na direção de uma proteção jurídica sem fronteiras.

A confirmação deste argumento, entretanto, pertence ao tempo.

ineficazes à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, agora, pela própria ordem constitucional brasileira, que passa a estar integrada com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais: o de 'convencionalidade'".

Maiores detalhes na tese de doutorado do autor (MAZZUOLI, 2008).

⁷⁵ No Brasil, tal situação pode ser exemplificada, na prática, por dois casos emblemáticos:

O primeiro, em sede de juízo singular, com o caso Damião Ximenes Lopes, onde o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em, 2006, dentre outros motivos, por deixar de julgar (punir) os culpados e de reparar os danos materiais e morais sofridos pelos familiares da vítima. A demora na prestação jurisdicional, ou seja, a omissão do Poder Judiciário levou à condenação do Estado.

O segundo, no âmbito da jurisdição constitucional, com a condenação do Brasil, também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em face da decisão do STF, ao julgar ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, sobre a Lei de Anistia (6.683/79), onde a OAB se colocava contra a interpretação de que a legislação perdoaria crimes comuns e de violação de direitos humanos e o Supremo decidiu que a lei que anistiou também os torturadores que atuaram contra movimentos de resistência à ditadura militar.

3.4.2 As Cortes Internacionais e a nova interação entre os poderes

A segunda forma de judicialização em sua dimensão internacional seria a adição de um novo elemento no sistema de freios e contrapesos dos Poderes, a jurisdição supranacional.

Sob esta ótica, a expansão do Poder Judiciário interno haveria de lidar não só com as consequências em relação aos demais poderes, mas também interagir com uma espécie de instância superior transacional.

Os organismos internacionais⁷⁶, segundo Husek (2004, p.46) são entes formados pela iniciativa dos Estados e representam a cooperação entre os países, conscientes de que sozinhos terão maiores dificuldades para realizar seus objetivos.

A definição específica de organização internacional é dada pela doutrina, eis que ausente um conceito determinado por norma internacional. Assim, pode ser caracterizada como uma associação voluntária e estável de sujeitos de Direito internacional, nas palavras de Celso Albuquerque Mello (2004, p.601) “criada por ato internacional sujeita às normas de direito internacional, que realiza finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e exercício de poderes que lhe foram atribuídos”.

Tais organismos internacionais possuem personalidade própria e autônoma em relação aos Estados que os criaram por meio de tratados, gozando de independência (HUSEK, 2004, p.47). Regem-se segundo estatuto, órgãos e institutos próprios, “sendo passíveis também de atribuição de responsabilidade internacional”.

Dentre os vários órgãos que uma organização internacional pode ter, destacam-se, neste trabalho, os órgãos jurisdicionais.

No caso da Organização das Nações Unidas (ONU), seu principal órgão Judiciário é a Corte Internacional de Justiça⁷⁷, que só atua em litígios em que as partes sejam Estados (MELLO, 2004, p.685). O homem e as organizações internacionais, não podem se submeter, diretamente, à Corte Internacional de Justiça.

É na seara da defesa dos direitos humanos⁷⁸, todavia, que tais órgãos jurisdicionais se destacam. Neste rol se encontram os sistemas regionais de proteção

⁷⁶ São exemplos de organizações internacionais: ONU, OEA, OIT, OMS, OTAN, FAO, BIRD, FMI, etc.

⁷⁷ “Devemos assinalar inicialmente que a palavra ‘principal’ significa não ser ela o único tribunal”. O artigo 95 da Carta das Nações Unidas declara expressamente que os membros das Nações Unidas poderão submeter seus litígios a outros tribunais (MELLO, 2004, p.682).

⁷⁸ Acerca da distinção entre Direitos Humanos e Fundamentais vide Alberto Silva Santos (2010, p.36-40) e Eduardo Cambi (2009, p.37-55)

de direitos humanos e suas respectivas Cortes, ainda que idealmente, a proteção em escala global, fosse mais indicada.

Assim é que com a admissão nos sistemas jurídicos dos Estados da tese de que o indivíduo possui a faculdade de recorrer instâncias internacionais para assegurar o respeito aos direitos humanos, após esgotar os recursos internos em que poderia se valer para garantir estes direitos, deu-se início à proteção internacional dos direitos humanos.

Resta consagrada, portanto no campo do direito internacional, como ensina Ledesma (1992, p.21-22), a inclusão do indivíduo como sujeito de direito internacional, ocupando lugar de destinatário direto de normas jurídicas internacionais, que lhe outorgam direitos específicos e capacidade processual - ainda que limitada - de comparecer perante Cortes e comissões internacionais, denunciando a violação de seus direitos.

Assim, admitir-se denúncias de pessoas ou grupos contra um Estado perante uma instância internacional exige o reconhecimento de personalidade jurídica internacional, razão pela qual, também para Basso (1986, p.50) merece aceite a tese de que o homem é sujeito de direito internacional.

Tem-se, ainda, que na ordem internacional, as experiências do Tribunal de Nuremberg, bem como dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e, posteriormente, a criação do Tribunal Penal Internacional são os precedentes de proteção dos direitos humanos perante órgãos judiciais internacionais (PIOVESAN, 2006, p.33).

Assim, o legado deixado pelo Tribunal de Nuremberg, convocado na forma de um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos da Segunda Guerra Mundial, segundo Flavia Piovesan (2006, p.33) se traduz no forte incentivo ao processo de justicialização⁷⁹ dos direitos humanos. Nuremberg não apenas consolidou a ideia de limitação da soberania nacional como reconheceu que os indivíduos e não apenas os Estados, possuem direitos assegurados pelo Direito Internacional.

No que pertine aos Tribunais para a ex-Iugoslávia, instalado em 1993 pelo Conselho de Segurança da ONU para investigar violações do Direito Humanitário cometidas naquele país desde 1991 e o Tribunal *ad hoc* instalado em julho de 1994 para julgar os crimes cometidos de janeiro a dezembro de 1994, demonstram a

⁷⁹ Aqui entendida como a proteção dos direitos humanos perante órgão judiciais internacionais, sem qualquer sinonímia ao processo de justicialização.

significativa contribuição das Nações Unidas para promoção e proteção dos direitos humanos.

Com relação a uma Corte permanente e com jurisdição independente, ainda que complementar às cortes nacionais, em 1998 foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tendo entrado em vigor em julho de 2002.

Considerado um passo de forte expressão na defesa dos direitos humanos em escala global, com conformação inédita na história mundial, deixa patente a responsabilidade primária dos Estados para com a violação de direitos humanos em seu território. De modo subsidiário, todavia, coloca toda a comunidade internacional como responsável pelo combate e punição a estas violações⁸⁰.

Assim, ainda que não se tenha um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, o sistema global de proteção caminha a passos largos na defesa da pessoa humana, tendo a colaboração direta e imprescindível dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos⁸¹.

⁸⁰ No Brasil em específico, na reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004 o artigo 5, §4º da Constituição Federal submeteu o país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional ao passo que o artigo 7º das ADCT, na Constituinte, propugnava pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos. Conferir interessante análise crítica sobre este tema em Pamplona e Annoni (2008b).

⁸¹ São cinco sistemas regionais de proteção de direitos humanos: Europeu, Americano, Africano, Árabe e Asiático, dos quais. Destes, o Europeu e Americano possuem tradição e contam, inclusive com Cortes Judiciais instaladas e atuantes. O Sistema Africano inicia seus passos com recente instalação de sua Corte Judicial. Já os Sistemas Árabe e Asiático são incipientes na seara de defesa dos direitos humanos. Assim, cabe destacar os seguintes pontos:

a) A Corte Européia de Direitos Humanos: O principal diploma internacional no sistema europeu de proteção dos direitos humanos é a Convenção Européia de Direitos Humanos⁸¹, celebrada em Roma em 04 de janeiro de 1950 e elaborada no Conselho da Europa⁸¹, organização representativa dos Estados da Europa Ocidental, na sequência das gravíssimas atrocidades e violações dos direitos humanos perpetradas durante a II Guerra Mundial. Após modificações em seu sistema inicial, a Corte Européia funciona hoje com sede em Estrasburgo, na França, permitindo o ingresso direto das vítimas à Corte, com uma jurisdicionalização total do processo de proteção, acompanhada, necessariamente, “pelo direito de qualquer indivíduo que se encontre em um dos Estados-parte, a demandar diretamente contra os Estados ante um Tribunal internacional” (BICUDO, 2003, p.228).

b) A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aprovada em 22 de novembro de 1969, na Conferência de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Com relação aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção seguiu, de modo geral, o modelo europeu, criando além de uma comissão encarregada de investigação dos fatos de violações a suas normas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na Costa Rica, em San José, consistente em um tribunal especial para julgar os litígios decorrentes daquelas violações, cuja jurisdição só é obrigatória, no entanto, para os Estados-Partes que a aceitem expressamente (COMPARATTO, 2008, p.372).

c) A Corte Africana dos Direitos Humanos: Aprovada em Nairóbi, no Quênia, em junho de 1981, na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos trouxe como grande novidade a afirmação de que os povos também são titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como internacional, sendo que até então a eles só se reconhecia o direito a autodeterminação (COMPARATTO, 2008, p.395). A Corte Africana de Direitos Humanos foi criada por um protocolo adicional à Carta de Banjul (como também é chamada a Carta Africana de Direitos Humanos) aprovado em junho de 1998, que entrou em vigor em 2004. Possui sede em Arusha, na Tanzânia.

d) As Cartas Árabe e Asiática de Direitos Humanos: Com relação aos incipientes sistemas orientais de proteção, tem-se, apenas para registro, que com relação ao Sistema Regional Árabe, em 1945 foi criada A Liga dos Estados Árabes que, em 1994, adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos, “que reflete a lei

Toda a construção até aqui esposada visa demonstrar a presença e a força das Cortes internacionais no contexto dos Estados e, como tal, frente ao Poder Judiciário interno.

As Cortes internacionais se apresentam como mais uma engrenagem no já intrincado sistema de freios e contrapesos dos poderes tradicionais, evidenciando cada vez mais a necessidade de redefinição da teoria, quiçá do próprio Estado.

Nas palavras de Claudia Servilha Monteiro (2007, p.161) “uma das consequências mais evidentes do impasse em que se encontra o Estado social diante do fenômeno da globalização, é o deslocamento crescente e constante dos procedimentos decisórios emancipatórios para a esfera supranacional”.

E frente a esta nova realidade, o Poder Judiciário em expansão deve tal qual em sede de responsabilidade internacional, guiar seus passos em harmonia com os valores universais de direitos humanos, buscando na atuação destas Cortes os precedentes necessários e os indicativos pertinentes a balizar a interpretação dos princípios constitucionais internos.

Por derradeiro nesta abordagem, reflexões importantes são levantadas em um estudo realizado junto a organizações do terceiro setor, acerca do conhecimento e utilização de normas internacionais para a defesa e promoção de direitos humanos. Os resultados demonstram que as organizações da ordem interna acionam pouco tal sistema (CUNHA; NORONHA; VESTENA, 2010).

O que importa refletir, todavia, é a hipótese sustentada pelos autores, no sentido de que as entidades da sociedade civil, uma vez organizadas para demandar direitos humanos nas cortes internacionais fomentam uma ampliação no conceito tradicional de judicialização da política, pois tem nos mecanismos supranacionais uma espécie de “terceira instância” – ‘paralegal’ – a ser demandada além dos tribunais locais para a garantia de direitos judicializáveis.

islâmica da sharia e outras tradições religiosas (PIOVESAN, 2006, p.52)”. Quanto à proposta de criação de um sistema regional asiático, “destaca-se a Carta Asiática de Direitos Humanos, em 1997, sob a forma de uma declaração feita por expressivas ONGs”, endossando princípios como direito ao desenvolvimento sustentável, democracia, paz, dentre outros e destacando a indivisibilidade e da universalidade dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p.52-53). Estes dois sistemas, todavia, não possuem uma Corte jurisdicional implantada.

3.4.3 A política externa do Estado frente a um Poder Judiciário em expansão

Por fim, a terceira análise possível da dimensão internacional da judicialização da política é feita sob o enfoque do Judiciário estabelecendo parâmetros para a política externa do Estado.

Isto ocorreria por meio da jurisdição constitucional, onde o Poder Judiciário poderia impor condutas ao Executivo, terminado por regular ou conduzir a ação externa do Estado.

Os Chefes de Estado⁸² são os representantes do Estado na ordem intencional, chefiando, portanto, a política externa de sua nação.

Embora este poder já não seja absoluto em face do processo de democratização onde o Chefe de Estado deve agir dentro dos limites fixados pela sua Constituição, são os chefes que negociam e assinam tratados, ou nomeiam representantes para fazê-lo (MELLO, 2004, p.1369).

As relações internacionais são exercidas ainda, pelo Ministro de Relações Exteriores, que atua tanto como órgão interno do Estado, quanto como órgão das relações exteriores e pelo corpo diplomático e consular.

No caso do Brasil a preocupação com os relacionamentos externos vem desde as primeiras Constituições, com nomeação de embaixadores e agentes diplomáticos e comerciais pelo Poder Executivo, conforme prescrevia a Constituição de 1824, passando pela atribuição da política externa ao Senado na primeira Constituição da República (HUSEK, 2004, p.113).

Com a promulgação de Constituição de 1988, chega-se à atribuição exclusiva da União e competência privativa do Presidente da República com auxílio de seu ministério, o exercício das relações exteriores.

A Constituição brasileira fixa os princípios a serem observados nas relações internacionais⁸³, pautando a atuação do Chefe de Estado.

⁸² No campo das relações diplomáticas não se costuma fazer distinção entre Chefe de Estado e Chefe de Governo para fins de privilégios, imunidades e tratamento.

⁸³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

O fato é que a atuação do Poder Judiciário interno pode acabar por influenciar o processo de relações internacionais e exemplos brasileiros nesta seara, não são escassos, como o caso Cesare Battisti⁸⁴ e a polêmica instaurada desde a concessão de refúgio ao mesmo até sua a decisão de sua não extradição.

Dessa forma, o Judiciário passa a impor constrições sobre o Poder Executivo na condução das relações exteriores na medida em que os tribunais exigem a conformidade da ação externa do Estado com os princípios e normas constitucionais.

Em sede de judicialização, com a expansão do Judiciário sobre a esfera política este padrão tende a se intensificar. O Poder Judiciário interno se verá chamado a decidir cada vez mais casos que interfiram nas relações externas do Estado.

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁸⁴ Em 18 de novembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, no processo de Extradicação no. 1085 autorizou a extradição do italiano Cesare Battisti para a Itália, reconhecendo como irregular o ato de concessão de refúgio pelo Executivo brasileiro, via Ministério da Justiça, por entender que os crimes cometidos pelo extraditando não eram políticos.

Na mesma sessão, o STF entendeu que o Presidente da República tinha poder discricionário para decidir se extraditaria ou não Cesare Battisti

No último dia de seu mandato, em 31 de Dezembro de 2010, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, negou a extradição de Battisti, reabrindo o debate em função da Reclamação número 11243 protocolada pela República Italiana contra o ato do Presidente. O governo italiano pede que o STF conceda liminar para suspender o ato presidencial até o julgamento do mérito do caso, pedido este que ainda aguarda julgamento (STF, 2011).

4 A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO CONSTITUCIONAL DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O fenômeno da judicialização da política já fora, até aqui, esmiuçado em múltiplas dimensões. Para tanto, autores de vertentes diversas foram estudados, opiniões divergentes analisadas, aspectos convergentes identificados.

Neste momento, passa-se ao objetivo central da pesquisa, qual seja, demonstrar as razões que levam a defender um conceito constitucional de judicialização da política.

Para tanto, retomam-se os mais destacados aspectos analisados para descortinar uma conclusão comum a todas as categorias de judicialização: o fato de que, por qualquer ângulo que se espreite, ela nasce no constitucionalismo de modo geral e no contemporâneo encontra sua morada.

Nesse sentido, conceitos estudados serão revisitados para indicar onde exatamente se insere e explica a judicialização no contexto do Direito constitucional e em específico do constitucionalismo contemporâneo.

Assim sendo, é na constitucionalização de direitos decorrente do constitucionalismo contemporâneo que está a chave para a expansão do Poder Judiciário sobre a esfera política e é através dela que a judicialização se legitima. E mais, é neste novo cenário constitucional que os Poderes e a própria democracia haverão de se reinventar.

Destarte, a progressiva expansão do Estado em cada um de seus ramos (que culmina na judicialização) termina por modificar a concepção tradicional da separação de poderes, do mesmo modo que a democracia se vê redefinida. Modificam-se os poderes, reordenam-se as instâncias de decisão, redefine-se o *modus operandi* os titulares das funções e incluem-se outros destinatários das proteções. Isto tudo, fruto de uma sociedade complexa.

Note-se que as alterações são tantas, sempre ligadas à própria modificação do Estado e da sociedade ao longo do tempo que termina por romper as barreiras do âmbito doméstico, passando efetivamente compor um Direito de dimensão supranacional.

Todos estes movimentos (modificações na tripartição dos poderes, redefinição democrática e a existência de uma dimensão externa de judicialização), convergem para um ponto comum. Se não se pode dizer que tiveram origem

exatamente no mesmo momento histórico e pelas mesmas razões, será no mesmo local que buscarão refúgio: o constitucionalismo contemporâneo.

Importa identificar, portanto, os argumentos que comprovam esta tese.

4.1 A BASE CONSTITUCIONAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Dirley da Cunha Junior (2008, p.9) informa que no Estado Constitucional Democrático de Direito reconhece-se a “supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito”, corroborando o afirmado no segundo capítulo deste trabalho.

É um novo modo de se enxergar a Constituição e interpretar o Direito que muito mais que introduzir outro nome na teoria, precedido de sufixo ou não, insere uma modificação profunda na relação Direito e Política.

Este movimento neoconstitucionalista vem para superar a crença na suficiência da lei, na medida em que uma norma jurídica deixa de ser considerada válida tão somente por ter sido criada pela autoridade competente e passa a exigir mais. Este ‘mais’ é ‘no mínimo’ que seja justa, ou ainda, que esteja em consonância com os valores de determinada sociedade.

Tal movimento não influencia somente o jogo democrático, ao exigir do ‘criador da lei’ novas posturas. Exige do ‘aplicador da lei’ uma nova atuação, um comportamento proativo, um repensar do Direito frente a uma nova concepção de Constituição.

O aplicador busca inspiração em outros sistemas de Direito e conhece uma interpretação que, calcada em regras e princípios, poderá entregar mais que a mecânica prestação jurisdicional. Abre-se a porta para a concretização dos direitos, via normatividade dos princípios. A expansão de sua atuação aqui, revela-se inevitável.

As palavras de Luis Roberto Barroso (2005a, p.233) ilustram o momento. “O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos”, diz, referindo-se à justiça e à segurança.

Ao juiz não é dado mais o distanciamento crítico em relação aos casos que julgará. “Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma, circulando numa

era de sufixos neo e pós, na tentativa de nominar tudo de novo que está a lhe acometer” (BARROSO, 2005a, p.234).

A expansão do Poder Judiciário há que ser entendida neste cenário de modificações de modo que na esteira dos três marcos⁸⁵ de estudo descrita por Barroso (2005b, p.3-5) se perseguirá este intento.

Importa, em princípio, estudar a expansão judicial no contexto do marco histórico do novo direito constitucional. Tem-se aqui, então, o já aduzido cenário do pós-guerra, que aproximou as ideias de Direito e democracia, resultando no Estado Democrático Constitucional de Direito⁸⁶.

A destruição completa do piso da dignidade humana, com os sofrimentos indizíveis impingidos “ao outro”, sobretudo na Segunda Guerra Mundial, forçaram um comportamento de proteção do ser humano.

“A terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemãs, diga-se, mas de diversas nacionalidades européias – abraçaram a ideia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política válida de governo” (BARCELLOS, 2000, p.161) altera o modo de pensar o Direito.

Caminhou-se, então, no sentido da fundamentalização de um direito, de um princípio ou de valor cuja natureza jurídica precisa aqui, não cabe discutir. Este direito, este piso mínimo de atribuições do ser humano era a dignidade humana, que fora pisoteada até a morte nos horrores do pós-guerra.

Como herança deste marco histórico o direito constitucional levará, como se viu, a normatividade, a superioridade e a centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos, características sem as quais não se pode falar em judicialização.

No Brasil, o marco histórico da constitucionalização chega mais tarde, por ocasião da Assembleia Constituinte de 1988. Saía-se de anos de opressão da ditadura militar e também por aqui sopravam as brisas da necessidade urgente de se assegurar e implementar a dignidade.

Para Zulmar Fachin (2008, p.100) “um dos fenômenos mais visíveis na Constituição de 1988 é a chamada constitucionalização de direitos”, definida também como a “migração dos direitos que estavam previstos em alguma espécie normativa (lei ordinária, lei complementar, etc.) e que passaram a ter assento constitucional”.

No que tange ao marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo, este se revela na superação do positivismo onde, para Amélia Rossi (2011, p.203) “o

⁸⁵ Histórico, filosófico e teórico.

⁸⁶ Ou ainda Estado Constitucional de Direito, Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático.

‘direito que é’ é o ‘direito que deve ser’ comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. O direito serve para tal e deixa de sê-lo quando perde este propósito que o legitima.

Neste quadrante o constitucionalismo contemporâneo propõe ir “além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2005b, p.4), modificando em definitivo o modo de se perceber Direito e justiça, oportunizando a expansão do Poder Judicial.

A guisa de marco teórico do constitucionalismo contemporâneo hábil a justificar a expansão do poder judicial “três grandes transformações subverteram” (BARROSO, 2005b, p.5) o modo tradicional de se enxergar o direito: a força normativa da Constituição, a nova interpretação constitucional com a consequente expansão da jurisdição constitucional.

Tais transformações já foram neste trabalho exploradas, mas destacam-se aqui as razões que justificam um conceito de judicialização fulcrado no direito constitucional.

Assim, desde logo se destaca a força normativa da Constituição que deixa de ser um convite à atuação dos Poderes Públicos na forma de um documento essencialmente político (Barroso, 2005b, p.5) e passa ter caráter vinculativo e obrigatório.

As normas constitucionais, como já mencionado, passam a ser consideradas normas jurídicas e como tal, dirigidas a toda a sociedade e ao Poder Judiciário. São imperativas, ou seja, possuem capacidade de se impor pela força, se necessário e se a Constituição é uma norma jurídica, “tudo o que nela se contém desfruta dessa natureza” (BARCELLOS, 2000, p.163-170).

As normas constitucionais passam a conter um comando, deixando de apenas sugerir, recomendar, aconselhar. Sua imperatividade, via de consequência, pode ser descumprida por ação ou omissão e a norma constitucional passa a reclamar meios de defesa ou proteção do bem jurídico que tutelam (BARROSO, 2008b, p.5).

Nesse sentido, até a chegada do novo direito constitucional o Poder Judiciário não possuía papel relevante na concretização do conteúdo da Constituição. Foi só com o advento deste novo modo de pensar o Direito, que o juiz passa a ser responsável também pela realização da Constituição, se expandindo.

A judicialização da política, então, é movimento natural deste conjunto de transformações, sempre impulsionada pelo caráter normativo dos comandos constitucionais.

Em sede de expansão da jurisdição constitucional e nova interpretação constitucional, repita-se, a constitucionalização dos direitos fundamentais, marca do constitucionalismo contemporâneo, desponta como combustível de judicialização da política.

Assim, a migração da hegemonia do Legislativo para um cenário de protagonismo judicial se dá em virtude da supremacia da Constituição e a consequente adoção de técnicas de controle de constitucionalidade das leis e atos que lhe dariam implementação.

Este novo campo de atuação requer do Poder Judiciário novas técnicas de entender o Direito, resultando em novas modalidades de interpretação constitucional, uma vez que se reconhece normatividade, imperatividade e cogência ao texto constitucional, não mais visto como meramente programático e protocolar.

Assim, a interpretação constitucional passa a ser marcada pela mudança do papel da norma, do papel do intérprete e do papel do problema (BARROSO, 2006,p.290). A norma passa a ser imperativa, o intérprete se expande em sua atuação e o problema passa a conter nuances não só jurídicas, mas também políticas.

A interpretação tradicional⁸⁷, entretanto, não resta superada, adverte Barroso (2005b, p.8). Ao contrário, é no seu bojo que se buscam os métodos para entender e interpretar o Direito.

Os novos movimentos constitucionais, contudo, acabaram por trazer questões, sob o vértice da normatividade, que reclamavam outros meios de interpretação. A necessidade de expansão do Poder Judiciário imposta pelo constitucionalismo contemporâneo o fez buscar novas maneiras de dizer o Direito novo.

O desempenho meramente técnico do intérprete desenvolvido pela interpretação tradicional, já não ofertava os meios necessários à concretização dos valores axiológicos insertos numa Constituição agora normativa.

Esta correção de rota da interpretação constitucional foi determinada, pelo exposto, da constitucionalização do Direito, onde o conteúdo axiológico desta Constituição normativa se espalha sob todo o Direito.

⁸⁷ A interpretação tradicional comporta os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Sobre o assunto, vide: BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

O enfoque aqui, todavia, fica por conta da limitação à discricionariedade ou liberdade na elaboração das leis por parte do Legislativo e da imposição de deveres de atuação na implementação de direitos, programas e políticas constitucionais que são impostas à Administração.

O que se pretende deixar claro como fundamento maior da judicialização da política em sede constitucional é que os parâmetros para o exercício de controle de constitucionalidade e de interpretação das normas impostas ao Poder Judiciário, que terminaram por expandir sua atuação foram determinados pela própria Constituição e nela encontram seus limites.

Para Amélia do Carmo Sampaio Rossi (2011, p.168) o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo implica, inclusive, “na construção de uma nova teoria das normas jurídicas, já aceitando que princípios possuem efetivamente um caráter normativo”.

Nesta nova teoria, de evidente superação do positivismo para a autora, a “exigência de um juiz neutro na estipulação de um raciocínio subsuntivo não se mantém diante da ideia normativa de princípios” e passa a exigir “uma ideia de direito comprometido com a noção de correção ou justiça, o que implica as relações necessárias entre a moral e o Direito” (ROSSI, 2011, p.168)

Nesta seara se reconhece que critérios de natureza moral passam a determinar a validade ou não das normas jurídicas, numa leitura moral da Constituição resultante de uma interpretação construtiva dos valores do regime democrático.

Tais valores como igualdade, liberdade e solidariedade inspiram as normas jurídicas constitucionais. São valores fundamentais que vão dar esteio a todo o conteúdo constitucional e inspirar-lhe a interpretação.

Para Amélia Rossi (2011, p.170) “a normatividade atribuída hoje aos princípios e o tipo de interpretação que o Direito passa a requerer em função do abrigo deles” denota que o Direito só pode ser apreendido na medida em que possui um caráter substantivo e marcadamente vinculado à moral.

4.2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NAS DEMAIS CATEGORIAS DE JUDICIALIZAÇÃO

Evidenciada a visceral relação entre judicialização da política e constitucionalismo contemporâneo, cumpre observar que esta categoria de estudo da judicialização possui um destacado diferencial: espraia-se, alcança e influencia as demais categorias até aqui estudadas.

Assim, além da convergência de assuntos percebida do primeiro capítulo para o segundo, neste momento apresenta-se uma nova conformação nos tópicos estudados: a constatação de o constitucionalismo contemporâneo, para além de uma categoria de estudo da judicialização, termina por influenciar todas as demais, como se buscará demonstrar.

4.2.1 Constitucionalismo contemporâneo e separação dos poderes

O novo leque de possibilidades aberto ao Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, de conotação mais imposta do que voluntária admita-se, ressoará também pelas categorias centrais da teoria dos Poderes.

Isto acontece por que ao encontrar novas formas de atuação, o Judiciário termina por se expandir sobre os demais poderes, de modo que, como já infirmado, a judicialização implica na redefinição da teoria dos poderes. Esta redefinição, embora ainda não se tenha uma nova teoria de separação, sabe-se que sua consolidação necessariamente passará pelas bases do constitucionalismo contemporâneo.

Neste sentido, Ana Paula de Barcellos (2008, p.244) informa que “no final do século XIX, considerando-se a realidade européia, as relações entre a separação dos poderes e a Constituição fluíam ainda sem muitos atritos”, isto porque, em primeiro lugar, não se reconhecia caráter normativo à Constituição, capaz de produzir efeitos diretamente. Estas se limitavam a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico-processual.

Em segundo lugar, a cogitação de controle judicial de constitucionalidade das leis era, a essa altura, simplesmente inadmissível. Pairava a ideia de que a separação

dos poderes estava a serviço da supremacia do Parlamento, que era quem, afinal, poderia determinar a ação administrativa, também insuscetível de controle.

Foi só a partir do século XX, com a ampliação do conteúdo da Constituição que a relação entre os poderes sofreu alterações substanciais (BARCELLOS, 2008, p.244). A expansão do Poder Judiciário passa a conformar a interpenetração entre os poderes.

A judicialização da política então, aqui defendida como movimento de expansão do Poder Judiciário através da nova interpretação constitucional, baseada na normatividade da Constituição e operacionalizada pela jurisdição constitucional, ocorreu não em virtude de uma reformulação da consagrada ideia de separação dos poderes. Deveu-se, isto sim, à normatividade da Constituição.

Em outras palavras, a judicialização da política contribui para a redefinição da teoria da separação dos poderes, mas nela não encontra conceito.

Não é sem motivo que Canotilho (2010, p. 219) adverte que a “proteção dos direitos fundamentais é o fim último da própria separação dos poderes”. A separação dos poderes serve à Constituição e aos fins que ela consagra e por isso qualquer reformulação terá que buscar guarida no Direito Constitucional.

No que pertine à legitimidade, a esta altura já esmiuçada em seus prós e contras, tem-se que a atuação proativa do Judiciário em sede de judicialização da política se justifica, sobretudo, pela sua posição na defesa da Constituição, num movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo.

É o papel de defensor dos direitos fundamentais que autoriza o Judiciário a se expandir sobre a política, mas também nele vai encontrar seus limites.

E note-se que esta autorização parte da própria Constituição, via poder constituinte, que retira do povo e dos valores por ele tidos como importantes sua direção. Este poder, superior à própria tripartição dos Poderes, no constitucionalismo contemporâneo entregará ao Judiciário as chaves de uma nova interpretação, que o legitima a concretizar os valores, os direitos, os princípios fundamentais, mesmo que para isso precise subverter a própria tripartição dos poderes.

Cabe aqui uma breve digressão, necessária a situar o papel da Constituição em sede de judicialização da política e interpenetração dos poderes.

Assim, conforme Ana Paula de Barcellos (2008, p.86) o neoconstitucionalismo convive com a polêmica acerca da oposição entre a Constituição enquanto conjunto de decisões valorativas essenciais e Constituição como meio de se garantir o funcionamento do sistema democrático. Esta última teria o papel de garantir que a

maioria se encarregaria de eleger seus valores preferenciais em cada momento. É o debate entre Constituição substantiva e procedimental, portanto.

Sem aprofundar o debate, no âmbito da judicialização da política importa destacar como faz Barcellos (2008, p.89) que “substancialistas e procedimentalistas concordam, por razões diversas, que os direitos fundamentais formam um consenso mínimo disponível a qualquer grupo político” e a Constituição como norma jurídica central no sistema vincula todos dentro do estado, sobretudo os Poderes Públicos.

Deste modo, não haverá jogo democrático que funcione sem um mínimo de direitos assegurados à pessoa humana, tidos como perenes e inafastáveis. Assim, ainda que se assumisse como inadequado que uma geração impusesse à outra seus valores materiais, um rol mínimo axiológico há de ser preservado como ponto de partida no debate democrático.

Não se trata de imposição de valores em sentido lato, máxime numa sociedade hipercomplexa que se modifica e reinventa rotineiramente. Trata-se de imprimir em tintas permanentes o apego à dignidade humana, pois ainda hoje (e até quando?) comportamentos que inspiraram horrores nas guerras passadas espreitam o porvir.

A tensão entre estas concepções “longe de ser apenas um debate acadêmico, afeta a concepção do aplicador do direito acerca do sentido e da extensão do texto constitucional que lhe cabe interpretar” (BARCELLOS, 2005, p.89). Deste modo, a defesa da visão substancialista autoriza um controle de constitucionalidade rigoroso e abrangente e como tal abre espaço para a judicialização da política.

Concluída esta breve digressão, retoma-se a questão da legitimidade judicial retirada da própria Constituição.

Segundo Moraes (2000, p.69), o poder constituinte originário tem o povo como seu titular e sua vontade política é expressa por meio de representantes, em Assembleia Nacional Constituinte⁸⁸, cujo exercício estabelecerá a organização fundamental da Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos.

Some-se a isso o fato de que o poder constituinte é o suporte lógico da Constituição, que é superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos.

⁸⁸ Observe-se que o poder constituinte se manifesta tanto por revolução quanto por movimento político, estabelecendo a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá poder constituinte no surgimento de uma primeira Constituição quanto na elaboração de uma Constituição posterior. Tanto haverá poder constituinte por revolução, como já mencionado, como pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (MORAES, 2000, p.69).

Ora, vez mais, este poder constituinte, ao entregar ao Judiciário a missão de defesa da Constituição legitima-o a expandir sua atuação e romper as fronteiras com os demais poderes sempre que necessário⁸⁹.

No seio do constitucionalismo o Judiciário é chamado a concretizar a Constituição, não mais apenas como um convite e sim contendo um comando, imperativo, ordenador. Este comando autoriza inclusive a judicialização da política.

Telles Junior (1986, p.51) ao estudar o Parlamento fornece um entendimento útil a esta ideia ao asseverar que o Poder Legislativo não é um poder originário, nem autônomo nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. É um Poder constituído e exercido em conformidade com o que manda o Poder Constituinte.

Do mesmo modo o Poder Judiciário, razão pela qual sua legitimidade se justifica na presunção de sua criação que foi decorrente da vontade soberana do povo.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 15) reforça o argumento, eis que entende que o movimento de juízes implementando políticas não implica em falta de legitimidade do Poder Judiciário, que encontra na Constituição Federal sua legitimação, por atuar como representante indireto da vontade popular, desde que se atenha à Constituição e às leis.

Daqui se extrai um argumento importante neste estudo, no sentido de que o Poder Judiciário retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais. Esta legitimidade material, por sua vez, liga-se diretamente ao Constitucionalismo contemporâneo, já que é ele que redefine a concepção dos próprios direitos fundamentais, ao atribuir normatividade aos princípios e alçar a dignidade humana a um *status* jamais visto.

Para Moraes (2000, p.70) formalmente, prevalece a decisão judicial porque se presume que este foi o desejo do povo, no exercício do poder constituinte originário, na elaboração da Constituição. Materialmente, se legitima por ter sido instituído pela mesma Constituição, como garante sua supremacia, de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando desta forma o Estado de Direito.

De outra vertente de pensamento, mas alinhado à concepção aqui defendida, Werneck Vianna *et. al* (1999, p.43) esclarece que, no cenário que chama de 'tirania da

⁸⁹ Pesquisas acerca da judicialização demonstram que este "sempre que necessário" (leia-se ineficiência e deficiência dos demais Poderes) tem se tornado cada vez mais comum.

maioria⁹⁰, o Poder Judiciário começa a ser percebido como mais um estuário para as insatisfações existentes com os demais Poderes, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião de valores fundamentais⁹¹.

A legitimidade maior, então, das decisões judiciais nasce da tarefa imanente ao Poder Judiciário, marcada de modo permanente na atribuição judicial, qual seja a concretização de direitos fundamentais. Esta concretização, todavia, só ganha novas cores se desenhada na tela do constitucionalismo contemporâneo.

É neste contexto, então, que o papel do Judiciário se revela como guardião dos valores constitucionais, preenchendo os espaços que os demais Poderes deixaram em aberto, evidenciando a inserção da judicialização da política na teoria constitucional.

Mesmo raciocínio e fundamento se aplicam à questão da possível delegação de poderes, a esta altura já afastada a ideia de usurpação.

Conforme Anderson Lobato (2001, p.48) questões políticas não resolvidas no jogo democrático são trazidas ao Judiciário através do controle da constitucionalidade das leis e das ações de constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

Ora, se o Legislativo não dá conta de resolver as questões políticas pelo debate democrático, termina por delegar sua função ao único Poder autorizado a fazê-lo via Constituição. Não é o movimento ideal, reafirme-se, mas é um dado de realidade que se descortina e implica reflexão, sobretudo quanto à nova conformação que se dará à teoria dos poderes, cujos limites deste trabalho desautorizam o enfrentamento.

Tem-se, então, que o acordo fundamental instituído pela Constituição preza pela harmonia entre os poderes e determina que cada um exerça sua função. Mas a própria Constituição, no constitucionalismo contemporâneo, corrige as deficiências geradas pelas distorções da lógica democrática, colocando o Poder Judiciário como guardião de direitos e valores e aparelhando-o a se expandir sempre a defesa e concreção dos mesmos recomendar.

Não o faz com vistas a fortalecer o Poder Judiciário em detrimento dos outros Poderes, mas com os olhos voltados para um conjunto do qual pretende não se descuidar novamente: a proteção dos direitos fundamentais alicerçados na dignidade humana.

⁹⁰ Contra a tirania da maioria, exige-se a defesa da minoria, em geral por meio do controle abstrato da constitucionalidade das normas, expandido à comunidade de intérpretes.

⁹¹ Vianna dá ênfase, neste caso, ao que define como ativismo legislativo do Poder Executivo, ao se referir à desmedida edição de Medidas Provisórias.

É por isto que, diante de um repertório legislativo amplo, por vezes vago e impreciso, exige-se uma “nova concepção de legalidade – mais plásticas e amoldáveis à dinâmica das sociedades pós-modernas” (CAMPILONGO, 1994, p.121), na qual o Poder Judiciário, longe de usurpar funções, resgata e protege valores caros à sociedade, insculpidos no texto constitucional.

Deste modo Campilongo (1994, p.118) ao tratar da questão de grupos alijados do acesso à justiça no Brasil, há cerca de vinte anos já advertia que o “idealismo daqueles que tem na legalidade o único parâmetro para decisões judiciais objetivas e racionais passa a não se sustentar perante os desafios da conjuntura nacional”. Para o autor, o conteúdo confuso da legislação tornava “nítido e inevitável” a atuação política do Poder Judiciário o que se reafirma hoje, em consonância com os ditames do constitucionalismo contemporâneo.

Novamente, portanto, a constitucionalização explica aspectos importantes da judicialização, pois as decisões judiciais passam a envolver questões que obrigam o magistrado entre decidir com base puramente na lei, mas que, de outro lado, para Campilongo (1994. p. 118) “podem implicar também numa avaliação axiológica dos fatos e dos estímulos do contexto sociopolítico”.

Este “dilema” entre decidir com ‘base na lei’ e decidir com ‘base na lei em consonância aos princípios caros à sociedade’ (oportunizada pelo constitucionalismo contemporâneo) permite ao juiz ampliar sua atuação para uma conduta ativista.

Celso Campilongo (1994, p.118) alerta, ainda que a “simplicidade harmônica do modelo de separação dos poderes esbarra numa única dificuldade: o mundo real” onde a avaliação feita pelo magistrado no momento de aplicar a lei não está submetida apenas à observância estrita da letra da norma jurídica. Neste momento, a tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, “é social e politicamente determinada” de modo que seu comportamento funcional deve ser compatível com tais diretrizes. Para tanto, haverá de atuar politicamente em defesa da Constituição.

É justamente neste espaço que se insere a nova interpretação constitucional, nascida no bojo do constitucionalismo contemporâneo e por consequência, a judicialização.

Raciocínio próximo possui Verbicaro (2008, p.403) que entende que a judicialização da política tem seu fundamento no primado da supremacia da Constituição e que quando o Poder Judiciário atua no âmbito político “não invade a esfera de outros poderes, mas apenas garante a respeitabilidade à Constituição”.

Esta pesquisa, todavia, inclina-se no sentido que o constitucionalismo contemporâneo, para defender os direitos fundamentais, autoriza inclusive uma invasão nos demais poderes, se necessário for.

Inescapável, todavia, certa dose de vigilância neste contexto de expansão judicial, cujo fenômeno não pode de forma alguma ser tomado como panaceia. Em sede de legitimidade e delegação de poderes há que se lembrar sempre, que o Poder Judiciário desqualificará sua própria atuação se atuar abusivamente “exercendo [suas] preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais” (BARROSO, 2005b, p. 41)

No mesmo sentido Anderson Lobato (2001, p.51) adverte que também os governantes devem entender que tem seus poderes limitados pela vontade da Constituição.

Recebem o voto popular, por certo, e em função disso exercem um mandato que lhes confere a missão de criarem novas regras jurídicas e realizarem seus programas de governo. Todavia, tais leis só terão validade se estiverem conformes à Constituição.

“Não se diga, portanto, que a última palavra sobre a adoção de uma política governamental estaria sendo transferida para o Judiciário, sob o fantasma do governo dos juízes” (LOBATO, 2001, p.51). A última palavra não cabe nem a um nem a outro Poder. Pertence à Constituição, alinhada às novas roupagens que lhe foram entregues pelo constitucionalismo contemporâneo.

O caminho para esta atuação em consonância com as bases do constitucionalismo contemporâneo leva à independência judicial.

A atuação mais ativa de um juiz deverá estar associada a sua luta e participação na concretização dos valores e fins constitucionais, abrindo-se espaço para sua interferência nos demais poderes, se necessário for e por aqueles valores balizados.

Assim sendo, a independência do Poder Judiciário garantida na Constituição brasileira é uma conquista, que deve ser compreendida sempre no interesse dos Jurisdicionados, “impedindo que sob seu manto se escondam relações imperfeitas entre o direito e a política, além de atuações obscuras de alguns de seus membros” (BARBOSA, 2006b, p.13).

Gisele Cittadino (2002, p.17) traz luz à questão dizendo que o protagonismo do Poder Judiciário, que inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das

clássicas instituições político representativas, deve ser compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Ou seja, sempre que decorrer da pressão e mobilização política da sociedade, exigindo novas prestações impulsionadas especialmente pela constitucionalização de direitos.

Assim é que o Judiciário, defendido aqui à exaustão como defensor dos direitos fundamentais, pode e deve mostrar sua face politizada, sem nunca se afastar dos motivos que o levaram a esta condição.

Neste contexto, oportuno o alerta de Luis Roberto Barroso (2009, p.6) de que “o ativismo judicial até aqui tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”.

O protagonismo e a expansão do Poder Judiciário não devem, ainda, desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: “a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo” (BARROSO, 2009, p.6), conforme estudada no tópico a seguir.

Em face de todo o exposto, tem-se que o fenômeno da judicialização da política segue a evolução natural do Estado de Direito que se democratiza. Com efeito, a decisão judicial, protegida pela fundamentação jurídica e das garantias institucionais e pessoais do julgador, contribui sensivelmente para o fortalecimento das instituições democráticas.

Constitucionalismo contemporâneo e judicialização da política caminham lado a lado em busca da realização de ideia de Direito, que encontra na Constituição não somente um momento de declaração, programática e sem força jurídica, mas sim uma aspiração de “emancipação do cidadão que, participante, procura influenciar a adoção de uma política de governo que tenha na Constituição do Estado as bases de sua ação governamental” (LOBATO, 2001, p.51).

4.2.2 Constitucionalismo contemporâneo e democracia

No que pertine à mencionada influência no jogo democrático, vez mais a constitucionalização de direitos operacionalizada pelo constitucionalismo contemporâneo, traz luz à questão.

Note-se que o nascimento de uma nova concepção de Constituição, dotada de conteúdo axiológico e força normativa, apegada às benesses do respeito à dignidade humana faz surgir um novo sujeito de direitos. Melhor dizendo, inclui no rol de protegidos pelo documento político maior de uma sociedade, toda uma série de excluídos e grupos vulneráveis, exigindo novas formas de interação democrática.

Assim, as chamadas minorias ganham espaço e forçam um repensar democrático diante da chamada tirania da maioria ilustrada por Werneck Vianna (1999).

Neste sentido surgem grupos de pressão ao parlamento, que passam a atuar de modo tão comprometido (ou até mais?) que os próprios partidos políticos, redesenhando toda uma esfera de barganha e batalhas no jogo político da feitura das leis.

Confrontados por essa nova movimentação, os partidos políticos também se reordenam, e assim como os grupos de pressão, encontram na jurisdição constitucional (ela também, 'cria' do constitucionalismo) o espaço necessário para tentar emplacar os pleitos que não alcançam no Legislativo.

Tal qual um efeito dominó, as categorias centrais de judicialização aqui estudadas, vão sendo influenciadas, de modo a desaguar no seio do constitucionalismo contemporâneo.

Neste sentido, Marcos Faro de Castro (1997, p.148) entende que a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes, onde "o conflito entre tribunais que guardam a Constituição e o Legislativo e Executivo não é, necessariamente, prejudicial à democracia". Ao contrário, sem a democracia, não haveria espaço para a expansão judicial.

Por este viés, extrai-se outro argumento relevante. Embora o cenário lembre o desmontar de um castelo de cartas, a 'queda' das bases que guarneciam a separação dos poderes e a concepção tradicional de democracia, somadas ao Direito supranacional (a seguir abordado) está longe de compor um cenário sombrio.

Ao contrário, a desconstrução destas bases pode consolidar, com a colaboração do Poder Judiciário, uma nova teoria constitucional, apta a apresentar uma "solução mais satisfatória aos problemas gerados pela realidade complexa e muitas vezes paradoxal, com que se deparam hoje as estruturas sociais" (ROSSI, 2011).

Este argumento, todavia, implica em buscar fundamento constitucional também para as alterações promovidas nas bases da democracia, diante deste quadro de expansão judicial.

Observou-se, até aqui, que a democracia é redesenhada pela inserção de novos atores e novos direitos no cenário de atuação dos três Poderes, que passaram a interagir com as instâncias tradicionais de discussão e deliberação política.

Retoma-se aqui, portanto, o argumento de que com a constitucionalização surgem novos grupos de interesse, que por vezes se convertem em grupos de pressão (legítima ou ilegal) contribuindo para o enfraquecimento dos partidos políticos.

Assim é que dentre os novos atores apresentados (resgatados?) pelo constitucionalismo contemporâneo os grupos de interesse e de pressão passam a atuar de modo incisivo junto ao Poder Legislativo.

Para Moraes (2000, p.54) o fortalecimento de grupos de pressão, de modo desregulamentado e desordenado pode gerar grandes prejuízos na efetividade dos direitos básicos de uma coletividade, consagrados na Constituição, em face de sua desvirtuada atuação sobre os detentores do Poder Constituinte derivado.

Em outras palavras, a pressão junto ao Legislador por determinados grupos pode influenciar na aprovação de leis contrárias ao conteúdo constitucional, restando ao Poder Judiciário não só a correção da constitucionalidade, mas reflexivamente, a implementação das políticas que tais leis deixaram de observar.

Alexandre de Moraes (2000, p.49) aduz ainda, que o Estado, cada vez mais presente na ordem econômica e burocrática, relega aos partidos políticos a condição de meros indicadores de burocratas [e apadrinhados] para ocupação de cargos de relevância, afastando os partidos de sua verdadeira vocação, qual seja, de “atuar como defensores dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos”.

E é deste modo que o partido político deixa de ser o único, quiçá o mais importante, coletor de aspirações populares e direcionador das políticas do Estado, passando a disputar espaço com grupos de pressão, dividindo entre si a participação no processo decisional (MORAES, 2000, p.49), levando ao Judiciário cada vez mais as disputas que não conseguem resolver na arena política.

Assim o Judiciário se expande sobre a política a fim de coibir eventuais excessos decorrentes desta pressão. Atua para compatibilizar a democracia - que se manifesta pelo Parlamento, via representação - e o Estado de Direito - que se manifesta pela consagração constitucional e o respeito aos direitos fundamentais (MORAES, 2000, p.54).

Esta compatibilização entre Direito e Democracia é própria do constitucionalismo contemporâneo.

Noutra margem, Oliveira e Carvalho (2006, p.10) vão mais fundo e alcançam, para além dos partidos, os próprios direitos políticos.

Para os autores, referindo-se ao Brasil especificamente, a expansão e desenvolvimento dos direitos políticos foi mais uma realização dos grupos de interesse propriamente atuantes na Constituinte, do que obra de devoção de atores políticos com elevada noção de direitos humanos.

Tais grupos de interesse, segundo Oliveira e Carvalho (2006, p.10), não viam muitas vantagens no processo decisório comandado pela maioria. A percepção destes grupos “da potencialidade utilitária dos tribunais na realização de seus objetivos e, portanto, a ‘expansão’ da interpretação do significado de ‘direitos’ se reverteria na conexão de interesses políticos com princípios constitucionais”.

A questão envolve, todavia, para além de apologia à redução de direitos, sobretudo direitos políticos (como de fato não o fazem aqueles autores) um repensar na atuação do Poder Judiciário frente a esta realidade. Uma atuação que deve, repita-se, consagrar e compatibilizar direitos fundamentais e democracia.

A aqui propugnada reordenação do jogo democrático importa, portanto, numa expansão do Poder Judiciário condizente com as bases do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, enquanto a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder estatal (MORAES, 2000, p.67). Ou seja, a democracia consagra a maioria, mas redefine-se pelo constitucionalismo ao conhecer a positivação dos direitos da minoria.

Esta redefinição se chama Estado Democrático Constitucional de Direito, que possui um só endereço, vez mais, o constitucionalismo contemporâneo.

A aceitação desta modificação do jogo democrático, com a inserção do Poder Judiciário em expansão, surge também da necessidade de proteção consagração e efetivação dos princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais.

Tais princípios limitam e controlam os abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas (MORAES, 2000, p.74) e como tal, acedem à expansão do Poder Judiciário.

Também Werneck Vianna (1999, p.47) ao perceber o Poder Judiciário como guardião de direitos fundamentais vê na judicialização da política uma forma de controle sobre a soberania.

Soberania popular diga-se, pois o juiz, no constitucionalismo contemporâneo, em defesa da Constituição poderá, por meio da nova interpretação constitucional, corrigir, modificar e implementar políticas sempre que a concretização e manutenção dos direitos fundamentais assim recomendar.

Para tanto, segundo Werneck Vianna (1999, p.47), adota-se o controle abstrato de constitucionalidade com a intermediação de uma comunidade de intérpretes, de modo a ampliar o leque de proteção da Constituição e da própria soberania popular.

Isto tudo se justifica porque “nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível restringir sua incidência em determinadas hipóteses” (BARCELLOS, 2008, p.254). Dentre tais hipóteses ocupa o topo no rol da relevância a garantia dos direitos fundamentais.

É assim também, que nesta arena de redefinição, a atuação do Poder Judiciário, para dar conta das novas demandas, migra lentamente da outrora suficiente condição de garante de direitos fundamentais, em especial individuais, para uma condição de defensor dos valores especiais da sociedade, numa ótica coletiva e plural, inseridos por meio do constitucionalismo contemporâneo, na Constituição.

Na mesma direção Giselle Cittadino (2009, p.50-60) defende a Constituição como ordem concreta de valores aptos a sustentar a comunidade, superando-se a ideia da concepção de Constituição como bastião exclusivo de defesa de direitos individuais. A autora também registra a necessidade de maior participação da comunidade de intérpretes neste papel, culminando, vez mais na expansão do poder judicial.

4.2.3 Constitucionalismo e a dimensão externa da judicialização

O constitucionalismo contemporâneo permeia, ainda, a chamada dimensão externa da judicialização. Primeiro porque a Constituição e seus valores devem pautar a conduta dos representantes dos Poderes, seja na ordem interna ou internacional.

De outro lado, os textos constitucionais devem estar em consonância com os valores internacionais de defesa de direitos humanos.

Importa pontuar, por fim que, em face da forte influência exercida pelo Direito internacional e suas instituições sobre o Poder Judiciário, este se vê diante de mais um desafio: a compatibilização das regras do direito supranacional com os valores insculpidos na Constituição do Estado.

Ao Judiciário, mais que qualquer outro Poder, incumbe o enfrentamento das normas internacionais e os valores e princípios nelas infiltrados e a ele cabe a missão de aproximar o sistema interno do internacional.

Tal tarefa pode parecer inglória, dada as substantivas diferenças entre tais sistemas de Direito. Entretanto, diante de uma concepção onde os valores de direitos humanos são universais, o resultado poderá ser alentador⁹².

Não se trata, por certo, daquilo que Gustavo Zagrebelsky (2007, p.95) chama de ‘cavalo de Tróia’ ao se referir a uma ‘ditadura universal dos direitos’. Como bem esclarece o autor se referindo à jurisprudência supranacional, não se percebe a existência de uma preponderante dimensão de direito supraconstitucional e sim de um instrumento para cada Estado compreender melhor seu próprio Direito.

Esta análise, segundo Zagrebelsky (2007, p. 95) será filtrada por um *standard* mínimo de homogeneidade ou juízos de congruência determinados pela Constituição do Estado. O Direito supranacional e a jurisprudência das Cortes internacionais servirão como quer o autor, como um amigo com grande experiência que nos faz pensar melhor.

Enfim, a afirmação primeira de que a supranacionalidade do Direito poderia ofuscar o verniz da própria Constituição se esvai, frente ao um processo que só viria a reforçar seus valores.

4.3 CONCEITO CONSTITUCIONAL DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PONTO DE CHEGADA OU PARTIDA?

Nas linhas finais desta dissertação cabe demonstrar, de modo sintético, o que se entende por um conceito constitucional de judicialização da política.

⁹² Para análise de “Uma legitimação dos direitos humanos capaz de ser globalizada” vide Otfried Höffe (2003, p.309-321).

Por certo, em face de argumentos necessariamente repetidos neste texto, entrega-se ao leitor meios contundentes a evidenciar a judicialização enquanto um fenômeno eminentemente constitucional. E mais, um fenômeno intimamente ligado ao estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que tem como piso a democracia.

Mas a questão parece ir além.

Para Katya Kozicki (2000, p.201) as chamadas sociedades contemporâneas são intrinsecamente complexas, implicando para a sua compreensão, “na aceitação do pluralismo e da indeterminação de sentido que constitui o sujeito e as identidades coletivas”.

Para a autora, a própria democracia, hoje, caracteriza-se por certa fluidez e indeterminação de sentido ou mesmo inexistência de um sentido único “dada a coexistência, nas sociedades contemporâneas, de valores diversos, de diferentes concepções de bem” (KOZICKI, 2001, p.201).

Nesta sociedade plural e complexa, sem fronteiras, tecnológica, que se vê obrigada a lidar com um catálogo de direitos e deveres que parte do individual e culmina na chamada ‘emergência socioambiental’ (VEIGA, 2007) a questão da judicialização da política poderia ser percebida enquanto um fenômeno social isoladamente.

Assim, seria definida como resultado de pressões sociais por maiores direitos, ou pela implementação de direitos já previstos, que terminaria por expandir a atuação do Poder Judiciário.

Nesta linha, um conjunto de interações sociais, de desconstrução e reconstrução das bases de se entender dignidade, de reclamos da sociedade civil por cidadania levaram a uma expansão do Poder Judicial. Enfim, a judicialização como um fenômeno social.

Esta é, todavia, apenas uma face da judicialização, que se junta a outros elementos para construir um conceito e entende-se então, sem receio de evidenciar tautologia, que mais uma vez a questão perpassa pelo constitucionalismo.

Ocorre que o conceito se associa ao constitucionalismo contemporâneo porquanto este oportuniza uma melhor articulação entre o Direito e a política, pois neste conjunto de pressões sociais permite ao juiz firmar um compromisso ético com a justiça e reconhecer a responsabilidade para com o gênero humano em sua pluralidade, própria da referida sociedade contemporânea.

As pressões sociais, por si só, não teriam o condão de expandir o poder judicial não fossem as ferramentas a ele entregue pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente pela interpretação constitucional.

Assim, segundo Pamplona e Annoni (2008a, p.3966) “é correto afirmar que a interpretação positivista da Constituição não mais pode subsistir, necessário é que se insiram os princípios como dado essencial ao resultado final do processo decisório do juiz”.

A judicialização da política comporta, então, além da pressão social e dos múltiplos reflexos a ela conjugados, uma associação ao constitucionalismo e à constitucionalização, por permitir ao juiz enxergar os valores que esta sociedade que reclama sua atuação elege como fundamentais.

Assim, o imaginário social visualiza no constitucionalismo contemporâneo a melhor forma de realizar “os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e quem sabe? – até a felicidade” (BARROSO, 2008a, p.265).

Do mesmo modo, a tentativa de um conceito político de judicialização, onde esta seria a expressão tão somente da transferência de decisões políticas aos juízes, que passam a implantar políticas públicas carece de complementação.

A explicação de tão expressivo fenômeno não pode se limitar a uma análise simplista onde a política somente “muda de mãos”. Um conceito político, também ele, constitui-se em mais uma faceta da judicialização, a qual carece albergar os meandros constitucionais da expansão judicial.

Deste modo, quando o Poder Legislativo cede parte de sua titularidade no processo de produção das leis, exige-se do Judiciário uma conduta adequada para solução dos litígios decorrentes dessa nova cultura (CASTRO JÚNIOR, 1998, p.17).

O mesmo se pode dizer quando o Executivo se exime de atuar em sua função típica, relegando aos juízes a implementação de políticas públicas.

Assim sendo, este novo atuar do juiz só encontra abrigo e legitimação se estiver em conformidade com os ditames do constitucionalismo contemporâneo, que redefine, como se viu, a própria noção de democracia.

Não basta admitir que as decisões de política simplesmente trocaram de mãos, há que se enfrentar o dilema explicado por Sarlet (2010, p.61) onde aos direitos fundamentais se atribui um caráter contramajoritário que não deixa de estar em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político. “Os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena

disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que estes estejam democraticamente legitimados para exercer o poder”.

Nas palavras de Lênio Streck (2004, p.2-3), ao se referir ao Brasil em específico, “o constitucionalismo não morreu”! Há que se detectar os problemas que fizeram com que expressiva parcela dos dispositivos da Constituição de 1988 não obtivesse efetivação”.

De todo o exposto, reafirma-se a judicialização da política como um fenômeno de expansão judicial situado no constitucionalismo contemporâneo, referente a um novo estatuto de direitos fundamentais, que redefine a ideia de democracia e induz à superação do modelo de separação dos Poderes.

Por fim, ciente de que um estudo crítico em Direito por vezes mais abre janelas do que encerra polêmicas, não se pode fechar os olhos para uma questão de fundo que emerge desta pesquisa.

A judicialização da política porquanto associada ao constitucionalismo estabelece uma ligação a princípios, valores morais, imperatividade e juridicidade das normas constitucionais. Determinadas ações do Poder Judiciário, em sede de expansão sobre a política, para além da interferência de um Poder sobre o outro, podem se revestir de certa esfera normativa.

Admitir este dado induz a se reconhecer também uma dimensão normativa no conceito de judicialização. Por ora, todavia, a única consideração que parece fechada é que a judicialização da política neste início de século é um caminho sem volta.

5 CONCLUSÃO

É chegado o século do Poder Judiciário, que haverá de contornar inúmeros obstáculos relacionados à sua expansão à política.

Em face desta conjuntura, diante da fluidez de conceitos verificada na doutrina, foi possível identificar dez recorrentes abordagens de judicialização da política, quais sejam: constitucionalismo contemporâneo, jurisdição constitucional, separação dos poderes, democracia, legitimidade, o aumento expressivo das ações judiciais, comportamento judicial, ampliação da cidadania, convergência *common law civil law* e a chamada dimensão externa da judicialização.

Diante de tão profuso rol de acepções, elementos de convergência entre os mesmos possibilitaram delimitar quatro categorias centrais de estudo da judicialização da política, capitaneadas pela categoria intitulada constitucionalismo contemporâneo, que ao final demonstrou influenciar todas as demais.

Atento ao objetivo de delinear um conceito constitucional de judicialização da política o trabalho concluiu que:

a) O constitucionalismo contemporâneo inaugura um novo modo de pensar o Direito, com a força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional, nova interpretação constitucional;

b) A judicialização da política altera o sistema de separação de poderes, pois o que era exceção, interferência entre os poderes, tende a se tornar regra, impulsionada pelo constitucionalismo contemporâneo. Esta interpenetração entre os poderes implica em justificar a legitimidade do Poder Judiciário ao decidir política, o que se faz formalmente pela própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais.

b) Quanto à democracia, a judicialização termina por redefinir uma concepção tradicional da regra majoritária já que demanda respeito aos direitos fundamentais de todos, sejam maioria ou não. Este limite à atuação da maioria é dado justamente pelo constitucionalismo contemporâneo e pela constitucionalização de direitos.

c) No que concerne à dimensão externa da judicialização, a existência de um Poder Judiciário “transnacional” insere uma nova engrenagem nos sistema de freios e contrapesos, revelando mais um desafio ao Judiciário interno: a compatibilização entre Direito interno e internacional se perder de vista os valores insculpidos à título de fundamentais pela sociedade.

Em face destas constatações, extrai-se um conceito constitucional de judicialização da política, entendida como um fenômeno de expansão judicial situado no constitucionalismo contemporâneo, referente a um novo estatuto de direitos fundamentais, que redefine a ideia de democracia e induz à superação do modelo de separação dos Poderes.

Por fim, a pesquisa reconhece que tal conceito não afasta por completo outras definições. Ao contrário, a judicialização é um fenômeno tão particular e *sui generis* que é capaz de transitar entre facetas e conceitos de matrizes diversas sem se desnaturar por completo.

Entretanto, é no seio do direito constitucional que a judicialização da política encontra morada. É no âmbito de uma nova teoria constitucional que se desenha, que a judicialização se justifica e se define, ainda que, ao se reconhecer imperatividade e juridicidade a determinadas matizes da atuação judicial possa implicar em um viés normativo do conceito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Murillo. **Grupos de pressão no congresso nacional**: como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo. São Paulo: Maltese, 1994.

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. A crise do judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP Dossiê Judiciário**. São Paulo, 21, 1994

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002.

ARAÚJO, Gisele Silva. Participação através do Direito: a judicialização da política. *In*: **VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais: a questão social do novo milênio**. 2004. Coimbra. Anais da Sessão temática Estado, nação, direito e democracia. Coimbra. 2004. p.1-17. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>> Acesso em: 01 maio 2011.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n.1, p. 33-55, 2010. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf> > Acesso em: 10 mar. 2011.

BARBOSA, Claudia Maria. Alguns aspectos de la independencia del Poder Judicial en Brasil. **Instituto latinoamericano de Servicios Legales Alternativos**. (Org.). Independência Judicial en América Latina. De quien? Para que? Como? Bogotá, v. 1, p. 417-437, 2004.

_____, Claudia Maria. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial. Universidade Estadual de Londrina/PR (Org.) **Revista Direito e Pós Modernidade**. Londrina: UEL, 2006b.

_____, Claudia Maria. O Processo de legitimação do poder judiciário brasileiro. *In*: XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2006. Fortaleza. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006a. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>. Acesso em: 10 maio 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

_____, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Barroso, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v.1, n. 1, p. 17-59, 2001.

_____, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXXI, p. 211-292, 2005a.

_____, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v.1, p 1-42. Abr./jun. 2005b.

_____, Luis Roberto. Constitucionalização do direito e judicialização das relações político-sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v.2, n. 10, p. 289-299, 2006.

_____, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista Justitia**. São Paulo, n. 65. p. 255-267, jan./jun. 2008a.

_____, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba, v. 11, n. 15. p. 13-38, nov. 2008b.

_____, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista eletrônica da OAB**. Brasília, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso: 29 mar. 2011.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, n. 19, ano 5, p. 51-81, maio/jun. 2003.

BASSO, Jorge Feirano. Los derechos humanos y el derecho internacional. El concepto de derechos humanos un estudio interdisciplinario. **Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**. n.1. p. 50, 1986.

BICKEL, Alexander Bickel. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale: 1986.

BICUDO, Helio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Revista Estudos Avançados da USP**. São Paulo, v. 17, n. 47, jan./abr. 2003 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n47/a14v1747.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/justica-numeros>> Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMID4095B41867BC4E7B9FC74F5768A1ED07PTBRIE.htm> Acesso em 2 abr. 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp> Acesso em: 20 maio 2011.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**. São Paulo, v.21, p.116-125, 1994.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

CARLOS SOBRINHO, Aurinilton Leão. Apontamentos para um conceito jurídico de cidadania. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 1, n. 1, p. 33-73, jul./dez. 2005.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n.23, p.115-126, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf> Acesso em: 10 mar. 2011.

_____, Ernani Rodrigues. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**. Porto Alegre, n.23, p.176-207, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n23/07.pdf> Acesso em: 10 mar. 2011.

CASTRO JUNIOR, Agripino Osvaldo. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p.17-41.

_____, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHRISPINO, Álvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Revista Ensaio: avaliação e**

políticas públicas em educação. Rio de Janeiro. v. 16. n. 58. p. 9-360. jan./mar. 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Fabio Konder. O poder Judiciário no regime democrático. **Revista Estudos Avançados.** 2004, v. 18, n. 51, p. 151-159, 2004.

COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. **Revista brasileira de política internacional.** Brasília, v. 47, n.1, p.140-161, 2004. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/358/35800107.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, José Ricardo; NORONHA, Rodolfo; VESTENA, Carolina Alves. Judicialização da política e sistema interamericano de direitos humanos no Brasil. *In:* VI Encontro Anual da Associação Nacional de Direitos Humanos. 2010. Brasília. **Anais do grupo de trabalho participação democrática, controle social e direitos humanos.** 2010. Brasília. Disponível em: http://www.sistemasmart.com.br/andhep2010/arquivos/17_8_2010_10_21_3.pdf. Acesso em: 02 maio 2011.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, Ronald. **O direito da liberdade:** a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006

ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e judicialização dos conflitos sociais. **Revista de Direito Público da UEL.** Londrina, v. 2, 2004. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_04.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2011.

FACHIN, Zulmar Antônio. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, Jose Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Revista Estudos Avançados da USP.** São Paulo, v. 18, n. 51, p.103-125, jan./abr. 2004 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n47/a14v1747.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil Contemporâneo.** Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Uberlândia, 2010. Disponível em: <http://www.btdt.ufu.br/tde_busca/processaPesquisa.php?pesqExecutada=1&id=2303> Acesso em: 10 mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *In*: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Positivo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituinte de 1988, judicialização da política e politização da justiça. *In*: Ciclo de Conferências sobre os dez anos da Constituição Federal brasileira. Curitiba. **Anais do Ciclo Dez Anos de Constituição**. 1998.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. *In*: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

GUERRA, Gustavo Rabay. A expansão do poder judicial no constitucionalismo democrático: distorção sistêmica ou necessidade contemporânea? **Revista Escrevendo Direito**. Timbaúba. 2009. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32552/31766>> Acesso em: 03 abr. 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 309-321.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional**. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2004.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 106-114

KOLLER, Peter. Soberania nacional e justiça internacional. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p.322-334.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/.../conflito%20e%20estabilização%20-%20comprometendo.pdf> Acesso em: 10 maio 2011.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**. Florianópolis. v. 9, n. 56, p. 151-176, 2008.

LEDESMA, Hector Faúndez. **Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos**: El derecho a um juicio justo. Caracas: U.C. V., 1992. p. 21-22.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. A judicialização da política: o caso Fortaleza. Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2005. Fortaleza. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: Função Boiteux, 2005. p. 239-240. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Romulo%20Guilherme%20Leitao.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2011.

_____, Rômulo Guilherme. **Judicialização da política e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008. Disponível em: http://www.unifor.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=792191 Acesso em: 02 mar. 2011.

LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Lisboa: Gradiva, 1989.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, n.17, p.45-52, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n17/a04n17.pdf> > Acesso em: 02 mar. 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOURENÇO NETO, Sydenham; LOURENÇO, Ana Cristina de Mello Pimentel. Judicialização da política e politização da justiça, o novo papel do Judiciário na democracia. XIV Congresso Brasileiro de Sociologia. 2009. Rio de Janeiro. **Anais do XIV Congresso Brasileiro de Sociologia**. Disponível em: http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/15_6_2009_16_22_23.pdf. Acesso em 2/3/2011.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n.163, p.31-50, jul./set. p.100-101, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/976/4/R163-02.pdf> Acesso em: 01 mar. 2011

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre 2008, pp. 201-241

_____, Valério de Oliveira. **O controle de convencionalidade das Leis**. 2009. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional publico. 15. ed. rev. ampl. v. 1. São Paulo: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. Lisboa: Principia, 2010.

MONTEIRO, Claudia Servilha. A racionalidade da decisão judicial constitucional.

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru, v. 41, n. 47, p. 161-178, jan./jun. 2007. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/35929/A_Racionalidade_da_Decis%C3%A3o.pdf?sequence=1> Acesso em 05 maio 2011.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

MUTA, Luiz Carlos Hiroki. **Direito Constitucional – Tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 45, n.178, p.157-179, abr./jun. p.100-101, 2008. Disponível

em:<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/160455/1/Constitui%C3%A7%C3%A3o_1988_judicializacao.pdf> Acesso em: 01 mar 2011.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 78, p. 223-250, 2009.

Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0102-64452009000300011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 02 abr. 2011.

_____, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, V. 48, n. 3, p. 559 a 587, 2005. Disponível em: <

<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2011.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; CARVALHO, Ernani Rodrigues. Judicialização da política: um tema em aberto. **Política Hoje**. Recife, v. 1, n. 15, 2006. Disponível em <http://politicahoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>. Acesso em 17 abr. 2011.

PACHECO, Cristina Carvalho. Os estudos sobre Judiciário e política no Brasil pós 1988: uma revisão de literatura. **Revista Pensar**. Fortaleza, v.13, n.1, p. 75-86, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/pdfs_notitia/2518.pdf> Acesso em: 02 mar. 2011.

PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle. O processo de decisão judicial diante do pós-positivismo. *In*: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2008. Salvador. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008a.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona-1.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle. A nova proteção conferida aos direitos humanos na Constituição Federal pós EC 45/2004. *In*: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2008. Salvador. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008b. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2008. Brasília. **Anais do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em 2/3/2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo, y derechos: lãs vias Del cosmopolitismo jurídico. *In*: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. **Reforma do Poder Judiciário: Limites e desafios**. Dissertação (Mestrado em Direito Socioambiental) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1372> Acesso em: 10/3/2011.

POZZOBON, Roberson Henrique. **Uma travessia do Supremo Tribunal Federal sob as lentes da judicialização da política: da auto-contenção ao ativismo**. Dissertação (Mestrado em Direito Socioambiental) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654> Acesso em: 10 mar. 2011.

POZZOLO, Suzanna. DUARTE, Êcio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

RICHARDT, Nadia Ficht; TETERYCZ, Teresinha. **Manual de normas para trabalhos técnico-científicos: de acordo com as normas da ABNT**. *In*: Sistema integrado de bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 2010. Disponível em: < <http://www.pucpr.br/biblioteca/normas.php>> Acesso em: 15 fev. 2010.

ROCHA, Roberto Lara. **Judicialização: reflexões sobre o fenômeno no Brasil**. Monografia (Especialização em Ciência Política) Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Campo Grande. 2008. Disponível em: <<w:\monografias 2007\CP 2007\Roberto Lara da Rocha\MONOGRAFIAfinal.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ROMERO, Luiz Carlos. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília. 2008. p. 1-48. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/96829>> Acesso em: 01 abr. 2011.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15-27.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura Souza. **A judicialização da política**. Centro de estudos sociais. 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniaobss/078.php> Acesso 05 abr. 2011.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/140970>> Acesso em: 01 mar. 2011.

SANTOS, Alberto Silva. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em face da soberania estatal**. Dissertação (Mestrado em Direito Socioambiental) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1641> Acesso em: 15 mar. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. rev. ampl. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010.

SILVA, Alexandre Garrido. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. *In*: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos Salvador. 2008. **Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008. p. 3321-3341. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em: 10 maio 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHUCH, Patrice. A “judicialização do amor”: sentidos e paradoxos de uma justiça “engajada”. **Campos Revista de antropologia social**. Curitiba. v. 9. p. 9-28. 2008.

SOARES, José Ribamar Ribeiro. **Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese (Doutorado em Ciência Política) Programa de Pós Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>>. Acesso em: 10/3/2011.

SOUZA, Ielbo Marcos Lobo; DA ROS, Patrick Lucca. A responsabilidade internacional do estado brasileiro por ato do Judiciário: o alcance das obrigações convencionais de direitos humanos. *In*: ROCHA; Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição**,

sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49-66

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional público, privado e dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A constituição, a assembléia constituinte e o congresso nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Juridicização da política. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 45, n. 177, p.95-112, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160212>> Acesso em: 01 mar. 2011.

VALE, André Rufino de; MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, v. 28, p.71-94, jul./ago. 2009.

VEIGA, JOSÉ Eli **Emergência socioambiental**. São Paulo: Editora SENAC, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista de Direito GV**. São Paulo, vol.4, n.2, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2011.

VERBICARO, Loiane Prado; PAMPLONA, Karla Marques. Judicialização da política: controle judicial da execução orçamentária. *In*: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2007. Campos dos Goytacazes. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/karla_marques_pamplona.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>> Acesso em: 10/3/2011.

_____, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**. São Paulo, vol.4, n.2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2011.

VIANNA, Luís Jorge Werneck. Poder Judiciário, posituação do direito natural e política. **Revista Estudos Históricos**. Rio de Janeiro. v. 9. n. 18. 1996. Disponível

em: <http://virtualbib.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2033>. Acesso em: 15 mar. 2011.

VIANNA, Luís Jorge Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB, 1996.

_____, Luís Jorge Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____, Luís Jorge Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luís Jorge Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Revista Tempo Social**. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>> Acesso em: 15 maio 2011.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do estado**: a regulação jurídica. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1995.

_____, José Ribas. A cidadania: sua complexidade teórica e o direito. *In*: Seminário Sobre o Espaço Público. 1997. Rio de Janeiro. **Anais do Seminário sobre o Espaço Público**. 1997. Rio de Janeiro. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/vieira_cidadania_teorica_direito.htm>
Acesso em: 15 abr. 2011.

VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da, CHALOUB, Jorge de Souza; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; PESSANHA, Daniella dos Santos. Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal. **Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/3-ativismo-judicial-judicializacao-da-politica-e-garantismo-no-supremo-tribunal-federal>> Acesso em: 10 abr. 2011.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimi. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, a. 4, p. 52-69, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. *In*: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.