

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2023.22.13388>

O PAPEL DAS DECISÕES JUDICIAIS NA TEORIA DO ESTADO PÓS DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Rodrigo Róger Saldanha

Pontifícia Universidade Católica do Paraná- PUCPR. Curitiba/PR, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/8968070508046566>. <https://orcid.org/0000-0001-5329-2316>

José Sebastião de Oliveira

Centro Universitário de Maringá. Maringá/PR, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/7878157645842709>. <https://orcid.org/0000-0001-9429-3841>

RESUMO

Este trabalho trata sobre o fenômeno da judicialização no Estado Pós-democrático e seus reflexos nos limites estabelecidos por meio de direitos, trazendo uma reflexão sobre a estrutura de justificação das decisões judiciais e as fragilidades do Estado. Neste sentido, questiona-se: As atribuições dos poderes e sua efetividade podem proporcionar que outro poder tome as decisões em favor do Estado, e quais as estruturas condicionantes para esse fenômeno? A questão traz a problemático gênero, e, a partir dela, surgem diversos outros pontos que destacam a relevância da pesquisa. Dentre as justificações da pesquisa emerge a teoria do Estado pós-democrático de Direito e as fragilidades dessa desconstrução para justificar algumas das decisões do STF. Assim, abordou-se a judicialização dos direitos, as decisões judiciais contramajoritárias, representativas e iluministas e os limites das decisões no Estado pós-democrático de Direito. Utilizou-se do método hipotético dedutivo, pesquisa bibliográfica, em revista e periódicos especializados e demais referências, além de uma análise comparativa das teorias de Luís Roberto Barroso e Rubens Casara, utilizando-se esses dois marcos teóricos para a análise. Verifica-se nos resultados alcançados as influências no Poder Judiciário e a quebra dos limites em favor do projeto neoliberal que representa um retrocesso do Estado democrático e de Direito.

Palavras-chave: acesso à justiça; direito de personalidade; Estado pós-democrático; judicialização.

THE ROLE OF JUDICIAL DECISIONS IN THE THEORY OF THE POST-DEMOCRATIC STATE OF LAW AND THE PHENOMENON OF JUDICIALIZATION

ABSTRACT

This search deals with the phenomenon of judicialization in the Post-Democratic State and its reflexes on the limits established through rights, bringing a reflection on the structure of justification of judicial decisions and the weaknesses of the state. In this sense, the attributions of powers and their effectiveness can be questioned: allowing another power to make decisions in favor of the State, and what are the conditioning structures for this phenomenon? The question brings the problematic genre, which from it arise several other points that highlight the relevance of the research. Among the research justifications, the theory of the post-democratic State of Law emerges, the weaknesses of this deconstruction to justify some of the decisions of the STF. Thus, the judicialization of rights, counter majoritarian, representative, and enlightened judicial decisions, and the limits of decisions in the post-democratic rule of law were addressed. We used the hypothetical deductive method, bibliographic research, in specialized magazines and periodicals and other references, in addition to a comparative analysis of the theories of Luís Roberto Barroso and Rubens Casara, using these two theoretical frameworks for the analysis. It is verified in the results achieved the influences on the judiciary and the breaking of the limits in favor of the neoliberal project that represents a setback of the democratic State and of Law.

Keywords: access to justice; personality right; post-democratic state; judicialization.

Submetido em: 20/5/2022

Aceito em: 9/12/2022

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata sobre as falhas na efetividade do acesso à justiça, apresentando sumariamente um contexto histórico, seu desenvolvimento no direito brasileiro, sua relação processual e constitucional, bem como apresenta como problematização a dificuldade de garantia da justiça e proteção aos direitos de personalidade no contexto do Estado Pós-democrático de Direito.

A pesquisa utilizou-se do método hipotético-dedutivo por meio de crítica e discussão para obtenção da conclusão mediante investigação bibliográfica, utilizando, ao menos, duas obras como marco teórico, bem como pesquisa documental e números do Conselho Nacional de Justiça sobre o Novo Código de Processo Civil, evoluindo para a problematização sobre o acesso à justiça, que está atrelado a fatores como as justificações das decisões judiciais.

Apresenta-se, nesta pesquisa, o *papel contramajoritário, representativo e iluminista* das decisões da Suprema Corte Brasileira, bem como discute-se a supremacia do Poder Judiciário em virtude da crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Percebe-se, nesse ponto, que o acesso à justiça e sua efetividade é a “ponta do *iceberg*” de uma problemática generalizada, e que resulta em uma crise de todas as instituições, não somente do Poder Executivo e Legislativo. Não há que se falar em supremacia do Poder Judiciário, uma vez que, dentre os Poderes federativos, somente o Supremo Tribunal Federal (STF) cumpre um papel de representatividade em decisões importantes ao país, mas limitando-se constantemente com sua burocracia.

Posteriormente, destaca-se, por intermédio da obra de Rubens Casara, fatores externos que se coadunam a esses problemas de representatividade, em especial a fragilidade das instituições no Estado Democrático de Direito, sua relação íntima com o projeto neoliberal e a interpretação do Estado Pós-democrático de Direito.

Assim, partindo-se dessas duas perceptivas, utiliza-se como marco teórico a obra dos autores Luís Roberto Barroso e Rubens Roberto Rebello Casara que destaca com excelência o fenômeno da judicialização da vida no direito, bem como o *Estado Pós-democrático de Direito*. O presente trabalho busca apresentar reflexões sobre o acesso à justiça, sua relação com as decisões judiciais, influências e problemáticas de justificação, bem como compreender o papel do Poder Judiciário nesse cenário em que Estado e poder econômico se confundem.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NO STF

A judicialização da vida no Supremo Tribunal Federal releva-se como um inquestionável movimento em relação à sua existência, bem como possibilita debates favoráveis e contrários à essa atuação da Suprema Corte. É preciso encontrar equilíbrio nas decisões judiciais que resultam em impactos organizacional do demais entes federativos, em especial resultante das teorias da reserva do possível:

Quando o Estado deixa de fornecer ou prestar aquilo que lhe cabe, o cidadão pode recorrer ao Poder Judiciário para a realização de seus direitos de natureza prestacional. Com isso, e em virtude da reduzida capacidade econômico-financeira do ente público, a doutrina e a jurisprudência buscam estabelecer critérios que pudessem orientar as situações nas quais deve ou não haver a prestação pública de direitos (Otero; Ravaioli, 2020, p. 10).

Destaca-se que esse movimento não se restringe apenas ao Brasil; trata-se de uma tendência no mundo todo que Luís Roberto Barroso traz em sua obra, apontando o desenvolvimento desse movimento de judicialização, mostrando paralelos com as tendências legislativa/parlamento, Poder Executivo e, agora, tendência judiciária. Esse fenômeno possibilita várias interpretações, pois a judicialização da vida, tendo o Poder Judiciário no papel de protagonista na contemporaneidade, questiona se estaríamos diante da humanização da justiça ou da judicialização do humano (Barroso, 2018b).

É importante destacar posição diversa, em que o ativismo judicial não pode ser confundido com a judicialização da política, sendo fundamental a referida distinção para melhor abordar o que se propõe:

O período pós Constituição Federal de 1988 trouxe novas ações constitucionais, ampliou o escopo material da revisão judicial e abarcou novos atores. Reflexo dessas inovações é o crescente ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “última trincheira do cidadão”. O ativismo judicial não pode, entretanto, ser confundido com a judicialização da política. O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal. Em razão dessa circunstância, a arena jurídica é palco de resolução das mais variadas questões moral, social e politicamente relevantes. Há uma transferência de poder ao Judiciário, agora apto a decidir sobre matérias que estavam até então fora de sua competência. Inserida no movimento mundial de adoção ou revisão de constituições que preveem cartas de direito e revisão judicial, a Constituição de 1988 promoveu transferências substantivas de poder das instituições representativas a órgãos judiciários (Salgado; Araújo, 2013).

A judicialização da vida, destacada por Barroso (2018a), aponta três papéis do STF, sendo eles o *papel contramajoritário*, o *representativo* e o *iluminista*. A depender da necessidade, a Suprema Corte adota um destes papéis para se posicionar sobre temáticas contraditórias e, muitas vezes, delicadas.

É preciso ressaltar que o fenômeno e/ou movimento da judicialização não tem um teórico ou estudo primário que o indique como uma corrente; em verdade, trata-se de um movimento voluntário e necessário no Estado Democrático de Direito para que possam ocorrer os avanços necessários.

A judicialização está diretamente relacionada à crise de representatividade que se verifica no Poder Legislativo e Executivo, fazendo com que o Poder Judiciário assumas as rédeas do Estado Democrático de Direito numa transferência de responsabilidade involuntária pela sociedade, uma vez que o Judiciário vem ocupando esses espaços de representatividade.

2.1 Justificando as decisões judiciais contramajoritárias

O Supremo Tribunal Federal presta jurisdição ordinária e constitucional, de modo que estabelece destaque à jurisdição constitucional, que envolve atuações *contramajoritárias* e *representativas*. Assim, no que diz respeito ao *papel contramajoritário* do STF, a suprema corte exerce o controle de constitucionalidade de atos normativos, podendo invalidar atos do Congresso Nacional (Barroso, 2018b).

Assim, é importante destacar que basta apenas 6 dos 11 votos para que exista posições democráticas contra atos do governo tomadas por representantes eleitos. Conforme destaca Luís Roberto Barroso (2018b):

[...] este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará em favor, e não contra a democracia (p. 108).

É necessário salientar, porém, que ainda que ocorra uma decisão *contramajoritária*, isso acontece sob o fundamento de proteção aos defeitos fundamentais, bem como a defesa da democracia. Segundo Barroso (2018b), essa ideia fundamental de posição da Suprema Corte preserva a segurança democrática e eventual deturpação de direitos ou opressão a minorias.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, considerando que não são eleitos, são independentes, e tomam decisões com argumentos racionais que suportem garantir as promessas democráticas. Já em outros momentos, também exercem o poder de autocontenção, por exemplo a decisão sobre demarcação de terras indígenas da área Raposa Serra do Sol.¹ Na referida decisão, a Suprema Corte posicionou-se, de forma não unânime, conforme a posição do Poder Executivo, o que Barroso destaca como sendo autocontenção.

Destaca-se, entretanto, que a referida decisão é não unânime, portanto trata-se de uma decisão, com posicionamentos favoráveis e contrários, vencendo a posição com maioria dos votos. Nesse diapasão, é questionável o exercício da autocontenção, pois seria inquestionavelmente legítima se, de forma unânime, o STF se posicionasse favorável às condições do governo.

Além do mais, no caso específico, destaca-se que foram apresentadas 19 salvaguardas institucionais, criando, com a referida decisão, normas de conduta abstratas, ou seja, legislando, e substituindo exercício do Congresso Nacional (Barroso, 2018b). As salvaguardas institucionais foram, inclusive, utilizadas em outra decisão judicial sobre demarcação de terras, o que demonstra a vinculação da primeira aos casos vindouros e desconstrói a ideia de autocontenção.

Defende-se, todavia, que o Supremo Tribunal Federal exerce poder de autocontenção quando, de forma unânime, posiciona-se favorável a atos dos demais Poderes, bem como apresenta posição *contramajoritária* quando decide contrariando legislações e decretos, sempre na garantia de direitos fundamentais e da democracia.

¹ O STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas. No julgamento que decidiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol terá demarcação contínua e deverá ser deixada pelos produtores rurais que hoje a ocupam (Petição 3388), os ministros do Supremo Tribunal Federal analisaram as 18 condições propostas pelo ministro Carlos Alberto Menezes sobre Direito para regular a situação nos territórios da União ocupados por índios, e garantir a soberania nacional sobre as terras demarcadas. Ao final dos debates, foram fixadas 19 ressalvas, sujeitas ainda a alterações durante a redação do acórdão, que será feita pelo relator, ministro Carlos Ayres Britto (STF, 2008).

2.2 Justificando as decisões judiciais representativas

Após a supremacia do Poder Legislativo, houve a ascensão do Poder Executivo, sendo esses dois Poderes representativos, sendo objetivos democráticos, pois pelo sufrágio determina-se a representação social. Democracia representativa, conforme destaca Bobbio (2000), é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas.

O aparelhamento das instituições após a redemocratização, as influências internas e externas nas tomadas de decisões, bem como a necessidade de acordos e intersecções inevitáveis entre o Poder Executivo e Poder Legislativo, de modo que presidentes de partidos e/ou deputados/senadores eleitos sejam empossados como membros do Poder Executivo, ampliando a atuação partidária e transferindo estreita relação entre os poderes, tornou-se quase uma “tradição”, o que dificulta qualquer governabilidade diferente desse modelo.

Com isso, o início de qualquer ruptura dessa “tradição”, seja por vontade do chefe o do Poder Executivo ou estratégia, resulta na ingovernabilidade, conforme destacado por Nina Beatriz Stocco Ranieri (2011):

A governabilidade, por conseguinte, demanda todo um conjunto de mecanismos institucionais que garantam, no tempo e no espaço, a ordem e a estabilidade, a qualidade do serviço público e o bem-estar social geral. Ingovernabilidade, por oposição, diz respeito à impossibilidade de o governo garantir essas tantas condições. Ambos são processos em curso, relações complexas entre componentes de um sistema político (p. 609).

Muitas decisões do Poder Executivo ou projetos de leis aprovados ou simplesmente propostos pelo Poder Legislativo poderiam ser sinônimos de desconforto eleitoral, pois esses dois Poderes dependem do apoio popular e/ou dos interesses privados para se reeleger, o que demonstra certo desinteresse em legislar sobre matérias controversas, como aborto, fim da vida, união de casais do mesmo sexo, dentre tantos outros, além de outras temáticas que enfrentam seus interesses pessoais, como a lei da ficha limpa, dentre outras (Barroso, 2018b).

Desta forma, conforme destaca Luís Roberto Barroso (2018b), restou à Suprema Corte ocupar o espaço legislador e solucionar situações que necessitam de um posicionamento, uma vez que os membros do Poder Judiciário não dependem do apoio popular para uma reeleição, e muito menos estariam influenciados pelo poder econômico para tomadas de decisão.

Assim, essa independência do Poder Judiciário para tomadas de decisão resultou na transferência da representação do Poder Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, que tem a incumbência de tomar decisões assertivas, ainda que causem desaprovação por parte da população, mas que resultem em posições necessárias para o avanço do país.

Ademais, importa questionar se o modelo de representatividade, por meio dos Poderes Legislativo e Poder Executivo, está passando por uma crise devido a diversos fatores, como corrupção, dificuldades para ingresso de qualquer cidadão na vida política, dentre outros motivos, ou seria um declínio de um modelo representativo que será substituído. Sobre esses problemas de representatividade, Bobbio (2000) destaca:

As democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria (p. 60).

Assim, verifica-se que a representação expressa, pelo menos em tese, a vontade da maioria, porém foram poucas as vezes em que houve o encontro direto entre o cidadão e seus representantes, e podemos afirmar que, no Brasil, há poucas sessões do Congresso Nacional em que o cidadão acompanhou as posições e comportamentos de seus representantes, como no caso do DCR nº 1/2015 – Denúncia por Crime de Responsabilidade.

Independentemente de ser favorável ou contra, ficou evidenciado que, após a decisão, bem como após a posse do vice-presidente, houve mudanças administrativas favorecendo bancadas e presidente de partidos, bem como a própria sessão demonstrou comportamento de parlamentares ridicularizando a própria votação, ainda que seus reflexos poderiam ser sentidos ao longo dos próximos dez anos na economia.

Em sua obra, Barroso (2018a) divide a democracia representativa da democracia constitucional, de modo que a primeira é inerente ao voto popular, enquanto a segunda diz respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos ainda que na contramão da vontade política.

Essa distância entre o cidadão e o representante enfraquece a representatividade, resultando numa crise e em um desinteresse democrático, causando sentimentos de desconfiança e instabilidade política, o que possibilita a ascensão do Poder Judiciário. Como exemplo de uma decisão *representativa* pode-se destacar a ADC 12/2009, sob relatoria do ministro Ayres de Brito, quando o STF julgou o nepotismo.²

Percebe-se que a importante decisão não viria com celeridade e interesse dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo necessária a posição do STF sobre a matéria, uma vez que vai de encontro com os anseios populares, exercendo a Suprema Corte o *papel representativo*, assim como ocorreu com a proibição do financiamento privado das campanhas eleitorais bem como o início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância (Barroso, 2018b). Essas decisões judiciais, embora tomadas como origem pelo STF, não se confundem com ativismo judicial, embora muitos misturem os dois institutos.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso (2018b), a judicialização e o ativismo judicial são primos, e vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Assim, a judicialização é uma circunstância que decorre de uma necessidade, um espaço vazio deixado pelos demais Poderes – Legislativo e Executivo –, e

² ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário. No dia 20 de agosto de 2008, uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou uma mudança drástica no sistema de contratação para o serviço público nacional. Ao julgar procedente, por unanimidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12, o Plenário da Suprema Corte pôs fim à prática do nepotismo no Poder Judiciário do país, decisão aplaudida por toda a sociedade brasileira. O efeito da determinação também alcançou os Poderes Legislativo e Executivo, com a edição, no dia seguinte, da Súmula Vinculante nº 13 (STF, 2009).

não de um exercício político, ainda que seja política judicial. Esse espaço vazio, talvez fruto de uma crise de representatividade, faz com que o STF apresente posicionamentos de temáticas delicadas, que o autor, em sua obra, destaca como a judicialização da vida (Barroso, 2018b).

Em contrapartida, o ativismo judicial é uma atitude; a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, tendo, portanto, o condão de extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, e que difere do fenômeno da judicialização (Barroso, 2018b).

Denota-se, portanto, que o problema de representatividade é generalizado, não sendo único e exclusivo no Brasil, bem como o fenômeno da judicialização é também enfrentado por outros países, não importando ser país desenvolvido ou subdesenvolvido, muito menos com votos obrigatórios ou não.

Ocorre que houve inegável desprendimento e desgaste do Legislativo e Executivo da sociedade civil, o que transfere a responsabilidade do Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Como bem destacado, quando a legislação sobre pesquisa em célula tronco passou pelo Congresso Nacional, passou despercebida, porém tomou holofotes e ganhou a opinião e discussão pública quando chegou ao STF (Barroso, 2018b).

Assim, considerando essa crise de representatividade ocasionada por diversos motivos, entre eles o desgaste, o distanciamento entre político e sociedade, os interesses partidários, as influências econômicas e a liquidificação dos Poderes Executivos e Legislativos para atender a interesses econômicos e pessoais, transferiram temáticas delicadas para o STF, que não pode se afastar da responsabilidade de pautá-las por posições racionais, o que justifica a ascensão do Poder Judiciário.

2.3 Justificando as decisões judiciais Iluministas

Além das decisões *contramajoritárias* e *representativas*, existe, ainda, um terceiro papel, que são as decisões *iluministas*. O nome refere-se ao momento histórico do século 18, quando a razão passou a ser o centro do pensamento, esquivando-se de dogmas como o da fé.³ Segundo Barroso (2018b),

As Lumières, na França, o *Enlightment*, na Inglaterra, o *Iluminismo* na Itália ou *Aufklärung*, na Alemanha, foi o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica.

É importante destacar, de início, que as *decisões iluministas* não se confundem com as *decisões contramajoritárias*, pois não buscam invalidar lei muito menos atos do Poder Executivo, objetivando resguardar os direitos fundamentais e a democracia. Ainda, não têm relação com as decisões representativas, pois não objetivam atender aos anseios populares, até porque algumas das *decisões iluministas* podem, pelo menos em tese, não ter a aprovação

³ Além da *Encyclopédie*, com seus 35 volumes, coordenada por Diderot e D’Alambert e publicada entre 1751 a 1772, foram autores e obras marcantes do Iluminismo: Montesquieu, *O espírito das leis* (1748), Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre a desigualdade* (1754) e *O contrato social* (1762); Voltaire, *Dicionário filosófico* (1764); Immanuel Kant, *O que é Iluminismo* (1784); John Locke, *Dois tratados de governo*, (1689); David Hume, *Tratado sobre a natureza humana* (1739); Adam Smith, *A riqueza das nações* (1776) e Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), em meio a outros.

da maioria da população, embora isso não quer dizer que se deve deixar de ser tomada em virtude da opinião pública, uma vez que ela é pautada pela racionalidade. Conforme destaca Barroso (2018b), o STF desempenha *papel iluminista* quando decide empurrar a história quando ela emperra.

Assim, destaca-se, como *decisões iluministas*, as que trataram ao longo da história sobre temas relevantes, como a equiparação da união estável à união homoafetiva, que possibilitou a união de pessoas do mesmo sexo⁴. Posições como essas apresentam conflito nítido entre a posição majoritária da sociedade e o direito fundamental à igualdade.

Outra decisão de semelhante importância refere-se à ADPF 54⁵, que afastou o entendimento de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. No referido julgamento, que foi amplamente televisionado, houve posições favoráveis, contrárias, algumas influenciadas por crenças, outras por opiniões conservadoras, mas, independentemente da posição majoritária da sociedade, a Suprema Corte defendeu uma posição racional ao caso.

Cabe, porém, uma reflexão sobre a relação dessas *decisões iluministas* e as *representativas*. Primeiro no que diz respeito à crise de representatividade no Poder Legislativo. Temáticas delicadas desgastaram o Congresso Nacional, uma vez que esses optaram por responder aos anseios populares, aos movimentos e manifestações primeiramente, sendo possível posterior influência política partidária.

Ademais, a burocracia seria também um empecilho, pois, além das manifestações devido ao sistema bicameral do Congresso Nacional, com 81 senadores e 513 deputados federais, tem maior complexidade tempestiva bem como nos debates, ao invés de 6 votos no STF. Assim, questiona-se até que ponto a celeridade em empurrar a história não está atrelada à simplificação da composição do STF, com possibilidade de imparcialidade de promover uma posição racional, desligada de fatores externos.

Se confirmada a posição de simplificação das votações na Suprema Corte em detrimento da complexidade do volume e tempo do Congresso Nacional, pode-se ressaltar, aqui, que um dos fatores determinantes à judicialização, no Brasil, é que a simplificação nas tomadas de decisão do STF anula a possibilidade de os outros poderes atuarem conforme suas necessidades.

Surge, então, a necessidade de promover importância na autocontenção, bem como de a Suprema Corte abster-se de algumas decisões, devolvendo a competência ao Poder Legislativo ou Executivo quando couber, pois o alegado espaço vazio pode estar sendo

⁴ Supremo reconhece união homoafetiva. Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral (STF, 2011).

⁵ Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente (STF, 2012).

ocupado com celeridade em detrimento aos Poderes com maior problemática tempestiva para decisões que deveriam ter sido tomadas.

3 A PROTEÇÃO DE DIREITOS NO ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO

Existem diversas teorias, críticas e preocupações apontadas sobre os impactos da modernidade no âmbito jurídico, com tentativas de explicar as mudanças da contemporaneidade e seus reflexos no mundo jurídico:

A pós-modernidade (ou contemporaneidade) traduz um período de transformações jurídicas que surgem a partir das modificações pelas quais passam a sociedade. Conceitos e institutos jurídicos concebidos no século XIX são desafiados a oferecer respostas em um mundo tecnologicamente avançado. Para dar conta desse desafio, pesquisadores das ciências jurídicas, sobretudo os civilistas, tiveram de elaborar reflexões, no campo da epistemologia, a fim de conceber modelos que deem conta das demandas da sociedade na era da tecnologia (Lêbo; Sabo; Amaral, 2017, p. 2).

O debate sobre o surgimento de uma pós-democracia, entretanto, não é novidade, pois a referida temática teve expoente tratativa na Universidade de Coimbra:

A grande interrogação prende-se com saber se passámos, ou não, a uma pós-democracia que não é, sublinhe-se, o pós-democracia. Não se trata de um retorno pré-democrático: as regras formais, organizacionais e procedimentais (nomeadamente eleitorais) mantêm-se. Mas assistimos a uma erosão da democracia, à sua “entropia”, à opacidade, desempenhando um papel fundamental a “empresa global”, que reflete a intersecção entre pós-democracia e capitalismo. Na provocante formulação de Brecht, “[o] poder do Estado vem do Povo. – Mas pra onde vai? (Loureiro, 2013, p. 116).

Dentre as reflexões mais importantes de nosso início de século, apresenta-se o Estado pós-democrático de direito, preliminarmente pelo Juiz Rubens Casara, que tem como objetivo mostrar um panorama crítico, porém realista, sobre o momento social em que vivemos.

Inicialmente destaca-se a instabilidade do Estado democrático de direito, que a cada dia apresenta dificuldades em preservar seus objetivos. Poderíamos destacar que os mais importantes são preservar os direitos fundamentais e limitar o poder do soberano. Assim, pode-se afirmar que o Estado democrático de direito se revela como um Estado Constitucional, a fim de controlar, mediante limites do poder, para que não ocorram novamente opressões e catástrofes, como o próprio holocausto (Casara, 2017).

É interessante destacar que na pós-democracia a terminologia “democracia” é substituída em seu sentido originário, verificando-se que transpareça como uma farsa, algo aparentemente inalcançável, por meio do esvaziamento da democracia participativa, mesmo proposital, que se faz pela demonização da política, fazendo a sociedade acreditar que não há alternativas para as problemáticas atuais (Casara, 2017).

Percebe-se que a demonização da política é um dos instrumentos para esse fenômeno do Estado pós-democrático, fazendo com que surjam, posteriormente, políticos com discursos extremistas, conservadores ao extremo, e principalmente, com o argumento de que se trata de um candidato que não é político, mas, sim, um jovem estudante, um empresário, um

funcionário público, e, em verdade, resultado das problemáticas relativas à crise de representatividade.

Nesse momento pós-democrático as eleições são transformadas em fraudes, considerando-se as limitações de acesso para candidaturas, dando-se que os eleitos sejam indicações do poder econômico, fazendo com que a voz popular se cale diante do neoliberalismo (Casara, 2017).

A terminologia Estado Pós-democrático de Direito aparenta uma eventual evolução do Estado Democrático de Direito, porém, em verdade, representa um declínio, uma regressão do Estado Democrático de Direito, tendo como um dos principais vilões o neoliberalismo. Segundo define Rubens Casara (2017), os direitos e as garantias fundamentais também são vistos como mercadorias que alguns consumidores estão autorizados a usar.

Destaca-se que, influenciados, principalmente pela livre-expansão das forças de mercado, segundo Bauman, os padrões sociais tornam-se líquidos.⁶ O referido autor ainda defende que essa fragilidade, causada pela expansão neoliberal, debilita a intangibilidade de sentimentos, relações humanas e valores, que passam a ser monetizados como mercadorias:

Uma vez que os bens capazes de tornar a vida mais feliz começam a se afastar dos domínios não-monetários para o mercado de mercadorias, não há como os deter; o movimento tende a desenvolver um impulso próprio e se torna autopropulsor e autoacelerador, reduzindo ainda mais o suprimento de bens que, pela sua natureza, só podem ser produzidos pessoalmente e só podem florescer em ambientes de relações humanas intensas e íntimas (Bauman, 2009, p. 16).

Para Rubens Casara (2017), o Estado Pós-Democrático tem como característica a intersecção indispensável entre o poder político e o poder econômico, de forma que o poder político se torna subordinado ao poder econômico, bem como o poder econômico torna-se o poder político:

O Estado Pós-Democrático implica um governo no qual o poder político e o poder econômico se identificam. Assim, muda-se também a relação entre a esfera pública e privada. Com isso desaparece a própria noção de conflito de interesses entre os projetos do poder político e os interesses privados dos detentores do poder econômico. O poder político torna-se subordinado, sem mediações, ao poder econômico: o poder econômico torna-se o poder político (Casara, 2017, p. 183).

Considerando-se, portanto, essa intersecção prejudicial ao Estado Democrático de Direito, compreende-se que a relação íntima entre política e poder econômico resulta em prejuízo aos interesses coletivos, sociais e individuais, de forma que o ideal do Estado Democrático de Direito, no caso preservar os direitos fundamentais bem como liminar o poder do soberano, não tem mais sucesso, pois os mesmos limites dos direitos fundamentais para controle do poder também são limitadores do poder econômico.

⁶ O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro (Bauman, 2001, p. 12).

Segundo destaca Rubens Casara (2017), o que define a morte do Estado Democrático de Direito não é a presença ou aumento das ilegalidades, mas, sim, a quebra dos limites impostos antes preservados para controlar os abusos de poder, mas hoje descartáveis em virtude da comercialização da vida.

Anteriormente, os limites impostos à exploração da mão de obra do trabalhador e os direitos trabalhistas faziam com que o legislado fosse refém do neoliberalismo, ou seja, os direitos trabalhistas fundamentais dos direitos humanos poderiam ser relativizados ante os interesses econômicos.

No contexto jurídico, relacionado às posições *contramajoritárias*, *representativas* e *iluministas*, é preciso destacar, também, que, na pós-democracia, o Poder Judiciário passa de garantidor dos direitos a realizador das expectativas do mercado e espectadores. Conforme destaca-se Rubens Casara (2017),

A espetacularização do Sistema de Justiça Criminal é um fenômeno que leva à preocupação com o afastamento dos direitos e garantias fundamentais em nome do “desejo de audiência”, ou seja, da vontade de agradar o auditório que constitui a chamada “opinião pública” (p. 171).

Até mesmo o Poder Judiciário cumpre o papel alinhado ao neoliberalismo, pois no Estado Pós-Democrático o importante é assegurar os interesses do mercado e a livre-circulação do capital, proporcionando a exclusão dos indesejáveis, ou seja, pessoas que não cumprem sua função social, como no trabalho e na compra e venda, bem como dos inimigos de todo esse projeto neoliberal.

Ainda mais preocupante é a reverência das instituições ao neoliberalismo, apresentada por Rubens Casara (2017), uma vez que poderia o Poder Judiciário estar sendo movido por opinião pública, sendo fundamentadas as decisões judiciais conforme o calor das emoções das ruas.

Ainda que haja a ideia de que compete ao magistrado julgar com independência e imparcialidade, desligado de qualquer possibilidade de favor político, não podem também apresentar julgados *ultra petita* nem *extra petita* (Barroso, 2018b).

Importa defender a posição de Neil MacCormick (2006) sobre as decisões judiciais. As decisões judiciais necessariamente precisam ser pautadas por justificativas da universalidade, da coerência, das consistências e da consequência. A falta de critérios como esses, alinhados à possibilidade de fundamentação das decisões judiciais e resultantes do clamor da opinião pública, resultam na fragilidade do Poder Judiciário.

A sociedade do espetáculo, bem como o projeto neoliberal, nessa perspectiva, garante uma atuação fragmentada do Poder Judiciário no Estado Pós-democrático de Direito. Assim, verifica-se, em alguns casos, que o Poder Judiciário está intimamente ligado à política, bem como à economia, ou, ser influenciado pela opinião pública. Em outros casos, a promoção pessoal de pessoas do Poder Judiciário se dá pela espetacularização (MacCormick, 2006).

As investigações são apresentadas na TV horas após os fatos, antes mesmo de a perícia concluir os trabalhos, ou, eventualmente, alguma emissora tem acesso com “exclusividade” ao material sigiloso da investigação, tudo em nome da audiência. Essas atitudes escancaram a realidade do projeto neoliberal bem como, fragilizam o Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, com a presente pesquisa, que muito se aborda sobre a efetividade dos direitos fundamentais, e nela arguiu-se sobre a efetividade do acesso à justiça. A temática é ampla, pois vai muito além de buscar os primeiros passos no Poder Judiciário, mas, sim, a realização final, ou seja, a justiça.

As intersecções e conjunturas políticas, econômicas, burocráticas, são os principais fatores que influenciam na efetividade do acesso à justiça. No que diz respeito à questão burocrática, também alinhada ao cenário econômico desfavorável, com os juizados especiais cíveis crescentes em números de ações, torna-se inequívoco que a quantidade de processos é um problema, fazendo com que surjam soluções alternativas para a solução de conflitos, como, no caso, as mediações. Verifica-se, também, que a judicialização da vida no Supremo Tribunal Federal releva-se como um movimento que não ocorre somente no Brasil; trata-se de uma tendência global. A “crise” nas demais instituições faz com que o Poder Judiciário seja o porta-voz das mudanças, possibilitando a exposição desse poder em detrimento ao Executivo e Legislativo.

A judicialização da vida torna-se cada vez mais evidente quando se percebe o declínio representativo do Poder Legislativo, uma vez que esse modelo que aí está não mais retrata a realidade do cidadão. Há quem defenda que exista um movimento de políticos eleitos que declaram não serem políticos em suas campanhas, uma vez que relacionar a candidatura à carreira político-partidária não tem atraído o eleitor devido à crise representativa.

O Poder Judiciário, portanto, assume as rédeas do Estado Democrático de Direito exercendo suas atividades intrínsecas, bem como desenvolve posições que ocupam “espaços vazios”, como no caso das decisões do STF quando exerce *papel contramajoritário, representativo e iluminista*, e discute a supremacia do Poder Judiciário em virtude da crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Defende-se que, em alguns casos, quando encarado como papel de autocontenção e quando levado à baila para o plenário, sendo votado pelos ministros um caso específico, bem como quando não é unânime a votação, entendemos que somente cumpriria o papel de autocontenção quando se tratar de unanimidade, pois trata-se de uma decisão institucional.

O acesso à justiça, o discurso sobre a efetividade dos direitos fundamentais, bem como as diversas dificuldades relacionadas, escoram-se nas influências neoliberais, de modo que o Estado, muitas vezes, encontra-se tão próximo do poder econômico que a confusão faz com que o poder econômico tome as direções daquilo que caberia ao Estado.

Constata-se, assim, que o problema do acesso à justiça vai além dos problemas corriqueiros de um fórum, como a quantidade de processos ajuizados, bem como a falta de estrutura física. A situação vai de encontro com a economia do país, com a judicialização extremamente volumosa de processos que, geralmente, podem e necessitam ser solucionados na mediação.

Conforme já anteriormente posicionado, o acesso à justiça e sua efetividade é algo insignificante em relação à crise de todas as instituições, não somente do Poder Executivo e Legislativo. Embora defenda-se que houve um período em que o legislativo/parlamento teve

sua supremacia para a garantia do Estado social de direito, bem como transferiu tamanha relevância para o Poder Executivo, seria esse o momento de supremacia do Poder Judiciário.

Encaramos com dificuldade a possibilidade de existir a supremacia do Poder Judiciário como argumento daquilo que sobrou para ser supremo, bem como por estar desenvolvendo papéis que correspondem à atividade de outros Poderes. Se isso ocorre, não estaríamos diante da supremacia desse poder, mas em crise generalizada dos demais.

Neste sentido, conclui-se que tal situação coaduna-se à tese do Estado Pós-Democrático de Direito, que, em verdade, não representa uma evolução, mas, sim, um retrocesso do Estado Democrático de Direito, pois seu projeto não mais atende aos anseios sociais devido à fragilidade das instituições no Estado Democrático de Direito, sua relação íntima com o projeto neoliberal e a interpretação do Estado Pós-democrático de Direito.

5 REFERÊNCIAS

- BACAL, E. A. B. Acesso à justiça e tutela dos interesses difusos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 5 (5), 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/23089>.
- BARROSO, L. R. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, 2018a.
- BARROSO, L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018b.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Z. *Arte da vida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BENJAMIN, A. H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor. In: *Textos – Ambiente e Consumo*, Centro de Estudos Judiciários, v. I, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. D. B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Denúncia por crime de responsabilidade n. 1 de 2015*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057823>. Acesso em: 04 mai 2022.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASARA, R. *Estado pós democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CARVALHO, Gisele Mendes; SALDANHA, Rodrigo Róger; MUNEKATA, Larissa Yukie Couto. Breves considerações sobre a mistanásia e o caso do Hospital Universitário Evangélico de Curitiba – PR, Brasil. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, Colômbia, v. 15, n. 29, p. 223-242, 2016.
- CASELLA, Paulo Borba et al. Importância da proteção internacional dos direitos fundamentais – reflexões pelos 70 anos da Declaração Universal. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 12, p. 21-26, 2019.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteórica. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 45, 2006.
- DIAS, J. D. M. A. Uma visão histórica do acesso à justiça. *Juris Toledo*, p. 56-84, 2015. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/966/936>. Acesso em: 5 set. 2019.
- GIUDICELLI, Gustavo. Os direitos fundamentais na era da pós-(in) efetividade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.05.PDF2006. Acesso em: 11 ago. 2019.
- JAPPE, A. G. D. *A sociedade do espetáculo*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, v. 6, n. 1, p. 1–22, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285>.

- LOUREIRO, João Carlos. A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, estado (pós?) social (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”. *Revista Estudos do Século XX*, Universidade de Coimbra, n. 13, 2013.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. W. Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MOTA, Mauricio. O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. *Revista Quaestio Iuris*, v. 5, n. 2, p. 286-309, 2012.
- OLIVEIRA, José Sebastião de; ALTOÉ, Bruna Agostinho Barbosa. Abertura relacional e dignidade da pessoa humana: breves considerações sobre a tutela das relações interpessoais como meio de proteção da personalidade. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes*, v. 8, n. 1, 2020.
- OTERO, Cleber Sanfelici; RAVAIOLI, Adriano Carlos. Reserva do possível e vedação de retrocesso como limite à alteração dos direitos sociais no Brasil: extensão do modelo de fixação de parâmetros no direito à saúde para direitos previdenciários. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, v. 5, n. 2, p. 1-20, 2020.
- PAULICHI, Jaqueline da Silva; SALDANHA, Rodrigo Roger. Das garantias processuais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição para efetivação dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 68, p. 399-420, 2016.
- PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. *Scientia Iuris*, v. 10, p. 225-242, 2006.
- RANIERI, N. B. S. O Estado liberal ao Estado contemporâneo – notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 2, p. 16-54, 2011.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, n. 101, p. 55-66, 2014.
- SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário – a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, jan./mar. 2013.
- SARLET, I. W. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>. Acesso em: 12 set. 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas*. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>. Acesso em: 19 maio 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 19 maio 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez*. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. Acesso em: 10 maio 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *No julgamento que decidiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol terá demarcação contínua e deverá ser deixada pelos produtores rurais que hoje a ocupam*. (Petição 3388), ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: STF. 2008.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário. No dia 20 de agosto de 2008, uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF). Súmula Vinculante nº 13. Brasília: STF, 2009.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). 2011.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez*. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. 2012.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; RADKE, Rafael Wagner. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, 2017.

Autor correspondente:

Rodrigo Róger Saldanha

Centro Universitário de Maringá

Av. Guedner, 1610 – Jd. Aclimação – CEP: 87050-390. Maringá/PR, Brasil

saldanhadoc@gmail.com

Todo conteúdo da Revista Direitos Humanos e Democracia
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0.