



Possibilidades e Riscos da Judicialização da Política Para a Consolidação Democrática Brasileira

Vinicius Figueiredo Chaves¹

Resumo

A judicialização da política aflorou nas democracias ocidentais no final do século 20. Faz-se presente também no Brasil, que desenvolveu as condições institucionais para o surgimento do fenômeno. Este artigo debate questões importantes para o entendimento do processo de judicialização, tais como as relações entre a política, o Direito, a Constituição e os poderes constituídos do Estado, com foco na análise da postura do Judiciário, a partir de sua Suprema Corte, enquanto poder inserido num contexto democrático caracterizado pelo princípio da separação de poderes. Essa manifestação da expansão do poder judicial pode ser tanto útil quanto deletéria para a democracia, prestando-se ao reforço ou mesmo ao estremecimento de seus alicerces, dependendo da forma como for empreendida e da postura não apenas do Judiciário, evidentemente, mas também do Executivo e do Legislativo.

Palavras-chave: Judicialização da política. Democracia. Poder Judiciário.

RISKS AND POSSIBILITIES IN JUDICIALIZATION OF POLITICS FOR THE BRAZILIAN DEMOCRATIC CONSOLIDATION

Abstract

The judicialization of politics has emerged in the occidental democracies in the end of the 20th century. It could also be noticed in Brazil, which developed proper institutional conditions to the phenomenon emerging. The present article discusses important questions aimed to the comprehension of

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Unesa/RJ; pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV/RJ; formado pela Escola de Direito da Amperj; professor auxiliar da Unesa/RJ; professor substituto da Uerj. viniciuschaves@gmail.com

the process of judicialization such as the relations among the politics, the law, the constitution and the powers of the State, focusing on the analysis of the Judiciary attitude as from the Supreme Court, as the power inserted on democratic context, characterized by the power's severance principle. This manifestation of the expansion of judicial power can be both useful and harmful to democracy, lending itself to the strengthening or even shaking of its foundations, depending on how it is pursued, not only the attitude of the Judiciary, obviously, but also the Executive and Legislative.

Keywords: Judicialization of politics. Democracy. Judiciary.

Sumário

1 Introdução. 2. A Política e o Direito. 3. Separação de Poderes e Constituição. 4. A Judicialização da Política. 5. Da Necessidade de que a Expansão do Poder Judicial Ocorra sem violação do Sistema Político. 6. Possibilidades e Riscos da Judicialização da Política para a Consolidação Democrática Brasileira. 6.1. Alguns Aspectos Procedimentais de Construção das Decisões. 6.2. Alguns Aspectos Substantivos de Construção das Decisões. 6.3. Alguns Aspectos Comportamentais dos Membros do Supremo Tribunal Federal. 7 Considerações Finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da política é um tema que congrega diferentes aspectos. O termo tem se tornado cada vez mais frequente, levando os estudiosos a aprofundadas análises teóricas e empíricas sobre a arquitetura institucional dos países, especialmente no que diz respeito às relações entre a política e o Direito no contexto democrático.

A independência e a harmonia entre os poderes constituídos estão entre os principais alicerces da democracia,² mas a sintonia na sua interface depende do cumprimento dos papéis previstos na Constituição, mediante a busca do equilibrado exercício das respectivas atribuições, o controle mútuo e o estabelecimento de um canal efetivo de diálogo. Inoportunas interferências de um poder no(s) outro(s) e a falta de uma relação mais comunicativa atuam contra a lógica constitucional e podem representar um foco de tensão entre a política e o Direito, impondo abalos à estrutura do sistema democrático.

No caso brasileiro, a partir da criação de um ambiente que viabilizou a participação cada vez maior do Judiciário na arena política, a intensificação do fenômeno da judicialização convida a uma reflexão sobre suas possibilidades e riscos para a consolidação democrática, a partir da análise

² Conforme ensina Barroso, “a democracia, ou, mais propriamente, o constitucionalismo democrático, foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Trata-se da fusão de duas idéias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a idéia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria”. Barroso, Luis Roberto. Palestra: Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos. In: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba, 24 de novembro de 2011, p. 2. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em: 5 maio 2012.

do viés político da atuação do Supremo Tribunal Federal, como também a avaliação de algumas posturas da Corte enquanto órgão colegiado de cúpula do sistema Judiciário (e de seus ministros, individualmente).

Justificam-se, portanto, todos os esforços para a melhor compreensão do alcance do fenômeno, para a teorização com vistas à construção de um modelo que, ao invés de corroer as estruturas sobre as quais estão assentados os poderes da República, seja capaz de reforçar a lógica democrática, de forma a maximizar as suas potencialidades e, assim, contribuir para a conquista de padrões mais elevados de desenvolvimento para a sociedade brasileira.

2. A POLÍTICA E O DIREITO

Política e Direito são elementos que não se confundem. Neste sentido a lição de Barroso,³ para quem “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.”

Embora conceitualmente distintos, gozam de aspectos comuns e se interligam de forma intensa, enquanto instrumentos voltados à necessária articulação e estruturação das sociedades. São os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação,⁴ com inequívoca importância para a organização do tecido social

³ Barroso, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. [on-line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁴ Barroso, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. [on-line] Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

e atendimento dos interesses humanos. A política e o Direito devem ser realizados com vistas a assegurar aos indivíduos uma existência digna, que permita o exercício dos direitos fundamentais, verdadeira “razão de ser do Estado de Direito, sua finalidade mais radical, o objetivo e o critério que dá sentido aos mecanismos jurídicos e políticos que o compõem.”⁵

A política e o Direito têm como ponto de contato a percepção do fenômeno do poder⁶ e a sua interface encontra elo na Constituição, a qual opera um canal de inter-relação, estabelecendo uma engrenagem cujo bom funcionamento é essencial à consolidação das democracias e ao melhor atendimento dos interesses humanos.

As ligações entre ambos podem ser analisadas segundo perspectivas muito diversas. Aqui serão enfrentadas sob a ótica das relações das instituições jurídicas (no caso, as judiciais) com as demais instituições que integram a organização política da sociedade brasileira, além do exame de aspectos da atuação do Judiciário, notadamente da Suprema Corte, perante alguns de seus papéis constitucionais.

⁵ Maia, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Citando Díaz, Elias. *Filosofía del Derecho: Legalidad-legitimidad*. In: Muguerza, Javier; Cerezo, Pedro (Ed.). *La Filosofía Hoy*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000. p. 323. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em: 3 abr. 2012.

⁶ Lobato, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 17, n. 0, p. 45-52, nov. 2001. [on-line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 maio 2012.

3. SEPARAÇÃO DE PODERES E CONSTITUIÇÃO

As discussões e ideias sobre a separação de poderes surgiram na Grécia Antiga.⁷ Foi, contudo, Montesquieu⁸ (1689-1755) o responsável pela sistematização da mais significativa teoria sobre o exercício do poder pelo Estado. A limitação do poder pelo poder seria tecnicamente alcançável quando se colocasse os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas mãos de órgãos distintos,⁹ de forma a assegurar o controle mútuo. Esse modelo, pautado na orientação ao bloqueio do funcionamento inadequado, ancorava-se na separação pura, mais rígida e, assim, ressentia-se ainda de mecanismos de reconhecimento de capacidades ativas de interferências recíprocas nas atribuições de um pelo outro.

Os americanos,¹⁰ reconhecendo como desgraça a tirania do Legislativo, foram responsáveis pela construção de uma matriz pautada em formas de equilíbrio e interferência, que propõe meca-

⁷ Conforme adverte Almeida Júnior, “desde Aristóteles já havia a ideia de separação de poderes, seguida por Platão e Políbio. John Locke, entretanto, quando elaborou o segundo Tratado sobre o Governo Civil, delineou em sua teoria a distribuição das funções estatais entre órgãos diferentes, mas foi Montesquieu quem sistematizou a Teoria dos Três Poderes”. Almeida Junior, João Theotônio Mendes de. A separação de poderes. *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano I, n. 5, p. 35, out./dez. 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2012.

⁸ Segundo Montesquieu, em cada Estado há três espécies de poderes. E “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. Montesquieu, Charles de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 156-157. (Coleção Os Pensadores – História das Grandes Ideias do Mundo Ocidental).

⁹ Almeida Junior, João Theotônio Mendes de. A separação de poderes. *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano I, n. 5, p. 38, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2012.

¹⁰ As principais ideias foram sistematizadas na obra “O Federalista”, que condensava uma série de 85 artigos, como resultado de reuniões prévias à Constituição Americana de 1787. Tinham como autores James Madison, Thomas Jefferson e John Jay. O referido modelo mitigou a então vigente supremacia do poder Legislativo em solo americano.

nismos para balancear os poderes, isto é, um sistema de freios e contrapesos,¹¹ que caracteriza a instituição de uma separação de poderes impura.¹²

A teoria da separação dos poderes, com os instrumentos de equilíbrio e interferência do sistema de freios e contrapesos, permanece até os dias atuais como influência maior nos arranjos institucionais do mundo ocidental. Ao longo dos anos, embora mantida a ideia básica de partição de funções entre órgãos distintos, foram estabelecidos novos contornos e aprimoramentos à equação dos poderes, com a previsão, nos próprios textos constitucionais, de incorporação de outras¹³ atribuições às funções típicas tradicionais.

Nos regimes democráticos contemporâneos, o poder¹⁴soberano emanado do povo inaugura a ordem constitucional, dando conformação ao Estado, repartindo as suas principais funções entre órgãos distintos e

¹¹ Na doutrina há menção a diferentes origens para o sistema de freios e contrapesos. Escaparia aos limites e objetivos do presente trabalho enfrentar esta temática. Para um aprofundamento sobre o tema, consulte-se Piçarra (Piçarra, Nuno *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989) e Carolan (Carolan, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. New York: Editora Oxford University, 2009).

¹² De acordo com o modelo Federalista, a competência legislativa não caberia apenas ao Congresso e às Assembleias dos Estados, como também ao presidente, sendo-lhe atribuído poder para vetar projetos de lei. Haveria também interferência do Judiciário no Legislativo, por não ser aquele mais neutro, mas sim guardião da Constituição, com o poder de declarar que determinadas leis do Legislativo e atos do Executivo são contrários ao sentido dela.

¹³ Como exemplos na CRFB, os artigos 62, 103A e 58, 3º que permitem, respectivamente: i) ao presidente da República adotar medidas provisórias, com força de lei; ii) ao Supremo Tribunal Federal aprovar súmula com efeito vinculante; iii) ao Legislativo instituir comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

¹⁴ “O Poder se apresenta como uma síntese interdependente de vontades e meios, voltada para o alcance de uma finalidade. A vontade, por ser um elemento imprescindível na manifestação do Poder, torna-o um fenômeno essencialmente humano, característico de um indivíduo ou de qualquer agrupamento de indivíduos”. (...) “A Nação, ao organizar-se politicamente, escolhe um modo de aglutinar, expressar e aplicar o seu Poder de maneira mais eficaz, mediante a criação de uma macroinstituição especial – o Estado – a quem delega

regulando o exercício do próprio poder, o que constitui um efetivo obstáculo para o arbítrio.¹⁵ A Constituição define o arranjo dos poderes do Estado e reserva a cada um deles funções¹⁶ típicas distintas, nos âmbitos legislativo (ou normativo), executivo (ou administrativo) e jurisdicional. Neste sentido, a lição de Barroso:¹⁷

A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à *rule of law*. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas.

No caso brasileiro, a própria Lei Fundamental prescreve que os poderes são independentes e harmônicos entre si, fato indicativo de que a consolidação da democracia depende do equilibrado exercício das respectivas atribuições e adequado controle mútuo. Assim, eventuais avanços nas funções típicas de um poder pelo outro, ainda que nas excepcionais hipóteses previstas na Constituição, somente se justificam quando em busca da materialização de seus próprios comandos. Em outras palavras,

a faculdade de instituir e pôr em execução o processo político-jurídico, a coordenação da vontade coletiva e a aplicação de parte substancial de seu poder”. Escola Superior de Guerra (Brasil). *Fundamentos doutrinários da Escola Superior de Guerra*. Rio de Janeiro: A Escola, 1998. p. 49.

¹⁵ Castro, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: Peixinho, Manoel Messias; Guerra, Isabela Franco; Nascimento, Firlly (Orgs.). *Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 151-152.

¹⁶ Ao Legislativo e Executivo são distribuídas competências políticas, ao passo que ao Judiciário assistem não apenas atribuições técnico-jurídicas, como também políticas. Neste sentido, registre-se a posição de Comparato, que advoga a tese de que assiste competência ao Judiciário para decidir sobre questões políticas. Comparato, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737/15, p. 19-21, mar. 1997.

¹⁷ Barroso, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

a harmonia somente restará assegurada na medida em que o campo de atribuição precípua de cada poder – inclusive essas de natureza excepcional – seja respeitado pelos demais.

A questão da harmonia entre os poderes assume feições complexas em meio às transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos.¹⁸ Surgem renovados parâmetros de interpretação e aplicação do Direito, tributários de uma percepção expansionista do fenômeno jurídico, os quais resultam no estabelecimento de novos papéis para o Judiciário: alguns¹⁹ chegam a admitir, em determinadas ocasiões, uma postura mais ativa dos juízes, mediante o desempenho de funções criativas²⁰ na concretização do Direito. Diante de uma Constituição que visa ao futuro e se empenha programaticamente ao definir os direitos sociais no terreno das políticas públicas²¹ – vinculando assim os poderes políticos aos seus comandos e compromissos valorativos – o Poder Judiciário assume destacadas atribuições garantidoras, posto que esses temas podem ser retirados do debate político e inseridos no universo das pretensões de tutela judicial, a partir

¹⁸ O tema foi detalhadamente examinado por Maia, em trabalho que analisa as transformações em diversos sistemas jurídicos avançados. Maia, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos*: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em: 20 abr. 2012.

¹⁹ Para Mendes, Coelho e Branco “a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei.” Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 96-97.

²⁰ Registre-se o ponto de vista divergente de Streck, para quem “os juízes não criam o Direito [...] porque interpretam o Direito aplicando seus princípios gerais”. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 108.

²¹ Werneck Vianna, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: Oliven, R. G. et al. (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008.

da provocação da sociedade mediante novos institutos²² criados pela Constituição, em busca da efetivação de seus comandos. E o exercício dessas novas funções possibilita a criação de focos de tensão entre os poderes.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As últimas décadas têm revelado significativas alterações no ambiente institucional de alguns países, em vista da profunda transferência do poder de instituições representativas para sistemas judiciários, com a difusão do conceito de supremacia constitucional como pilar na transição de regimes autoritários para a democracia.²³

Essa tendência tem se materializado especialmente na judicialização da política, fenômeno observado em diversas sociedades democráticas contemporâneas,²⁴ consequência não apenas da adoção dos princípios do constitucionalismo moderno e da expansão judicial, mas, principalmente,

²² Segundo Werneck Vianna, “em tese, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão consistiram nos instrumentos mais fortes previstos no sentido de conferir aplicabilidade à norma constitucional portadora de direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à cidadania, deixados inertes em virtude de ausência de regulamentação. Por meio deles, estaria disponível à sociedade quer pela iniciativa de qualquer cidadão – no caso do Mandado de Injunção –, quer pela iniciativa da comunidade de intérpretes da Constituição – no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – o recurso ao Judiciário, a fim de encontrar remédio para uma eventual omissão do poder público quanto aos direitos que lhe foram outorgados constitucionalmente. Com essa construção, o constituinte, pela mediação da sociedade, procurava impedir que as normas e garantias dispostas na Carta se revestissem de caráter simbólico, uma vez que as declarara, no parágrafo 1º do artigo 5º, no título que trata dos direitos fundamentais, como de aplicação imediata (Silva, 1997)”. Werneck Vianna, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In Oliven, R. G. et al. (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008.

²³ Hirschl, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

²⁴ Castro, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34. [on-line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

do fato de as Supremas Cortes terem sido armadas com meios – vias de ação²⁵ – que permitem elevar ao Judiciário uma gama de questões²⁶ morais, sociais e políticas.

Tal como ensina Carvalho,²⁷ “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios” e fez com que passasse a ocupar um lugar estratégico diante dos demais poderes. Neste sentido, judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder Judiciário.²⁸

As causas atribuídas ao processo de judicialização vão desde a ação do próprio constituinte²⁹ ao mau funcionamento do Executivo e do Legislativo, passando pela atuação de agentes políticos e grupos de oposição. Há até mesmo referências a macroprocessos de mudança social que teriam

²⁵No caso brasileiro, são exemplos a ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF.

²⁶Dentre as questões destacadas por Hirschl, expressão e liberdade religiosa, reprodução assistida, políticas públicas relativas à justiça criminal, comércio, educação, trabalho, imigração, meio ambiente, além de relações entre pessoas do mesmo sexo e ações afirmativas. Hirschl, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

²⁷Carvalho, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.* [on-line]. Curitiba, n. 23, p. 115, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

²⁸Barroso, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. [on-line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

²⁹Segundo Werneck Vianna, “a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *medium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta”. Werneck Vianna, Luiz. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação. In: Oliven, R. G. et al. (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008.

embaralhado as relações entre Direito, política e sociedade.³⁰ Barroso³¹ enumera três causas para a judicialização da política: (i) reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento central para as democracias modernas; (ii) desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; (iii) atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Quanto ao tema, a visão de Castro:³²

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.

Outra questão relevante diz respeito às condições políticas para o surgimento do fenômeno. Carvalho³³ elenca uma série de fatores para o aparecimento da judicialização, quais sejam: a democracia, a separação dos poderes, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e o uso dos tribunais pela oposição, para em seguida concluir

³⁰ Maciel, Débora Alves; Koerner, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2012.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*: Direito e política no Brasil Contemporâneo. [on-line] Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

³² Castro, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34. [on-line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/full/70/54/>>. Acesso em: 13 maio 2012.

³³ Carvalho, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 23, p. 117-120, nov. 2004. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

que “o mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro (...)”.

A expansão do poder judicial tem levado a Suprema Corte a desempenhar, ainda que subsidiariamente, o papel da criação de normas, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício excepcional de função legislativa. Esta questão tem gerado controvérsias, materializadas principalmente a partir de dois eixos de análise: de um lado, uma corrente³⁴ que enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a consequente limitação do papel das Cortes; de outro, prega-se um Judiciário mais participativo nas democracias contemporâneas, atuando de maneira mais ativa, com uma ocupação maior do mundo político pelo jurídico.

Há de ser reconhecido, no bojo da presente investigação, outro conceito importante para a melhor compreensão desse crescente³⁵ protagonismo do Supremo Tribunal Federal, que é o de ativismo judicial. Descrito como um fenômeno de inúmeras dimensões,³⁶ é possível medi-lo pela assiduidade com que o Judiciário invalida as normas e atos dos outros

³⁴ Para Cass Susteim, o papel das cortes deve ser limitado. Defende um minimalismo judicial. Susteim, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 142-149.

³⁵ Santos, Marques e Pedrosa denunciam o crescente protagonismo social e político dos tribunais. Santos, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; Pedrosa, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. [on-line] *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, n. 30, ano 11, fev. 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 28 jun. 2012.

³⁶ Marshall identificou sete dimensões para o ativismo, quais sejam: contramajoritário, não originalista, jurisdicional ou formal, de precedentes, material ou criativo, remediador e *partisan*. Marshall, William P. Conservatism and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, set. 2002. Disponível em: <http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 28 jun. 2012.

poderes, notadamente do Legislativo.³⁷ Seria, tal como ensina Ribas,³⁸ igualmente considerado ativista o Judiciário ao procurar suprir omissões dos demais poderes com suas decisões. É também Ribas³⁹ quem enuncia um ativismo jurisdicional por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, “construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional”.

A arquitetura do poder indica um agente formulador de determinados juízos políticos. E a judicialização, como visto, em alguns casos, importa em alterar o responsável por tais escolhas. Em seu bojo, traz tanto problemas de legitimidade quanto de eventuais comportamentos ativistas. Assim, a questão que se põe é: a judicialização da política e o ativismo judicial estariam servindo ao projeto de concretização de direitos fundamentais ou a projetos políticos de expansão do poder Judiciário ou, ainda, a estratégias dos outros poderes, de omissão proposital sobre determinadas questões polêmicas?

³⁷ Sustein, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

³⁸ Vieira, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. [on-line]. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

³⁹ Vieira, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. [on-line]. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

5. DA NECESSIDADE DE QUE A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL OCORRA SEM VIOLAÇÃO DO SISTEMA POLÍTICO

O texto da Constituição de 1988 incorpora princípios e valores que caracterizam um programa substantivo, voltado à transformação social, em que “o Poder Judiciário assume um papel decisivo, na medida em que representa um relevante espaço público de participação democrática realizador da materialidade da Constituição.⁴⁰” Neste sentido, a atuação do Tribunal Constitucional, guardião da Constituição, precisa ser direcionada à busca do alinhamento e da integração, para o fortalecimento não apenas das relações com os outros poderes, mas com a própria sociedade, por meio do estabelecimento de pautas conjuntas de discussão acerca dos principais problemas sociais, em compromisso com a transformação necessária à construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária.

Para o alcance dos objetivos traçados pela Lei Maior, é fundamental que a expansão do poder Judiciário ocorra sem violar o equilíbrio do sistema político e de forma compatível com as bases da democracia constitucional, que consistem na efetividade dos direitos dos cidadãos, limitação dos poderes políticos e garantia da soberania popular.⁴¹ Em outras palavras, deve ser empreendida de forma a promover um processo de interação entre os poderes da República,⁴² em que a participação do Judiciário

⁴⁰ Verbicaro, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Rev. Direito GV*, São Paulo, vol. 4 n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. [online]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 maio 2012.

⁴¹ Cittadino, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU (Revista de Comunicação, Cultura e Política)*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. [online]. Disponível em: <http://publice.rdc.rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 27 maio 2012.

⁴² Castro, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 34. [online]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/full/70/54/>>. Acesso em: 13 maio 2012.

assuma um caráter indutivo, e não substitutivo dos das instâncias democráticas de deliberação. Mesmo diante das inúmeras vias de ação – que favorecem a judicialização, por permitirem elevar ao Judiciário uma gama de questões – é possível ao Judiciário se manter numa posição autocontida, sem revelar um comportamento ativista.

Atuando em sintonia com a Constituição, a judicialização da política pode apresentar virtudes: o Judiciário poderá exercer papéis relevantes, como evitar abusos decorrentes de ações ou omissões⁴³ dos poderes políticos, sempre com foco na busca da proteção e concretização de direitos fundamentais. Em igual sentido, as lições de Yepes:⁴⁴

A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são

⁴³ A jornalista Miriam Leitão, em sua coluna Panorama Econômico, denunciou: “O governo lavou as mãos porque o assunto é impopular e quer que o Supremo tire a brasa do fogo. Governos não podem se omitir num caso que põe em risco a solidez do sistema bancário no meio de grave crise financeira internacional”. Leitão, Miriam. Risco democrático. *Jornal o Globo*. Rio de Janeiro, 26 abr. 2009, Caderno de Economia. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2009/04/26/risco-democratico-180232.asp>>. Acesso em: 5 maio 2012.

⁴⁴ “*La judicialización parcial de la vida política tiene su lugar a dudas ciertas virtudes. En particular permite evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías, en contra de minorías estigmatizadas o de individuos. En esa medida, el lenguaje de los derechos ocupa un lugar importante en las democracias contemporâneas, al punto de que el reconocimiento y la protección judicial de esos derechos, a pesar de ser realizados por órganos contramayoritarios, como lo son los jueces y los tribunales constitucionales, deben ser vistos no como limitaciones a la democracia, sino como garantías a las precondiciones de la misma. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático*”.

^Yepes, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur, Rev.int. derechos human.* São Paulo, vol.4, n° 6, p. 52-59, 2007, ISSN 1806-6445. [on-line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S180664452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em: 7 maio 2012.

os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas precondições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático.

6. POSSIBILIDADES E RISCOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA A CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

A ideia da judicialização envolve dimensões procedimentais e substantivas do exercício das funções judiciais,⁴⁵ realidade que, em ambos os casos, tem condições de atuar a favor ou mesmo contra a consolidação democrática, dependendo da forma empreendida e da postura da própria Corte Constitucional. Tem possibilidades, mas igualmente riscos.

Examinando a realidade brasileira, percebem-se casos em que a atuação da Suprema Corte cumpriu um papel importante, tal como nos julgamentos sobre as pesquisas com células-tronco⁴⁶ e a demarcação de terras indígenas,⁴⁷ em que as decisões contribuíram para o processo democrático: a política foi judicializada e promoveu o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado.⁴⁸ Por outro

⁴⁵ Maciel, Débora Alves; Koerner, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

⁴⁶ ADI 3510, Relator: Min. Carlos Ayres de Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe – 96 DIVULG 27/05/2010 PUBLIC 28/05/2010 EMENT 2403-1. O STF decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.

⁴⁷ PET. 3.388, Relator: Min. Carlos Ayres de Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe – 120, DIVULG 30/06/2010 PUBLIC 01/07/2010 EMENT 2408-2. O STF declarou constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, determinando sejam observadas uma série de condições.

⁴⁸ Verbicaro, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Rev. Direito GV*, São Paulo, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008. [on-line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003>

lado, há casos⁴⁹ em que a atuação do Tribunal Constitucional e de seus ministros tem se distanciado dos contornos desenhados pela Constituição Brasileira, afastando-se de suas atribuições institucionais e representando risco à consolidação democrática.

A partir das considerações anteriores, examinaremos alguns aspectos procedimentais e substantivos importantes na construção das decisões, como também alguns aspectos comportamentais dos integrantes da cúpula do sistema Judiciário.

6.1. Alguns Aspectos Procedimentais de Construção das Decisões

No processo de construção de suas decisões, o ideal é que o Judiciário se mantenha aberto ao diálogo, especialmente quando diante de questões que demandem discussões mais aprofundadas, inclusive envolvendo a própria sociedade civil. Certamente a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais

&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 maio 2012.

⁴⁹Destacamos as hipóteses suscitadas por Vieira, que supostamente revelariam o afastamento da Corte Constitucional do modelo tradicional de legislador negativo imaginado por Kelsen: casos da fidelidade partidária (MS 26.603/DF) e da constitucionalidade da lei de crimes hediondos (Reclamação 4.335-5/Acre), onde o Tribunal teria conferido não apenas efeito legiferante em suas decisões, mas exercido parcela de verdadeiro poder constituinte reformador, usurpando a função legislativa (*juízo não terminou*, grifamos). Vieira, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Rev. Direito GV*, vol. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012. Quanto à segunda hipótese, Streck, Oliveira e Lima destacam a polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal, a partir da qual “ao final dos debates entre os Ministros daquela Corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo.” Streck, Lenio Luiz; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Lima, Martonio M’ont Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. [on-line]. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.⁵⁰ Juízes e tribunais não devem se transformar em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação.⁵¹

Quanto à qualidade no processo deliberativo, o Tribunal, enquanto órgão colegiado de decisão, deveria se encontrar apoiado num arranjo mais comunicativo, com as razões decisórias sendo formadas discursivamente, com prevalência apenas da “coerção” do melhor argumento,⁵² apoiados nas informações disponíveis. Imprescindível, assim, a ampliação e o fortalecimento de um espaço público jurídico norteado por uma cultura de discussão argumentativa, que possa garantir que a aplicação da ordem jurídica contribua para o desenvolvimento da democracia.⁵³ Conforme denuncia Falcão,⁵⁴ a realidade tem demonstrado o contrário, ou seja, as decisões têm sido tomadas de forma mais individualizada e menos colegiada.⁵⁵

⁵⁰ Barroso, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. [on-line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁵¹ Barroso, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. [on-line] Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁵² Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed./Jürgen Habermas. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 137. Vol. I.

⁵³ Maia, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. [on-line]. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em: 17 maio 2012.

⁵⁴ Falcão, Joaquim. Entrevista ao *Jornal Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 23 abr. 2012. Caderno de Política. [on-line]. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/node/2256>>. Acesso em: 24 maio 2012.

⁵⁵ Conforme denuncia Falcão, há uma mudança de cultura no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que passou a ser mais individualizada e menos colegiada, que se reflete nas decisões do Supremo. Destaca que “mais de 80% das decisões são hoje tomadas individualmente

Outro aspecto importante diz respeito às audiências públicas, mesmo nas hipóteses em que o Tribunal Constitucional as realizou,⁵⁶ nota-se uma formatação restritiva de uma maior contribuição da sociedade civil em decorrência da não abertura de um canal efetivo de diálogo com a sociedade. Neste sentido, as relações entre o povo e o poder ficam cingidas, como também o subsídio ao Supremo Tribunal para as tomadas de decisão, o que limita a democracia participativa e, conseqüentemente, as possibilidades de construção de melhores soluções para questões de grande importância social e interesse público.

6.2. Alguns Aspectos Substantivos de Construção das Decisões

A ausência de uma parametrização teórica que sirva de critério racional de decisão tem aberto espaço para um determinado voluntarismo nas deliberações, caracterizado por decisões tomadas a partir de pré-compreensões em detrimento da apresentação de razões argumentativas justificantes. Para Streck,⁵⁷ “cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio...”. Quanto ao tema, igual-

pelos ministros, e não tomadas pela Corte como órgão coletivo.” Falcão, Joaquim. Entrevista ao *Jornal Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 23 abr. 2012. Caderno de Política. [on-line]. Disponível em: <<http://www.direitorio.fgv.br/node/2256>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

⁵⁶ Como exemplos, as audiências públicas sobre políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior (ADPF 186 e R.EXT. 597.285/RS), sobre interrupção da gravidez nos casos de feto anencéfalo (ADPF 54), sobre a importação de pneus usados e remoldados (ADPF 101), sobre direito à saúde (nos Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n. 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n. 36, 185, 211 e 278, nas Suspensões de Segurança n. 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355) e sobre a lei seca (ADIN 4.103).

⁵⁷ Streck, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista à *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. São Paulo, 15 mar. 2009, Seção de Entrevistas. [on-line]. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em: 25 jun. 2012.

mente importante destacar o ensinamento de Sanchis,⁵⁸ segundo o qual “as leis se legitimam pela autoridade da qual procedem; as sentenças só por suas boas razões”. Certamente são as boas razões, a fundamentação e os argumentos de princípio que garantem consistência às deliberações e propiciam o estabelecimento de premissas em determinados casos submetidos à apreciação da Corte Constitucional, mediante as quais se inicia um desejável processo de construção do conhecimento por agregação. Assim, conforme sugere Vieira:⁵⁹

Desnecessário que haja 11 votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de estândares interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau.

Convém ressaltar também a não contenção (ou necessidade de autocontenção) judicial na realização dos direitos sociais, levantada por Vieira de Andrade,⁶⁰ segundo o qual “as escolhas voltadas à definição de conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas por parte do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. E não certamente a juízes”. Tais escolhas políticas deverão ficar a cargo das instituições representativas democráticas. Neste campo, a intervenção do Judiciário somente encontrará legitimidade na hipótese de violação manifesta da Constituição por parte dos outros poderes. Quando não estejam em jogo os

⁵⁸ Prieto Sanchis, Luís. *Jueces y justicia em tiempos de constitucionalismo* – entrevista al Profesor Luís Prieto Sanchis. Entrevista realizada por Pedro P. Grández Castro (mimeo). Toledo, 2005. p. 3.

⁵⁹ Vieira, Oscar Vilhena. Supremocracia. [on-line]. *Rev. Direito GV*, vol. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁶⁰ Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais no século XXI*. [on-line]. Disponível em: <<http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/Vieira%20ANDRADE.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2012.

direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política.⁶¹

A questão do controle das políticas públicas também tem sido terreno fértil para discussões acerca da legitimidade das intervenções do Judiciário e o conseqüente risco democrático. Por um lado, a Constituição de 1988 protege os direitos fundamentais e determina adoção de políticas públicas para realizá-los.⁶² Por outro lado, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos poderes Legislativo e Executivo,⁶³ o que, em tese, restringe as possibilidades de intervenção judicial a hipóteses pontuais, asseguradoras de direitos fundamentais, como garantia da supremacia da Lei Fundamental, isto é, quando inexistente a política pública ou, ainda, quando existente mas fora dos parâmetros e prioridades constitucionais. Na prática, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado sua competência para o controle e formulação, ainda que excepcional, de políticas públicas, o que, especificamente em relação ao segundo aspecto, tem sido ques-

⁶¹ Barroso, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. [on-line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁶² Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis: Revista da Esmec – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 56, jul./dez. 2006. [on-line] Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS/_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 15 maio 2012.

⁶³ Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis: Revista da Esmec – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006, p. 56-57. [on-line]. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS/_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 15 maio 2012.

tionado.⁶⁴ É preciso observar também, conforme denuncia Valle,⁶⁵ que “o Judiciário está decidindo sobre políticas públicas em litígios individuais – que com certeza, não se revelarão adequados quando se cogita de trazer real transformação social”, vez que o consenso acaba resumido àquele determinado indivíduo beneficiado pela decisão judicial, sem alcançar todos os demais eventualmente na mesma situação, igualmente merecedores de prestação por parte do Estado.

6.3. Alguns Aspectos Comportamentais dos Membros do Supremo Tribunal Federal

O ativismo midiático,⁶⁶ as disputas internas e enfrentamentos entre os ministros também se apresentam como situações preocupantes. Membros de um órgão colegiado, os ministros deveriam se diluir no corpo do grande sujeito do qual fazem parte, em busca de um agir orientado pelo entendimento.⁶⁷ Ao invés disso, conforme denuncia Falcão,⁶⁸ tem-se

⁶⁴ Segundo Vanice Regina Lirio do Valle, “o Supremo já afirmou constitua competência sua – ainda que excepcional – empreender até mesmo à formulação de políticas públicas, na hipótese de reiterada omissão de parte dos demais braços do poder político organizado”. Cita como precedente mais recente na matéria – repetindo outras decisões no mesmo e exato sentido – o ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/8/2011. Valle, Vanice Regina Lirio do. *Judicialização das políticas públicas no Brasil*: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. Original cedido pelo autor. No prelo para publicação.

⁶⁵ Valle, Vanice Regina Lirio do. *Judicialização das políticas públicas no Brasil*: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. Original cedido pelo autor. No prelo para publicação.

⁶⁶ A expressão foi cunhada em entrevista concedida por Joaquim Falcão ao *Jornal Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 23 abr. 2012. Caderno de Política. [on-line]. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/node/2256>>. Acesso em: 24 maio 2012.

⁶⁷ Habermas, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed./Jürgen Habermas. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 131-132. Vol. I.

⁶⁸ Falcão, Joaquim. Entrevista ao *Jornal Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 23 abr. 2012. Caderno de Política. [on-line]. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/node/2256>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

verificado um excessivo individualismo, com grande exposição pública pessoal dos ministros. As recentes disputas internas e enfrentamentos consistem num comportamento impróprio para integrantes da cúpula do sistema judicial brasileiro, tendo algumas delas caracterizado trocas de ofensas e, especialmente, denúncias de manipulação de resultados em julgamentos. Tais desavenças públicas revelam não apenas indisposições pessoais, mas verdadeiras fissuras institucionais, muitas vezes decorrentes da luta por ascendência sobre os demais pares. A demasiada exposição pública, as disputas internas e a escalada de conflitos acarretam perda de credibilidade e tornam vulnerável a própria autoridade do Supremo Tribunal Federal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esse breve estudo, concluímos que o processo de judicialização da política pode tanto ser decisivo para a consolidação e fortalecimento da democracia brasileira quanto contribuir para o estremecimento de seus alicerces: apresenta possibilidades, mas também riscos. O tema traz em si problemas de várias ordens, que envolvem aspectos substanciais, procedimentais e comportamentais.

No Brasil posterior à Constituição de 1988 percebe-se que os tribunais têm assumido um papel cada vez mais relevante no cenário político.⁶⁹ Tal concepção orienta a reflexão sobre a necessidade da construção e manutenção de um modelo capaz de maximizar as possibilidades e minimizar os riscos para a consolidação democrática, no contexto de um complexo sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, que

⁶⁹ Carvalho, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, n. 28, p. 161, jun. 2007. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n28/a11n28.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2012.

conjuga formas de controle difusas e concentradas, envolve diversas vias de ação e amplia sobremaneira a litigiosidade e também a judicialização da política.

O referido modelo deve estar pautado na cooperação entre os poderes, assentado em uma unidade axiológica, com respeito à independência e harmonia, com a Suprema Corte assumindo o *status* de espaço conjunto de cooperação, uma verdadeira arena democrática voltada à construção conjunta de conhecimento e soluções possíveis à redução do inaceitável hiato entre o realizável e o realizado em matéria de direitos fundamentais e bem-estar social.

Algumas posturas do Supremo Tribunal Federal podem contribuir para a consolidação desse modelo: i) concentrar esforços na busca de uma parametrização teórica, que sirva de critério racional de decisão e seja voltada para a apresentação à sociedade de razões argumentativas legitimadoras; ii) necessidade de autocontenção judicial na realização dos direitos sociais; iii) no campo das políticas públicas, restringir a intervenção judicial às hipóteses asseguradoras da supremacia da Constituição, isto é, quando inexistente a política pública ou, ainda, quando existente, mas fora dos parâmetros e prioridades constitucionais; iv) promover uma atuação indutiva (e não substitutiva) da atuação dos outros poderes, com vistas à correção de erros e omissões; v) ampliação dos mecanismos de participação da sociedade civil, para a abertura de um canal efetivo de diálogo com a sociedade; vi) a busca de arranjos mais comunicativos nos processos deliberativos, para ampliação argumentativa e tomadas de decisão de forma mais colegiada e menos individualizada; vii) o alinhamento interno dos próprios ministros em torno de uma ação orientada pelo entendimento, no sentido de evitar disputas e embates públicos capazes de reduzir a credibilidade da Suprema Corte; ix) uma menor exposição individual dos ministros na mídia.

O Brasil (e todos os seus atores sociais e agentes de transformação) tem grandes desafios diante de um enorme conjunto de demandas e carências sociais, um longo caminho a percorrer para garantir efetividade aos direitos formalmente reconhecidos pela Constituição de 1988. Neste contexto, precisa construir pontes que lhe permitam evoluir de um passado que não se aceita a um futuro que se deseja, capazes de fazê-lo alcançar os esperados degraus na escada do desenvolvimento social. Tal tarefa não pode prescindir da participação efetiva do poder Judiciário, especialmente da Suprema Corte, que tem papel decisivo na realização da materialidade da constituição, na busca dos objetivos fundamentais da República e no encontro da sociedade com o seu projeto de valores.

De tal forma, necessário se faz que o debate acadêmico em torno da expansão do poder judicial sugira caminhos para que a judicialização da política ocorra sem violar o equilíbrio do sistema político e de forma compatível com bases da democracia constitucional, maximizando as suas muitas possibilidades e minimizando riscos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. A separação de poderes. *Revista Digital, Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano I, n. 5, p. 35, 38, 57, out./dez. 2009. [on-line]. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra: democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba, 24 nov. 2011, p. 2. [on-line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em: 5 maio 2012.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. [on-line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil). *Themis: Revista da EsmeC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. [on-line]. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS/_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 15 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Tribunal Pleno, julgado em 29/5/2008, DJe – 96 DIVULG 27/5/2010 PUBLIC 28/05/2010 EMENT 2403-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET. 3.388. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Tribunal Pleno, julgado em 19/3/2009, DJe – 120, DIVULG 30/6/2010 PUBLIC 1º/7/2010 EMENT 2408-2.

CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. New York: Editora Oxford University, 2009.

CARVALHO. Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 23, p. 115, 117-120, nov. 2004. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

_____. Revisão judicial e judicialização da política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 28, p. 161, jun. 2007. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n28/a11n28.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2012.

CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly (Orgs.). *Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 151-152.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34. [on-line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em: 13 maio 2012.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu (Revista de Comunicação, Cultura e Política)*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. [on-line]. Disponível em: <http://publique.rdc.rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 27 maio 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 19-21, mar. 1997.

DÍAZ, Elias. Filosofia del Derecho: Legalidad-legitimidad. In: MUGUERZA, Javier; CERESO, Pedro (Ed.). *La Filosofía Hoy*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (Brasil). *Fundamentos doutrinários da Escola Superior de Guerra*. Rio de Janeiro: A Escola, 1998. p. 49.

FALCÃO, Joaquim. Entrevista ao *Jornal Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 23 de abril de 2012. Caderno de Política. [on-line]. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/node/2256>>. Acesso em: 24 maio 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed./Jürgen Habermas. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Volume I.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

LEITÃO, Miriam. Risco democrático. *Jornal o Globo*. Rio de Janeiro, 26 abr. 2009. Caderno de Economia. [on-line]. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2009/04/26/risco-democratico-180232.asp>>. Acesso em: 5 maio 2012.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, v. 17, n. 0, p. 45-52, nov. 2001. [on-line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005-&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 maio 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2012.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. [on-line]. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em: 17 maio 2012.

MARSHALL, William P. Conservatism and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, set. 2002. Disponível em: <http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 28 jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 96-97.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Coleção Os Pensadores – História das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.156-157.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

PRIETO SANCHIS, Luís. Jueces y justicia en tiempos de constitucionalismo – entrevista al profesor Luís Prieto Sanchís. Entrevista realizada por Pedro P. Grández Castro (mimeo). Toledo, 2005. p. 3.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, n. 30, ano 11, fev. 1996. [on-line]. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 28 jun. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista à *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. São Paulo, 15 mar. 2009, Seção de Entrevistas. [on-line]. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica e (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 108.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio M'ont Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. [on-line]. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

SUSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 142-149.

_____. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. Original cedido pelo autor. No prelo para publicação.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Rev. Direito GV*, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. [on-line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 maio 2012.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. [on-line]. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. Direito GV*. São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008. [on-line]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

VIEIRA DE ANDRADE. Os direitos fundamentais no século XXI. [on-line]. Disponível em: <<http://www.congresso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/Vieira%20ANDRADE.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2012.

WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. et al. (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec; Anpocs; Fundação Ford, 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur, Rev.int. direitos human*. São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 52-59, 2007. [on-line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S180664452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em: 7 maio 2012.

Recebido em: 17/8/2012

Aprovado em: 17/10/2012