

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS – FAFICH

DIOGO MENDONÇA CRUVINEL

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL:
UM ESFORÇO PELA ORGANIZAÇÃO DO CENÁRIO**

BELO HORIZONTE

2013

DIOGO MENDONÇA CRUVINEL

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL:
UM ESFORÇO PELA ORGANIZAÇÃO DO CENÁRIO**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Ciência Política da UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Área de concentração: Instituições, participação e sociedade civil

Orientador: Prof. Dr. Bruno Pinheiro Wanderley Reis.

BELO HORIZONTE

2013

C955 Cruvinel, Diogo Mendonça
Judicialização da política e ativismo judicial: um esforço
pela organização do cenário / Diogo Mendonça Cruvinel – Belo
Horizonte, 2013.
173f.; enc.

Orientador: Bruno Pinheiro Wanderley Reis
Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia e Ciências
Humanas da UFMG.

1. Ciência Política 2. Judicialização da política – Ativismo judicial.
I. Título.

CDU: 321.015

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política

Dissertação intitulada “Judicialização da política e ativismo judicial: um esforço pela organização do cenário”, de autoria do mestrando Diogo Mendonça Cruvinel, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Bruno Pinheiro Wanderley Reis – Orientador

Prof. Dr. Fernando de Barros Filgueiras

Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2013.

*Para meus pais, Roselee e Heraldo, por
terem investido em minha educação
desde o berço.*

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial não poderia deixar de ser para Jéssica, minha noiva, que durante os últimos dois anos pacientemente compreendeu o fato de minhas atenções estarem divididas entre ela, a reforma do nosso apartamento, os preparativos do nosso casamento, meus compromissos profissionais na Justiça Eleitoral – antes e durante as eleições – e os compromissos acadêmicos de assistir aulas, elaborar uma dissertação de mestrado e dar aulas.

Ao Rogério Tavares, mais do que um padraсто, um ótimo interlocutor e companheiro de acalorados debates. Às minhas irmãs, Carolina e Ana Beatriz, que assim como o Rogério e minha mãe, entenderam minhas ausências nos almoços em família como sendo por uma boa causa. Ao professor Eduardo Meira Zauli e ao colega João Andrade Neto, por terem evitado, com seus valiosos conselhos e incentivos, que este trabalho fosse abandonado ainda na fase de projeto.

Por permitirem as inúmeras alterações nos meus horários de trabalho, em função dos horários das aulas na FAFICH, não poderiam ficar de fora as Secretárias Judiciárias do TRE-MG, Eliana Galuppo, praticamente uma mãe para mim, que depois da aposentadoria, no início de 2012, foi substituída pela Bárbara Marotta, dona de habilidades ímpares. Aos colegas do gabinete da Secretaria Judiciária e do setor de Propaganda Eleitoral do TRE-MG, Bia, Jacqueline, Gracinha, Marco Aurélio, Kellen, Guilherme, Sandra, Renato, Bruno, Maria Luíza e Eny, que deram o suporte necessário ao serviço durante minhas ausências para assistir aulas. Ao colega de TRE-MG e amigo James Lee, pela indispensável ajuda com o *abstract*.

Ao meu orientador, Bruno Reis, que com seu discurso cativante me concedeu o privilégio de ouvir suas sábias e precisas palavras, em longas e repetidas conversas. Ao professor Fernando Filgueiras, de quem fui aluno, que contribuiu bastante com seus sempre oportunos comentários ao projeto deste trabalho, incorporados ao texto em sua quase totalidade, e que gentilmente aceitou o convite para participar de minha banca. Por fim, mas não menos importante, ao professor Rodolfo Viana Pereira, que generosamente depositou em mim sua confiança, ao ter me convidado, por mais de uma vez, para colaborar em seus ambiciosos e promissores projetos acadêmicos. Espero que minha dedicação e esforços tenham sido suficientes para corresponder à altura daquelas responsabilidades. Serei eternamente grato por isso.

RESUMO

Nas últimas décadas, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial têm sido objeto de estudo de diversos autores. Contudo, até os dias de hoje não se encontrou uma padronização que possibilitasse a criação de conceitos próprios e únicos para cada um dos termos. Pelo contrário, o que se verifica é um aumento na dispersão de significados atribuídos a ambos, gerando assim uma dificuldade cada vez maior para a compreensão dos textos em que são empregados. Não raramente, as mesmas expressões são também utilizadas para significar eventos distintos e, por vezes, até opostos. Há, ainda, casos em que autores tratam as duas expressões como se sinônimos fossem, dificultando o bom entendimento de seus reais significados. Diante deste cenário, o presente trabalho tem como objetivo identificar na expansão global do poder judicial as origens de cada um dos fenômenos, bem como as principais formas em que as duas expressões têm sido mais aplicadas, partindo do pressuposto de que não há significações certas ou erradas, mas sim mais ou menos adequadas aos eventos que se pretende estudar. Da mesma maneira, evitou-se rotular os fenômenos como “bons” ou “ruins”, tentando, sempre que possível, referir-se a ambos como neutros. Pretende-se com este trabalho facilitar a compreensão dos estudos já realizados sobre os temas, bem como sugerir que, para os próximos, os autores guardem coerência com aqueles já produzidos e, na medida do possível, esclareçam de antemão o significado dos termos que pretendem utilizar.

Palavras-Chave: Expansão global do poder judicial; judicialização da política; ativismo judicial.

ABSTRACT

During these last decades, many scholars have studied the judicialization of politics and the judicial activism phenomena. However, there is still no pattern which allows the creation of a unique and adequate concept for each one of them. On the contrary, what we notice is an increased loss of the meanings of both phenomena, raising the difficulty to comprehend their usage in texts, especially considering that the same term is very often used with different or even opposite meanings. Besides, in some cases, scholars use both terms as synonymous, which increases the difficulty of understanding their real meanings. Considering this situation, this dissertation has the objective to identify, in the global expansion of judicial power, the origins of each phenomenon, as well as the main patterns applied to both terms, and adopting as a starting point that there are no right or wrong meanings, but more or less adequate meanings to study the facts. In the same way, we avoid labeling the phenomena as “good” or “bad”, but using it, as often as possible, with a neutral point of view. We intend, with this paper, to show the different significance of both terms in literature and make it easier to understand them. We intend to suggest that scholars in future studies concerning this subject at least try to keep a coherent line of usage with the concepts created before and, if possible, explain in advance the exact meanings chosen for to the terms they want to write about.

Key words: Global expansion of judicial power; judicialization of politics; judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil
ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
ANEB – Avaliação Nacional da Educação Básica
ANRESC – Avaliação Nacional do Rendimento Escolar
AMB – Associação dos Magistrados do Brasil
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
COPOM – Comitê de Política Monetária
CRF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJ – Diário da Justiça
EC – Emenda Constitucional
ISEP – Instituto Superior de Educação Personalizada
LC – Lei Complementar
MS – Mandado de Segurança
ONG – Organização Não Governamental
PEC – Projeto de Emenda à Constituição
PL – Projeto de Lei
PNM – Política Nacional de Medicamentos
PRI – Partido Revolucionário Institucional (México)
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF – Tribunal Regional Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
UEM – Universidade Estadual de Maringá (Paraná)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL	14
1.1 Controle de constitucionalidade	16
1.1.1 Jurisdição constitucional	22
1.1.2 Limites do controle de constitucionalidade na democracia procedimental....	31
1.2 Neoconstitucionalismo	45
1.3 Judicialização	48
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	58
2.1 Judicialização da política por meio de decisões judiciais sobre políticas públicas.....	71
2.2 Judicialização da política como revisão pelo Poder Judiciário (controle de constitucionalidade) de atos do Legislativo e do Executivo	88
2.3 A judicialização da política por meio da restrição a legitimados ativos para questionar a constitucionalidade de normas.....	95
2.4 Utilização de ações judiciais como instrumentos políticos.....	112
2.5 Judicialização da política por meio da adoção por órgãos políticos de métodos e procedimentos essencialmente judiciais	120
3 ATIVISMO JUDICIAL.....	124
3.1 Ativismo judicial contramajoritário.....	136
3.2 Ativismo judicial como não aplicação de precedentes	140
3.3 Ativismo judicial e extrajurisdicional.....	144
3.4 Ativismo judicial decorrente da incapacidade institucional.....	147
3.5 Ativismo judicial criativo	151
CONCLUSÃO.....	160
REFERÊNCIAS.....	165

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve início a partir das inquietações de seu autor em relação a certas decisões proferidas pelo TSE nos últimos anos, em especial as tomadas ao editar as resoluções que nortearam os feitos de toda a Justiça Eleitoral, tanto em sua função de planejar, organizar e administrar as eleições, quanto na função judicante, de decidir as ações judiciais e administrativas que lhe foram submetidas. Percebeu-se que o conteúdo das decisões e das resoluções, comumente, distanciava-se dos textos legais – aprovados e promulgados pelo Legislativo e sancionados pelo Executivo –, chegando, em alguns casos, a ser contrário à própria lei.

Além dessas posturas ativistas em relação ao exercício de suas funções, a corte mais alta da Justiça Eleitoral passou, aos poucos, a também se manifestar sobre temas que antes considerava intocáveis, uma vez que, conforme seu próprio entendimento, seriam pertencentes às searas internas dos partidos políticos. Essa mudança na maneira de interpretar os limites para sua atuação, por outro lado, acabou incentivando partidos, candidatos e representantes do Ministério Público a acionar a Justiça Eleitoral com maior frequência para que fossem proferidas decisões sobre esses novos temas. Isso logo rendeu a tal ramo do Poder Judiciário acusações de estar promovendo, além do ativismo judicial, a judicialização da política, ambos nos sentidos mais pejorativos que as expressões possam ter. Diante desses elementos, os objetivos inicialmente traçados no projeto deste trabalho estavam diretamente ligados à atuação do TSE em uma possível usurpação de funções que seriam precípuas do Legislativo, bem como ao possível impacto de semelhante conduta nas atividades políticas e eleitorais.

Os resultados obtidos pelas pesquisas iniciais, contudo, revelaram o primeiro obstáculo a ser transposto: uma alta dispersão nos sentidos em que a expressão “judicialização da política” vinha sendo utilizada nos textos encontrados – acadêmicos ou não –, ocasião na qual se identificou que alguns desses significados seriam contraditórios. O mesmo ocorria com a expressão “ativismo judicial”, havendo situações também em que os autores utilizavam as duas expressões indistintamente, como se sinônimos fossem.

Para que o estudo sobre o objeto escolhido fosse conduzido de forma coerente, seria indispensável, portanto, esclarecer os sentidos mais apropriados para cada uma das expressões acima. Ocorre que, à medida que as pesquisas avançavam, novas aplicações para os termos eram descobertas. E o que antes seria apenas uma explicação prévia a um determinado estudo demandou esforço suficiente para se transformar no corpo de um trabalho próprio. Esse recuo em relação ao objeto, embora à primeira vista possa significar a adoção de objetivos mais modestos, foi essencial para possibilitar uma visão ampla do cenário e permitir um ganho real em futuros trabalhos sobre o tema, principalmente por identificar os conceitos aos quais os autores têm recorrido para se referir a ambos os fenômenos. Com isso, pretendeu-se, neste momento, mapear e organizar o cenário para possibilitar uma posterior retomada dos objetivos anteriormente idealizados de maneira mais estruturada, a partir dos resultados aqui obtidos.

Este trabalho, portanto, se insere no âmbito da Ciência Política, em seus pontos de interseção com o Direito, e tem como objeto a produção acadêmica sobre a atuação do Poder Judiciário, especialmente em face do Legislativo e Executivo, no que se refere a uma possível extrapolação de suas funções típicas. O objetivo principal é identificar, nos textos produzidos pelos autores que se dispuseram a estudar o tema, as diferentes maneiras pelas quais as expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial” têm sido utilizadas, sistematizando os resultados encontrados e separando-os em grupos e categorias distintas. Com esses objeto e objetivo, busca-se contribuir com a produção científica na medida em que o esforço taxionômico deste trabalho poderá ser aproveitado para orientar os próximos estudos sobre o *estado da arte* em relação ao tema, permitindo assim que os demais autores esclareçam, de antemão, o significado que estarão atribuindo às mencionadas expressões em seus trabalhos.

Para atingir o objetivo proposto, foram utilizadas pesquisas exploratórias, sem os rígidos critérios, por exemplo, de uma metodologia quantitativa. Todavia, valorizou-se mais os trabalhos com maior número de citações entre os autores pesquisados, utilizando-os, sempre que possível, para criar categorias próprias.

Devido à diversidade de conceitos existentes para cada uma das expressões, não se pretende que os grupos e categorias criados nesta dissertação sejam exaustivos. Assim, buscou-se sistematizar os resultados, agrupando os conceitos semelhantes e desprezando aqueles utilizados para casos únicos ou muito

específicos. Admitiu-se, contudo, conceitos que, embora sem pares equivalentes, fossem suficientemente bem fundamentados para justificar a criação de uma categoria própria.

Importante ressaltar que os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial não serão tratados aqui, de antemão, como algo bom ou ruim, mas sim como sendo neutros. Essa escolha será fundamental para caminhar no sentido de que a judicialização é a consequência de algum fato e de que o ativismo, em algumas situações, será bom, em outras, ruim, e em alguns casos, necessário. Da mesma maneira, ao elencar os conceitos encontrados para cada uma das expressões, não se procederá à análise para verificar se estão corretos ou incorretos, mas simplesmente para verificar se suas aplicações aos casos estudados foram adequadas ou não, uma vez que a escolha de conceitos inapropriados poderia levar a conclusões pouco úteis ou até mesmo equivocadas.

O trabalho está dividido em três capítulos, sendo o primeiro descritivo e os demais analíticos. Os capítulos 2 e 3 constituem os dois núcleos do estudo, cada um tratando dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, respectivamente. Tendo em vista que determinados conceitos utilizados por autores para cada uma das duas expressões guardam relações estreitas com outros temas, foi necessário explicá-los, ainda que rapidamente, logo de início. Com isso, o capítulo 1 acabou se transformando em uma espécie de repositório de conceitos, de maneira que a dinâmica do desenvolvimento desta dissertação ocorre, nos capítulos 2 e 3, com reiteradas remissões aos temas tratados no primeiro capítulo. Para evitar uma leitura demasiadamente jurídica ou técnica e, logo, desinteressante, buscou-se, no capítulo 1, dada a natureza dos assuntos, simplificar e tratar essencialmente do necessário para a compreensão dos capítulos seguintes.

O capítulo 1 trata da expansão do poder judicial, fenômeno precedente e mais abrangente do que a judicialização da política e o ativismo judicial, por meio do qual se verificou, em diversos países de tradição democrática pelo mundo, uma mudança na maneira de se proferirem as decisões judiciais, bem como o aumento no número de temas sobre os quais o Judiciário passou a decidir. Essa expansão foi motivada por diversos fatores, entre os quais se inserem as formas de exercer o controle de constitucionalidade, tratadas no subitem 1.1, que se subdivide em jurisdição constitucional (1.1.1) e limites do controle de constitucionalidade (1.1.2), bem como o neoconstitucionalismo, tratado no subitem 1.2.

Nesse capítulo serão apresentados os modelos de controle de constitucionalidade brasileiro e os três principais padrões adotados pelo mundo, quais sejam o austríaco, o francês e o norte-americano. Serão apresentadas também as formas de atuação das cortes constitucionais, quando existentes, assim como o momento das decisões de controle – preventiva e repressiva – e sua extensão, considerando os casos concretos ou as leis abstratas, as quais podem ser exercidas, em determinados casos, por órgãos não pertencentes ao Judiciário. Serão abordadas, ainda, as discussões sobre a corrente teórica do procedimentalismo e também as chamadas “dificuldade contramajoritária” e “dificuldade intertemporal”.

Em relação ao neoconstitucionalismo, será abordada a mudança de um modelo conhecido por *Estado Legislativo de Direito* para o *Estado Constitucional de Direito*, ocasião na qual se passou a reconhecer a força normativa da constituição independentemente de manifestação do legislador ordinário, bem como na qual se verificou um expressivo aumento no número de direitos fundamentais inseridos nos textos constitucionais.

Ainda no primeiro capítulo, será abordado o fenômeno da judicialização, genericamente tratado como sendo uma das consequências percebidas em virtude das mencionadas mudanças. Para tanto, adotou-se a ideia de que o fenômeno está relacionado ao reflexo do que ocorre na sociedade, uma vez que a violação dos direitos constitucionalmente protegidos, combinada com a facilidade de acesso ao Judiciário e com o fato de que ao Judiciário foi atribuída a competência para decidir sobre as garantias constitucionais, estaria favorecendo o aumento no número de ações interpostas, sem que isso esteja necessariamente relacionado a uma atitude dos magistrados.

No capítulo 2 será tratada especificamente a judicialização da política, e serão apresentadas as origens históricas do fenômeno e da expressão que o designa. Os conceitos encontrados na literatura foram acomodados em cinco categorias: (2.1) judicialização da política por meio de decisões judiciais sobre políticas públicas; (2.2) judicialização da política como revisão pelo Poder Judiciário (controle de constitucionalidade) de atos do Legislativo e do Executivo; (2.3) judicialização da política por meio da restrição a legitimados ativos para questionar a constitucionalidade de normas; (2.4) utilização de ações judiciais como instrumentos

políticos; e (2.5) judicialização da política por meio da adoção por órgãos políticos de métodos e procedimentos essencialmente judiciais.

No capítulo 3, será enfatizada a ideia de que o ativismo judicial está relacionado a uma postura do Judiciário, externada por meio de uma *ação*, contrapondo-se à idéia de judicialização da política, que, conforme dito, denota um *fato*, refletindo os acontecimentos da sociedade, e não do próprio Judiciário. Também foram criadas nesse capítulo cinco categorias: (3.1) ativismo judicial contramajoritário; (3.2) ativismo judicial como não aplicação de precedentes; (3.3) ativismo judicial e extrajudicial; (3.4) ativismo judicial decorrente da incapacidade institucional; e (3.5) ativismo judicial criativo.

Os resultados encontrados na pesquisa conduziram a algumas conclusões. Entre elas, a de que “judicialização da política” e “ativismo judicial” constituem fenômenos distintos, embora conceitualmente próximos, e que os autores têm utilizado esses termos com diferentes significados. Outro resultado diz respeito aos fatores que levaram à ocorrência de tais fenômenos, como o neoconstitucionalismo, por meio do qual se atribuiu força normativa a toda constituição; a inclusão de diversos direitos nos textos constitucionais; o giro hermenêutico – elevando a norma a uma categoria de gênero do qual seriam espécies os princípios e regras –; bem como as alterações nos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Por fim, concluiu-se que uma atuação mais ativista do Judiciário é totalmente justificável em casos, por exemplo, que envolvam direitos de minorias, ao passo que as cortes constitucionais devem manter uma postura mais autocomedida em outras situações, como as relativas a leis referendadas por amplo apoio popular, ou em relação àqueles em que houver limitações à capacidade institucional do órgão para proferir decisões que demandem conhecimento técnico específico.

1 Expansão do poder judicial

A expansão do poder judicial é um fenômeno que vem sendo percebido e estudado ao redor do mundo por diversos pesquisadores, tanto da área do Direito quanto da Ciência Política, desde meados do século passado. A quase totalidade dos trabalhos elaborados com essa temática, seja para entender a judicialização da política, o ativismo judicial ou gêneros correlatos, possui como ponto central as questões constitucionais, bem como a atuação das cortes “guardiãs” da constituição, uma vez que o tangenciamento entre as atividades legislativa e judicial fica mais evidente quando são discutidas as decisões proferidas pelas cortes constitucionais em relação a leis e atos normativos promulgados pelos parlamentos. A tônica dos estudos tem sido, principalmente, a questão envolvendo suposta interferência dos órgãos do Poder Judiciário na atividade dos demais Poderes, buscando-se, assim, estabelecer um paralelo na tentativa de identificar a ocorrência ou não dos mencionados fenômenos.

Diante disso, qualquer esforço no sentido de se investigar e compreender os fatos que originaram esse movimento de expansão do poder judicial ao redor do mundo necessariamente remeterá ao momento histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, em que houve a consolidação do Estado constitucional de direito, sucedendo o modelo até então identificado como Estado Legislativo de direito (FERRAJOLI, 2003; ZAGREBELSKY, 2005). Neste, havia uma centralidade da lei e supremacia do parlamento, uma vez que a constituição era tida como um documento essencialmente político, cujas normas não eram diretamente aplicadas, pois dependiam da atuação do legislador ou do administrador (BARROSO, 2010).

A expansão do poder judicial está frequentemente relacionada à interferência dos magistrados, seja decidindo monocraticamente, seja em órgãos colegiados, nas políticas públicas que foram ou, na opinião de muitos, deveriam ter sido elaboradas e implementadas por representantes dos poderes Legislativo e Executivo. Para Tate e Vallinder (1995) este é um fenômeno que não está restrito à atuação dos juízes e tribunais dos Estados Unidos, podendo ser constatado também em países de

diferentes partes do mundo, o que justificaria afirmar que a expansão do poder judicial possui uma dimensão global¹.

Os autores iniciam o texto da mencionada obra citando um exemplo ocorrido em 1993, no estado americano do Texas, ocasião em que o tribunal local teria decidido que a equiparação dos distritos escolares com a finalidade de equalizar a transferência de fundos naquele estado, após a aprovação, pelo parlamento estadual, de uma emenda apelidada de Robin Hood e amplamente rejeitada pelos eleitores texanos estaria em desacordo com as regras estabelecidas na própria constituição estadual. Essa decisão teria gerado um dilema aos governantes, uma vez que, caso os fundos realmente não fossem repassados da maneira como aprovada, não haveria, segundo eles, outra saída, a não ser fechar diversas escolas públicas estaduais (TATE e VALLINDER, 1995). Os autores alertam para o fato de que exemplos como este são bastante comuns também em outros estados norte-americanos, bem como em diversos países.

É possível identificar nos principais trabalhos publicados várias explicações plausíveis acerca das causas que teriam favorecido a ocorrência de tal fenômeno, como a queda do comunismo no Leste Europeu, culminando com o fim da União Soviética, e a criação, em democracias emergentes, de cortes constitucionais com prerrogativas para exercerem a revisão judicial de atos do Poder Legislativo, seguindo o modelo norte americano posto em evidência após a conquista de uma hegemonia com o fim da Guerra Fria (TATE e VALLINDER, 1995). O fim da Segunda Guerra Mundial é apontado como fator responsável por acelerar a expansão do poder judicial na Europa, em razão, principalmente, do surgimento dos tribunais constitucionais em época na qual a discussão sobre direitos humanos ocupava posição de destaque na agenda política (CARVALHO, 2004). Entretanto, cabe ressaltar que as Cortes Constitucionais não existem em todos os países europeus, mas unicamente nos que tiveram excepcionais dificuldades para transitar do Estado Liberal do século XIX para o Estado Democrático do século XX, como a Áustria², Alemanha, Itália, Portugal e Espanha (ROYO, 2007).

¹ Na obra *The global expansion of judicial power* os autores analisam o fenômeno da judicialização da política por meio de estudos de casos considerando a situação dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Rússia (e antiga USSR), países do sudeste da Ásia e Namíbia.

² Na Áustria, a Corte Constitucional, idealizada por Hans Kelsen, foi instituída no primeiro pós-guerra (1920), como forma de limitar o Poder estatal. A atividade da Corte Constitucional austríaca se diferenciava do modelo de controle constitucional estadunidense, uma vez que, neste, os juízes

Assim, o fato de as novas constituições terem incluído em seus textos normas acerca das garantias de direitos fundamentais, somado ao fato de que parte de tais normas passou a ser, a partir de então, de aplicabilidade imediata (sem a necessidade de outro ato normativo emanado do Poder Legislativo) e cuja aplicação passou a ficar sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade, acarretou a natural ampliação das arenas de algumas discussões, extrapolando os muros do Legislativo e passando a fazer parte também da pauta do Judiciário, ainda que sob diferentes perspectivas.

Após identificarem uma série de exemplos de supostas interferências do Poder Judiciário nas atividades que seriam exclusivas do Legislativo e Executivo, Tate e Vallinder (1995) apontam a judicialização da política como sendo a instância mais dramática da expansão global do poder judicial, fenômeno este que contemplaria também uma instância, segundo os autores, de menor intensidade, materializado pela adoção, por órgãos essencialmente políticos, de procedimentos inicialmente próprios do Judiciário (TATE, VALLINDER, 1995).

Tomando essa apropriação do termo expansão do poder judicial, nos moldes como utilizado por Tate e Vallinder, é adequado sugerir que tal movimento seja algo maior – e também contingente – de outros fenômenos, elevando-o ao nível de gênero e abarcando dentro de sua categoria espécies como a judicialização da política, em suas diversas acepções, o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, conforme se verificará no decorrer deste estudo.

1.1 Controle de constitucionalidade.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, o Brasil é apontado como um dos países em que o controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo (MENDES, 2005), e, uma vez que combina elementos dos modelos americano e austríaco, é frequentemente chamado de híbrido ou eclético. A supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico de um Estado, bem como a rigidez do texto constitucional e a garantia dos direitos fundamentais, é o que fundamenta a lógica do controle de constitucionalidade (MORAES, 2006).

analisavam a constitucionalidade em casos concretos, ao passo que, naquele, o controle constitucional pretendia a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com a constituição.

Dessa maneira, a atividade legiferante dos parlamentos fica sujeita à análise, pelos juízes, tribunais e também por uma corte constitucional – caso sejam demandados – que, neste caso, verificarão o devido cumprimento dos requisitos formais e materiais previamente estabelecidos no texto constitucional para a elaboração de lei ou ato normativo.

Uma das garantias individuais consagradas pela constituição brasileira diz respeito ao princípio da legalidade, insculpido em seu art. 5º, II, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CRF/88). Como a própria constituição disciplina as regras básicas para a elaboração de leis, traçando requisitos formais e materiais, será por meio do controle de constitucionalidade que eventuais descumprimentos a esses requisitos deverão ser questionados. Assim, o mencionado comando constitucional deverá ser entendido como “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo Legislativo constitucional” (MORAES, 2006).

Isso significa dizer que apenas se poderá exigir dos cidadãos o cumprimento dos comandos legais em que sejam satisfeitos, durante sua elaboração, os requisitos formais e materiais, nos termos definidos pela constituição, de maneira que o desrespeito às regras do processo Legislativo constitucional ou à compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo terão como consequência a inconstitucionalidade (formal ou material), ficando o ato sujeito ao controle externo pelos demais Poderes.

O controle de constitucionalidade poderá ser exercido tanto de forma preventiva quanto repressiva, variando de acordo com o momento em que a lei ou ato normativo ingressam no ordenamento jurídico. No Brasil, o controle preventivo é inicialmente feito, via de regra, pelo próprio Legislativo, por meio das comissões permanentes de constituição e justiça e, em momento posterior, pelo plenário da casa legislativa, nos casos de rejeição a determinado projeto por motivo de inconstitucionalidade³.

³ Um exemplo ocorrido recentemente no Brasil, entretanto, ilustra o que se pode chamar de controle “informal” de constitucionalidade preventivo exercido pelo Legislativo. Trata-se do Projeto de Emenda Constitucional nº 544/2002, cujo objeto é a criação de quatro Tribunais Federais de segunda instância, que tramitou por mais de 10 anos até ser votado e aprovado pelo Congresso Nacional, em 03/04/2013. A curiosidade está no fato de que, após a aprovação, o Min. Joaquim Barbosa, na condição de presidente do STF, manifestou-se publicamente, por meio da imprensa (fato que será mais bem detalhado em capítulo posterior), no sentido de que esta PEC seria inconstitucional, em

Há também a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo chefe do Poder Executivo, que poderá fazê-lo caso um projeto lhe seja submetido para sanção, após aprovado pelo Congresso Nacional, padecendo do vício de inconstitucionalidade (veto jurídico), nos termos da Constituição⁴. Embora a forma preventiva de controle constitucional pelo Judiciário não esteja expressamente disposta na constituição, verifica-se sua possibilidade pela via do mandado de segurança, cuja construção jurisprudencial firmou o entendimento de que seriam legitimados ativos para propor a demanda somente os parlamentares vinculados à casa legislativa em que o instrumento normativo estiver sendo elaborado, e terá como objetivo evitar afronta a eventual direito líquido e certo no processo de deliberação ou criação de lei nova, agindo preventivamente para que uma espécie normativa inconstitucional não venha a ter vigência e eficácia enquanto eivada de vício.

Tradicionalmente, entretanto, o Poder Judiciário brasileiro vem exercendo somente o controle de constitucionalidade no modo repressivo, ou seja, para retirar do ordenamento jurídico aquilo que não encontra consonância com o diploma constitucional, sendo raros os casos em que tenha sido demandado para agir preventivamente. Ainda assim, nas poucas situações em que isso ocorreu, manteve, na quase totalidade dos casos, uma postura cautelosa, evitando ao máximo interferir em matérias que fossem *interna corporis* à casa legislativa.

O controle de constitucionalidade é exercido ao redor do mundo de diferentes maneiras, podendo ser agrupado em, basicamente, três modelos: americano, austríaco e francês⁵. O modelo americano surgiu em 1803, a partir do caso *Marbury v. Madison*, cujo relator foi o *Chief of Justice* da Corte Suprema John Marshall, pelo qual foi decidido que o Poder Judiciário teria legitimidade para interpretar a Carta Magna nos casos concretos postos em julgamento, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas, afirmando, assim, a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América (MORAES, 2006).

razão do vício formal de iniciativa. Diante disso, o próprio Congresso Nacional, após aprovação, se absteve de promulgar a lei e encaminhá-la para apreciação do Executivo.

⁴ CRF/88: “Art. 66 (...), § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

⁵ Classificação proposta por Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988).

Em contraposição ao sistema americano, foi criado na Áustria, em 1920, um modelo que contemplava o controle de constitucionalidade sendo exercido por meio de um Tribunal Constitucional, cujas prerrogativas lhe garantiam a exclusividade para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Entretanto, neste modelo o controle era exercido em relação a diplomas legais genéricos, ao contrário do sistema americano de controle em casos concretos. O sistema híbrido adotado no Brasil combina, portanto, elementos dos sistemas americano (difuso-concreto, pelos juízes e tribunais) e austríaco (concentrado-abstrato, pelo STF).

Já o modelo francês contempla um conselho constitucional com poderes para exercer o controle de constitucionalidade no transcurso do processo Legislativo (preventivo) – desde que provocado pelos legitimados ativos – e, excepcionalmente, para exercer o controle repressivo, mas apenas em relação a matérias que digam respeito à repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento.

No Brasil, é possível ainda que o controle repressivo de constitucionalidade seja exercido, em alguns casos, também pelo Poder Legislativo. No primeiro deles, conforme art. 49, V, da Constituição (CRF/88), o Congresso Nacional tem competência exclusiva para *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do limite regulamentar ou dos limites de delegação legislativa* (CRF/88). Neste caso, deverá o Congresso Nacional editar um decreto Legislativo sustentando o ato analisado (decreto presidencial ou lei delegada), uma vez não cumpridos os procedimentos constitucionalmente previstos para que passem a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Outra hipótese de controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo Poder Legislativo também diz respeito a ato editado pelo Poder Executivo, qual seja, a medida provisória. Contemplada expressamente no texto constitucional⁶, a medida, quando adotada, tem força de lei e eficácia imediata, ainda que por tempo limitado, ficando sujeita à apreciação do Congresso Nacional para que integre o ordenamento jurídico de forma definitiva. A constituição também determina que a medida seja examinada por uma comissão mista de deputados e senadores, que verificarão a presença ou ausência dos requisitos constitucionais para a edição de

⁶ CRF/88: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

medida provisória pelo Poder Executivo⁷. Não há dúvida de que, caso o Congresso rejeite a medida, por motivos de inconstitucionalidade, estará sendo exercido o controle de constitucionalidade da forma repressiva, pelo Legislativo, em relação ao Executivo, ainda que pendente sua conversão em lei em caráter definitivo, “uma vez que a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária” (MORAES, 2006).

Sem prejuízo do controle exercido pelo Legislativo, fica a medida provisória sujeita também ao controle repressivo de constitucionalidade pelo Judiciário, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com validade imediata e força de lei a partir de sua edição, conforme já decidido pelo STF⁸.

O Poder Judiciário no Brasil exerce o controle repressivo de constitucionalidade tanto pela forma difusa, em casos concretos, quanto pela forma concentrada, em relação às leis e atos normativos⁹ em abstrato. No primeiro caso, pela via de exceção, qualquer juiz ou tribunal detém competência para exercê-lo, podendo declarar a inconstitucionalidade de determinado comando normativo infraconstitucional, deixando de aplicá-lo ao caso concreto que lhes estiver sendo submetido a julgamento. Essa decisão, contudo, terá efeito somente entre as partes demandantes, que estarão desobrigadas do cumprimento da lei ou ato normativo produzidos em desacordo com a constituição. Assim, a lei declarada inconstitucional pelo controle difuso permanece válida e gerando efeitos em relação a terceiros. Este tipo de controle difuso de constitucionalidade está inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde sua primeira Constituição republicana de 1891.

É possível, entretanto, que o STF, pela via recursal, exerça o controle de constitucionalidade repressivo em casos concretos (difuso), podendo declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, desde que por maioria absoluta dos membros que o compõem (e não

⁷ CRF/88: “Art. 62 (...), § 9º. Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”.

⁸ STF – Pleno – Adin nº 295-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Paulo Brossard, j. 22/06/90.

⁹ “Consideram-se atos normativos, por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça, bem como deliberações administrativas de outros órgãos do Poder Judiciário, inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho, salvo as convenções coletivas de trabalho. [...] atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, revelando-se, pois, objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter normativo em resolução do Conselho Internacional de Preços” (MORAES, 2006).

apenas dos presentes na sessão em que ocorrer o julgamento), nos termos do art. 97 da Constituição. Como neste caso o STF estará atuando na condição de instância recursal para decidir questão incidente em processo já iniciado em instâncias inferiores, eventual declaração de inconstitucionalidade proferida após este tipo de controle (difuso) gerará efeitos, como visto, apenas entre as partes do processo. Entretanto, poderá o Senado Federal ser oficiado para que, por meio de resolução, suspenda a execução, total ou parcialmente, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, ainda que por meio do controle difuso de constitucionalidade.

Embora seja possível encontrar na literatura divergências acerca da atuação do Senado Federal, neste caso, em relação a ser discricionária¹⁰ ou vinculada¹¹, tanto o STF quanto o Senado Federal entendem, de forma pacífica, que a decisão do STF não obriga o Senado Federal a, *incontinenti*, editar a mencionada resolução, devendo haver análise, pela comissão de constituição, justiça e cidadania, dos aspectos formais relativos à decisão (*e.g.* presença de quórum mínimo necessário na sessão de julgamento que decidiu pela inconstitucionalidade) e também a avaliação política acerca da conveniência de se retirar do ordenamento jurídico, naquele momento, o texto declarado inconstitucional (MORAES, 2006). Estando presentes os requisitos, a comissão de constituição, justiça e cidadania elaborará o projeto de resolução cabível, a ser posteriormente submetido a votação em plenário.

Conforme visto, há dois atos distintos, porém correlatos: (i) a decisão incidental de inconstitucionalidade, no exercício do controle difuso, feita pelo STF e (ii) a suspensão do texto normativo declarado inconstitucional, de competência do Senado Federal. Assim, embora seja atividade discricionária do Senado editar resolução para suspender a execução de lei ou ato normativo inconstitucional, é imprescindível haver anterior declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF e a formal comunicação ao órgão Legislativo. Lado outro, se o Senado Federal, mesmo após formalmente comunicado pelo STF sobre sua decisão, escolher o caminho de não editar a resolução para suspender a execução da lei questionada, restaria configurada a situação em que só ficariam desobrigados do cumprimento da lei incidentalmente declarada inconstitucional aqueles cidadãos que interpussem

¹⁰ Seguem este entendimento: Paulo Brossard, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva, Elival da Silva Ramos e Celso de Mello Filho.

¹¹ Neste sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid.

novas ações judiciais e obtivessem êxito em seus respectivos pedidos de declaração de inconstitucionalidade diante do caso concreto.

Outra modalidade de controle repressivo de constitucionalidade ocorre nos casos em que a lei é genericamente questionada, sem que se trate, portanto, de um caso concreto. Este tipo de questionamento, no Brasil, ocorre somente perante um dos órgãos do Poder Judiciário, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal, embora, como visto, há países que atribuam a função de controle repressivo de constitucionalidade a cortes constitucionais não vinculadas a nenhum dos poderes, conforme os modelos clássicos austríaco e francês. A finalidade deste tipo de controle é declarar inconstitucional e, conseqüentemente, retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo em tese que não se amoldem materialmente aos limites existentes na constituição ou que tenham sido criados em desrespeito ao devido processo legal. Assim, o controle concentrado se diferencia do modelo de *judicial review* presente no sistema norte-americano essencialmente por questionar a constitucionalidade da lei sem que haja um caso concreto específico.

1.1.1 Jurisdição constitucional

Embora exista, entre os autores, divergência acerca dos limites e procedimentos é consenso que a jurisdição constitucional “não deixou de ser uma ‘questão central’ seja para o direito político positivado, seja para parte fundamental de uma nova concepção de direito constitucional, identificada com parâmetros de uma teoria de características democráticas” (LIMA, 2003).

Luís Roberto Barroso (2010) identifica duas maneiras pelas quais a jurisdição constitucional, no sentido de interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, pode ocorrer. A primeira, pela aplicação direta do texto constitucional nas situações onde isso é possível, como, por exemplo, a liberdade de associação, o direito de propriedade e a livre manifestação sem censura prévia e sem necessidade de licença (vedado o anonimato). A segunda, pela aplicação indireta, na qual os magistrados analisam a validade dos textos legais infraconstitucionais questionados, por meio da comparação entre os dois ordenamentos e a conseqüente verificação se os limites estabelecidos pela constituição estão sendo respeitados ou extrapolados, caso este em que serão declarados inconstitucionais.

Outra forma de interpretação indireta ocorre quando o texto das normas infraconstitucionais permitem diferentes formas de interpretação, ocasião na qual o magistrado escolhe pela melhor interpretação de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional (BARROSO, 2010). O autor sintetiza a conceituação definindo a jurisdição constitucional como sendo “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição” (BARROSO, 2010).

As discussões acerca da jurisdição constitucional estão centradas, sobretudo, no fato de que os membros do Poder Judiciário são representantes não eleitos pelo povo e frequentemente se deparam com situações em que suas decisões, no exercício do controle judicial de constitucionalidade, são tomadas no sentido de declarar inconstitucionais leis ou atos normativos votados, promulgados e sancionados por representantes escolhidos pela maioria dos eleitores. Essa ausência de representatividade decorrente de eleições pelo povo, somada às recorrentes decisões de caráter contramajoritário, têm sido os principais fundamentos para a acusação de supostas violações ao princípio democrático.

No Brasil, cabe ao STF o exercício do controle de constitucionalidade, que analisa, portanto, a validade das leis e atos normativos em face de sua adequação ao ideal de democracia. Neste sentido, não basta que uma lei seja aprovada por maioria dos membros do Legislativo, nem tampouco que conte com o apoio popular revelado, por exemplo, nas redes sociais ou por manifestações em praças públicas. É necessário que a nova lei se coadune com a ordem constitucional vigente, sendo papel do STF retirar a validade, quando provocado, de comandos normativos contrários aos princípios constitucionais, eventualmente aprovados por decisões oportunistas ou no calor de discussões não devidamente amadurecidas. Neste sentido, Martonio Mont’Alverne B. Lima assenta que “a corte constitucional deterá o monopólio de precisar o significado do poder constituinte por meio de sua atividade de controle da constitucionalidade, equiparando-se, assim, ao próprio poder constituinte.” (LIMA, 2003).

Entretanto, permanece a dúvida sobre a legitimidade de juízes não eleitos pelo povo reverterem decisões tomadas por seus representantes devidamente escolhidos por meio de processo eleitoral válido. Luís Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes (2008) identificam como argumento convencional em

defesa da legitimidade democrática da revisão judicial o fato de que o regime democrático não seria só vontade da maioria, mas o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, decorrendo dessa premissa a inferência no sentido de que a revisão judicial, uma vez que protege direitos, seria compatível com a democracia (SILVA e MENDES, 2008).

Ronald Dworkin também afirma que não há democracia se a vontade da maioria não respeitar um conteúdo ético mínimo que promova a filiação moral de cada indivíduo à comunidade política (DWORKIN, 1990 e 1996). O filósofo estadunidense divide a democracia em duas dimensões: a de princípio e a de política. A primeira deriva do ideal genérico de “igual consideração e respeito” e seria relativa à proteção de direitos que promovam esse conteúdo ético mínimo. A segunda se refere à possibilidade de os membros moralmente filiados a essa comunidade decidirem em conjunto questões relativas ao bem-estar geral e aos interesses coletivos.

Assim, as decisões relativas à dimensão de princípio estariam vinculadas pelo conteúdo, não importando quem as decida (legitimação consequencialista *ex post*), de maneira que, se a obrigação de decidir estiver sob a incumbência de um tribunal, sua legitimidade estará condicionada unicamente pela decisão correta. Já as decisões relativas à dimensão política estariam legitimadas pelo procedimento, sendo relevante identificar os atores que proferiram tais decisões e a maneira como foram proferidas, ou seja, respeitando-se a regra da maioria em uma instituição representativa. Com isso, a legitimidade se configuraria por corresponder à vontade da maioria (legitimação *ex ante*). Nas palavras de Alexandre de Moraes:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. (MORAES, 2006).

Idealizada por Hans Kelsen, no período do segundo pós-guerra, a existência dos tribunais constitucionais não é, na opinião de Habermas, auto-evidente (HABERMAS, 1997). O autor alemão identifica a necessidade de uma melhor clarificação das atividades das cortes constitucionais, sobretudo por não serem poucos os países onde elas simplesmente não existem e pelo fato de, mesmo

naqueles em que foram instituídas, haver controvérsias sobre seus lugares na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões (HABERMAS, 1997). Embora o autor esteja se referindo nomeadamente às cortes constitucionais alemã e estadunidense, boa parte das considerações e críticas são válidas também para o caso brasileiro.

A melhor solução para as dúvidas que pairam sobre a legitimidade das cortes constitucionais certamente dependerá da forma como o problema é colocado. Ao se questionar se seria correto um órgão do Poder Judiciário extrapolar os limites de sua atuação e usurpar as competências de um órgão do Poder Legislativo, a própria pergunta já direcionaria a resposta no sentido da não possibilidade. Lado outro, ao se questionar, por exemplo, se seria justo uma maioria parlamentar votar e aprovar projetos de lei de seu interesse impondo obrigações descabidas à parcela da população representada pela minoria parlamentar, derrotada numericamente na votação, que, por sua vez, recorre ao Judiciário na tentativa de reverter votação manifestamente inconstitucional, a resposta certamente seria no sentido de possibilitar a anulação do feito pela via judicial de controle de constitucionalidade.

Claramente refratário à maneira como muitos tribunais constitucionais exercem o controle de constitucionalidade em diversos países, os argumentos trazidos por Habermas enriquecem o debate acerca do tema, sobretudo por não se limitar a um mecanismo dualista tentador, porém simplório, de identificar o problema como sendo ou entre democracia popular e elitismo judicial, o que levaria a uma automática rejeição de uma judicialização constitucional, ou entre tirania da maioria e juízes garantidores do direito, o que justificaria esse modelo de jurisdição (SILVA e MENDES, 2008). Para tanto, o autor, após percorrer longo caminho argumentativo no sentido de demonstrar o papel que o tribunal constitucional deve exercer num regime democrático, identifica a necessidade de se analisar como deve ser exercida a jurisdição constitucional à luz da separação dos poderes, uma vez que a crítica a essa jurisdição estaria sendo conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça (HABERMAS, 1997).

O modelo liberal de separação dos poderes, em que cada um deles tem suas funções claramente definidas e cujos efeitos se distribuem no tempo – “a prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro [...] e a administração controla problemas que

surgem na atualidade” (HABERMAS, 1997) – não é mais de aplicação tão tranquila quanto anteriormente. Isso porque, com o advento do Estado Social e o fenômeno do neoconstitucionalismo, ocasião na qual direitos e garantias individuais passaram a ser normas cogentes inseridas na constituição (“materialização do direito”), somados ao fato de existir um órgão do Judiciário responsável por interpretar a constituição e garantir a aplicação de tais direitos, aumentou para o Judiciário as prerrogativas e, conseqüentemente, as responsabilidades, transferindo-lhe uma carga maior de poderes e tornando mais nebulosas suas fronteiras com o Legislativo. Com isso, o modelo liberal de democracia, onde se assentava a divisão clássica dos poderes, deixou de servir como embasamento teórico de encaixe perfeito para explicar a divisão de trabalho entre Legislativo e Judiciário, uma vez que ambos passaram a concorrer no exercício da garantia de direitos fundamentais aos cidadãos.

Habermas utiliza os fundamentos levantados por demais autores para estabelecer diálogos e tecer considerações acerca do controle de constitucionalidade a partir de uma autocompreensão metodológica na qual são confrontadas normas e valores. Entretanto, dada a importância e especificidade do tema, a discussão assentada sobre tal arcabouço merece atenção especial e investigação mais detalhada, o que demandaria um estudo próprio para tal finalidade. Assim, enveredar pelo caminho das normas e valores implicaria em distanciarmos dos objetivos propostos neste trabalho, razão pela qual continuaremos discorrendo sobre o papel dos tribunais constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade, sem ignorar, contudo, a importância da discussão sobre o conteúdo axiológico das decisões judiciais que têm como tema central a legitimidade para a interpretação e aplicação das normas, princípios, valores, direitos e garantias constitucionalmente garantidos.

Bruce Ackerman (1984) elabora um modelo explicativo sobre a jurisdição constitucional na democracia deliberativa com base na história norte-americana diferente do de Habermas. O autor classifica a atuação política pelo “Povo”, em uma democracia liberal, em duas modalidades distintas, quais sejam, o momento de *política constitucional*, em que há uma ampla discussão sobre os princípios que nortearão aquela sociedade, com a possibilidade, inclusive, de se avaliar os termos fundantes do contrato social e o momento de *política normal*, em que são discutidas questões quotidianas.

A *política constitucional* tem, no entendimento do autor, importância muito maior do que qualquer outro tipo de política e é caracterizada pela busca do bem comum, por manifestações públicas e pela mobilização de massas¹², que expressam suas intenções por meio de formas institucionais extraordinárias. Entretanto, embora seja a mais significativa modalidade de política, a *política constitucional* ocorreria somente em raros momentos históricos de consciência política aquecida, em que o “Povo” se envolve em amplo debate coletivo para emendar a constituição (ACKERMAN, 1984).

Nos longos períodos de intervalo entre os momentos de *política constitucional* prevalece a *política normal*, caracterizada pelas facções na busca de seus interesses egoísticos, alheios à preocupação com o bem comum. Segundo Ackerman, a política normal deve ser tolerada em nome das liberdades individuais¹³, embora seja democraticamente inferior (ACKERMAN, 1984). A apatia e o egoísmo do “Povo” nos hiatos entre os momentos históricos de *política normal* deve ser respeitada, uma vez que a pressão para que os cidadãos participem do cotidiano político criaria uma democracia coercitiva incompatível com princípios liberais, sendo perene o ciclo entre a *política constitucional* e a *normal* (SILVA e MENDES, 2008). Ackerman aponta este modelo como o escolhido pelos Federalistas, sendo a acomodação entre os dois momentos (*constitucional* e *normal*) feita pela constituição, que instituiu um mecanismo diferenciado para despertar a *política constitucional*.

Entretanto, segundo Ackerman, o tipo de modelo escolhido pelos fundadores revolucionários da república dos Estados Unidos, estabelecido em momentos raros de *política constitucional* intercalados com longos intervalos de *política normal*, não permitiriam um regime de revolução permanente, no qual o “Povo” poderia rever, a qualquer tempo, os princípios políticos sobre os quais está assentada a constituição. Assim, as oportunidades em que seriam possíveis tais revisões ficariam relegadas aos poucos momentos em que houvesse a convergência de diversos fatores capazes de catalisar, por meio da consciência política aflorada, os movimentos tendentes a questionar tais princípios.

¹² No mencionado artigo, Bruce Ackerman (1984) se refere especificamente aos cidadãos norte-americanos.

¹³ Cf. *The Federalist* nº 10.

A democracia representativa cumpriria, portanto, o papel de nivelar as oscilações de engajamentos políticos do “Povo” e manteriam constantes a atuação política em todas as ações cotidianas, por meio da representação. Entretanto, este nivelamento tornaria estéril a avaliação do real nível de mobilização cidadã acerca dos temas colocados em pauta em cada momento decisório, uma vez que, enquanto o “Povo” está nas ruas, apático ou engajado, as decisões estão sendo tomadas por seus representantes. Para Ackerman, o estigma da “dificuldade contramajoritária” com a qual se depara a revisão judicial, no exercício do controle de constitucionalidade, não existiria, uma vez que, ao invocar a constituição para a análise de uma lei, estaria respaldado por uma série de maiorias que aprovaram tanto o texto constitucional original quanto suas emendas, naqueles momentos raros de *política constitucional*.

Ackerman aponta o problema do controle de constitucionalidade por meio da revisão constitucional não como uma dificuldade contramajoritária, mas sim como uma dificuldade intertemporal. Com as sucessivas alternâncias entre momentos de *política constitucional* e *política normal*, caberia à Suprema Corte decidir entre a esperada conduta de seguir a decisão mais recente tomada pelo Congresso, promulgando leis em seu exercício representativo da vontade dos cidadãos e, por outro lado, a vontade do “Povo”, manifestada diretamente pela *política constitucional*, porém, em momento anterior. Assim, o dilema está posto sempre que o congresso delibera no sentido contrário ao anteriormente estabelecido na constituição.

Mantidas inalteradas todas as outras variáveis, Ackerman indica que seria antidemocrática uma decisão da Suprema Corte no sentido de não acatar a decisão mais recente do congresso sob a alegação de estar contrariando disposição mais antiga. Isso se justificaria pelo *princípio da última palavra*, pela qual os cidadãos teriam direito a, após amadurecimento e melhores reflexões, mudar de ideia (ACKERMAN, 1984). Entretanto, o autor pondera que nem sempre as condições se mantêm iguais, uma vez que as situações de *política constitucional* se alternam com as de *política normal*.

A corrente contemporânea de interpretação constitucional mantém entendimento diverso da corrente dualista, sobretudo no que diz respeito à dificuldade intertemporal. Por essa corrente, haveria uma espécie de nivelamento nos acontecimentos históricos por meio do qual todos passariam a operar em um

mesmo plano de relevância legal. Assim, um grupo de representantes eleitos por meio de um processo justo e legítimo não teria mais nem menos legitimidade que os representantes eleitos em outra época. Com base nas premissas destas condições de nivelamento, Ackerman propôs uma sequência de argumentos por meio dos quais se poderia traduzir a dificuldade intertemporal:

- (1) *Ceteris paribus*, os tribunais devem seguir o último entendimento convertido em lei pela assembleia popular. Este é o princípio da última palavra.
- (2) Entretanto, sob o princípio do nivelamento, as soluções políticas alcançadas por uma assembleia democraticamente eleita em uma época nunca poderá ter maior legitimidade que outra.
- (3) Contudo, *ceteris* deve ser *paribus*, e a corte democrática deve sempre seguir o conteúdo da última decisão legítima proferida.
- (4) Caso a revisão judicial viole essa regra, isto seria presumivelmente antidemocrático (ACKERMAN, 1984)¹⁴.

Diante destes argumentos, conclui-se que, pela corrente dualista, os tribunais devem respeitar a última vontade promulgada pelo legislador, subordinando-se às decisões proferidas pelo congresso no curso da *política normal*. Entretanto, uma vez que a *política constitucional* é exercida pelos cidadãos em momentos esporádicos, configurar-se-ia uma transferência ao Judiciário de poderes para conter a *política normal*, até que o “Povo” se manifeste novamente para rever ou não as estruturas iniciais. Dessa forma, o Judiciário, além de sinalizar para o “Povo” que seus representantes legisladores estão decidindo em sentido contrário ao manifestado por ele (“Povo”) em outras oportunidades, estaria também “desafiando as novas gerações de cidadãos privados a desempenhar o esforço político para redefinir sua identidade recriando periodicamente os momentos revolucionários” (MICHELMAN, 1988). Frank Michelman rejeita este papel paternalista a ser exercido pelo Poder Judiciário nos moldes propostos por Ackerman, posição com a qual Habermas e Ely se coadunam, mas encontra, desta forma, uma maneira de superar o abismo entre a ideia e a realidade (HABERMAS, 1997).

A respeito do aparente conflito entre os mecanismos de controle de constitucionalidade e suas supostas interferências não democráticas em relação às decisões tomadas após deliberações ocorridas no âmbito dos parlamentos e,

¹⁴ Tradução livre nossa.

portanto, entre representantes eleitos, Rodolfo Viana Pereira (2012) ressalta a possibilidade de que se esteja ocorrendo justamente o contrário. Assim

importa ressaltar as potencialidades do *controle como vetor de democratização*, ou seja, as possibilidades dos institutos de controle constitucional servirem de estímulos ao fortalecimento da vivência democrática, por suscitarem maiores níveis de interesse e de participação nos assuntos públicos, ao promoverem a aproximação facilitada entre esses e o conjunto global de sujeitos constitucionais (PEREIRA, 2012) (grifos no original).

Ao analisar a questão envolvendo a “dificuldade contramajoritária” sob outra perspectiva, contudo, deparamo-nos com obstáculos cuja transposição torna-se de fato difícil, senão impossível. Uma vez que a constituição incorporou valores e normas genéricos e abstratos, cuja interpretação depende de um alto grau de subjetivismo, e, por outro lado atribuiu ao STF a prerrogativa de analisar o conteúdo das regras produzidas pelo Legislativo, criou-se a possibilidade de ocorrer situações em que o Judiciário invalida determinada lei com fundamento em princípios abstratos, de maneira a prevalecer uma simples interpretação sua em face da interpretação dada pelo Legislativo sobre a mesma questão. Assim, verifica-se uma real “dificuldade contramajoritária” quando se colocam frente a frente as interpretações do Legislativo e do Judiciário sobre um mesmo princípio constitucional de caráter genérico, configurando-se a situação representada pela conhecida afirmativa segundo a qual a constituição é o que o STF entenda ser.

É possível encontrar na literatura a respeito do controle de constitucionalidade diversos autores que, de acordo com suas ideias, podem ser organizados em uma espécie de espectro, como sugerem Silva e Mendes (2008). Dessa forma, estariam em uma das extremidades os autores que defendem a deliberação estritamente majoritária, sem qualquer possibilidade de decisão contramajoritária. No extremo oposto estariam os autores que defendem um tribunal ativamente interventor nas questões substantivas da agenda pública (SILVA e MENDES, 2008). Não é proposta deste trabalho organizar o cenário específico das obras relativas ao controle de constitucionalidade, razão pela qual não serão apresentadas com minúcias as posições defendidas por todos os autores. Demonstraremos as ideias elaboradas sobre este tema apenas no que for necessário para que a questão de fundo possa ser abordada sem prejuízo de entendimento, fazendo referência aos trabalhos de

alguns autores que ocupam posição central no mencionado espectro, aí incluindo Habermas, sem querer, contudo, cobrir totalmente a extensão de suas obras, sobretudo no que extrapola os limites aqui traçados.

As razões que nos permitem colocar Habermas em posição central do espectro estão fundamentadas no fato de que, por um lado, ele defenda que um tribunal engajado nas discussões sobre os fins da comunidade política poderia substituir a decisão moral tomada por maioria de juízes. Mas, por outro, defende a adoção de mecanismos que venham a corrigir eventuais excessos no processo majoritário, o que, caso contrário, convalidaria a arriscada ideia de que a comunidade é composta por cidadãos virtuosos em busca de um bem comum, e não orientados egoisticamente pela mera barganha de interesses (SILVA e MENDES, 2008).

1.1.2. Limites do controle de constitucionalidade na democracia procedimental deliberativa.

Para analisar os limites do controle de constitucionalidade no contexto proposto para esta dissertação, necessário se faz esclarecer, de antemão, os conceitos de *democracia* e de *procedimental* utilizados. Como o objetivo é analisar a relação entre as decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo e o posterior controle de tais decisões pelo Poder Judiciário, entendemos mais adequado utilizar o conceito de *democracia* não com a perspectiva minimalista¹⁵ ou competitiva de disputa eleitoral, focada nos procedimentos para a escolha dos representantes – como proposto por Schumpeter (1984) e Weber (1999), posteriormente seguidos por Elster (1999) e Przeworski (1999 e 2000) – e da garantia de alguns direitos caracterizadores do componente liberal da democracia eleitoral, nos termos de Dahl (2005).

Weber adotou uma teoria institucionalista de democracia, no sentido equivalente a um mecanismo de seleção de políticos competentes e capacitados para representar seus eleitores no parlamento. Nesse sentido, a participação do

¹⁵ Corrente literária defendida por Cass Sunstein e originada por Alexander Bickel (que popularizou a expressão “dificuldade contramajoritária, de Hamilton), no sentido de que a interpretação constitucional deve ser moderada, não excedendo as estritas necessidades argumentativas do caso concreto (*The Least Dangerous Branch*).

povo no processo democrático se restringiria ao momento de escolha de seus representantes, dentre um grupo elitista de políticos profissionais. A abordagem teórica do conceito de democracia utilizada no presente trabalho ainda perpassa, mas vai além da ideia de um sistema de governo essencialmente atuante na defesa e garantia dos direitos sociais, encontrado nas obras de Rousseau e Marx, sendo de maior interesse, neste momento, identificar os limites de atuação na tomada de decisões dos representantes eleitos.

A análise do tema ora proposto será feita, portanto, a partir do conceito de democracia deliberativa, que foca as arenas decisórias como grandes espaços de comunicação e participação ativa dos cidadãos (por meio de seus representantes), sem desprezar, contudo o aparato político eleitoral da democracia procedimental (HABERMAS, 1997). Assim, serão momentaneamente relegados a segundo plano a questão interna dos espaços deliberativos, sobretudo no que diz respeito às formas de interação dos grupos de interesses, de maneira a não ser necessário, para os objetivos aqui propostos, problematizar a natureza comportamental de tais grupos, seja no sentido de se apresentarem como em um mercado (PRZERWOSKI, 1999), seja como em um fórum (AVRITZER, 2000).

O termo *procedimental* aqui adotado terá como função contrapor a ideia de substância, matéria e mesmo de mérito daquilo que é decidido pelos parlamentares eleitos, ficando restrito à ideia de forma e tornando relevante, portanto, os caminhos e procedimentos adotados para os debates, votações e promulgações de leis e atos normativos que passarem a integrar o ordenamento jurídico existente. Assim, não se confunde com a ideia de *procedimental* para caracterizar o conjunto de regras e procedimentos eleitorais utilizados durante a competição entre os candidatos a cargos eletivos, e sim os procedimentos a serem respeitados em momento posterior, quando os representantes já tiverem sido eleitos e estiverem exercendo suas funções de representar seus eleitores nas arenas deliberativas. À corrente teórica procedimentalista de controle de constitucionalidade se contrapõe a corrente substancialista, a ser mais bem detalhada no capítulo específico sobre o ativismo judicial.

A junção dos termos anteriormente referidos origina a expressão composta *democracia procedimental*, tal como utilizada neste trabalho, que, para uma corrente de pensamento específica, é essencialmente fundamentada na defesa das regras e procedimentos necessários à garantia de um sistema democrático de tomada de

decisões, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, sem qualquer preocupação apriorística com o conteúdo do resultado que será obtido. Cláudio Ari Mello (2004) aponta a democracia procedimental como uma ideia surgida a partir da oposição a um suposto ativismo judicial norte-americano, tanto no período em que a Suprema Corte esteve sob o comando de Lochner e declarou inconstitucionais diversas medidas legislativas promulgadas com o objetivo de implementar a política do *New Deal*, do então presidente Roosevelt, como durante o comando de Warren, em que a Corte foi demandada a se pronunciar sobre questões relativas a diversas políticas públicas específicas.

Assim, as medidas tomadas em contraposição ao assim chamado ativismo judicial partiam do pressuposto de que a Suprema Corte norte-americana estaria atuando de maneira antidemocrática ao exercer o controle de constitucionalidade jurisdicional das leis cujos conteúdos diziam respeito a políticas públicas. Embora o *judicial review* fosse bem aceito pela população, acabou surgindo, a partir daqueles que lhe eram críticos, uma teoria em defesa da limitação do poder exercido pelos juízes, de modo a “proteger” a democracia. Diante disso, seria inaceitável a “interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material das normas constitucionais de conteúdo vago, por um grupo de juízes não eleitos e irresponsáveis perante os eleitores (MELLO, 2004).

John Hart Ely (2010) manifestou-se de forma contundente contra a postura ativista do Judiciário, sobretudo na época em que a Suprema Corte norte-americana era presidida por Warren. Ely não concordava com a ideia de consenso em uma sociedade, muito menos de que a Suprema Corte estaria em busca deste suposto consenso já existente, uma vez que isso poderia, no máximo, deixar transparecer a dominação de alguns grupos sobre outros. O autor aceita o argumento de que as Assembleias Legislativas sejam imperfeitamente democráticas. Entretanto, em sua opinião isso não faria com que os tribunais fossem mais democráticos que as Assembleias (ELY, 2010).

Ely reconhece que em países de tradição do *common law* nem sempre os juízes podem se amparar em textos legais escritos para tomarem suas decisões. O autor vai além e ainda acentua que em determinados casos a omissão legislativa decorre de uma delegação deliberada ao Judiciário, situação na qual os juízes devem recorrer a um consenso, ou a um “consenso temperado com seus valores”

(ELY, 2010). Nestes casos, ao agir em substituição ao Legislativo, o Judiciário deve “tentar se comportar como os (bons) legisladores, o que talvez inclua combinar uma boa estimativa da opinião popular com um julgamento segundo a consciência” (ELY, 2010). Não há como deixar de lado, contudo, uma ponderação bem colocada pelo autor: “não existe uma teoria constitucional decente que não inclua algum tipo de juízo arbitrário” (ELY, 2010).

Essa interessante colocação nos remete aos primórdios do Direito, entendido como técnica para mediar a solução pacífica de conflitos interpessoais, geralmente envolvendo demandas de ordem patrimonial, em que as partes litigantes elegiam um árbitro (pretor), de comum acordo, transferindo a ele a responsabilidade de tomar uma decisão de forma imparcial. Para que essa técnica fosse realmente eficiente, era necessário, contudo, que ambos os lados se comprometessem, de antemão, a aceitar – e cumprir – a decisão a ser proferida. Como a escolha do pretor era feita de comum acordo e normalmente eram escolhidas pessoas mais experientes e cultas estariam implicitamente aceitos, pelas partes, os valores morais e éticos aos quais o árbitro poderia recorrer para dizer a quem pertencia o direito no caso apresentado (jurisdição), precluindo, por razões lógicas, a oportunidade para se questionar posteriormente os fundamentos de ordem principiológica eventualmente invocados para se chegar à decisão.

Este método de solução de controvérsias, amparado em decisões tomadas por um árbitro que invoca seus próprios juízos de valor, eram legitimados diretamente pelo ato de vontade das partes, que deliberadamente o procuravam, transferindo-lhe a responsabilidade de uma decisão acertada e confiando, para tanto, em sua única razão. Entretanto, a positivação do direito significou a perda da liberalidade irrestrita dos árbitros, que passaram então a ficar limitados a decidir conforme os valores emanados da sociedade na qual estavam inseridos, previamente traduzidos em regras cujo cumprimento deveria ser observado por todos e, caso contrário, aplicado pelos juízes. Entretanto, nos casos em que o ordenamento jurídico, em virtude de omissões, não for suficiente para fundamentar uma decisão judicial específica, ressurgiria a necessidade de o juiz-mediador invocar razões de ordem moral para solucionar o litígio, e é neste momento que Ely indica que o Judiciário deve combinar uma estimativa da opinião popular com um julgamento segundo a consciência de cada magistrado.

O problema surge quando o Legislativo de fato cria um ordenamento positivado e justamente essas regras são questionadas, sob o pretexto de estarem dissonantes em relação a uma ordem constitucional anterior, cabendo ao Judiciário desincumbir-se da tarefa de dar uma decisão no caso concreto e, ao mesmo tempo, indicar a regra a ser aplicada. Como visto anteriormente, Ackerman apontou tal problema como sendo de ordem intertemporal, uma vez que os valores da sociedade haviam sido concretizados em uma constituição e, posteriormente, os representantes do povo deliberam e promulgam normas em sentido diverso ao feito em outro momento pelo legislador constituinte ordinário.

Voltando a Ely, o problema, neste caso, é que o Legislativo já teria se pronunciado acerca de determinado assunto, criando uma lei específica para o fim proposto e, caso essa lei venha a ser anulada pelo Judiciário, haveria o alto custo envolvendo a necessidade de um novo projeto ser novamente submetido ao oneroso processo de emenda constitucional. O autor, entretanto, defende que isto é “exatamente o que as cortes constitucionais devem fazer – e muitas vezes”, acrescenta (ELY, 2010). O que o autor não aceita, inclusive taxando como “ridículo”, é que o Judiciário o anule uma lei com base na teoria de que o Legislativo não fala realmente em nome dos valores do povo, ao passo que o próprio Judiciário, por sua vez, falaria (ELY, 2010).

O principal questionamento certamente gira em torno da legitimidade de uma elite não democrática estar decifrando os valores genuínos do povo, ao que Ely informa tratar-se do “princípio do Führer”, por meio do qual se poderia referendar atos indesejáveis das majorias contra as minorias. O autor sugere que o Judiciário estaria buscando pelo conteúdo das constituições em um suposto consenso moral para proteger os direitos da maioria e, assim, garantir que a legislação realmente reflita os valores populares. Entretanto, caso este seja realmente o objetivo, a tarefa seria muito melhor executada por meio de um processo Legislativo do que pelo judicial (ELY, 2010). Por outro lado, caso a invocação do consenso, pelas decisões judiciais, ocorra para proteger as minorias contra a ação da maioria, seria “descabido empregar os juízos de valor da maioria como veículo para proteger as minorias dos próprios juízos de valor da maioria” (ELY, 2010), o que faz todo o sentido.

Em 25 de abril de 1938, período em que o presidente Roosevelt implementava sua política de *New Deal*, a Suprema Corte norte-americana julgou o

caso *United States vs. Carolene Products Co.*, ocasião na qual estava sendo discutida a constitucionalidade de uma lei federal que proibia o transporte interestadual de leite misturado com óleo vegetal. O mérito da discussão, entretanto, é secundário, uma vez que o caso ficou famoso pelas notas de rodapé inseridas no voto do juiz Harlan Stone, representando a Corte, nas quais estavam contidas explicações acerca dos procedimentos adotados para se chegar à conclusão final.

A teoria democrática procedimental ganha forma na obra de Ely após o autor se deparar com os parágrafos 2º e 3º da mencionada nota de rodapé. Depois de tecer, nos capítulos anteriores de seu livro, diversas críticas ao ativismo e intervencionismo praticado pela Suprema Corte norte-americana, Ely ameniza sua posição ao comentar a decisão sobre o caso *Carolene Products* (MELLO, 2004). Entretanto, o faz com ressalvas bastante claras. Estefânia Barboza e Katya Kozicki (2008) afirmam que Ely “não destitui a jurisdição constitucional de qualquer papel, imputando-lhe, não obstante, apenas o papel garantidor do procedimento democrático, o qual deve ser realizado pelo parlamento” (BARBOZA e KOZICKI, 2008).

Após dizer que a metodologia interpretacionista é incompleta, uma vez que podem existir na constituição disposições que exigem mais do que isso, Ely sintetiza o que esse algo mais possa ser:

O segundo parágrafo afirma que é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação políticas permaneçam abertos. O terceiro parágrafo assevera que a Corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias, mencionando particularmente as leis ‘direcionadas a’ minorias religiosas, nacionais e raciais e os que têm preconceito contra elas (ELY, 2010).

O autor esclarece que o tema principal contido nas notas de rodapé está relacionado com a ideia de participação. Assim, as Cortes são acionadas não para dizer se este ou aquele valor substantivo é excepcionalmente importante ou fundamental, mas sim “se a oportunidade de participar quer nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meio desses processos foi restringida de modo indevido” (ELY, 2010).

A necessidade de participação apontada por Ely está diretamente relacionada ao conceito democrático como forma de representação da soberania popular, o que novamente nos remete à carência de legitimidade para que uma elite não eleita tome decisões substantivas contrárias ao deliberado pela maioria. Diante disso, o controle de constitucionalidade exercido pela Corte deveria estar limitada a assegurar que a vontade dos cidadãos esteja sendo respeitada nos processos deliberativos ocorridos no interior das Assembleias Legislativas, sob pena de ofensa à própria democracia. Keith Whittington (1999) bem descreve o pensamento de Ely sobre o conceito de constituição e como deve ser feito o controle das leis infraconstitucionais:

Ely interpreta a Constituição como sendo, fundamentalmente e exaustivamente, para assegurar uma democracia procedimental, e recomenda que a Corte adapte um método de interpretação apropriado para extrair esse significado aplicando-o à prática política atual. Não somente a Corte, mas também a própria Constituição teria valor neutro. A única preocupação da Constituição é de fornecer um fórum para todo o sistema de valores competitivos para serem debatidos até que a maioria finalmente chegue a um consenso. O papel do Judiciário não é de ir contra aquele valor escolhido, mas sim de assegurar que todos os valores tenham oportunidades iguais de consideração e seleção (WHITTINGTON, 1999)¹⁶.

Na visão de Ely, o Judiciário deve ser qualificado como uma instituição política pelo simples fato de que toma decisões e, portanto, exerce uma representação dentro de uma ordem democrática, ainda que sua legitimação não tenha origem na forma eletiva. Sua função dentro do sistema seria o de corrigir as falhas da representação nos outros poderes e daí o caráter democrático de sua existência. Entretanto, sua atuação estaria restrita, como visto, a garantir a efetiva participação dos atores políticos, de maneira que, como representantes do povo, possam ter voz em meio às discussões com finalidades deliberativas, cabendo às Assembleias Legislativas debater sobre o conteúdo das leis a serem promulgadas.

Whittington (1999) aponta algumas possíveis inconsistências na tese de Ely, dentre elas, a de que a constituição não é composta apenas por regras procedimentais, contendo também valores substantivos passíveis de serem confrontados e, eventualmente, violados pela legislação infraconstitucional. Diante

¹⁶ *Apud* Barboza e Kozicki, 2008, com os devidos créditos pela tradução.

disso, poderia surgir uma dificuldade no controle de constitucionalidade meramente procedimental sugerido por Ely.

Sobre o modo pelo qual a produção de leis e atos normativos vem sendo regulamentada pelas constituições com o advento dos Estados constitucionais de Direito, Moraes (2006) acrescenta:

O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes. (MORAES, 2006).

Cerca de uma década depois da publicação de Ely, Habermas retoma o argumento, mas vai além da teoria segundo a qual a corte deve exercer o controle de constitucionalidade somente para garantir a autodeterminação do povo, o que, na prática, resumir-se-ia basicamente à liberdade de expressão e ao direito do voto livre, conforme proposto por Ely, e aponta como jurisdição desejável para uma corte constitucional aquela que impõe uma forma deliberativa de vontade pública, exercendo um papel de “tutor” do processo político, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional, mas não de “regente”, que avoca para si uma responsabilidade paternalista, também rejeitada por Ely, de promover as condições éticas de convivência da comunidade (SILVA e MENDES, 2008).

Embora haja certas divergências, Ely talvez seja o autor cujas ideias mais se aproximem das de Habermas numa área central do imaginado espectro ideológico anteriormente mencionado (BARBOZA e KOZICKI, 2008), haja vista a preferência de ambos pela atuação procedimentalista das cortes constitucionais. Entretanto, Ely se atém ao caso estadunidense, enquanto Habermas traça comparativos entre as cortes constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos e ainda faz proposições passíveis de generalização para outros países.

Habermas (1997) aponta uma virada teórico-democrática trazida pela ideia de compreensão procedimentalista da constituição a partir da impossibilidade de retorno à concepção liberal do Estado, nos termos propostos por Böckenförde (1991)¹⁷, segundo o qual os direitos fundamentais seriam “apenas direitos subjetivos

¹⁷ *Apud* Habermas (1997).

de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito” (BÖCKENFÖRDE, 1991).

A forma deliberativa de formação da vontade pública deve prevalecer, segundo Habermas, sobre o controle exercido pela jurisdição constitucional, uma vez que, nos termos de sua teoria do discurso, o direito surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem o mesmo direito. Entretanto, para Habermas, mais importante do que possuir os mesmos direitos é que os cidadãos tenham as mesmas condições de exercício destes direitos.

Com esse arranjo teórico, fica possível conciliar os dois tipos de política que geralmente são apresentados como antagônicos: a política liberal, de um lado, com sua instrumentalização pura e simples da política como esfera de mediação de interesses do mercado e de proteção das liberdades negativas, e, de outro, o idealismo republicano que pressupõe uma comunidade política virtuosa, orientada pelo bem comum (SILVA e MENDES, 2008). Entretanto, a defesa, por Habermas, de uma concepção procedimental do controle de constitucionalidade jurisdicional está diretamente ligada a uma forma de cumprimento do princípio democrático.

Seguindo este raciocínio, Habermas entende que o conteúdo das normas produzidas por intermédio de um processo efetivamente democrático, nos termos anteriormente expostos, não poderia ter sua legitimidade questionada pela via judicial, cabendo, portanto, ao próprio Poder Legislativo verificar eventuais incompatibilidades entre as normas produzidas e as disposições constitucionais previamente existentes. Assim, o controle abstrato das *normas* seria “função indiscutível do legislador, devendo-se reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial” (HABERMAS, 1997).

Neste sentido, verifica-se que, embora Habermas tenha se posicionado em defesa de uma postura procedimentalista no exercício do controle judicial de constitucionalidade, como forma de realização do princípio democrático, isso não significa que tenha adotado uma teoria democrática que seja exclusivamente procedimental (KOZICKI, 2000). Isso porque o autor admite, por exemplo, que a sociedade moderna é plural e, com isso, as divergências geradas na arena política podem impossibilitar a realização do consenso pretendido via deliberação. Entretanto, embora reconheça a impossibilidade de consenso quanto aos valores de

uma sociedade, Habermas defende o consenso acerca do procedimento democrático a ser adotado.

Com isso, o papel da jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais, na visão de Habermas, ficaria restrito à garantia do processo democrático de deliberação, garantindo e protegendo os direitos políticos dos cidadãos representados, ainda que esse papel de garantidor dos procedimentos implique, eventualmente, na restrição da vontade da maioria para salvaguardar o exercício da democracia (SOUZA NETO, 2002).

Habermas chegou a ser criticado por sua defesa de uma jurisdição constitucional estritamente procedimental. Os questionamentos feitos, em resumo, convergiam para o argumento de que a própria constituição não elencava determinações exclusivamente procedimentais. Entretanto, o próprio autor, em sua obra, menciona a possibilidade de uma corte constitucional legitimamente recorrer a fundamentos morais contidos na constituição para a garantia da autonomia privada e pública dos cidadãos, tais como os direitos fundamentais à igualdade de chances, conforme sua teoria deliberativa. Diante disso, Barboza e Kozicki (2008), ao analisarem as obras de Ely, Habermas e Carlos Santiago Nino, concluem em seu trabalho que

mesmo os teóricos da democracia procedimental, ao aceitarem um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do próprio processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamento de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático (BARBOZA e KOZICKI, 2008).

Diante do acima exposto, em relação às ideias da corrente procedimentalista, o Legislativo seria a arena adequada para a discussão política dos valores pretendidos pela sociedade, justamente por se tratar do foro onde se encontram seus representantes. O controle de constitucionalidade abstrato das leis promulgadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo, contudo, deve ser realizado pelos três Poderes, cabendo às comissões de constituição do Legislativo a análise prévia da consonância dos dispositivos legais com as diretrizes estabelecidas pelo legislador constitucional; ao Executivo, o veto jurídico, total ou parcial, caso o Presidente da República considere o projeto inconstitucional ou

contrário ao interesse público; e ao Judiciário, caso não tenham sido respeitados os procedimentos constitucionalmente previstos ou caso o conteúdo das leis esteja em conflito com as normas e valores previstos na constituição. Neste sentido, afirma Dieter Grimm (1999):

a Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a e limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes, especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais (GRIMM, 1999).

Um fato ocorrido recentemente no Brasil pode ilustrar bem a situação em que o Supremo Tribunal Federal foi demandado para exercer o controle de constitucionalidade judicial preventivo, na qual a parte demandante questiona o não cumprimento de normas procedimentais contidas tanto na Constituição¹⁸ quanto no Regimento Comum do Congresso Nacional¹⁹, para a votação de projetos de lei. Trata-se do Mandado de Segurança nº 31.816, por meio do qual se questionou²⁰ a apreciação, pelo Congresso Nacional, do veto parcial proferido pela Presidente da República no exercício do controle de constitucionalidade pelo Executivo (veto jurídico), ao Projeto de Lei 2.565/2011, posteriormente convertido na Lei

¹⁸ CRF/88: "(...) Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) §4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. (...) §6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no §4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final".

¹⁹ RCGN: "(...) Art. 104. Comunicado o veto ao Presidente do Senado, este convocará sessão conjunta, a realizar-se dentro de 72 (setenta e duas) horas, para dar conhecimento da matéria ao Congresso Nacional, designação da Comissão Mista que deverá relatá-lo e estabelecimento do calendário de sua tramitação. (...) Art. 105. A Comissão Mista terá o prazo de 20 (vinte) dias, contado da data de sua constituição, para apresentar seu relatório. Art. 106. Distribuídos os avulsos com o texto do projeto, das partes vetadas e sancionadas e dos pareceres das Comissões que apreciaram a matéria, com o relatório ou sem ele, será realizada, no dia fixado no calendário, a sessão conjunta para deliberar sobre o veto".

²⁰ Até a conclusão deste trabalho o plenário do STF havia se manifestado apenas sobre o Agravo Regimental interposto contra decisão liminar anteriormente deferida pelo Min. Luiz Fux, que determinou ao Congresso a necessidade de se observar a ordem cronológica para a votação dos vetos presidenciais que trancavam a pauta.

12.734/2012, que dispõe sobre a partilha, entre os Estados da Federação, dos *royalties* gerados pela exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (Lei dos *Royalties*).

A descoberta de novas reservas de petróleo próximas ao litoral brasileiro iniciou uma disputa entre os Estados pelos recursos advindos dos valores pagos a título de *royalties*. De um lado, ficaram os Estados ditos “produtores”, interessados em manter a proporção entre os valores até então praticados na divisão dos recursos; de outro, ficaram os demais Estados, pleiteando uma divisão mais equitativa, uma vez que os recursos naturais extraídos, embora localizados próximos dos chamados Estados “produtores”, não pertenceriam a estes, mas sim a todos os Estados da União.

Em 06 de novembro de 2012 o Congresso Nacional aprovou o projeto de lei contendo as alterações propostas pelos Estados “não produtores”, cujos representantes configuravam significativa maioria numérica dentre os parlamentares das duas casas legislativas. Entretanto, após enviado para sanção presidencial, os principais artigos que dispunham sobre a alteração na fórmula de distribuição dos valores entre os Estados da Federação foram vetados, em 12 de dezembro de 2012, o que tornou a situação favorável aos Estados “produtores”.

Feita a comunicação pelo Chefe do Executivo ao Presidente do Senado Federal, nos termos exigidos pela Constituição²¹, os parlamentares das duas casas legislativas foram novamente convocados para deliberação, desta vez acerca dos vetos proferidos. A Mesa Diretora do Congresso Nacional, contudo, recebeu e submeteu a votação um requerimento de urgência para análise do Veto Parcial 38/2012 proferido pela Presidência da República, tendo este requerimento sido aprovado²² pela maioria dos presentes, o que ensejou a impetração, perante o STF, do Mandado de Segurança nº 31.816, com pedido liminar, de autoria de dois parlamentares interessados em manter o veto, cujo argumento principal seria uma possível violação a dispositivos constitucionais e regimentais no que diz respeito à

²¹ CRF/88: “Art. 66. (...) §1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

²² 409 parlamentares votaram a favor da tramitação em regime de urgência para a apreciação do Veto Parcial 38/2012, sendo 348 deputados e 61 senadores; e 91 parlamentares votaram contrariamente, dos quais 84 deputados e 7 senadores.

necessidade de observância da ordem cronológica para a apreciação de vetos presidenciais ainda pendentes de análise pelo Congresso.

O pedido liminar foi deferido, em 17/12/12, pelo Min. Luiz Fux, determinando à Mesa Diretora do Congresso Nacional que se abstivesse de deliberar acerca do Veto Parcial 38/2012 antes de apreciar todos os vetos pendentes com prazo de análise expirado até aquela data, em ordem cronológica de comunicação, pela Presidência da República ao Presidente do Senado Federal, nos termos do Regimento Comum do Congresso Nacional. Entretanto, na sessão realizada em 27/02/13, o plenário do STF, por maioria²³, deu provimento ao Agravo Regimental interposto pela Mesa Diretora do Congresso Nacional, cassando a liminar anteriormente deferida e desobrigando a adoção do regime de urgência para a análise do Veto Parcial 38/2012.

O que se discute no Mandado de Segurança em tela, portanto, diz respeito aos procedimentos adotados pelo Congresso Nacional para a votação de um projeto de lei que teve parte de seus artigos vetados por meio do controle de constitucionalidade exercido pela Presidente da República. Não se questionou em momento algum, pela via judicial, se a distribuição dos *royalties* deveria ser feita de maneira a beneficiar os Estados “produtores” ou os Estados “não produtores”. Pelo contrário, essa discussão de mérito ficou restrita ao âmbito político do parlamento, razão pela qual, conforme será demonstrado adiante, não caberá a afirmação, neste caso, de que houve judicialização *da política*.

O Mandado de Segurança nº 31.816 trouxe novamente à tona a realidade estampada num cenário em que os parlamentares, por mais de uma década, vêm reiteradamente descumprindo a norma constitucional expressa que impõe o prazo de trinta dias para a apreciação, pelo Congresso, de vetos presidenciais, de maneira que, não ocorrendo a deliberação no prazo estipulado, deveriam ficar sobrestadas as demais proposições (trancamento de pauta). O resultado dessa inércia legislativa foi o acúmulo de mais de 3.000 vetos presidenciais sem análise pelos parlamentares, contando, alguns deles, com mais de dez anos de espera.

O mais curioso é que o descumprimento dessa determinação constitucional vem ocorrendo ao longo dos anos graças a acordos entre os próprios

²³ Ficaram vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente). A divergência foi aberta pelo Ministro Teori Zavascki (Relator designado), tendo sido acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

parlamentares. Entretanto, a partir do momento em que foi vetado um projeto de lei relevante, no todo ou em parte, cuja derrubada do veto em nova sessão deliberativa atenderia os interesses de alguns representantes em prejuízo de outros, os próprios parlamentares derrotados recorreram ao Judiciário alegando que a norma constitucional não estaria – como de fato não estava – sendo respeitada por eles mesmos, em uma flagrante tentativa de se beneficiar da própria torpeza. Ou seja, desrespeitam-se normas procedimentais inseridas na Constituição e, em momento oportuno, alegam-se tais descumprimentos perante o STF.

Por se tratar de uma arena deliberativa em que se reúnem os representantes legitimamente eleitos pelo povo, a própria Constituição definiu que, em caso de vetos presidenciais, a palavra final é do Congresso, de maneira que lhe é permitido rejeitar o veto proferido pelo Presidente da República e aprovar o projeto de lei tal como originalmente elaborado, desde que cumpridos certos procedimentos, como, por exemplo, a necessidade que estejam presentes na deliberação a maioria absoluta dos deputados e senadores e que a votação para a derrubada do veto seja feita de forma secreta. Neste sentido é o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012), ao afirmar que “no processo de formação da lei ordinária, no Brasil, a vontade principal é a do Congresso, na qual se integra, pela sanção, a vontade secundária do Presidente. Tanto é esta secundária que pode ser dispensada, pela aprovação do projeto por maioria qualificada” (FERREIRA FILHO, 2012).

O julgamento do Agravo Regimental interposto contra a liminar deferida na Medida Cautelar pleiteada neste Mandado de Segurança não teve decisão unânime. Aliás, o resultado por maioria dos votos, como visto, foi bastante apertada (6 x 4), o que revela o alto grau de controvérsia acerca do tema, mesmo entre os Ministros do STF. Com o Agravo Regimental tendo sido julgado procedente, os parlamentares se reuniram em sessão realizada no dia 05/03/13, ocasião na qual, por ampla maioria²⁴, decidiram por rejeitar o veto presidencial. Diante dessa decisão, representantes dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, derrotados no plenário do Congresso, interpuseram, no dia 15/03/2013, perante o STF, duas ADIs, ambas distribuídas por sorteio para a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que deferiu, em caráter cautelar, a

²⁴ Dos 63 parlamentares que votaram, 54 decidiram a favor da derrubada do veto presidencial.

suspensão dos dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que disciplinavam a distribuição dos *royalties* do petróleo²⁵.

1.2 Neoconstitucionalismo

O período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial ficou marcado na história das disciplinas constitucionais por ter originado um novo pensamento tendente a reconhecer a “supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política” (CUNHA JÚNIOR, 2007). Com isso, aos poucos os países democráticos foram abandonando o modelo de *Estado Legislativo de Direito*, pelo qual a validade de uma norma jurídica era determinada exclusivamente pela regularidade dos procedimentos que levaram à sua promulgação e sanção, sem questionamentos *a posteriori* acerca da possibilidade de seu conteúdo configurá-la ou não como uma lei justa, bastando, para tanto, que tivesse sido emanada de autoridade dotada de competência normativa.

Já dentro de um contexto democrático, o *Estado Legislativo de Direito* foi cedendo lugar para o *Estado Constitucional de Direito*, caracterizado, sobretudo, não apenas pelo reconhecimento de força normativa da Constituição, independentemente de qualquer manifestação pelo legislador ordinário, mas também pelo aumento no número de direitos fundamentais nela expressamente mencionados e, conseqüentemente, protegidos²⁶. Tal movimento de migração de um modelo para o outro só foi possível, contudo, em virtude da criação, em diversos países, das cortes constitucionais, responsáveis justamente por determinar a aplicação dos novos textos constitucionais e assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais nelas inseridos. A esse conjunto de elementos que caracterizaram

²⁵ Até o encerramento deste trabalho o plenário do STF ainda não havia se manifestado sobre a decisão liminarmente deferida pela Min. Cármen Lúcia.

²⁶ Joaquim Carlos Salgado (2007) sintetiza uma definição pela qual “o Estado Democrático de Direito é aquele cujo poder tem formalmente origem na vontade popular e, declarando na sua constituição os direitos fundamentais como o seu núcleo, organiza-se por esse princípio de legitimidade e da divisão da competência no exercício do poder, que se efetiva segundo o princípio da legalidade ou de decisão conforme a lei e não pelo arbítrio da autoridade” (SALGADO, 2007).

uma mudança na forma de jurisdição constitucional deu-se o nome de *neoconstitucionalismo*.

Longe de ter um conceito pacífico na literatura, diversos autores arriscam, muitas vezes de forma hesitante, identificar as balizas e limites deste tema, que já conta com mais de meio século desde a data em que a expressão foi cunhada. Miguel Carbonell (2007) ressalta que

na busca de definição, se imbricam jusfilósofos, positivistas, naturalistas, céticos, procedimentalistas, substancialistas, dentre outros, todos contra todos. Todos com sua visão particular de neoconstitucionalismo, talvez porque não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a um entendimento teórico coeso, mas diversos pontos de vista sobre este importante instituto jurídico moderno (CARBONELL, 2007).

Pelo que se pode apreender dos trabalhos escritos sobre o tema, é possível identificar que o termo neoconstitucionalismo tem sido empregado para designar diferentes fenômenos. Sanchís (2003), por exemplo, aponta que, além de se referir a uma nova concepção sobre o Estado de Direito, o termo pode se referir também a uma “proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia ou filosofia política aplicada ao Direito ou, ainda, em um sentido amplo, uma filosofia jurídica que estuda questões conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista” (SANCHÍS, 2003).

Retomando os argumentos que ampararam a discussão sobre a democracia procedimentalista, verificamos que, sob os preceitos do neoconstitucionalismo, não basta que uma lei preencha as condições de validade formais para sua implementação, sendo necessário também haver a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios e regras constitucionais. Dirley da Cunha Júnior (2007) remete-nos aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli para enfatizar que:

a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, conclui o autor italiano [Ferrajoli], no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência

jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas (CUNHA JÚNIOR, 2007).

A transformação promovida pelo neoconstitucionalismo acarretou um inevitável movimento de “constitucionalização do Direito”, uma vez que as constituições passaram a ocupar posição central nos ordenamentos jurídicos, tendo em vista tanto a aquisição de força normativa e aplicabilidade imediata de seus textos, bem como a expansão das matérias e direitos fundamentais nelas contempladas. Com isso, todos os setores da vida política e social e, conseqüentemente, todos os ramos do Direito, passaram a ficar condicionados às diretrizes traçadas nas constituições, de modo que os ordenamentos jurídicos, em expressão utilizada por Riccardo Guastini (2003)²⁷, ficaram “impregnados” pelas normas constitucionais.

Uma série de marcos históricos são apontados como relevantes no decorrer da implementação deste novo modelo teórico em diversos países. Para Luís Roberto Barroso (2008), o principal marco do neoconstitucionalismo europeu, sobretudo na Alemanha e Itália, é o segundo pós-guerra. Já no Brasil, o ponto alto seria a Constituição de 1988. Ricardo Viera de Carvalho Fernandes (2010), por sua vez, aponta três marcos históricos importantes, sendo o primeiro deles o “*massacre de seres humanos* promovido pelos nazistas na segunda guerra mundial, ocorrido com base no sistema legal alemão” (FERNANDES, 2010) (grifo no original). O autor explica que, em virtude da vigência do modelo antigo de Estado de Direito (Legislativo), o juiz não poderia afastar a aplicação da lei, ainda que nela fossem identificadas disposições flagrantemente inconstitucionais para os padrões de hoje. Exemplo disso foram as discriminações de toda sorte aos judeus, como afastamento do serviço público, do exército e das universidades²⁸, retirada dos direitos de cidadãos dos judeus imigrantes no Leste Europeu²⁹, retirada da cidadania dos judeus alemães, proibição de casamento entre arianos e judeus, dentre outras.

Para alguns autores, a implementação de tais medidas só foi possível porque o modelo jurídico vigente até a Segunda Guerra tinha a lei, emanada pelo Poder Legislativo, como fonte principal e quase exclusiva do direito, como aponta Sarmiento (2009). Assim, uma vez que os juízes assumiam um papel de *boca*

²⁷ *Apud* Cunha Júnior, 2007.

²⁸ Decreto publicado em 7/4/1933.

²⁹ Decreto publicado em 14/7/1933.

inanimada da lei, nos termos sugeridos por Montesquieu, não poderiam moderar nem a força nem o rigor dos instrumentos normativos (FERNANDES, 2010).

Outro marco apontado por Fernandes (2010) seria o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por ter inspirado a aprovação de diversos outros tratados, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, tendo como finalidade punir as graves violações a direitos humanos. O terceiro marco identificado pelo autor seria o julgamento de Nuremberg, ocasião na qual foram condenados membros do alto escalão de Hitler por crimes contra a humanidade. A relevância deste fato se dá em virtude do “surgimento de uma nova ordem mundial, em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado” (MARMELSTEIN, 2009)³⁰.

Ao longo das últimas décadas, autores positivistas e não-positivistas vêm travando sucessivos embates acadêmicos acerca da natureza jurídica do neoconstitucionalismo. Entretanto, o adequado desenvolvimento das ideias propostas neste trabalho independe da categoria teórica na qual estiver inserido o neoconstitucionalismo, razão pela qual, dele será apropriada apenas a parte incontroversa do conceito, consistente na significativa expansão de direitos fundamentais incluídos nos textos das constituições vigentes em países democráticos após a Segunda Guerra Mundial. Este fenômeno, juntamente com a criação de órgãos jurisdicionais atribuídos de competência exclusiva para decidir sobre questionamentos acerca das matérias constitucionais formam os pilares sobre os quais se assentarão as explicações mais plausíveis sobre o que se tem chamado – muitas vezes de forma equivocada – de judicialização.

1.3 Judicialização

Com o advento do neoconstitucionalismo, nos termos do conceito apropriado por esta dissertação, emergiram os ingredientes necessários para que o Judiciário passasse a ocupar posição de destaque na relação com os demais poderes, uma vez que se tornou a via natural para que a sociedade encaminhasse suas demandas

³⁰ *Apud* Fernandes, 2010.

sempre que houvesse questionamentos acerca de eventuais violações a direitos fundamentais, agora constitucionalmente garantidos. Assim, em virtude não só do aumento na quantidade de temas tratados pelas constituições contemporâneas, mas também do nível de detalhamento com que passaram a estar dispostos – o que Luís Roberto Barroso chamou de *constitucionalização do Direito* –, somado ao fato de que cortes constitucionais foram criadas especialmente para interpretar estes novos textos, o resultado não poderia ter sido outro.

Barroso (2009) analisa e conceitua o fenômeno da judicialização no Brasil, identificando suas origens e algumas das maneiras pelas quais podem ser compreendidas pela sociedade, por meio de suas facetas positiva e negativa, sobretudo ao se considerar a relação institucional entre Judiciário e Legislativo, bem como a tutela derivada da prestação jurisdicional aos cidadãos:

A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela. (BARROSO, 2009).

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2012), em seu artigo *“Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira”*, inicia um profícuo trabalho de mapeamento do cenário acadêmico, numa tentativa sempre saudável de organizar as ideias, semelhante, em parte, ao proposto nesta dissertação. O conceito de “judicialização”, de maneira ampla, foi buscado em outra obra de Barroso (2010), pelo o que seria “o deslocamento da decisão de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, em caráter final, para o Poder Judiciário” (BARROSO, 2010).

Neste sentido, ao se falar em “judicialização”, em qualquer de suas acepções, inclusive, portanto, em judicialização da política, o que se pretende é fazer referência à atuação jurisdicional do Poder Judiciário, em que respostas (decisões) são dadas

após o oferecimento das demandas por parte da sociedade. Em um dos subitens deste capítulo, contudo, será apresentada uma das formas em que o termo “judicialização da política” foi utilizado para designar justamente a postura de inércia do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ou seja, as “não-decisões” do órgão jurisdicional.

Vallinder (1995), por sua vez, atribui ao verbo “judicializar” o significado de “tratar judicialmente, chegar a um julgado ou decisão” (VALLINDER, 1995). O autor buscou, ainda, em um dicionário inglês³¹ os significados lexicais para o termo “judicialmente”, pelo os quais seriam

(1) o que diz respeito ao julgamento legal, realizado no desempenho da função ou na qualidade de juiz; na administração da justiça, por meio dela ou em relação a ela; por processo legal; por sentença de um tribunal de justiça; e (2) à maneira de um juiz; com o conhecimento e habilidades judiciais (VALLINDER, 1995).

Ainda nesta linha, o termo “judicialização” foi utilizado por Carlos Ari Sundfeld *et al.* (2010), em trechos específicos de seu trabalho, como sendo “o simples ato de propositura de uma demanda judicial” (SUNDFELD *et al.*, 2010). A conceituação do fenômeno sugerida por estes autores apresenta uma ideia que remete o leitor a uma associação direta com uma suposta atuação interventiva do Poder Judiciário em áreas que não seriam de sua competência, como se a resposta à demanda pela sociedade não fosse exatamente a razão institucional de atuação dos magistrados. Entretanto, pela objetividade e facilidade de compreensão pelo público leigo, essa expressão tem sido utilizada com bastante frequência pelos veículos de imprensa, sobretudo com alta carga pejorativa, sempre quando a intenção é a de desqualificar decisões judiciais acerca de matérias específicas, razão pela qual normalmente vem acompanhada da opinião de alguém insatisfeito com o conteúdo da resposta do Judiciário a determinada demanda.

Esta sugestão de conceito apresentada, embora bastante difundida, não pode ser considerada simples, no sentido de elegante, por não preencher um requisito essencial a qualquer conceito: o de individualizar o objeto conceituado tornando-o passível de ser diferenciado de outros objetos, dentro de uma lógica do princípio

³¹ *Oxford English Dictionary*. 1989. 2nd Ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner, Vol. 8 Oxford: Clarendon Press, *apud* Vallinder (1995).

discursivo³². Dizer que a palavra *judicialização* significa *o simples ato de propositura de uma demanda judicial* é transformar algo extremamente complexo, com inúmeras possibilidades de desdobramentos, em uma definição tautológica, estéril e, pela vagueza de conteúdo semântico, inócuo do ponto de vista teórico, resultando apenas em um pseudo-conceito.

Analisando o cenário a partir de uma concepção hobbesiana, verifica-se que em qualquer sociedade minimamente civilizada o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força, de maneira que aos cidadãos não é concedida autorização para exercer, arbitrariamente, suas próprias razões³³. Assim, para se garantir a coesão e estabilidade nas relações sociais, não é dado às pessoas a faculdade da autotutela³⁴, uma vez que questionamentos envolvendo eventuais lesões ou ameaças a direito devem necessariamente ser submetidos à tutela jurídica do Estado que, por meio do Poder Judiciário, decidirá a quem pertence o direito em cada caso concreto.

Diante disso, fica evidenciada a precariedade da definição de *judicialização* pela forma acima descrita. Como se trata de um conceito formalmente interessante, à primeira vista, mas substancialmente oco, é possível, pela não permissão de se valer da autotutela, que virtualmente qualquer coisa seja utilizada para preencher seu conteúdo, o que nos levaria a uma situação *nonsense*. Para tanto, à palavra *judicialização* acaba sendo adicionada outra que lhe especifique a matéria que está sendo “judicializada”.

Um tema cuja arena natural de debates é o parlamento, mas que em virtude de alguma irregularidade jurídica teve sua validade questionada perante o Poder Judiciário logo se transforma em “judicialização da política”. Pacientes que não conseguem obter medicamentos por meio do sistema público e recorrem ao Judiciário protagonizam supostos casos de “judicialização da saúde”. Pais que eventualmente entendam ter a capacidade e o direito de educar seus próprios filhos, sem a necessidade de matriculá-los em uma escola de ensino regular formal, ou pais que não conseguem vagas em escolas públicas para seus filhos ou, ainda, pais que identificam falhas no dever da escola de guarda e vigilância de seus filhos, em

³² Em contraposição ao princípio intuitivo.

³³ No Direito brasileiro, por exemplo, o exercício arbitrário das próprias razões está tipificado como crime no art. 345 do Código Penal: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

³⁴ Exceto no caso de legítima defesa.

razão de eventuais acidentes ocorridos durante o horário letivo, buscam o Judiciário e criam cenários logo apelidados de “judicialização do ensino”, “judicialização da educação” ou “judicialização das relações escolares”.

Não bastassem tais exemplos específicos, eventualmente nos deparamos com referências genéricas, como “judicialização das relações sociais” ou “judicialização da vida”. Nestes casos, a imprecisão dos termos agrava ainda mais o problema da falta de delineamento dos contornos necessários à compreensão da ideia. Ainda operando na fórmula segundo a qual seria possível “judicializar” qualquer coisa, bastando, para tanto, que determinada questão seja submetida à apreciação do Poder Judiciário, a expressão *judicialização das relações sociais* pressuporia simplesmente um aumento no número de ações judiciais acerca de eventuais litígios decorrentes das relações sociais.

Entretanto, em sociedades culturalmente multifacetadas e estratificadas do ponto de vista socioeconômico, em que as pessoas têm diferentes oportunidades e lidam diariamente com desigualdades de toda ordem, somado ao fato de que os códigos penais positivados quase sempre se ocupam, preponderantemente, de tipificar como crime os atos lesivos contra o patrimônio (em manifesto intuito de proteger os interesses dos mais abastados financeiramente), em detrimento da proteção contra lesões de caráter pessoal, como crimes contra a vida, a integridade física, a honra, etc., os litígios decorrentes das relações sociais não podem, de maneira alguma, ser considerados fato anormal ou incomum. Contribuem para isso dois fatores: o primeiro, como visto anteriormente, diz respeito à quantidade de direitos fundamentais que passaram a ser constitucionalmente garantidos; o segundo está diretamente ligado à crescente facilitação para o acesso do público leigo à tutela judicial, como pode ser percebido, no caso brasileiro, pela criação dos juizados especiais, que para certos tipos de demandas dispensam inclusive a contratação de advogado pelas partes.

Na quase totalidade das vezes em que a expressão *judicialização* é utilizada, seja em textos científicos ou não, a ideia principal tem sido a de que o Poder Judiciário estaria interferindo indevidamente em áreas que, em princípio, não “necessitariam” de sua intervenção. Esta concepção enviesada da atuação de um dos poderes induz os leitores, de saída, a articularem as ideias apresentadas sobre uma plataforma tendente a levá-los a conclusões equivocadas. Tomemos como exemplo uma passagem do texto de Sundfeld et. al. (2010):

O segundo grupo de informações analisadas, chamado de fatores de saída, procura dialogar com a tese de que a judicialização da política diz respeito não somente ao tipo de demanda judicializada, mas também à forma com que o STF reage à demanda que lhe é proposta. Em outras palavras, esses dados podem esclarecer melhor se e como o STF tem se mostrado mais ou menos “interventivo” ao controlar a atividade normativa atribuída constitucionalmente ao Legislativo e, em algumas hipóteses, também ao Executivo federal (SUNDFELD *et al.*, 2010).

Os autores fazem um esclarecimento, em nota de rodapé, que por “interventivo” deve-se entender o fato de que “o STF tem barrado mais ou menos a produção normativa dos demais poderes”, e não de que o órgão estaria agindo fora de suas prerrogativas constitucionais. Importante ressaltar também que neste trabalho são analisados não apenas os dados quantitativos acerca da atuação do STF, mas também dados sobre chamadas técnicas decisórias, como modulação de efeitos, interpretação conforme a constituição, dentre outros, utilizadas como procedimento para a tomada de decisões.

Entretanto, a própria escolha do termo “intervenção” já denota o caráter de uma atividade que está sendo executada por agente “externo”, “estranho”, ou mesmo “daquele que vem de fora”. Em textos cuja judicialização figura como tema, raramente a atividade do Judiciário é vista como resposta a uma demanda e talvez este seja o principal ponto passível de crítica. Embora não se negue o papel do órgão nessa relação com a sociedade, também não se ressalta sua atividade com o caráter de *feedback*. Ainda, quando a atuação do STF se dá de maneira a exercer o controle de constitucionalidade, tanto repressivo quanto preventivo, não se destaca sua decisão como necessária à garantia da regularidade constitucional dos atos praticados por membros de outros poderes, mas sim, a de uma suposta intervenção indevida em assuntos que não seriam de sua alçada.

Outra abordagem curiosa, mas que frequentemente é feita pelos autores que escolhem o Judiciário como objeto de seus estudos é tomar um de seus órgãos como se fosse constituído por um corpo único e coeso, com vontade própria e indivisível. É certo que a decisão proferida em cada processo constitui apenas um acórdão, resultante da votação na qual prevalece a vontade da maioria ou da totalidade de seus membros e que obrigará o condenado ao cumprimento de sua parte dispositiva. Entretanto, importante atentar ao fato de que nem sempre (ou

quase nunca) as decisões colegiadas proferidas pelos magistrados que compõem as cortes são unânimes.

Não é incomum também que decisões proferidas em determinado sentido, por algum órgão colegiado – sobretudo os estaduais – acerca de determinado tema, por mais reiteradas que sejam quando a composição da corte ou turma esteja completa, não venham a se impor em todos os julgamentos, sendo possível que decisão em sentido contrário seja proferida por este mesmo tribunal em caso de maiorias ocasionais, provocadas pela ausência eventual de um ou mais de seus membros. Assim, ao se falar, por exemplo, que o STF, de maneira genérica, adota determinado padrão de comportamento para tomada de decisões, releva-se o fato de que este pode não ser o pensamento de cada um de seus ministros. Referências genéricas como estas são menos comuns na literatura da ciência política quando se tem como objeto, por exemplo, os parlamentos em qualquer nível. Talvez porque as divisões internas, ocasionadas pela fragmentação ideológica dos grupos políticos que os compõem, sejam de mais fácil percepção e compreensão.

Na mencionada obra de Sundfeld *et al.* (2010) são considerados não só os elementos quantitativos para se verificar a ocorrência ou não do fenômeno da judicialização. Entretanto, os parâmetros qualitativos adotados para se analisar o caso brasileiro dizem respeito a procedimentos jurídicos amplamente fundamentados na legislação ou na teoria jurídica especializada. Em determinadas situações nas quais o Judiciário é provocado para decidir sobre a regularidade ou não de atos do Legislativo, é possível constatar a dinâmica de um movimento circular que traduz toda a essência dos problemas relativos à chamada judicialização da política, uma vez que o legislador – constitucional ou infraconstitucional – estabelece parâmetros materiais e procedimentais para a atuação dos órgãos Legislativos e judiciais e, em determinados momentos, os parlamentares se veem diante de decisões contrárias aos interesses da maioria de seus membros, proferidas por órgão de outro poder, mas com base naquilo que foi previamente definido pelos próprios legisladores.

Ocasionalmente, contudo, determinados órgãos do Poder Judiciário, diante da ausência de parâmetros objetivos necessários para a solução de algumas controvérsias, são obrigados a lançar mão de interpretações integrativas, buscando no próprio ordenamento jurídico padrões possíveis para que soluções sejam encontradas mediante analogias a regras já existentes. Ocorre que, em outras

situações de ausência de parâmetros objetivos, as decisões judiciais são fundamentadas em princípios e valores não escritos ou mesmo em regras criadas pelo próprio Judiciário – por vezes *contra legem* –, ao que muitos dão o nome de ativismo judicial. Este outro fenômeno, diverso daquele conhecido por judicialização, será melhor detalhado no capítulo seguinte deste estudo.

O trabalho de Sundfeld *et al.* (2010), portanto, teve o mérito de abordar o problema da judicialização sob dois enfoques: o quantitativo, ao analisar o crescente número de ações judiciais interpostas em determinado período, e o qualitativo, por meio de pesquisas que buscaram identificar a maneira como os processos são julgados, sobretudo por meio dos métodos utilizados para a tomada das decisões por parte do Judiciário.

José Ribas Vieira *et al.* (2009) identificam três dimensões por meio das quais é possível analisar o fenômeno da judicialização, quais sejam: a dimensão institucional, a sociológica e a lógico-argumentativa. Pela dimensão institucional, entende-se a delegação propositiva, pelo Executivo e Legislativo ao Judiciário, da responsabilidade pela tomada das decisões em temas polêmicos ou impopulares que, caso fossem feitas por representantes eleitos, significariam um alto custo político. A dimensão sociológica diz respeito a decisões tomadas em litígios coletivos, cujo impacto ocorrerá sobre grande número de pessoas. A terceira dimensão está ligada à mudança da lógica argumentativa política para a lógica argumentativa jurídica, ao que os autores deram o nome de “domesticação da política” (VIEIRA *et al.*, 2009).

Uma mudança cultural nitidamente percebida com o advento do fenômeno de judicialização está relacionado à antiga prática paternalista de representantes eleitos oferecerem a seus eleitores, atuais ou potenciais, os mais diversos tipos de benefícios que, sem a intermediação de um político, dificilmente seriam alcançados. Como exemplo, podemos citar o caso da mãe que não consegue vaga para seu filho na escola pública próxima a sua casa ou do filho que não consegue leite para os pais adoentados.

Há relativamente pouco tempo, o caminho mais natural para que pessoas com necessidades semelhantes a essas pudessem resolver seus problemas seria dirigir-se à autoridade política local solicitando algum tipo de providência. Para o político solicitado, por sua vez, pedidos como estes acabavam se transformando em boas oportunidades para angariar os eleitores necessitados e demais membros de

suas famílias, que, depois de terem seus pedidos atendidos, acabavam contribuindo para divulgar a imagem do candidato nas eleições futuras.

Entretanto, a partir do momento em que a constituição passou a incluir expressamente em seus textos tais situações como sendo direitos fundamentais e, por outro lado, facilitou o acesso ao Judiciário para que os cidadãos pudessem reclamar o cumprimento de tais normas pelo Estado, o sujeito que antes se dirigia ao vereador ou ao prefeito de seu município pedindo-lhe um favor, agora vai direto ao juiz, solicitando-lhe a garantia daquilo que passou a ser tratado como direito.

O magistrado francês Antoine Garapon (2001), em sua obra “O juiz e a democracia: O guardião das promessas”, afirmou que o Judiciário teria se tornado um grande muro das lamentações das sociedades modernas. O autor utilizou essa forte expressão para caracterizar a nova posição em que o Judiciário passou a figurar com a mudança, pela qual a justiça teria se tornado um lugar em que se exige a realização da democracia (GARAPON, 2001).

Para Garapon, esse novo caminho na busca dos cidadãos pela concretização de seus direitos estaria criando um tipo degenerado de democracia, cuja legitimação residiria na possibilidade de que o próprio indivíduo consiga alcançar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses juridicamente protegidos e, assim, configurar-se-ia uma espécie de democracia direta, pretensamente livre dos desvios éticos a que está sujeito o processo político assentado nos tradicionais modelos representativos de democracia. Nas palavras do autor, “o debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação” (GARAPON, 2001).

Como se pode constatar pela descrição acima exposta, o fenômeno da judicialização está diretamente relacionado a fatores cujas origens são externas ao Judiciário, razão pela qual, na sua essência, lhe fogem completamente o controle. O Judiciário, em sua posição inicial de inércia, passa ao estado de movimento na atuação jurisdicional se, e somente se, houver provocação de alguma das partes para tanto. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, um aumento na produção legiferante pelos parlamentos, somado à crescente facilidade no acesso, pelas partes, aos meios judiciais inevitavelmente causou o aumento da atividade judicante responsiva pelos órgãos do Poder Judiciário.

Com isso, pretende-se defender a ideia de que estudos quantitativos buscando mensurar o aumento no número de ações judiciais interpostas, sobretudo de ADI perante o STF, não constituem boas ferramentas para constatar qualquer suposta ação intervencionista do Judiciário sobre outros poderes, mas mostram-se sim instrumentos limitados a identificar fatores sociais, preexistentes a qualquer tipo de decisão judicial. Metaforicamente, não há como, por exemplo, atribuir-se ao vendedor que fica na bilheteria de um cinema a responsabilidade pelo aumento no número de pessoas que, em determinada semana, compram ingressos para assistir um filme específico que estiver sendo exibido.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os trabalhos produzidos por Torbjörn Vallinder (1994), nomeadamente *"The judicialization of politics - a world-wide phenomenon: introduction"* e, no ano seguinte, atuando como autor e organizador, juntamente com Chester Neal Tate (1995), da coletânea *"The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics"*, devido à sua importância, são citados por dez dentre dez pesquisadores contemporâneos que se dispõem a estudar a judicialização da política. Nestas obras, vários artigos relatam experiências ocorridas em diversos países nos quais se poderia constatar a expansão do poder judicial. Os organizadores, por sua vez, se referem à judicialização da política como sendo a instância mais dramática dessa expansão do poder judicial ao redor do mundo, na qual órgãos do Judiciário estariam tomando decisões que até então eram exclusivas do Legislativo. Além dessa, haveria outra instância, de menor intensidade, configurada pela adoção, por órgãos essencialmente políticos, de procedimentos inicialmente próprios do Poder Judiciário (TATE; VALLINDER, 1995). Neste sentido, Vallinder (1995) propõe os conceitos de judicialização da política como sendo:

(1) a expansão da área de atuação dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de tomada de decisão judicial para fora da área de atuação judicial propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve, essencialmente, transformar algo em uma forma de processo judicial³⁵. (VALLINDER, 1995).

Ao primeiro conceito, o autor atribui a ideia de judicialização *"from without"*, uma vez que o Poder Judiciário estaria atuando como um agente externo na tomada de decisões que anteriormente estariam sob a responsabilidade dos outros Poderes. O segundo conceito, por sua vez, foi classificado pelo autor como judicialização *"from within"*, tendo em vista a mudança nos procedimentos internos de tomadas de

³⁵ Do original: "(1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning into a form of judicial process" (tradução nossa).

decisão por órgãos políticos, que passaram a assumir métodos anteriormente adotados apenas pelo Poder Judiciário.

Seguindo a conceituação proposta por Vallinder (1995), Tate (1995) sugeriu dois principais significados para o termo judicialização da política:

1. o processo pelo qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, acredita-se amplamente, que pelo menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente Legislativos e Executivos, e
2. o processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas)³⁶ (TATE, 1995).

No Brasil, a obra de Vallinder e Tate foi estudada inicialmente por Marcus Faro de Castro, em artigo intitulado “*O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*” (1996). Posteriormente, podemos identificar a obra “*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*” (WERNECK VIANNA *et al.*, 1999), ressaltando que os mencionados trabalhos acabaram influenciando outros autores na abordagem do tema, muitas vezes sob óticas diversas.

Embora as obras de Vallinder (1994) e Tate (1995), sejam, contemporaneamente, as mais relevantes em termos de sistematização dos conceitos, servindo como parâmetros para os estudos posteriores justamente por sugerir a divisão “macro” entre dois tipos de judicialização da política, é importante mencionar o artigo de Robert Dahl (1957), intitulado “*Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*” na qual o autor aponta a Suprema Corte norte-americana como uma nova arena em que são tomadas decisões políticas. Seria uma ideia embrionária sobre a discussão envolvendo questionamentos acerca de eventuais transposições de limites, por parte do Judiciário, em ocasiões nas quais estaria havendo possíveis usurpações de poderes exclusivos do Legislativo.

Além disso, o autor ainda estabelece interessantes relações entre a atuação do órgão e a composição de seus membros ao longo dos mandatos presidenciais,

³⁶ Do original: “1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and; 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures” (tradução nossa).

indicando um possível conjunto de decisões mais favoráveis ao governo – sobretudo acerca das demandas envolvendo a constitucionalidade de leis – na medida em que aumenta o número de membros da corte indicados pelo grupo político do mandatário em exercício.

Dahl (1957) inicia seu texto explicando o que seriam as decisões políticas para, em seguida, demonstrar que, em determinados casos, a Suprema Corte norte-americana se vê diante de temas perante os quais essas decisões políticas são de fato exigidas, nos termos da definição apresentada. Nas palavras do autor, tais decisões consistem em “escolhas efetivas entre alternativas sobre as quais existe, pelo menos inicialmente, alguma incerteza” (DAHL, 1957). Neste contexto, por escolha efetiva entende-se “a seleção da alternativa mais preferível acompanhada de medidas para assegurar que a alternativa selecionada de fato prevalecerá” (DAHL, 1957). Já as incertezas podem ser causadas por informações inadequadas sobre:

“(a) o fato de que as alternativas seriam ‘abertas’; (b) as prováveis consequências advindas da escolha de determinada alternativa; (c) a probabilidade de que tais consequências de fato ocorram; e (d) o valor relativo de cada uma das diferentes alternativas, ou seja, a possibilidade de ordenar as alternativas, partindo da mais para a menos preferível” (DAHL, 1957).

O autor explica que a Suprema Corte norte-americana, ou qualquer outro tribunal, não toma decisões políticas ou “fazem” política nestes termos. Isso porque as decisões dos tribunais são estabelecidas em critérios legais, sejam escritos, sejam de precedentes e, assim, a Suprema Corte ocuparia uma posição “peculiar”, já que seus membros, de tempos em tempos, estariam diante de questões cuja solução não pode ser encontrada nos textos legais ou nos precedentes. A razão disso é a de que o texto legal não oferece a todos os casos uma interpretação unívoca da norma, o que abre a possibilidade da instauração de divergência entre os membros dos tribunais, que nem sempre podem se socorrer de casos semelhantes decididos anteriormente, tendo em vista a existência de decisões em diversos sentidos – por vezes até antagônicos.

Entretanto, muitas vezes esses casos, além de não encontrarem solução clara no texto legal, envolvem temas polêmicos para os quais não há consenso sequer na sociedade. Em princípio, não haveria, para Dahl (1957), maiores

problemas em a Suprema Corte assumir sua condição de instituição “política”, em que seus membros abertamente decidiriam com base em suas preferências pessoais³⁷ ou pelas influências clientelísticas, bem como a de interesses de quem eles representam³⁸ (DAHL, 1957). Diante disso, por não ser possível tomar todas as decisões apenas juridicamente, os magistrados, ao se verem obrigados a decidir com base em suas convicções pessoais, o fazem de maneira política, o que significa dizer que determinados grupos serão favorecidos ou prejudicados pelas decisões da Corte. Restaria, então, saber quais são esses grupos e como a Corte faria para lidar com a ideia de recompensas e penalidades em um sistema político presumivelmente democrático (DAHL, 1957).

O autor ainda enfatiza que a política nos Estados Unidos, assim como em outros países de democracia estável, está assentada em alianças relativamente coesas, que dominam o cenário e duram por longos períodos. O papel da Suprema Corte, neste contexto, consistiria em apoiar as políticas públicas escolhidas pelo Executivo que, por sua vez, concentraria seus esforços em aglutinar as minorias e estabelecer uma aliança dominante.

Entretanto, a Suprema Corte não desempenharia uma função de mera agente da aliança, sendo uma importante parte na liderança política pelo simples – e principal – motivo de ser detentora de um poder próprio que a legitima, exclusivamente, a interpretar a Constituição em última instância. Essa legitimidade e autonomia para decidir poderiam, em alguns casos, inclusive colocar frente a frente eventuais interesses opostos da aliança dominante e da Suprema Corte, embora, na prática, isso normalmente não ocorra (DAHL, 1957). Dessa maneira, Dahl, durante a década de 50 do século passado, já voltava suas atenções para a atuação do Judiciário frente aos demais poderes, e, embora não tenha se referido a este fenômeno utilizando a expressão “judicialização da política”, percebe-se que era sobre isso que ele, ainda que tangencialmente, de fato, tratava.

³⁷ Ressalte-se o fato de que, nos Estados Unidos, a indicação dos *Justices* da Suprema Corte, por ser feita pelo chefe do Executivo em um cenário em que as ideologias partidárias são mais claramente definidas entre democratas e republicanos, refletem diretamente na forma de atuação do magistrado indicado, nos termos desenvolvidos por Dahl (1957).

³⁸ Como os magistrados da justiça estadual, em 33 Estados dos EUA, são providos não por concurso público, mas sim por eleição, há necessidade de se fazer campanha eleitoral nos mesmos moldes das realizadas para o provimento dos cargos do Executivo e Legislativo, inclusive com arrecadação de recursos e submissão ao voto popular. Isso significa dizer que o juiz, depois de eleito, representará os interesses dos eleitores que apoiaram (financeiramente) sua campanha durante a disputa com os demais candidatos. Nesse sentido o uso, por Dahl, do verbo “representar”.

Cerca de três décadas antes, conforme mencionado em capítulo anterior, Hans Kelsen propunha a criação de um modelo por meio do qual o controle de constitucionalidade seria exercido por tribunais constitucionais vinculados ao Poder Judiciário, ocasião na qual foi rebatido por Carl Schmitt, num célebre e acirrado debate teórico, acerca de quem deveria ser o guardião da constituição (BARROSO, 2012). Schmitt defendia que a interpretação final da constituição deveria ser feita pela autoridade máxima do país, representada pelo chefe do Poder Executivo, e que o controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário teria como consequência inevitável a judicialização da política, com o movimento equivalente de politização da justiça, no qual tanto a política quanto a justiça sairiam perdendo. Como sabido, as ideias de Kelsen tiveram maior aceitação, tendo as cortes constitucionais sido criadas em diversos países do mundo.

Em 2004, o professor de Ciência Política Ran Hirschl (2004), em sua obra *“Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism”* afirma que as novas democracias estariam vivenciando um fenômeno atual em que o Judiciário passou a receber poderes decisórios originalmente próprios das instituições representativas, ao que o autor denominou “juristocracia”. O argumento utilizado pelo autor, com o qual concordamos apenas em parte – nos termos das explicações dadas em capítulo anterior acerca da “dificuldade contramajoritária” –, é de que essa migração de poderes seria antidemocrática, uma vez que importantes decisões políticas estariam sendo tomadas por uma “aristocracia” de juízes, não diretamente eleitos e, portanto, não representantes da vontade do povo.

Sobre o tema, Moraes (2006) ensina:

O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes. (MORAES, 2006).

Conforme já salientado, o Poder Judiciário é essencial para a garantia da democracia ainda que os magistrados não sejam eleitos diretamente pelo povo³⁹, o que, contudo, não lhes retira a condição de representantes. Isso porque a atuação

³⁹ Com exceção de alguns casos específicos, conforme anteriormente citado, a exemplo dos Estados Unidos, em que 33 Estados adotam o voto popular como forma de escolha de seus magistrados.

do Judiciário ocorre justamente no sentido de intermediar e equilibrar o jogo de forças entre os demais poderes. O fato de que seus membros não são eleitos pelo voto, ao contrário do afirmado por Hirschl (2004), deveria ser tomado como algo positivo, uma vez que a finalidade dessa regra é justamente a de tentar manter a imparcialidade e o distanciamento dos magistrados em relação a eventuais interesses de alguns grupos específicos da sociedade, em possível prejuízo a outros.

Apesar de seu posicionamento acerca do papel do Judiciário em uma democracia, Hirshchl (2008) faz uma importante observação de fenômenos ocorridos em diversos países ao longo dos últimos anos nos quais teria havido um empoderamento acentuado do Judiciário e estabelece uma relação entre este fato e a alternância política nos países observados. Este empoderamento seria derivado das escolhas políticas conscientes que culminariam na delegação de autoridade política dos parlamentos aos tribunais. Assim, “do ponto de vista dos políticos, delegar autoridade política aos tribunais pode ser um meio eficiente de transferir responsabilidade e, com isso, reduzir os riscos a si próprios e ao aparato institucional dentro do qual trabalham” (HIRSCHL, 2008). Ocorre que essa transferência de responsabilidade dependeria diretamente do cenário político considerando os horizontes temporais dos mandatos de seus governantes. Este modelo de “alternância partidária” determinaria, por exemplo, que

quando um partido governante espera vencer as eleições repetidamente, a probabilidade de existir um Judiciário independente e poderoso é baixa. Quando um partido governante tem baixa expectativa de permanecer no poder, é mais provável que ele apoie um Judiciário poderoso para garantir que o próximo partido governante não consiga utilizar o Judiciário para alcançar suas metas políticas (HIRSCHL, 2008).

O autor cita alguns exemplos que corroborariam com a tese deste modelo de alternância. Dentre eles, o de que as elites brancas na África do Sul teriam descoberto as virtudes do *judicial review* apenas no momento em que se viram diante da irreversibilidade, bem como vislumbraram a proximidade do fim da política do apartheid. Já em Israel, o Partido Maipai (Trabalhista) e seu eleitorado majoritariamente burguês e asquenazita teriam, durante décadas, exercido a oposição ao *judicial review*, mas se posicionaram a favor da supremacia

constitucional tão logo o equilíbrio eleitoral pendeu contra eles. No México, por sua vez, o governo liderado durante mais de sete décadas pelo Partido Revolucionário Institucional (PRI) teria iniciado uma grande expansão do *judicial review* durante a década de 1990, quando o controle do PRI sobre a política mexicana estava perto de terminar. Por fim, Hirschl (2008) cita o exemplo segundo o qual o movimento secular-nacionalista Fatah, historicamente hegemônico, em seus dias finais de maioria na Autoridade Legislativa Palestina, teria instituído um tribunal constitucional com amplos poderes de *judicial review* logo após a vitória arrasadora do movimento religioso Hamas nas eleições parlamentares de janeiro de 2006.

Em síntese, o autor afirma ser “a chegada da competição política, ou a emergência de uma nova constelação de poder, o que faz as elites ameaçadas descobrirem os encantos da proteção constitucional e de tribunais poderosos” (HIRSCHL, 2008). Entretanto, em artigo anterior, ele deixa claro que a transferência de “grandes questões” polêmicas pelo Legislativo aos tribunais e outros órgãos semiprofissionais ou semiautônomos com poderes de estabelecer políticas em qualquer abrangência deve ser vista apenas como parte de um processo mais amplo por meio do qual elites políticas e econômicas, embora professando apoio à democracia, tentam isolar o “fazer político” das vicissitudes da política democrática (HIRSCHL, 2004b).

O professor canadense identifica quatro categorias principais nas quais podem ser divididas as diferentes maneiras pelas quais a expressão “judicialização da política” vem sendo utilizada na literatura, quais sejam: funcionalistas, centradas em direitos, institucionalistas e centradas nos tribunais, embora, segundo o próprio autor, nenhuma dessas abordagens leva suficientemente a sério a conceituação dos tribunais como instituições políticas (HIRSCHL, 2008). Em uma descrição superficial, pode-se dizer que a corrente funcionalista atribui a judicialização à proliferação de níveis de governo e à correspondente emergência de uma larga variedade de órgãos administrativos semiautônomos e regulatórios do Estado, ao passo que a abordagem centrada em direitos enfatiza a prevalência do discurso sobre direitos ou a maior consciência de questões de direitos, ambas refletindo e contribuindo com o que se poderia chamar de judicialização vinda “de baixo”. Já os institucionalistas enfatizam as características institucionais que seriam receptivos à judicialização, uma vez que tal fenômeno, no mínimo, exigiria a aceitação da norma jurídica, além de algum nível de legitimidade do sistema jurídico e um tribunal superior

relativamente independente e respeitado, “armado” com alguma forma de poder de revisão. Por esse motivo, a proliferação de democracia em todo o mundo é apontada como a principal causa da judicialização e da expansão do Poder Judiciário. A abordagem centrada nos tribunais, por sua vez, defende que os tribunais e juízes são as principais forças propulsoras por trás da expansão do Poder Judiciário, e que o fato de se ter juízes não eleitos criaria a chamada “dificuldade contramajoritária” (HIRSCHL, 2008).

Hirschl (2004, 2006 e 2008) ainda traça os contornos do que chamou de judicialização da política “pura” ou “mega”, e propõe a separação em três níveis de judicialização:

(1) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; (2) judicialização da tomada de decisões acerca de políticas públicas por meio da revisão “ordinária” administrativa e judicial; e (3) a judicialização da ‘política pura’ – a transferência para os tribunais de questões cujas naturezas sejam essencialmente políticas, em sua natureza e sentido, e de grande importância para a sociedade incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política (HIRSCHL, 2006).

O autor explica que a judicialização relativa ao primeiro nível seria inerente à captura, pela lei, das relações sociais e da cultura popular, sendo derivada dos conflitos sociais. Ainda segundo Hirschl (2006), a origem deste tipo de judicialização estaria na crescente complexidade e diversidade das sociedades modernas, ou da criação e expansão da moderna política de bem-estar social, com suas numerosas agências regulatórias (HIRSCHL, 2006).

Para compreender este argumento, entretanto, especialmente no que diz respeito à captura, pela lei, das relações sociais e da cultura popular, necessário se faz um breve comentário acerca da positivação do Direito nas democracias modernas. Ao contrário do que ocorre em democracias inspiradas no modelo anglo-saxão do *common law*, no qual as regras são criadas por meio da interpretação dos casos concretos, com base em precedentes – o que confere ao Direito um caráter dinâmico e lhe garante uma melhor atualização em relação às mudanças verificadas na sociedade –, nas democracias que adotam o modelo de tradições romano-germânicas, como é o caso do Brasil, por outro lado, as regras são escritas. Assim, a opção, nestes casos, acaba sendo por privilegiar a segurança jurídica, uma vez

que se garante o prévio conhecimento da norma por parte das pessoas que se encontram sob seus comandos legais, ainda que isso implique em um atraso entre as mudanças na sociedade e as alterações na legislação, causando, assim, certo distanciamento dessas regras em relação a novos padrões culturais sociais.

Em relação ao direito positivado, tomando especificamente o exemplo da atual Constituição brasileira, é possível verificar um grande número de seus artigos contemplando normas programáticas, ou seja, normas que se inserem no campo do dever-ser, cuja efetividade jurídica⁴⁰ não é imediata, dependendo, portanto, da atuação do legislador infraconstitucional no sentido de produzir instrumentos normativos que assegurem a realização daquilo que o legislador constitucional identificou como valores e objetivos a serem perseguidos pela sociedade. Entretanto, em relação a esse primeiro tipo de judicialização da política categorizado por Hirschl (2006), é relevante considerar que as alterações havidas na sociedade são perfeitamente compreensíveis e de fato levam tempo para ser incorporadas no ordenamento jurídico positivado.

O segundo nível identificado por Hirschl (2006), mais concreto, diz respeito à expansão dos limites do Judiciário para decidir sobre políticas públicas. Se a primeira categoria pode ser qualificada como relativa à “judicialização das relações sociais”, a segunda, por sua vez, seria mais focada em uma justiça procedimental e uma equidade formal no processo de tomada de decisões relativas às políticas públicas (HIRSCHL, 2006). O autor ressalta que a existência de garantias constitucionais escritas é uma condição necessária, mas não suficiente, para a proteção efetiva dos direitos e das liberdades. Seu argumento é o de que a efetividade, ao se disseminar a ideia de mudanças sociais na direção de uma determinada política pública, é muito mais proveitosa do que a percebida diante da existência de uma estrutura que dê suporte para uma mobilização judicial e, de maneira mais genérica, em relação às condições sócio-culturais mais favoráveis ao que ele chama de judicialização vinda de baixo para cima⁴¹ (HIRSCHL, 2006). Este tipo de judicialização é assim denominada pelo autor em virtude do fato de que as

⁴⁰ A expressão “efetividade jurídica”, neste caso, foi utilizada em contraposição a “efetividade social”. Luís Roberto Barroso (1993) define efetividade como sendo “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1993).

⁴¹ Tradução livre nossa de “*judicialization from below*”.

demandas judiciais individuais desafiam, com bastante frequência, as políticas públicas já instituídas.

A respeito das garantias legais expressamente dispostas em textos normativos, Hirschl (2006) qualifica como o “mito dos direitos”, usando a expressão de Stuart Scheingold. Isso porque uma mobilização vinda de baixo para cima seria amparada pela crença, bastante difundida, de que os direitos judicialmente garantidos estariam implementando, por si sós, a força das mudanças sociais anteriormente represadas pelo poder político (HIRSCHL, 2006).

A terceira categoria de judicialização proposta segue na ideia da transferência de poderes das instâncias políticas para o Judiciário. Entretanto, diz respeito a questões polêmicas ou que ocupem posições de destaque na escala de importância da sociedade, ao que o autor chamou de judicialização da “megapolítica” ou judicialização da política “pura”. Entretanto, uma questão essencial ao se analisar esse movimento de transferência de poderes diz respeito a quem de fato lhe deu início, exercendo a força necessária para tirar da inércia e alterar o equilíbrio anteriormente instalado. Isso porque, dependendo da resposta, será necessário classificar o fenômeno de outra maneira.

Conforme anteriormente mencionado, há diversos exemplos em que o Legislativo, diante de um projeto polêmico e de grande repercussão, deliberadamente transfere ao Executivo ou ao Judiciário o ônus de decidir a respeito, evitando assim arcar com eventual custo político elevado decorrente da exposição de sua imagem relacionada a uma decisão impopular. Assim, ao se deparar com tais tipos de *hard cases*, o Legislativo aprovaria o projeto, se fosse o caso, deixando ao Executivo a tarefa de exercer o poder de veto ou ao Judiciário o encargo de exercer o controle repressivo de constitucionalidade, se provocado.

A ressalva ilustrada pelo exemplo acima se justifica em razão do fato de que, sendo a provocação ao Judiciário uma decorrência de atitude deliberada do Legislativo em querer se desincumbir de um ônus político, inapropriada, portanto, seria a acusação de que questões políticas estariam sendo indevidamente judicializadas pelo próprio Judiciário. Por outro lado, caso o Judiciário realmente estivesse, por meio de decisões judiciais ou atos administrativos, avocando para si uma suposta prerrogativa para interferir em políticas públicas, não estaríamos diante do caso de judicialização da política, mas sim de um ativismo judicial, como se verá adiante.

No Brasil, Ariosto Teixeira (2001) encontra-se no grupo dos autores que primeiro estudaram o tema, aprofundando-o, ocasião em que buscou examinar as condições pelas quais ocorreria a judicialização da política, indicando a imprescindibilidade de se verificar uma ou ambas as hipóteses por ele elencadas:

a) Tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas; ou b) negociações não judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais (TEIXEIRA, 2001).

Em trabalho intitulado “Sentidos da judicialização da política: duas análises” os autores Débora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002) comentam as obras “Ministério Público e política no Brasil”, de Rogério Bastos Arantes (2002), e “A democracia e os três poderes no Brasil”, organizado por Luiz Werneck Vianna (2002), nas quais identificam, em síntese, que a expressão “judicialização da política” teria sido utilizada em sentidos diferentes nas duas obras em razão de os autores terem adotados conceitos normativos baseados em modelos conflitantes de República, cuja consequência seria a divergência nas abordagens do papel do Poder Judiciário na democracia brasileira. Nas palavras dos autores,

a judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais (MACIEL e KOERNER, 2002).

Entretanto, pelas mesmas razões apontadas em um dos comentários acerca da terceira categoria sugerida por Hirschl (2006), é necessário analisar mais detidamente o requisito apontado por Maciel e Koerner (2002) para que se configure a judicialização da política. Os autores sugerem que, para a ocorrência deste fenômeno, seria necessário uma escolha deliberada dos operadores da lei⁴² no sentido de participar da criação de políticas públicas, retirando tal prerrogativa dos

⁴² Consideramos que a expressão “operadores da lei” foi utilizada pelos autores, neste caso, para se referir exclusivamente aos magistrados.

políticos e administradores. Assim, os magistrados adotariam uma postura mais positiva ao prolatar suas decisões judiciais.

A razão de não concordarmos integralmente com tal argumento é que a ideia de uma postura do Judiciário que extrapole suas competências, optando por usurpar funções exclusivas do Legislativo, está mais associada ao conceito de ativismo judicial do que de judicialização da política. Com isso, um texto que se propõe a identificar os sentidos da judicialização da política por meio da análise de dois outros trabalhos, mas que parte de uma definição conceitual diversa, curiosamente acaba reforçando a ideia contida em seu ponto central de que a expressão “judicialização da política”, ao ganhar o debate público, teria multiplicado “seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios” (MACIEL e KOERNER, 2002).

Luís Roberto Barroso (2011) utilizou uma metáfora bem interessante para explicar a relação entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Em suas palavras,

a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (BARROSO, 2011).

Neste sentido, cabe destacar que o Poder Judiciário brasileiro, quando provocado, não possui, por força constitucional, a prerrogativa de escolher se vai ou não decidir a contenda, por mais difícil ou polêmica que possa ser⁴³. Assim, presentes os requisitos formais de admissibilidade, não restará outra opção ao juiz senão conhecer da ação e decidi-la. Por essa razão, não se pode atribuir ao Judiciário uma postura ativista somente em virtude do fato de que ele tenha decidido questões às quais, como dito, não poderia deixar de fazê-lo, ainda que relativa a políticas públicas ou temas correlatos, por exemplo.

Barroso (2011) assevera que “a judicialização é um *fato*, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma *atitude*, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2011) (grifo nosso). Conforme se verá com mais detalhes em

⁴³ Difere-se, por exemplo, da Suprema Corte norte-americana, que deliberadamente escolhe os casos sobre os quais vai se pronunciar. Invariavelmente, os casos escolhidos são aqueles de maior repercussão.

capítulo adiante sobre o ativismo judicial, não significa, contudo, que a postura ativista de um juiz ou tribunal seja necessária e automaticamente ilegítima, ou que esteja indevidamente usurpando atribuições dos outros poderes, essencialmente políticos. Assim, verifica-se ser plenamente possível constatar a ocorrência da judicialização da política, ainda que em contextos onde não sejam percebidas as características próprias do ativismo judicial.

Acerca da diferenciação entre ativismo judicial e judicialização, Lenio Luiz Streck (2012) pondera que

um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando [...] o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]) (STRECK, 2012).

Na esteira dos conceitos genericamente apresentados acima para a expressão “judicialização da política”, buscaremos explorar e identificar os diferentes sentidos a ela atribuídos em situações específicas, de acordo com os temas tratados pelos autores que, de alguma maneira, a relacionaram com seus objetos de pesquisa. Ressaltamos que, diante da dispersão e pluralidade de sentidos encontrados no decorrer da pesquisa, foi necessário adotar alguns critérios para determinar a escolha dos subitens deste capítulo.

Diante disso, foram sistematizados em categorias apenas aqueles conceitos em que o número de publicações e autores eram suficientemente significativos ou, ainda que pouco utilizado, contivessem ideias coerentes ao ponto de dar sustentação a um conceito autônomo e diferente dos demais. Justamente pela necessidade de se estabelecer critérios para a escolha dos significados que seriam elevados à condição de categorias, devemos esclarecer que este trabalho não tem a pretensão de ser exaustivo na classificação dos significados encontrados na literatura e atribuídos à expressão “judicialização da política”.

Outro ponto que merece ser ressaltado é o de que este trabalho parte do princípio de que rotular como certa ou errada cada uma das significações encontradas não seria o melhor caminho para se alcançar o resultado pretendido. Assim, o método adotado foi o de analisar se o uso da expressão, dependendo da

situação específica, foi mais ou menos adequado de acordo com a finalidade proposta em cada um dos trabalhos em que foram inseridos. Assim, para cada categoria identificada, buscar-se-á tecer os comentários e considerações respectivos, sempre procurando mantê-los nos limites da análise acerca da pertinência temática entre o objeto estudado e o conceito escolhido por seus autores, tomando como paradigmas, para tais análises, as balizas estabelecidas neste capítulo.

2.1 A judicialização da política por meio de decisões judiciais sobre políticas públicas.

Um dos maiores exemplos a serem citados atualmente sobre interferências pontuais do Poder Judiciário, agindo quando provocado e proferindo decisões específicas às partes envolvidas no processo, mas que de alguma maneira impactam em questões originariamente relativas aos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo, diz respeito às políticas públicas que envolvem a saúde, vez que o número de decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos ou a viabilização de tratamentos pelo Sistema Único de Saúde – SUS tem aumentado consideravelmente. Em casos como estes, o principal questionamento se refere à impossibilidade de previsão orçamentária que contemple os elevados gastos acarretados pelas decisões judiciais proferidas em benefício de poucos indivíduos, em detrimento de uma coletividade. Observe-se que o SUS foi instituído – e posteriormente regulamentado pela Política Nacional de Medicamentos (PNM) – com o objetivo de garantir a eficácia e a segurança no uso racional de medicamentos e o acesso da população aos medicamentos essenciais.

Para os autores que estudam o impacto de decisões judiciais nas políticas públicas da saúde, a expressão “judicialização da política” diz respeito, portanto, aos casos em que o Poder Judiciário estaria interferindo na política, especificamente na seara do Poder Executivo, por meio de decisões judiciais que eventualmente estejam dificultando a execução de políticas estrategicamente planejadas para atender a demanda de uma coletividade. Em casos como este, uma decisão judicial favorável a indivíduo que necessite de determinado medicamento ou tratamento, eventualmente muito dispendioso, não estará considerando a lógica que levou à

criação e instituição de um sistema de saúde, no sentido próprio da expressão, cujos objetivos eram exatamente o de se garantir a igualdade no acesso a bens e serviços farmacêuticos de acordo com a necessidade previamente identificada.

Um exemplo do uso da expressão “judicialização da política” com o sentido acima exposto pode ser verificado no artigo “*Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*” (CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B., 2009), no qual as autoras afirmam:

Após a aprovação da Constituição Federal Brasileira de 1988 tornou-se cada vez mais freqüente a interferência do Poder Judiciário em questões que, primariamente, são da competência dos poderes Executivos ou Legislativos. A este novo papel exercido pelo Judiciário na garantia de direitos individuais tem sido atribuída a noção de judicialização.

No campo específico da política de saúde, a judicialização tem se traduzido como a garantia de acesso a bens e serviços por intermédio do recurso a ações judiciais. Com o aumento exponencial das ações e a impossibilidade de previsão orçamentária dos gastos por elas acarretados, os gestores do sistema de saúde, nos âmbitos municipal, estadual e federal, tentam resolver de diversas maneiras os impasses criados. (CHIEFFI; BARATA, 2009).

O principal ponto defendido no mencionado artigo é de que parte dos bens e serviços oferecidos pelo SUS estariam sendo utilizados por um número restrito de pessoas que, por possuírem poder aquisitivo suficiente para contratar um advogado e obterem na justiça decisão favorável ao seu caso, poderiam simplesmente adquirir o medicamento disponível no mercado. Assim, foram introduzidos na discussão dois importantes elementos para se criticar a postura do Judiciário perante ações do Executivo e Legislativo, quais sejam: o poder aquisitivo dos beneficiários do serviço e a igualdade nas condições de acesso ao SUS.

Além desta questão relativa ao acesso, foi destacado outro problema gerado pelas decisões judiciais. A saúde pública faz parte e está organizada no contexto de um sistema. Assim, o fornecimento de medicamentos é apenas uma (e a última) das etapas da assistência oferecida pelo Sistema Único de Saúde, que tem início com o atendimento médico, no qual é diagnosticado o problema e prescrito o tratamento. Entretanto, com o deferimento dos pedidos judiciais relativos ao acesso, pelos autores dos processos, aos medicamentos pleiteados, as decisões têm transformado o Sistema Único de Saúde em “mero fornecedor de medicamentos” (CHIEFFI; BARATA, 2009).

Ainda explorando o conceito de judicialização da política utilizado no caso das políticas públicas de saúde, identificamos neste mesmo artigo uma tentativa de se mensurar a atuação do Judiciário nos limites do recorte metodológico adotado no estudo. Para tanto, as autoras avaliaram o número de ações, a representação jurídica das partes (se por meio de defensores públicos ou advogados particulares) e as características dos medicamentos utilizados. Com base nos dados obtidos, concluíram que “a parcela da população atendida por demandas judiciais tem em média melhores condições sócio-econômicas, residindo em áreas com baixa ou sem nenhuma vulnerabilidade social” (CHIEFFI; BARATA, 2009).

No artigo intitulado “*A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica*” (TANAKA, 2008), é possível identificar que o termo “judicialização” foi utilizado com o mesmo sentido apontado acima. Neste trabalho, o autor destaca que o Sistema Único de Saúde foi planejado para funcionar com o objetivo de atender à demanda da coletividade a partir de estudos científicos criteriosos, nos quais foram identificadas as demandas da sociedade especificamente delimitadas. Entretanto, o fornecimento de medicamentos de maneira diversa da inicialmente prevista poderia criar problemas tanto para a distribuição segundo o critério de custo/efetividade, na qual parcelas da sociedade estariam se beneficiando em detrimento da coletividade, quanto no que diz respeito ao impacto do cumprimento desta decisão no orçamento disponível. Assim,

“[...] tendo em vista que todo o provimento de medicamentos no sistema tem a mesma fonte de financiamento, temos um dilema. Ao prover, via judicial, medicamentos não padronizados e habitualmente mais caros, sem evidências que os efeitos na doença sejam realmente melhores, estaremos destinando mais recursos *per capita* a poucos em detrimento de garantir para a maioria os medicamentos essenciais para controle das doenças mais freqüentes.

Por conseguinte, toda vez em que houver uma dispensação medicamentosa que esteja fora da padronização corremos o risco de alterar uma alocação de recursos financeiros para poucos em detrimento de benefícios que poderiam destinar-se a muitos cidadãos. Cabe lembrar que as padronizações e os protocolos clínicos estão baseados em evidências científicas comprovadas por análises estatísticas disponíveis na literatura científica” (TANAKA, 2008).

O autor esclarece que a distribuição de medicamentos é realizada de acordo com a finalidade de cada um deles, separados em grupos especificamente direcionados para problemas em comum, de acordo com a complexidade, o perfil epidemiológico e o relacionamento com os distintos níveis de atenção, considerando-se a área geográfica em que estão distribuídos, de maneira a articular o envolvimento dos três níveis de governo.

Os três grandes grupos em que os medicamentos encontram-se divididos seriam:

1. Estratégicos — utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto socioeconômico, tais como: tuberculose, hanseníase, Endemias Focais, DST/AIDS e sangue e hemoderivados. No total, são 125 apresentações de medicamentos para dispensação.
2. Básico — essenciais para a garantia da atenção básica referente a patologias mais prevalentes. São dispensados na porta de entrada do sistema de saúde e incluem 87 medicamentos em distintas apresentações.
3. Excepcionais — medicamentos para o tratamento de doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes, os quais, na maioria das vezes, utilizam-nos por períodos prolongados. Compreende um conjunto de doenças bem definidas com protocolos clínicos, em que os medicamentos dispensados se baseiam em custo efetividade e comprovação terapêutica validada. Neste grupo, estão patologias como: doença de Gaucher, doença de Parkinson, Alzheimer, hepatites B e C, pacientes renais crônicos, transplantados, portadores de asma grave, anemia, dentre outras. A listagem desses medicamentos abrange 226 apresentações. (TANAKA, 2008)

O autor ainda esclarece que os medicamentos constantes na lista do SUS para distribuição aos seus usuários são previamente submetidos a um controle criterioso para avaliar-se a possibilidade de existência de outros com a mesma finalidade, mas com eficácia superior, de forma que nem todos os medicamentos disponíveis no mercado fazem parte da lista de medicamentos validados pelo SUS. Diante disso, questionou-se o fato de que decisões judiciais estariam determinando a distribuição de medicamentos, pelo Sistema Único de Saúde que, embora disponíveis no mercado, ainda não fariam parte dos medicamentos padronizados e incorporados em protocolos clínicos validados.

Percebe-se, pelos dois exemplos acima listados, que a expressão “judicialização da política” toma contornos específicos quando utilizada em relação

aos casos de políticas públicas para a saúde, em que decisões judiciais estariam sendo tomadas para beneficiar indivíduos, em detrimento de coletividades, o que possivelmente estaria, no limite, interferindo em políticas públicas previamente planejadas e implementadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Com isso, os pesquisadores desta área adotaram um significado próprio para a expressão, diferentemente, como se verá adiante, de estudos realizados sobre o tema em outras áreas.

Ao se manifestar em audiência pública realizada no STF sobre o caso da judicialização da saúde no Brasil, Luís Roberto Barroso (2009) afirmou que “no caso de descumprimento das regras vigentes do sistema, a judicialização é inevitável e necessária” e ainda constatou que a judicialização de diversas matérias é fato consumado, resultante do modelo constitucional brasileiro. O autor constitucionalista identificou algumas falhas na maneira como os processos relativos a essa matéria são tratados nos tribunais e propôs algumas soluções no sentido de racionalizar a tramitação das demandas.

Um dos pontos destacados diz respeito à ausência de debate público no momento da elaboração do orçamento, ocasião na qual haveria necessidade de um envolvimento maior das comunidades diretamente vinculadas com a questão da saúde (médicos, ONGs, pacientes e demais pessoas envolvidas), para se decidir de maneira mais justa quais recursos serão alocados para cada política pública, como a educação, a construção de estradas, propagandas institucionais e a saúde. Segundo ele, é no momento da elaboração do orçamento que deve ocorrer o grande debate público sobre as políticas públicas de saúde do país. O gerenciamento dos recursos por meio de decisões políticas acerca da destinação do orçamento se faz necessária uma vez que tais recursos, por definição, são limitados e, portanto, insuficientes para contemplar de forma exaustiva todas as demandas existentes.

Outro ponto diz respeito aos legitimados para figurar no polo passivo dos processos, uma vez que a jurisprudência tem se consolidado no sentido de determinar, neste tipo de demanda pela saúde, a solidariedade entre todos os entes federativos (União, Estados e Município). O autor chama a atenção para o fato de que demandar contra todos os órgãos, solidariamente, pode parecer, à primeira vista, uma vantagem para o paciente que necessita de determinado tratamento ou fornecimento de medicação, uma vez que ele poderá receber a prestação de qualquer dos três entes.

Na prática, entretanto, isto pode criar uma “grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda Pública” (BARROSO, 2009). Neste sentido, a sugestão é de que se defina especificamente qual será o réu em cada ação judicial, de acordo com a responsabilidade de cada um, seja pelo fornecimento do medicamento, seja pela prestação do atendimento médico, devendo as decisões judiciais eventualmente optar pela solidariedade passiva entre os entes apenas quando houver dúvida em relação às atribuições de cada um no caso concreto.

Se determinado ente é obrigado a fornecer um medicamento e não o faz ele poderá ser demandado em juízo. Entretanto, a dúvida em relação a quem demandar poderá surgir, por exemplo, caso uma pessoa necessite de um tratamento que não tenha sido contemplado por nenhuma política pública. Neste caso, Barroso (2009) sustenta que a solidariedade passiva dos três entes seria excepcionalmente justificada, bem como a necessidade de o Judiciário interferir ativamente para assegurar o cumprimento de um direito fundamental constitucionalmente garantido.

O argumento central do autor é no sentido de que o Judiciário deve agir não apenas em relação às demandas em que uma pessoa o procura por necessitar de determinado medicamento ou tratamento não contemplado por qualquer política pública específica para atender aquela necessidade, mas teria a obrigação de, onde não existir política pública, “deflagrar um diálogo institucional e compelir a autoridade pública a ter alguma política articulada em relação àquela demanda” (BARROSO, 2009). Entretanto, esta solução encontraria um problema ainda maior caso a Administração Pública, adotando os procedimentos pertinentes para as avaliações técnicas e financeiras necessárias, decida por instituir a política pública que entender adequada, ainda que não contemple as necessidades de parte da população.

Neste caso, a sugestão do autor é que haja a conversão do debate da seara individual para a coletiva, de forma a garantir não apenas o atendimento das necessidades daquela pessoa demandante, mas de todas as pessoas que se encontrem na mesma situação, o que seria viabilizado não por uma decisão judicial, mas por uma política pública geral que as contemple. Dessa maneira, a lógica do sistema seria estabelecida nas ideias de universalização e igualdade. O maior problema, segundo Barroso (2009), de se manter o modelo atual é que apenas as

pessoas que possuem informação, esclarecimento e acesso a advogados ou a defensores públicos seriam contemplados pela prestação jurisdicional que lhes garantam o atendimento necessário, em prejuízo daqueles que se encontram na “base mais modesta do sistema” (BARROSO, 2009).

Outra vertente, igualmente relevante, ainda no que diz respeito ao uso da expressão judicialização da política para se referir às decisões judiciais sobre políticas públicas pode ser verificada nas obras em que são analisados o aumento no número de demandas, perante o Judiciário, e questionadas eventuais falhas nas políticas públicas voltadas para a educação. Como mencionado anteriormente, é possível encontrar trabalhos em que são utilizadas as expressões “judicialização do ensino”, “judicialização da educação” ou até mesmo “judicialização das relações escolares”.

A exposição será feita por meio do estudo de quatro casos exemplificativos das variações percebidas em relação à genericamente chamada judicialização da educação, dos quais três se referem a situações ocorridas no Brasil e um nos Estados Unidos. A intenção é demonstrar que as decisões proferidas pelo Judiciário em face dos questionamentos acerca de temas ligados à educação podem interferir, em maior ou menor intensidade, nas políticas públicas previamente implementadas, na esteira do que se tem chamado de judicialização da política. Começemos pela análise do caso norte-americano.

O processo evolutivo por meio do qual se viabilizou, de forma gradativa, o acesso igualitário à educação nos Estados Unidos está diretamente ligado ao próprio processo de redução da segregação racial no país. A escravidão norte-americana foi formalmente abolida em 1865, pela Décima Terceira Emenda. Já a igualdade entre negros e brancos foi almejada, e constituiu o objeto da Décima Quarta Emenda, em 1868, e, dois anos mais tarde, também da Décima Quinta Emenda, que ampliou os direitos dos negros relativamente ao voto. Entretanto, o lento processo na busca pela igualdade material arrasta-se, na prática, até os dias de hoje, a despeito de todos os esforços políticos e jurídicos neste sentido.

Ainda que a finalidade da Décima Quarta e Décima Quinta Emendas fosse a de se reduzir a desigualdade entre negros e brancos, o que de fato se verificou, pelo menos no período imediatamente posterior às suas promulgações, foi a prevalência de um conjunto de ideias conhecidas como a doutrina do *separate but equal*, originada em 1849 (IKPA e MCGUIRE, 2009), que preconizava a necessidade de

que os serviços oferecidos aos negros deveriam ser os mesmos, ou ter as mesmas características, dos serviços oferecidos aos brancos, ainda que se mantivesse, na prática, a separação entre as pessoas com diferentes colorações de pele. Embora a intenção inicial fosse de que houvesse um *equal treatment* entre todas as pessoas, o que acabou prevalecendo foi a versão distorcida com base na doutrina do *separate but equal*, demonstrando a “força da discriminação na sociedade norte-americana” (TAVARES, 2009).

Conquanto as emendas abolicionistas norte-americanas, em caráter nacional, tenham sido promulgadas entre 1865 e 1870, o estado de Massachusetts já adotara, desde final do século XVIII, um conjunto de normas proibindo condutas discriminatórias entre negros e brancos. Neste contexto, após a Revolução Americana, o município de Boston criou 6 escolas públicas em seu perímetro urbano para alunos entre 7 e 14 anos, nas quais eram aceitas tanto crianças *African American* quanto *European American*. Ocorre que os pais dos alunos negros reportaram ao órgão municipal responsável pelas escolas públicas do município (*Boston School Committee*) queixas de que seus filhos estariam sofrendo assédio moral por parte dos professores e dos alunos brancos (IKPA e MCGUIRE, 2009). Diante disso, os pais iniciaram uma luta, que acabou se arrastando durante algumas décadas, pela criação de escolas públicas exclusivas para alunos negros, pedido este que não foi aceito pelas autoridades locais.

Como as sucessivas solicitações para a criação de escolas públicas exclusivas não estavam surtindo efeito, os próprios pais dos alunos negros resolveram construir uma escola particular com esta finalidade. Ainda assim, continuaram pleiteando junto ao poder público o repasse de verbas para a manutenção da escola, o que durante anos foi reiteradamente negado. Entretanto, em 1830, o município cedeu à pressão e acabou criando a primeira escola pública exclusiva para negros.

Mas o problema não foi totalmente resolvido. Como as recém-criadas escolas para negros não eram contempladas com a mesma estrutura e recursos financeiros que as escolas para alunos brancos, o que se constatou foi o nítido desequilíbrio entre a qualidade do serviço público de ensino oferecido aos alunos negros em relação aos brancos. Um indicativo da desigualdade no tratamento entre as escolas era o salário sensivelmente menor recebido pelos professores das escolas para alunos negros, bem como o fato de que muitos cursos disponibilizados nas escolas para alunos brancos simplesmente não existiam para os negros (IKPA e MCGUIRE,

2009). A crescente desigualdade entre as duas “modalidades” de escola deu início a novas insatisfações pela população negra e originou uma demanda judicial específica pelos pais dos alunos contra o município.

Em 1844, Thomas Dalton, juntamente com 70 outros pais residentes em sua vizinhança, peticionou no sentido de que seus filhos, negros, fossem aceitos nas escolas para alunos brancos. Isso porque Sara Roberts, uma criança de cinco anos de idade, precisava caminhar diariamente uma distância considerável até que chegasse à sua escola, para negros. Além disso, no percurso entre sua casa e a escola era necessário ainda que a menina passasse em frente a outras cinco escolas para brancos, mais próximas à sua casa e, portanto, em melhores condições de ensino do que a escola na qual estudava. Assim, a ação judicial foi motivada pela recusa à solicitação administrativa formulada por seu pai, Benjamin Roberts, para que ela fosse matriculada em uma das escolas para *European American* mais próximas.

A fundamentação jurídica para a solicitação de matrícula de Benjamin Roberts para sua filha, negra, em uma escola exclusiva para brancos estava assentada no dispositivo de uma lei municipal que autorizava a demanda judicial solicitando a reparação de danos contra o município caso alguma criança fosse ilegalmente excluída de escola pública da rede de ensino municipal. Entretanto, seu pedido foi negado tanto pela escola quanto pelo comitê responsável pelo ensino local, o que ensejou a abertura de processo judicial perante a Suprema Corte do Estado de Massachusetts (*Roberts v. City of Boston*, 1849) alegando violação a lei estadual que, no mesmo sentido da lei municipal, determinava que crianças aptas não poderiam ser excluídas do sistema de ensino público.

A Suprema Corte Estadual, contudo, decidiu em favor das escolas, sob a fundamentação de que o *Boston School Committee* tinha o direito de manter escolas exclusivas para alunos brancos e outras exclusivas para alunos negros (IKPA e MCGUIRE, 2009). Mesmo diante das decisões contrárias, os pais dos alunos negros mantiveram suas manifestações até que, em 1855, a Assembléia Geral de Massachusetts aprovou uma lei tornando a segregação racial ilegal, embora, após mais de 160 anos depois da decisão, as escolas públicas federais nos Estados Unidos ainda mantenham estabelecimentos exclusivos para *African American* e *European American* (IKPA e MCGUIRE, 2009).

O segundo caso ilustrativo da judicialização do ensino, este ocorrido no Brasil, diz respeito aos pais que não conseguem matricular seus filhos em creches e pré-escolas em virtude de falta de vagas e recorrem ao Judiciário em busca de alguma solução para o problema. Uma vez que a Constituição/88⁴⁴ passou a ser taxativa no sentido de que os municípios são responsáveis por prover e disponibilizar gratuitamente à população o ensino fundamental e a educação infantil, houve considerável aumento no número de ações judiciais pleiteando a garantia deste direito constitucionalmente assegurado. Assim, conforme demonstrado em capítulos anteriores, a parcela da sociedade que depende de tais serviços e que antes buscava o acesso a eles por meio do prefeito ou de algum vereador de seu município, que, por suas vezes, usavam da influência para transformar em capital político os favores à população, agora encontra a solução no Judiciário, que, em razão de alterações na constituição, passou a considerar as necessidades da população como direitos, e não como simples favores.

Este deslocamento da instância garantidora de direitos à população teve como resultado a sensível diminuição, no que diz respeito a este ponto específico, do poder anteriormente concentrados no Executivo e Legislativo, que, diante da situação que sempre lhes foi favorável, conseguiram desenvolver ao longo dos anos a habilidade de criar certas dificuldades para, em seguida, oferecer facilidades – não sem antes condicionar tais benesses à opção do eleitor pelo voto em quem os beneficia – e conseqüentemente teve, por outro lado, o natural empoderamento do Judiciário como órgão por meio do qual passou a ser viável a reivindicação dos direitos legalmente assegurados.

A jurisprudência consolidada sobre o tema é firme e pacífica no sentido de que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, sendo obrigação do município oferecê-la à população. Assim, por se tratar de direito fundamental de toda criança, sua concretização não deve ser submetida a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública e nem ficar subordinada a razões de puro pragmatismo governamental. Em virtude disso, a alegação da municipalidade de que não há vagas suficientes em creches, pré-escolas e escolas, não exime a Administração Pública, conforme verificado em

⁴⁴ CRF/88: “Art. 211 (...), § 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996).”

diversas decisões judiciais⁴⁵, do cumprimento de suas obrigações, sob risco de se configurar a situação em que ela estaria sendo beneficiada pela ineficiência a que ela própria tenha dado causa.

Em relação à possibilidade de se responsabilizar o gestor público por eventuais falhas na prestação do serviço consistente no oferecimento do ensino à população, nos termos do disposto na Constituição⁴⁶, vejamos o que bem afirmou André Ramos Tavares (2009)

(...) a preocupação em efetivar o direito fundamental à educação é tão presente para a Constituição que o art. 208, em seu parágrafo segundo prevê a responsabilidade (plena) da autoridade competente na hipótese de não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular. No caso, autoridade responsável será tanto o Prefeito quanto o respectivo Secretário de Educação. Trata-se de advertência, pelo sentido de intimidar o administrador público relapso; com isso se procura evitar processos judiciais baseados na omissão quanto ao dever de prestar educação obrigatória (TAVARES, 2009).

Entretanto, embora reconheça que eventuais falhas na prestação do direito à educação básica estejam sendo questionadas por meio de ações judiciais, Carlos Roberto Jamil Cury (2009) aponta que a solução depende de outras providências além de decisões em casos pontuais:

Essa relação que se firma entre a educação e a justiça na sociedade contemporânea está muito evidente, conforme ficou demonstrado pelas decisões citadas quando se está em questão a existência de um molestamento de direitos pelos responsáveis. Contudo, extrapola o Poder Judiciário, sendo que outras instituições também se apresentam relevantes na garantia do direito à educação, podendo ser citado como exemplo o Ministério Público (CURY, 2009).

Assim, não basta que uma pretensa judicialização da educação possibilite que juízes garantam o direito de alguns alunos ao acesso às instituições de ensino. Para que tal mudança ocorra, será necessário uma reformulação no sistema como um todo, o que demandará o envolvimento de outros órgãos além do Judiciário,

⁴⁵ Neste sentido, conferir: STF - Recurso Extraordinário no Mandado de Segurança n. 541.281-4 SP; TJSP - Apelação Cível no Mandado de Segurança n. 1641620600; TJSP - Apelação Com Revisão no Mandado de Segurança n. 7356475500; TJSP - Apelação Cível no Mandado de Segurança n. 1639550800; TJSP - Apelação na Ação Civil Pública n. 63.969.0/2-00.

⁴⁶ CRF/88: "Art. 208. (...), § 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente".

sobretudo daqueles que de fato são responsáveis por planejar e gerir a disponibilização de ensino para a população.

O terceiro caso configura a chamada judicialização das relações escolares, por meio da qual o Judiciário é acionado para decidir sobre questões envolvendo desde pequenos acidentes com alunos nas aulas de educação física ou nos laboratórios de química, passando pelos casos relativos a constrangimentos de toda ordem provocados tanto por colegas quanto por professores, até alguns casos mais graves, envolvendo, por exemplo, a morte de alunos nas dependências ou nos arredores das instituições de ensino. Cury *et. al.* (2010) identificam o processo de judicialização da educação de forma semelhante àquele por meio do qual alguns autores conceituaram o fenômeno da judicialização, de maneira genérica, ou seja, “quando aspectos relacionados ao direito à educação passam a ser objeto de análise e julgamento pelo Poder Judiciário” (CURY, 2010). A respeito do tema, vejamos a apropriação do termo feita por Alvaro Chrispino e Raquel Chrispino (2008):

Ocorre, de forma derivada, o fenômeno da judicialização das relações escolares, onde a Justiça – agora mais ágil e acessível – é chamada a dirimir dúvidas quanto a direitos não atendidos ou deveres não cumpridos no universo da escola e das relações escolares. A judicialização das relações escolares se dá no mesmo momento em que percebemos a judicialização da política (quando o Poder Judiciário é chamado para interpretar a fidelidade partidária), a judicialização da saúde (quando a Justiça manda que sejam entregues pelo Poder Público os remédios para doentes crônicos, ou transplantados, etc.) e a judicialização das políticas públicas (CHRISPINO, A.; CHRISPINO, R., 2008).

Os questionamentos levados ao Judiciário, tendo como pano de fundo as relações escolares, normalmente dizem respeito a eventuais problemas ocorridos no interior dos estabelecimentos de ensino, que tenham provocado danos físicos ou morais aos alunos e, conseqüentemente, violado o dever de guarda e vigilância inerente aos educadores e gestores das escolas. Neste sentido, é possível citar os casos em que instituições de ensino são condenadas pela falha no dever de guarda e vigilância em virtude de briga entre seus alunos. Entretanto, três exemplos podem ser trazidos em relação a casos mais graves, sendo que em dois deles o próprio Estado foi condenado a indenizar as vítimas, ou suas famílias, pela omissão no dever de segurança.

O primeiro exemplo diz respeito a um jovem, regularmente matriculado em instituição de ensino, morto por indivíduos que invadiram a escola no período de aulas, ocasião na qual a instituição de ensino foi condenada ao pagamento de danos morais e materiais⁴⁷. No segundo exemplo, o Estado foi condenado a indenizar a família de uma aluna atingida por bala perdida durante o horário letivo, enquanto assistia as aulas⁴⁸. O terceiro exemplo, tão impactante quanto os anteriores, mas de certa forma singular, por se referir a situação ocorrida fora das dependências da escola, diz respeito à condenação, pelo STJ, ao Estado do Rio Grande do Sul, pelo fato de uma aluna de 10 anos ter sido estuprada logo depois de sair mais cedo da escola em virtude da falta de um professor⁴⁹.

Em relação à responsabilidade jurídica pelo aumento das questões judiciais – não considerando os casos extremos e atípicos –, Cury (2009) desenvolve uma linha de raciocínio no mesmo sentido da elaborada por Chirspino *et. al.* (2008), pela qual os autores apontam que o aumento no número de condenações judiciais envolvendo as relações escolares está diretamente relacionado com o fato de que os atores educacionais (professores, gestores e comunidade) não estão devidamente preparados para lidar com todas as variáveis que caracterizam tais relações entre escolas, professores e alunos. Na prática, os educadores adquirem apenas um conhecimento superficial das responsabilidades jurídicas decorrentes de suas atividades, por meio de algumas aulas sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (CHRISPINO, A.; CHRISPINO, R., 2008). Sobre o tema, Cury (2009) destaca que

[...] outra questão da judicialização da educação diz respeito a esse desconhecimento legal. Várias são as situações em que a escola provoca a instituição errada para o encaminhamento das ocorrências. Provoca-se o Poder Judiciário ou o Ministério Público quando, na verdade, o caso deveria ser encaminhado ao Conselho Tutelar. Desconhecem as atribuições do sistema de garantia de direitos. Há também situações em que esse desconhecimento legal acaba por levar ao Judiciário ou Conselho Tutelar, situações que não poderiam ser encaminhadas, antes do esgotamento das medidas administrativas. No mesmo sentido, ocorre essa hipótese quando da instauração de procedimento em face do aluno e não são obedecidos

⁴⁷ TJSP - C. Dir. Público - Ap. 83.289-5 – Relator: Des. Brenno Marcondes.

⁴⁸ STJ - REsp 893441 / RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0221875-6. Relator : Min. Francisco Falcão. Data do julgamento: 12/12/2006. Data da publicação: 08/03/2007. DJ, p. 191.

⁴⁹ STJ - REsp 819789/RS. RECURSO ESPECIAL 2006/0001853-7. Relator: Min. Francisco Falcão. Data do julgamento: 25/04/2006. Data da publicação: 25/05/2006. DJ, p. 182.

os princípios constitucionais básicos da ampla defesa e do contraditório.

Vale lembrar que não está se pretendendo que todo e qualquer profissional da educação tenha o conhecimento do Direito. No entanto, toda legislação que lhe diga respeito diretamente não pode ser ignorada. Exemplo desta situação ocorre com o capítulo do direito à educação, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que não pode ser desconhecido do educador. (CURY, 2009).

A consolidação dos direitos individuais e a facilidade de acesso ao Judiciário seriam os principais motivos ensejadores do aumento no número de condenações de educadores e instituições de ensino em decorrência de falhas no dever de guarda e vigilância dos alunos. Entretanto, os autores afirmam que essa consolidação dos direitos não é algo ruim, pelo contrário, aumenta a responsabilidade pelo cumprimento de um dever que é inerente à atividade de educar. Chrispino *et. al.* (2008) destacam, inclusive, uma espécie de *mea culpa* em que os autores reconhecem o papel que devem desempenhar os atores envolvidos no complexo sistema de ensino:

Parece-nos que não é o Judiciário que deve conduzir a identificação e solução dos problemas que caracterizam a educação, o ensino e as relações escolares. Os protagonistas desse processo de restauração são os professores e os gestores educacionais de todos os níveis e, como aliadas, as famílias e seus filhos (CHRISPINO, A.; CHRISPINO, R., 2008).

Adriana Dragone da Silveira (2011) afirma, no mesmo sentido, que não compete ao Judiciário promover as mudanças necessárias ao sistema de ensino existente e chama a atenção para o importante fato de que os magistrados não possuem conhecimento técnico – e nem haveria razão em cobrar-lhes tal conhecimento – a respeito das estratégias pedagógicas mais adequadas a cada tipo de situação.

Apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, é patente a necessidade de discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, pois esta instituição nem sempre será o mecanismo mais eficaz, devido ao despreparo dos seus membros para as dinâmicas envolvendo o cotidiano educacional (SILVEIRA, 2011).

As decisões judiciais reunidas pelos autores em seus trabalhos evidenciam uma clara preocupação da sociedade, de maneira geral, em relação ao aumento no número de casos envolvendo agressões físicas e morais entre os alunos – o chamado *bullying* – e, em algumas situações, entre estes e os educadores. Assim como demonstrado em capítulos anteriores, o aumento no número de ações judiciais evidencia menos uma postura ativista do Judiciário do que um reflexo dos fatos ocorridos na sociedade.

Este terceiro caso, como visto, embora esteja sendo tratado pela literatura como exemplo de judicialização do ensino, possui uma diferença significativa em relação ao caso anteriormente apresentado, sobre a falta de vaga em creches e pré-escolas. Isso porque, apesar de no primeiro caso (crianças negras em escolas para crianças brancas) o Judiciário ter dado respaldo para as decisões administrativas do município – ressaltando que as reivindicações da população negra de Massachusetts foram atendidas pelo Legislativo estadual –, no caso anterior as decisões judiciais de fato impactaram diretamente em políticas públicas previamente instituídas, cujas diretrizes foram traçadas com base em decisões técnicas e políticas, por meio do Legislativo e Executivo, o que torna mais clara a identificação do fenômeno da judicialização da política. No terceiro caso, contudo, essa associação não é tão imediata, uma vez que, ao decidir sobre questões envolvendo as relações escolares, a atuação do Judiciário se assemelha mais à típica tutela judicial a quem se sente violado em algum de seus direitos, em casos pontuais e individualmente considerados, o que acaba gerando um impacto pequeno, ou quase nulo, no sistema de ensino como um todo.

O quarto caso a ser analisado, embora revele uma peculiaridade interessante em relação aos três anteriormente relatados, acerca dos questionamentos judiciais envolvendo políticas públicas ligadas ao tema educação, ainda tem sido pouco explorado pela literatura acadêmica e diz respeito aos casos noticiados com certa frequência pela mídia sobre os pais que buscam o Judiciário reivindicando autorização para ensinar seus próprios filhos sem a necessidade de matriculá-los em instituição de ensino regular formal. Os argumentos mais utilizados pelos pais que fazem tal tipo de apelo normalmente giram em torno da ideia de que eles teriam melhores condições de educar seus filhos do que as escolas que seguem os modelos de ensino atualmente adotados.

Um dos exemplos noticiados pela mídia⁵⁰ se refere ao caso de um ex-frade dominicano, pedagogo, filósofo, professor da Universidade Estadual de Maringá (UEM), mestre e doutor em Educação, cuja esposa também é pedagoga, que, juntos, optaram por adotar o método de *homeschooling* para ensinar em casa seus filhos de 8 e 10 anos. Ele diagnostica o sistema de ensino brasileiro como falho e atribui os resultados ruins à hegemonia do modelo de ensino aqui adotado, que estaria estritamente estabelecido sobre as doutrinas construtivistas de Jean Piaget e Vigotski, embora, em sua opinião, não haja, entre os defensores dessas correntes, sequer uma unanimidade acerca do que ela realmente signifique.

As razões que o levaram a tomar a decisão de educar os filhos fora da escola consideraram também critérios objetivos de avaliação dos resultados acerca do desempenho das instituições de ensino, que estariam bem abaixo do mínimo exigido. Segundo ele, o sistema de avaliação da educação básica estabelece que uma criança, após cursar quatro anos no ensino formal, deve somar, na quarta série, pelo menos 250 pontos, conforme metodologia própria de análise dos resultados⁵¹. Ocorre que a média de pontos obtida pelos alunos das escolas privadas do estado do Paraná seria, segundo informações do pedagogo, de 220 pontos. A média de pontos das escolas estaduais, por sua vez, seria 30 pontos abaixo, ficando as municipais com um desempenho ainda pior, com 60 pontos abaixo.

Com base nessas informações, os pais concluíram que o Estado não estava fornecendo à sociedade uma educação de qualidade, uma vez que, conforme os dados apurados, as chances de seus filhos chegarem à quarta série do ensino fundamental com desempenho abaixo do mínimo necessário seriam altas, caso mantidas essas condições, independentemente de estudarem em escolas

⁵⁰ Site do Instituto Superior de Educação Personalizada – ISEP. Matéria disponível em <<http://www.isep.org.br/artigos/nao-coloco-meus-filhos-na-escola>>, acessada em 04/04/2013.

⁵¹ “O Sistema de Avaliação da Educação Básica é composto por duas avaliações complementares. A primeira, denominada Aneb – Avaliação Nacional da Educação Básica, abrange de maneira amostral os estudantes das redes públicas e privadas do país, localizados na área rural e urbana e matriculados no 5º e 9º anos do ensino fundamental e também no 3º ano do ensino médio. Nesses estratos, os resultados são apresentados para cada Unidade da Federação, Região e para o Brasil como um todo. A segunda, denominada Anresc - Avaliação Nacional do Rendimento Escolar, é aplicada censitariamente alunos de 5º e 9º anos do ensino fundamental público, nas redes estaduais, municipais e federais, de área rural e urbana, em escolas que tenham no mínimo 20 alunos matriculados na série avaliada. Nesse estrato, a prova recebe o nome de Prova Brasil e oferece resultados por escola, município, Unidade da Federação e país que também são utilizados no cálculo do Ideb. As avaliações que compõem o Saeb são realizadas a cada dois anos, quando são aplicadas provas de Língua Portuguesa e Matemática, além de questionários socioeconômicos aos alunos participantes e à comunidade escolar”. Disponível no site do INEP pelo endereço <<http://portal.inep.gov.br/web/prova-brasil-e-saeb/prova-brasil-e-saeb>>. Acesso em 05-abr-2013.

particulares ou em escolas públicas da rede municipal ou estadual. Diante disso, constataram que eles próprios teriam melhores condições de educar seus filhos do que as escolas de ensino formal à disposição, razão pela qual optaram pelo sistema de *homeschooling*. Para tentar evitar possíveis ações judiciais, os pais matricularam os filhos em uma escola pública e solicitaram administrativamente à direção da escola e, posteriormente, à Secretaria Estadual de Educação, que os filhos apenas comparecessem à instituição para fazer as provas, pedido este que foi negado por ambos os órgãos.

Embora autorizado em diversos países, o *homeschooling* é proibido no Brasil, podendo ser caracterizado pela legislação brasileira como crime de abandono intelectual⁵². A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, de 1996, dispunha em seu texto original que os pais eram obrigados a matricular seus filhos na escola a partir dos sete anos de idade⁵³. Entretanto, em 2005 esse dispositivo foi alterado⁵⁴ para que a obrigatoriedade de matrícula dos filhos fosse aos seis anos, e, em abril de 2013, uma nova alteração determinou que essa obrigatoriedade ocorreria a partir do momento em que a criança completasse seus quatro anos de idade⁵⁵. O STF ainda não se manifestou especificamente sobre a matéria, que não encontraria obstáculos em relação à competência, uma vez que há comando constitucional determinando à família, ao Estado e à sociedade que assegurem à criança e ao adolescente o direito, dentre outros, de educação⁵⁶. Há, contudo, significativo número de decisões nos Tribunais de Justiça estaduais, em ambos os sentidos, acerca deste tema.

Ainda que não tenha se manifestado especificamente sobre o caso do *homeschooling*, o STF abriu um importante precedente ao decidir, com base na legislação vigente na época do julgamento de um caso específico⁵⁷, que as crianças de zero a cinco anos têm o direito público subjetivo ao atendimento em creches e pré-escolas, situação pela qual torna-se possível a intervenção do Judiciário. De

⁵² Código Penal: “Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

⁵³ Texto original da Lei nº 9.394, de 1996: “Art. 6º - É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos sete anos de idade, no ensino fundamental”.

⁵⁴ Alteração promovida pela Lei nº 11.114, de 16 de maio de 2005.

⁵⁵ Alteração promovida pela Lei nº 12.796, de 04 de abril de 2013.

⁵⁶ Constituição Federal/88: “Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵⁷ STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 554.075-8 – SC. Relatora Min. Cármen Lúcia.

fato, um dos principais argumentos do Ministério Público ao interpor perante o Judiciário as ações com a finalidade de determinar que os pais matriculem seus filhos em instituições de ensino regular formal diz respeito ao direito público e, principalmente, subjetivo, de as crianças e adolescentes terem acesso à educação, em contraposição a um suposto direito dos pais de decidirem se as crianças deverão ou não ser matriculadas nas escolas. Assim, o STF consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucionalmente assegurado às crianças.

O *homeschooling*, portanto, constitui um contraexemplo daquilo que vem sendo chamado de “judicialização da educação” (ou do ensino, ou de demais expressões correlatas), de maneira que, embora diversas ações judiciais tenham sido interpostas questionando a obrigatoriedade da matrícula dos filhos a partir de determinada idade, o Judiciário, ao contrário do ocorrido em relação a outros temas envolvendo a execução de políticas públicas, tem reiteradamente confirmado a necessidade de que todas as crianças sejam educadas de acordo com o sistema de ensino estabelecido no Brasil, nos termos da lei de diretrizes para a educação elaborada pelo Legislativo e atualmente vigente.

2.2 A judicialização da política como revisão pelo Poder Judiciário (controle de constitucionalidade) de atos do Legislativo e do Executivo.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário certamente tem sido a forma pela qual a maioria dos autores ultimamente vem utilizando como ponto de partida para o estudo da judicialização da política. Em determinados trabalhos, contudo, é possível identificar inclusive a utilização dos dois conceitos tomados praticamente como sinônimos, em uma aproximação que, de tão intensa, beira ao equívoco. Uma explicação possível para o significativo número de trabalhos que utiliza o controle de constitucionalidade para o estudo da judicialização da política seria o fato de que, nas primeiras publicações, essa teria sido uma dentre as principais formas adotadas⁵⁸. Assim, somente em momento posterior a expressão

⁵⁸ Vallinder (1995) definiu o *judicial review* como sendo a forma de judicialização “vinda de fora” (*from without*), em contraposição às chamadas formas vindas “de dentro”, como, por exemplo, a adoção ou

passou a adquirir novos significados, o que, por outro lado, culminou na excessiva proliferação de conceituações, muitas vezes distante daquilo que inicialmente se procurava conceituar.

Conforme relatado em capítulo anterior, os modelos de controle de constitucionalidade atualmente existentes podem ser classificados, basicamente, em três grandes grupos: o americano, o austríaco e o francês, variando entre cada um deles: (1) o momento em que o controle é exercido, o que possibilitaria classificá-lo como preventivo ou repressivo; (2) os Poderes e órgãos envolvidos no controle, sobretudo a existência ou não de corte exclusiva para o julgamento deste tipo de demanda; e (3) a abrangência dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma – inter-partes ou *erga omnes*.

Como visto também, após a segunda guerra mundial iniciou-se, entre os países democráticos, uma crescente substituição do modelo de Estado Legislativo de Direito pelo Estado constitucional de Direito, ocasião em que diversos direitos fundamentais passaram a integrar os textos constitucionais. Outra vertente deste movimento foi a criação de cortes constitucionais, justamente para garantir a aplicação destes “novos” direitos constitucionalmente assegurados, sendo que uma consequência imediata de tais mudanças foi o natural aumento no número de ações judiciais solicitando o cumprimento da determinação constitucional, conforme leciona Barroso (2012):

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2012).

O conceito atribuído à expressão “judicialização da política”, dizendo respeito às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando demandado sobre questões que envolvem a votação de projetos de lei no Congresso, estaria, conforme entendimento de alguns autores, atribuindo contornos a uma espécie de

expansão, pelo Legislativo e Executivo, de métodos de decisão que originalmente seriam próprios do Judiciário.

“trunfo” passível de ser utilizado por alguns partidos políticos, uma vez que as agremiações partidárias representantes de uma minoria parlamentar, ao serem derrotados em votação no Congresso, estariam acionando o Judiciário, por meio de ADIs, para questionar a constitucionalidade das leis aprovadas pelos partidos vencedores. Assim, segundo entendimento dos autores que utilizam a expressão neste sentido, uma discussão política estaria sendo indevidamente transferida para a arena do Judiciário, entendimento com o qual não concordamos, pelas razões anteriormente expostas.

Ernani Carvalho (2004) analisa, em seu artigo intitulado *“Em busca da judicialização política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”*, as condições para a ocorrência da judicialização da política no Brasil, nos termos sugeridos por Tate e Vallinder (1995), afirmando que a obra organizada pelos dois autores não esgota o assunto, pelo contrário, estaria apenas iniciando o debate. Diante disso, são explorados os números sobre a interposição de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades – ADIs para se verificar, dentre outros quesitos, “o uso dos tribunais (sic) pela oposição” (CARVALHO, 2004).

O autor destaca que, no Brasil, o mais forte argumento utilizado pelos cientistas políticos em favor da existência de uma judicialização da política está relacionado ao significativo aumento no número de ADIs, uma vez que “é por meio desse instituto que o Tribunal pode tornar nula uma legislação oriunda dos poderes representativos” (CARVALHO, 2004). Diante disso, o autor afirma que

no caso brasileiro, a importância do caráter substantivo – ou seja, o comportamento judicial e sua contextualização histórica e política – foi deixada à margem. Por outro lado, a análise procedimental apropriou-se de um cabedal teórico que explica a judicialização no Brasil por meio do aumento expressivo das ações judiciais, entendendo essa explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil. O sustentáculo básico dessa afirmação são os dados empíricos coletados. No entanto, tais dados confirmam que a taxa de julgamento do mérito das ADINs no período de 1988 a 1998 (WERNECK VIANNA, 1999, p. 120) foi de 13,54% do total das 1.935 ADINs. Ainda sobre esse total, temos 54,36% aguardando julgamento. Portanto, se for necessário levar em consideração a vontade do operador do Direito em participar do *policymaking*, o percentual de ADINs julgadas em seu mérito não parece ser um argumento persuasivo no diagnóstico da judicialização da política no Brasil (CARVALHO, 2004).

Thamy Pogrebinski (2011), em seu livro intitulado *“Judicialização ou representação?”* envereda por caminhos ligeiramente diversos ao de Ernani Carvalho ao tratar do conceito de judicialização da política em relação ao número de ADIs interpostas perante o Supremo Tribunal Federal. A autora, inclusive, faz uma leitura bastante apropriada do cenário acadêmico atual acerca do tema, ao afirmar que “o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade impetradas⁵⁹ no STF passou a ser tomado como uma espécie de indicador do nível de judicialização do país” (POGREBINSCHI, 2011).

Assim, para que se configure um cenário de judicialização da política, Pogrebinski (2011) defende uma avaliação não apenas da quantidade de ADIs interpostas, mas também do resultado do julgamento dessas ações. Segundo a autora,

as falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF”. (POGREBINSCHI, 2011).

Há de se reconhecer uma evolução nos critérios por ela adotados na busca por um conceito para a expressão “judicialização da política” em relação a Carvalho (2004). Certamente, um erro no qual frequentemente incorrem os pesquisadores que insistem em estudar o Judiciário por meio de metodologias quantitativas é o de ignorar que as decisões são tomadas caso a caso e que o número de ações interpostas não reflete um comportamento do Judiciário, mas sim da sociedade que o procura.

Diante disso, se, por um lado, a metodologia utilizada por Carvalho (2004) para tentar identificar um ativismo judicial do STF mediante a análise do número de ADIs interpostas perante aquele órgão se mostra inadequada, tendo em vista que apenas o número de ações não é o melhor critério para se afirmar qualquer padrão de comportamento de quem o recebe, não podemos concordar também com a metodologia proposta por Pogrebinski (2011), ainda que inclua a análise do

⁵⁹ No vocabulário jurídico, o verbo “impetrar” é usualmente utilizado apenas em relação ao Mandado de Segurança e o Habeas Corpus.

resultado dos julgamentos, apesar de reconhecer a qualidade da reflexão proposta pela autora.

O número de ações judiciais interpostas é apenas o reflexo de algum fenômeno social em curso, razão pela qual deveria ser utilizado tão somente para indicar a melhor direção em que pesquisas mais detalhadas poderiam avançar com maior chance de se obter resultados relevantes. Dados numéricos sobre a interposição de ações judiciais, por si só, não dizem nada, ou quase nada, de útil. É necessário conhecer o que de fato há por trás destes números, vez que cada uma das ações judiciais, ainda que pertencentes à mesma classe processual, contém questionamentos diferentes. Outro equívoco comum nas análises exclusivamente quantitativas envolvendo processos judiciais, conforme já mencionado anteriormente, é utilizar o número de respostas do Judiciário, em um ou outro sentido, para estabelecer qualquer conclusão, sem, contudo, se atentar para o fato de que o não atendimento de regras procedimentais básicas pode alterar o desfecho de uma lide com decisões não condizentes com aquilo que de fato se busca descobrir, razão pela qual restariam inconsistentes os dados obtidos mediante tal metodologia.

Embora a discussão sobre este tema, especificamente, vá ser retomada adiante, já se pode concluir que as críticas em relação aos modelos apresentados pelos autores se justificam tendo em vista que não se deve atribuir ao Judiciário um aumento na demanda por ações judiciais oferecidas por terceiros, uma vez que, em casos como este, estará ocorrendo apenas um exercício legítimo das funções para o qual foi demandado. Dessa forma, tanto a análise do número de ações propostas quanto a análise do resultado do julgamento de tais ações refletem uma situação em que o Judiciário se manteve passivo quanto ao recebimento das demandas pelas partes, o que não justifica, portanto, utilizar deste meio para buscar a confirmação de um suposto ativismo judicial. Com base nos dados obtidos pelos estudos acima seria válido, dentro de parâmetros restritos, concluir no sentido da existência de uma expansão do poder judicial. Quando muito, pela judicialização da política, mas em nenhuma hipótese, pelo ativismo do STF.

Ao discorrer acerca da diferença entre ativismo judicial e judicialização, tomando como critério uma análise contextual do cenário jurídico, Clarissa Tassinari (2013) conclui no sentido de que

a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos (TASSINARI, 2013) (grifo no original).

Outro aspecto interessante a respeito do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário é verificado em relação aos atos originados do Poder Executivo, que, por sua vez, dispõe de diversos instrumentos normativos, tais como a prerrogativa para a propositura de projetos de lei, a edição de Medidas Provisórias e de decretos. Essa gama de instrumentos à sua disposição lhe possibilita uma atuação legislativa intensa, da qual não hesita em lançar mão para atingir seus objetivos. Além destes, há de se mencionar também o poder de agenda, que normalmente é verificado desde o nível mais alto, pelo Presidente da República sobre o Congresso Nacional, até em âmbito municipal, pelos Prefeitos em relação às Câmaras Municipais.

Sobre o poder de agenda, especificamente, ressalte-se que a força política do Executivo é facilmente traduzida pela sua capacidade de exercer pressão no parlamento, por meio da formação de coalizões, bem como da possibilidade, ao seu alcance sempre que conveniente, de estabelecer prazos para o Legislativo, como é o caso das Medidas Provisórias (SUNDFELD, 2010). Entretanto, antes de qualquer conclusão precipitada, esclareça-se que, embora o regime de separação de poderes confira atribuições específicas a cada um deles, há determinadas atividades que são legitimamente comuns a dois dos Poderes, ou, em alguns casos, até mesmo aos três, sem que isso configure qualquer tipo de irregularidade.

Ocorre que, ao lançar mão das ferramentas que lhes são disponíveis, o Executivo passa a ocupar, como há décadas vem acontecendo, uma parte preponderante na produção legislativa nacional. Nas palavras de Geralda Luiza Miranda (2012), “após a Constituição de 1988 verifica-se maior capacidade institucional e organizacional do Congresso atual de controle do agenciamento ao Executivo” (MIRANDA, 2012). Se, por outro lado, houve um aumento na participação do Executivo em relação à produção legislativa, por outro, aumentou também o

número de questionamentos e, conseqüentemente, de decisões do STF acerca da constitucionalidade destes novos atos criados.

O mais curioso neste fato é que o movimento de expansão do poder judicial, com o STF passando a decidir sobre um número maior de questões envolvendo o controle de constitucionalidade das leis, logo despertou a atenção dos cientistas políticos – e o incômodo dos parlamentares – que imediatamente o acusaram de estar produzindo uma “judicialização da política”. Entretanto, a expansão da atuação do Executivo sobre a pauta do Legislativo, com início em momento anterior ao da “judicialização”, nunca foi apelidado, por exemplo, de “executivização” da política, ou de qualquer expressão correlata. Ainda que o Poder Executivo seja também um poder político partidário, assim como o Legislativo, este movimento de ingerência excessiva sobre a atividade legiferante é igualmente ilustrativo da situação de expansão de um dos Poderes para além das fronteiras de outro.

Embora diversos trabalhos, sobretudo na área do Direito, tenham como objeto o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário sobre a produção oriunda do Legislativo, os dados especificamente relativos aos atos emanados do Executivo demandam um esforço maior, conforme relata Sundfeld (2010): “em um cenário em que o STF é muitas vezes acusado de ser um tribunal ativista, a falta de dados concretos e de informações facilita a manutenção de um discurso muitas vezes sem base na realidade” (SUNDFELD, 2010). Registre-se, contudo, que um dos objetivos do mencionado trabalho era justamente “subsidiar a análise dessa realidade e permitir críticas mais qualificadas com relação a essa atuação, no que diz respeito à atividade normativa do Poder Executivo Federal” (SUNDFELD, 2010).

Ocorre que, ao contrário, demonstrou-se que das 831 ações de controle concentrado de constitucionalidade ajuizadas perante o STF que discutiam a compatibilidade de atos normativos originados do Executivo Federal com a Constituição de 88, apenas 21 ações (2,52%) resultaram na alteração dos atos normativos questionados. O autor explica que, do total de ações interpostas, boa parte não chegou a ter uma decisão de mérito. Diante disso, sugeriu um recorte metodológico no sentido de considerar apenas essas ações (48), o que, diante das 21 julgadas procedentes, elevou a estatística para um resultado equivalente a 43%. Com base neste novo resultado, o autor afirmou que estaria afastada a hipótese de que o STF tenderia a posicionar-se de forma amplamente favorável ao Poder Executivo (SUNDFELD, 2010).

As considerações feitas neste trabalho acerca do tratamento exclusivamente quantitativo em relação aos dados estatísticos apresentados nos permitem perceber que o recorte metodológico sugerido pelo autor, deixando de lado as ações que não tiveram decisão de mérito, mostra-se bastante equivocado, haja vista os diversos motivos pelos quais uma ação judicial pode não chegar a ter proferido seu julgamento de mérito final⁶⁰. Utilizando uma analogia exagerada, seria como encomendar qualquer tipo de pesquisa de opinião e, diante dos resultados, excluir aquilo que não interessa e dizer que 100% das opiniões lhe foram favoráveis.

2.3 A judicialização da política por meio da restrição a legitimados ativos para questionar a constitucionalidade de normas.

Sundfeld *et al.* (2011), ao discorrerem acerca do controle de constitucionalidade de atos do Poder Executivo, abordam uma questão interessante, encontrada também nas obras de outros autores, como Pogrebinski (2011) e Silva (2011), qual seja, a judicialização como “não-decisão”. Os autores compartilham a ideia principal de que, se uma demanda questionando a constitucionalidade de determinado instrumento normativo é deixada sem resposta pelo órgão responsável por exercer tal análise, este órgão estaria canalizando e amortizando os discursos dos intérpretes da Constituição, e, portanto, judicializando-os (SILVA, 2011).

⁶⁰ Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973): “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005): I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pelo compromisso arbitral; VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996). VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código. § 1º. O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas. § 2º. No caso do parágrafo anterior, quanto ao no II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao no III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28). § 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. § 4º. Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”.

Entretanto, antes de analisar as razões utilizadas pelos autores para justificar uma possível judicialização da política diante da alegada ausência de decisão em processos judiciais é necessário identificar e separar duas situações completamente distintas, para que uma não seja tomada como sinônimo da outra. O primeiro passo para isso, contudo, é entender que, por princípio constitucional⁶¹, nenhum processo fica sem resposta, uma vez que, para toda pretensão formalmente manifestada, corresponde uma ação do Estado no sentido de dizer a quem pertence o direito. Alexandre Freitas Câmara (2006) ensina que “não se pode confundir os conceitos de jurisdição e de tutela jurisdicional. Sendo a jurisdição uma função do Estado, todos têm direito a que a mesma seja prestada. Nem por isso todos têm direito à tutela jurisdicional” (CÂMARA, 2006).

As duas situações mencionadas, que merecem ser esclarecidas, dizem respeito ao fato, principalmente, de que, (1) embora todo processo deva ter uma resposta do Estado, nem sempre essa resposta consiste em uma decisão de mérito e (2) isso não significa que, na prática, não existam situações em que as decisões judiciais sejam tomadas, de forma definitiva, em tempo superior ao razoável. As causas para a demora na decisão dos processos variam desde o excessivo volume de ações propostas perante o Judiciário, passando pela inadequação da estrutura e insuficiência de recursos (financeiros e humanos), até, em alguns casos, a baixa produtividade dos magistrados e de suas assessorias, não sendo correto supor, portanto, que tal demora seja sempre decorrente de decisões premeditadas de membros do Judiciário no sentido de deliberadamente não decidir certas questões segundo determinadas conveniências.

Esta distinção nos permite adotar, de antemão, um posicionamento segundo o qual apenas seria razoável aceitar uma postura deliberada do Judiciário em relação aos processos que propositalmente não são decididos em tempo razoável, o que, pela própria natureza do fato, torna impossível a mensuração quantitativa para análise e comparação dos dados segundo métodos científicos. Afinal, nenhum magistrado confirmará oficialmente que está deliberadamente deixando de decidir qualquer processo sob sua responsabilidade.

Tomando como base o referencial teórico adotado neste trabalho, pelo o qual a expressão “judicialização da política” denota um *fato*, ao passo que o ativismo

⁶¹ CRF/88: “Art. 5º, XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

judicial teria como pressuposto uma *ação*, ao analisar a categoria sugerida por alguns autores tendo a judicialização como sinônimo de não-decisões, acabamos por nos deparar com as seguintes questões: se as chamadas não-decisões estiverem se referindo aos processos nos quais os magistrados deliberadamente se esquivam de proferir as respectivas decisões de mérito, então restaria configurado um curioso caso de ativismo judicial por omissão, uma vez que a situação denotaria uma escolha consciente, pelo magistrado, de não decidir.

Por outro lado, caso as chamadas não-decisões estiverem se referindo aos processos que, por diversas razões, na maioria das vezes ocasionadas pela parte autora, teriam “ficado pelo caminho” – utilizando terminologia encontrada em alguns trabalhos –, não seria o caso de classificá-los como ativismo judicial, por não se tratar de uma escolha do magistrado. Quando muito, de judicialização da política, haja vista que o questionamento foi levado ao Judiciário, mas não chegou a ter decisão final de mérito por esbarrar em questões procedimentais expressamente dispostas no ordenamento jurídico⁶² e, como dito, muitas vezes provocadas pela própria parte autora. Assim, para os estudos sobre a expansão do poder judicial, torna-se mais produtivo estudar os casos em que há escolhas deliberadas dos magistrados em não decidir determinadas questões.

Em relação aos processos que “dormem” nas gavetas do Judiciário, aguardando uma decisão definitiva, importante mencionar os esforços do Conselho Nacional de Justiça que, por meio de seu plano de metas nacionais para nivelamento do Judiciário, atingiu resultados significativos. Mencione-se especificamente a “Meta 2”, cujo teor determina aos tribunais que identifiquem e julguem os processos judiciais mais antigos, numa clara tentativa de assegurar o direito constitucional ao tempo de duração razoável do processo. Essa iniciativa, embora louvável, não é totalmente isenta de críticas, sobretudo ao se considerar que, diante da pressão sobre os magistrados para que atinjam níveis quantitativos de desempenho, ficaria inevitavelmente prejudicada a qualidade de suas decisões.

Voltando ao caso da judicialização como não-decisões, Sundfeld *et al.* (2011), em uma impressionante tarefa de garimpagem de dados, separam e enumeram os motivos pelos quais as ações visando o controle de constitucionalidade de atos do Executivo teriam “ficado pelo caminho” (SUNDFELD *et al.*, 2011). A classificação

⁶² Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973): “Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo.

ocorre em dois níveis de motivos: gerais e específicos. Dentre os motivos gerais, temos:

- (a) Ausência de manifestação do autor, que conduz à extinção da ação por preclusão, é o abandono do processo;
- (b) Deficiência da representação, uma questão meramente formal, como falta de procuração de poderes especiais para o advogado;
- (c) Desistência, a qual, diferentemente da ausência de manifestação do autor - que leva à preclusão -, é feita por meio de petição;
- (d) Ilegitimidade ativa *ad causam*, motivo bastante recorrente, que justificou a extinção de ações interpostas por entidades de classe, partidos, associações civis e sindicatos;
- (e) Impossibilidade jurídica do pedido, motivo ligado, nos casos analisados, diretamente com conflitos entre normas de hierarquia infraconstitucional;
- (f) Inépcia da Inicial;
- (g) Litispendência, situação em que uma lei está em julgamento no STF e outra ação é proposta com o intuito de impugnar o mesmo dispositivo;
- (h) Perda de objeto, que se dá nos casos em que o dispositivo questionado foi revogado, a petição inicial não foi aditada em virtude da conversão de determinada medida provisória em lei etc. (SUNDFELD *et al.*, 2011).

Os motivos específicos são:

- (h.1) alteração substancial da redação original do dispositivo impugnado;
- (h.2) constitucionalidade já apreciada em outra ação;
- (h.3) falta de aditamento da inicial;
- (h.4) dispositivo impugnado deixou de vigorar; e
- (h.5) direito subjetivo individual. (SUNDFELD *et al.*, 2011).

Diante dessas razões, torna-se inevitável concluir que, dentre os processos analisados, absolutamente nenhum foi extinto sem julgamento de mérito por decisão arbitrária e subjetiva pela qual se pudesse atribuir ao STF uma postura ativista. Aliás, as justificativas para tais decisões demonstram justamente o contrário, uma vez que todos os motivos gerais elencados estão relacionados a algum tipo de falha na atuação da própria parte autora. O segundo item, inclusive, diversamente do afirmado pelos autores, não consiste em uma questão “meramente formal” (SUNDFELD *et al.*, 2011). A representação das partes em juízo por advogado é uma exigência legal⁶³ e um corolário constitucional⁶⁴ tendo como finalidade justamente

⁶³ Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973): “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em

evitar que pessoas leigas em relação ao Direito arrisquem a não conseguir alcançar suas pretensões legitimamente pleiteadas simplesmente por não conhecerem as normas e princípios legais que lhes possam garantir o sucesso na demanda. Além disso, busca-se equilibrar a disputa entre as partes, ao impedir que haja um embate, por exemplo, entre uma pessoa com advogado constituído nos autos contra outra que não o tenha, o que configuraria uma disputa injusta, pela notória desigualdade de condições.

Silva (2011) avança na análise quantitativa das ações judiciais em que são questionadas, perante o STF, a constitucionalidade de leis e atos normativos, detalhando as informações acerca do comportamento inativo do tribunal em relação às partes que questionam as inconstitucionalidades, bem como em relação ao conteúdo das normas questionadas. Com isso, sugere que o STF estaria judicializando a política ao deliberadamente escolher quais ações seriam julgadas e quais ficariam aguardando. Assim,

considerando os padrões de não-decisão do STF, percebe-se que sua inatividade se distribui desigualmente tanto em relação aos autores das ações quanto em relação às normas por eles contestadas. De um lado, as entidades associativas têm seu papel de intérpretes constitucionais reduzido e, de outro, as legislações estaduais são objetos preferenciais de controle de constitucionalidade. Isso ocorre por dois meios: pelas ações aguardando julgamento, nas quais a participação das entidades associativas como autoras é maior que o percentual do conjunto; e pelos julgamentos sem decisão de mérito. Neste último caso, a participação das ADIs propostas por entidades associativas também é maior que a proporção do conjunto, ao passo que as ADIs contra normas oriundas de Legislativos estaduais têm participação menor em relação à sua participação no universo total (SILVA, 2011).

O poder de agenda dos tribunais, consistente na prerrogativa de colocar na pauta do dia os processos que serão julgados, merece especial atenção dos pesquisadores que se dedicam a explorar o comportamento do Poder Judiciário, razão pela qual concordamos, em parte, com as afirmações de Silva (2011) no que diz respeito ao comportamento de inércia por parte do STF.

causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

⁶⁴ CRF/88: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Entretanto, ao incluir em sua análise todos os processos que estão aguardando julgamento, bem como aqueles que foram extintos sem decisão de mérito, o universo de variáveis passa a ser heterogêneo ao ponto de não mais permitir uma generalização segura, conforme feito. A primeira razão consiste no fato de que todas as ações judiciais, pelo princípio do devido processo legal, devem seguir uma série de procedimentos até que seja proferida a decisão. Assim, não faz sentido incluir os processos “em mora” tão logo tenham sido distribuídos. A segunda razão se deve ao fato de que, como já exposto anteriormente, diversos são os motivos pelos quais os processos podem ser extintos sem julgamento do mérito, sem que isso signifique qualquer ação deliberada por parte do Judiciário.

Outro ponto a ser considerado no trabalho de Silva (2011) diz respeito a uma suposta taxa de sucesso em relação aos proponentes das ações judiciais. Foi afirmado, por exemplo, que

apenas um terço das ações propostas por entidades associativas receberam análise da inconstitucionalidade argüida. Nos outros dois terços, o STF ou não decidiu (ações aguardando julgamento) ou decidiu não decidir (ações sem decisão de mérito). O quadro é distinto no caso de governadores e Procurador-Geral da República: suas ações foram examinadas no mérito em 64,25% e 58,58% dos casos, respectivamente (SILVA, 2011).

Ocorre que o número de variáveis existentes em cada processo judicial é tão grande, que uma afirmação dessa natureza só poderia ser feita, de forma segura, por meio da análise qualitativa de cada uma das ações, de maneira a investigar os reais motivos que levaram o STF a extinguir o processo sem decisão de mérito. Não estamos afirmando, com isso, que as conclusões deste trabalho estejam erradas, mas apenas que os dados quantitativos levantados pelo autor não são suficientes para sustentar com segurança tais conclusões.

Apenas para mencionar dois exemplos, podemos considerar a possibilidade (sem, portanto, afirmar categoricamente que isso tenha ocorrido) que os Governadores e o Procurador-Geral da República, cujo percentual de ações decididas no mérito foram maiores, tenham escolhido de forma bastante criteriosa os dispositivos a serem questionados, levando em consideração as reais inconsistências nos textos normativos, ao passo que as entidades associativas teriam adotado uma postura de demandar “por volume”, questionando qualquer

norma que lhes fossem desfavoráveis, ainda que não tivessem qualquer chance de sucesso. Ademais, como a extinção das ações sem decisão de mérito ocorre por razões processuais, é possível, inclusive, que as entidades associativas, por exemplo, não tenham observado regras básicas para a condução do processo.

O outro exemplo cabível para ilustrar a possibilidade de que as supostas taxas de sucesso não mantêm uma relação causal direta com o ativismo do STF diz respeito a um tema que será mais bem explorado adiante, segundo o qual determinados grupos estariam utilizando as ações judiciais com a finalidade de obter resultados políticos. Dessa forma, o interesse principal destes grupos não seria exatamente o sucesso da demanda judicial, mas sim o fato de que o próprio questionamento judicial acerca da constitucionalidade de algum dispositivo do ordenamento jurídico já seria suficiente para atingir os objetivos de exercer pressões políticas. Com isso, restaria frustrada a intenção de associar a taxa de sucesso dos autores de ADIs com o comportamento supostamente ativista do STF, uma vez que o fato analisado diz respeito não ao próprio STF, mas sim aos demandantes.

Neste contexto, portanto, é possível concordar com a afirmação de que o STF estaria sendo ativista somente em relação a seu poder de agenda, ocasião pela qual estaria deliberadamente escolhendo quais processos são julgados e, principalmente, quais não o são. Assim, pelas razões expostas, não devem ser incluídas nessa análise, sobretudo na condição de não-decisões, os casos em que os processos foram extintos sem decisão de mérito por alguma falha processual, incluído aquelas ocasionadas pelo próprio demandante.

Pogrebinschi (2011) aborda a questão do controle de constitucionalidade como forma de judicialização da política enfatizando, em determinado trecho de seu trabalho, a questão das decisões liminares proferidas pelo STF. A autora, contudo, parte de um pressuposto em que as decisões liminares teriam um peso muito maior do que, em nosso entendimento, de fato o tenham. Para tanto, é analisado, por exemplo, a proporção entre o número de decisões liminares deferidas em comparação com o número de decisões finais em ADIs e ADPFs.

Nossa crítica em relação à metodologia adotada para tal comparação segue na linha anteriormente exposta, e que será retomada adiante, no que diz respeito ao tratamento exclusivamente quantitativo para as decisões judiciais. Neste caso, além de desconsiderar as peculiaridades de cada caso para verificar a pertinência ou não dos pedidos, bem como as fundamentações dos magistrados para o deferimento ou

não das medidas liminares, os resultados obtidos não traduzem qualquer tipo de informação útil no estudo da judicialização da política. Isso porque a judicialização, na condição de um *fato*, significa que a sociedade – na qual estamos considerando inseridos também os grupos políticos – estaria a cada vez mais levando ao Judiciário os questionamentos acerca de eventuais lesões a direitos constitucionalmente assegurados.

As tutelas judiciais concedidas por meio de medidas liminares são tratadas, com frequência, pela mídia e pelo público leigo em geral, em sentido distante daquele juridicamente definido. Não é raro que em causas de grande repercussão os advogados das partes tenham, por meio de medidas cautelares, solicitado um provimento liminar e, diante do deferimento pelo magistrado, alcancem a garantia da pretensão pleiteada, ainda que contrária à expectativa da opinião pública formada pelo senso comum de justiça. Com isso, sem conhecimento técnico suficiente sobre a matéria, a mídia constantemente se refere às medidas liminares como algo ruim, inculcando nos espectadores um sentimento de aversão às decisões tomadas dessa maneira.

Diante disso, verifica-se a necessidade de tecer breves considerações acerca das tutelas cautelar e antecipada, bem como acerca da medida liminar, com o intuito exclusivo de tentar desmitificar temas que vêm ganhando contornos diversos daquilo que realmente significam. Ressalte-se que este trabalho não tem como objetivo aprofundar o estudo de questões jurídicas, razão pela qual este tema será abordado de maneira superficial e simplificada, trazendo somente os conceitos suficientemente necessários para seu entendimento. Destaque-se, contudo, a dificuldade da tarefa de se apresentar como simples algo bastante complexo, haja vista as divergências conceituais e teóricas existentes entre os próprios juristas, e ainda o risco de que tal simplificação acarrete em eventuais obstáculos para uma compreensão sem equívocos.

Quando uma pessoa busca o Judiciário afirmando ter sido lesada em qualquer de seus direitos, essa pessoa almeja uma decisão do juiz no sentido de restabelecer o *status quo ante* ou, não sendo possível, de que seja recompensada pelo direito violado. Dessa maneira, o que se busca é uma tutela judicial. Pelo princípio constitucional do devido processo legal, para que o juiz conceda uma tutela judicial colocando fim no processo, é necessário garantir às partes o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que certamente levará algum tempo para que tais

providências sejam tomadas. Entretanto, esse tempo, em alguns casos, pode significar a perda do objeto pleiteado pela parte autora. Diante disso, foi criada a possibilidade do deferimento de uma tutela *cautelar*, meramente assecuratória e de natureza não-satisfativa, com a finalidade exclusiva de conservar o direito questionado contra os efeitos do tempo. A tutela cautelar, portanto, não tem como objetivo atingir diretamente o direito buscado, o que, via de regra, deve ser feito apenas ao final do processo, mas sim, protegê-lo, assegurando uma eventual futura satisfação, caso deferida pelo magistrado.

A tutela cautelar tem duração somente até a decisão final, ocasião na qual não mais se justifica assegurar contra o tempo o objeto pleiteado. Assim, embora seja uma tutela *definitiva*, pois durante sua vigência nada virá em seu lugar, é uma decisão temporária, uma vez que a duração de seus efeitos é limitada no tempo. Com isso, pode-se afirmar que as tutelas *definitivas* podem ser *satisfativas* (concedidas após o contraditório e assegurada a ampla defesa) ou *não-satisfativas*, concedidas durante o processo apenas para evitar o perecimento do direito pleiteado. A tutela cautelar, portanto, por sua natureza assecuratória, será sempre não-satisfativa.

A tutela *antecipada* (ou *antecipatória*, para alguns autores), por sua vez, “é aquela que dá eficácia imediata à tutela *definitiva* (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição” (DIDIER JR. *et al.*, 2011). É provisória, pois necessariamente será substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique –, e também precária, uma vez que pode ser revogada ou modificada a qualquer momento. Assim, ainda que possa ser classificada como *antecipada-satisfativa* ou *antecipada-cautelar* este tipo de tutela provisória é inapto a cristalizar-se com a coisa julgada material (DIDIER JR. *et al.*, 2011).

Tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada fazem parte de uma categoria geral das “tutelas de urgência” (WAMBIER e TALAMINI, 2012). Não se pode, entretanto, confundir a *tutela cautelar* (de natureza assecuratória e não-satisfativa, cuja decisão é definitiva) com a *tutela antecipada-cautelar* (também não-satisfativa, de natureza assecuratória, mas cuja decisão é precária), embora se reconheça que muitas medidas em relação a ambas tutelas encontram-se em uma “zona cinzenta”. Tal confusão, contudo, não permite, em virtude da urgência que os casos requerem, que o juiz deixe de conceder uma das tutelas “simplesmente por reputar que ela não foi requerida pela via que considera cabível” (WAMBIER e

TALAMINI, 2012). Uma diferença essencial é que a tutela cautelar depende da interposição da ação principal em até trinta dias, o que não ocorre com a tutela antecipada, deferida nos autos do próprio processo principal

A medida liminar, assim como as tutelas de urgência, também tem como finalidade assegurar ao autor do pedido a eficácia do direito pleiteado, evitando que, pelo decurso do tempo, essa pretensão se torne inalcançável antes do julgamento final de mérito⁶⁵. Entretanto, não guarda relação com o conteúdo do que se está pretendendo, e sim com o momento em que o provimento judicial é concedido. Nas lições de Didier Jr. *et al.* (2011),

por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, *i.e.*, no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. *Liminar* não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois (DIDIER JR. *et al.*, 2011) (grifos no original).

A antecipação dos efeitos da tutela, assim como a tutela cautelar, podem ser deferidas tanto no início, por meio da medida liminar, quanto em qualquer outro momento do processo, bastando que sejam preenchidos seus requisitos específicos. A medida liminar, dessa maneira, apenas tem a função de deslocar para o início uma decisão que visa garantir o não perecimento do direito pleiteado. Adroaldo Furtado Fabrício (1999)⁶⁶, leciona que

Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não revela indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O

⁶⁵ Código de Processo Civil : “Art. 461. (...) § 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela *liminarmente* ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida limiar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (...) Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do *mandado liminar* de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique perfeitamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à Audiência que for designada” (grifos nossos).

⁶⁶ *Apud* Didier Jr. *et al.* (2011).

critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação (FABRÍCIO, 1999).

Em relação ao controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo Judiciário, a Constituição/88, bem como a Lei nº 9.868/1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade –, possibilitam expressamente a interposição de medida cautelar nas ADIs, determinando que, via de regra, os efeitos dessa medida são aplicados somente para os casos futuros (*ex nunc*), a não ser que o magistrado declare e fundamente que sua decisão gerará efeitos alcançando situações já ocorridas (*ex tunc*).

Para o deferimento de medida liminar neste tipo de ação é necessário, contudo, que a parte comprove o perigo de lesão irreparável caso os dispositivos do ordenamento jurídico questionados continuem vigentes. Isso porque, conforme ensina Paulo Brossard (1992), “segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário” (BROSSARD, 1992). Sobre o efeito das liminares em ADIs, Ives Gandra Martins salienta

ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação – visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado – tem o STF entendido desde a Representação 1.391/CE que os efeitos da liminar são *ex nunc* e não *ex tunc*... O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas *constituídas e completadas*. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso (MARTINS, 1995) (grifos no original).

Conforme rapidamente demonstrado, não há razão aparente para se demonizar o deferimento de medidas liminares, inclusive em relação às tutelas acautelatórias e antecipadas pleiteadas em ações diretas de inconstitucionalidade.

Alguns autores, entretanto, têm utilizado esta técnica processual, expressamente prevista tanto na Constituição/88 quanto em lei específica, para justificar eventual judicialização da política. Pogrebinschi (2011), por exemplo, ao analisar seus dados, explorou com bastante afinco a relação entre o número de ADIs e ADPFs interpostas e o número de decisões liminares proferidas pelo STF, procurando, inclusive, estabelecer comparações entre as decisões referentes às liminares e as decisões de méritos nos mesmos processos, com a finalidade de traçar um suposto perfil do tribunal no que diz respeito à confirmação das decisões liminares.

Ocorre que, como anteriormente exposto, os requisitos para que um magistrado defira liminarmente um pedido de tutela cautelar ou antecipada são absolutamente diversos dos fundamentos que amparam a decisão final de mérito. Na primeira situação, é verificado o perigo que uma eventual demora no desfecho do processo pode causar ao direito da parte autora, ao passo que, na segunda, analisa-se propriamente o direito pleiteado. Assim, é perfeitamente possível que existam, no caso concreto, motivos para que uma cautelar seja deferida liminarmente, ainda que, ao final do processo, a parte não consiga demonstrar efetivamente as razões que justifiquem a procedência de seus pedidos de mérito. Ou mesmo a situação inversa, na qual não haveria qualquer risco de lesão pelo transcurso do tempo, ainda que a parte de fato tenha direito aos objetos pleiteados, o que ensejaria o indeferimento da liminar e o provimento dos pedidos de mérito.

É possível, ainda, que a parte autora da ação direta de inconstitucionalidade sequer formule o pedido de tutela cautelar ou antecipada por meio de liminar, concentrando os esforços em tentar comprovar seu direito no mérito, situação oposta àquela em que a parte resolve arriscar um pedido de liminar pelo simples fato de que isso não lhe custará nada a mais, mesmo tendo ciência de que não há qualquer motivo para seu deferimento.

Pogrebinschi (2011) até contempla a possibilidade de que uma ADI possa não conter o pedido de liminar. Entretanto, trata os dados de maneira equivocada⁶⁷, uma vez que contabiliza para o montante total⁶⁸ o número relativo às ações “Sem pedido de liminar”⁶⁹. O equívoco se justifica pelo simples fato de que os dados referentes às

⁶⁷ Tabela 1.14 – ADIs e ADPFs, por resultado liminar – 1988-2009, p. 55.

⁶⁸ 841 ações – 100%.

⁶⁹ 124 ações – 14,74%.

situações em que as liminares foram “Deferida”⁷⁰, “Deferida em parte”⁷¹, “Indeferida”⁷², “Não conhecida”⁷³ e “Prejudicada”⁷⁴, deveriam compor somente o universo de ações em que o pedido de liminar foi formulado.

A abordagem da atuação do STF por meio de dados relativos ao número frio de decisões proferidas, seja de mérito ou apenas liminar, sem se buscar o que de fato cada uma delas quer dizer, tem levado alguns autores a conclusões distorcidas ou irreais. Sintetizando, isso significa que, em termos práticos, analisar apenas quantitativamente o número de liminares deferidas buscando identificar um suposto perfil ou “tendência” do STF para a tomada de decisões não traduz qualquer resultado confiável, válido ou sequer útil.

Um desdobramento da questão relativa às chamadas “não-decisões”, explorada por alguns autores, diz respeito ao suposto fato de que o STF estaria selecionando, por meio do silêncio, a comunidade de intérpretes com legitimidade de fato para questionar a constitucionalidade abstrata de normas, a despeito do rol taxativo de legitimados de direito elencados na Constituição/88. Nestes termos, Silva (2011) assevera que “o silêncio do Supremo cria, assim, o direito privilegiado do sujeito que interpreta a Constituição. É preciso, pois, incorporar à definição que vem sendo construída neste trabalho que a ‘judicialização’ é também um mecanismo seletivo” (SILVA, 2011).

Dentre os legitimados ativos elencados no rol da Constituição/88, há os chamados legitimados universais (o presidente da República, o procurador-geral da República, as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) e os legitimados especiais (governadores de Estado e mesas das Assembleias Estaduais, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), sendo que aos primeiros, em virtude de suas atribuições institucionais, é facultada a interposição de ADI questionando qualquer matéria, ao passo que aos últimos é necessária a comprovação de que as leis impugnadas digam respeito, de algum modo, às respectivas unidades federadas. Em relação às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional a jurisprudência

⁷⁰ 50 ações – 5,95%.

⁷¹ 36 ações – 4,28%.

⁷² 129 ações – 15,34%.

⁷³ 4 ações – 0,48%.

⁷⁴ 282 ações – 33,53%.

exige, ainda, que a legislação questionada guarde pertinência temática com as finalidades institucionais destas agremiações, a despeito de não haver qualquer determinação constitucional ou legal a respeito. Luiz Vicente de Medeiros Queiroz Neto (2003) assim dispõe:

Os legitimados universais podem impugnar qualquer norma, independentemente do seu conteúdo material. Não há de demonstrar interesse jurídico a fim de instaurar o controle de constitucionalidade. O seu interesse deriva de uma necessidade pública de controle, assim como idealizado por Söhn e exposto por Gilmar Ferreira Mendes (1990a: 250). Os legitimados especiais, por sua vez, só podem impugnar uma determinada norma se esta tiver relação com as suas finalidades institucionais (QUEIROZ NETO, 2003).

Silva (2011), por sua vez, afirma que o STF vem tratando de forma desigual as demandas originadas das entidades associativas, bem como as relacionadas a determinados temas e, com isso, as estariam deixando de fora do processo de controle de constitucionalidade. Em suas palavras, “os critérios utilizados pelo STF para dar tratamento desigual às entidades associativas funcionam, sem dúvida, como instituições; porém, eles não decorrem nem da Constituição nem da lei: são práticas político-jurídicas do STF, enraizadas, evidentemente, nas pré-compreensões dos atores político-burocráticos que o compõem: os Ministros do STF” (SILVA, 2011).

Sobre este tema, é imprescindível levar em conta que antes do advento da Constituição/88 o modelo de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro atribuía exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade ativa para a proposição de ADIs, situação que foi convertida para o modelo de legitimidade concorrente. A importância dessa mudança se deve ao fato de que o cargo de Procurador-Geral da República era ocupado por meio de nomeação do Presidente da República, com possibilidade de demissão *ad nutum*⁷⁵, o que significa dizer que, na prática, havia um enorme desestímulo para que questões relevantes e contrárias aos interesses do Executivo tivessem sua constitucionalidade questionada perante o STF.

⁷⁵ A Constituição/88 estabeleceu que compete privativamente ao Senado Federal a aprovação prévia, por voto secreto, após arguição pública, da escolha do Procurador-Geral da República (CRF/88, art. 52, III, e), bem como de sua exoneração, de ofício, antes do término de seu mandato (CRF/88, art. 52, XI).

Conforme mencionado acima, não foram incluídas no rol de legitimados apenas autoridades e órgãos de Estado, mas também representantes de diversos setores da sociedade civil, por meio de suas entidades de classe. Tais mudanças se deram na esteira do ideal democratizante que norteou a elaboração da chamada “constituição cidadã”. Sobre essa ampliação no número de legitimados ativos, afirma Vianna (2002):

Com efeito, a Carta de 1988 veio a redefinir as relações entre os Três Poderes, dando eficácia, entre nós, ao sistema do judicial review, principalmente quando admitiu personagens institucionais da sociedade civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis. A partir dessa inovação, segmentos organizados da sociedade civil passaram a gozar da faculdade de provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal no sentido de argüir a inconstitucionalidade de lei ou norma da Administração. Nessa mesma direção, constitucionalizou os institutos da ação popular e da ação civil pública, dando-lhes maior abrangência, recriou a figura do Ministério Público, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sob essa nova formatação institucional, pela via da procedimentalização da aplicação do direito, tem sido possível criar um outro lugar de manifestação da esfera pública, decerto que ainda embrionário, na conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o sistema político (VIANNA, 2002).

Ocorre que o aumento no número de legitimados ativos acarretou em algumas dificuldades de ordem prática, a começar pelo fato de que o texto constitucional não especificou o conceito de *confederação* e de *entidades de classe de âmbito nacional*, ficando tal incumbência sob a responsabilidade do STF. O aumento no número de legitimados ocasionou também uma explosão de ADIs interpostas após 1988. Foi com base nessas consequências que o STF criou alguns mecanismos para restringir a entrada de novas ações judiciais questionando a constitucionalidade de normas.

Além de utilizar conceitos restritivos para interpretar o significado de *confederação* e de *entidades de classe*, foi criada, jurisprudencialmente, a figura da pertinência temática como requisito para a interposição de ADIs, critério adotado até os dias de hoje. Isso significa que, com exceção dos legitimados universais, só podem questionar a legitimidade de normas aquelas entidades que de fato estiverem

diretamente sob o comando das regras a que reputam existir o descompasso com a constituição.

Silva (2011) sugere que essa exigência do STF em relação à pertinência temática criou uma desigualdade entre as entidades associativas e outros possíveis intérpretes da constituição, que, diante de reiteradas decisões e não-decisões, os manteve fora da discussão acerca da constitucionalidade de normas, desestimulando, assim, tais entidades de incorporar a ADI à sua “prática política”. O autor justifica seus argumentos com base no fato de que, nos últimos vinte e dois anos, 299 entidades propuseram ao menos uma ADI, mas que apenas 30 propuseram mais de 5, o que configuraria uma espécie de “desistência” da maioria delas diante da suposta atuação seletiva do STF.

É preciso, contudo, olhar com um pouco mais de cautela e investigar mais profundamente antes de se afirmar assertivamente que as entidades associativas foram desestimuladas ou apartadas do processo de controle de constitucionalidade. O simples fato de que várias dessas entidades interpuseram apenas uma ADI cada, ao passo que um pequeno número teria interposto cinco ou mais ações pode estar relacionado a diversos fatores, dentre os quais, uma postura deliberada do STF em manter algumas delas fora da discussão nos parece ser a hipótese menos consistente.

O STF realmente criou, por meio da exigência de pertinência temática, dentre outros, mecanismos com a finalidade de restringir a extensa gama de legitimados ativos genericamente mencionados pela Constituição/88. A justificativa de tal exigência residiria no fato de que as entidades associativas, na condição de entes privados, representariam apenas os interesses de parcela da sociedade, não sendo legítimas, portanto, para questionar a constitucionalidade de uma norma genérica, mas somente das normas que estejam diretamente relacionadas às suas atividades. É o contrário, portanto, dos chamados legitimados ativos universais, que possuem a prerrogativa de questionar a constitucionalidade das leis em virtude de suas próprias atribuições institucionais.

Em relação ao número de ADIs interpostas por cada entidade associativa, é necessário esclarecer que não é a quantidade de ações interpostas por entidade que qualifica o STF como mais ou menos seletivo. Anterior ao critério da legitimidade estão os critérios da necessidade e da conveniência. É perfeitamente possível, por exemplo, que determinada entidade associativa não tenha sido

prejudicada por qualquer dispositivo legal constante do ordenamento jurídico, razão pela qual não haveria interesse em questionar a constitucionalidade de algum deles. É possível também que, ao interpor apenas uma ADI, a entidade associativa tenha de fato alcançado suas pretensões, tendo seu pedido julgado procedente pelo STF e, diante da ausência de outra norma contrária a seus interesses, razão não haveria para a interposição de novas ADIs.

Dada a especificidade das matérias que justifiquem a criação de uma entidade associativa, não é incorreto supor também que cada uma delas esteja submetida a um pequeno número de leis que regulamentem suas atividades, quando não a apenas uma. Assim, já de início estariam bastante restritas as matérias sobre as quais a constitucionalidade poderia ser arguida, justificando-se assim o maior número de entidades (299) cujo número de ADIs seja igual a um, face ao pequeno número de entidades (30) cujo número de ações seja superior a cinco, conforme apontado por Silva (2011).

Outro aspecto com o qual não concordamos é a abordagem que se fez da utilização das ADIs pelas entidades associativas. Ao argumentar que a suposta atuação seletiva do STF, principalmente por meio de suas não-decisões, estaria influenciando no número de entidades que “incorporaram as ADIs à sua prática política” (SILVA, 2011), o autor desconsidera o critério da necessidade e sugere que a interposição de tais ações faria parte de uma espécie de rotina, na qual estariam inseridas diversas práticas, dentre elas a interposição de ações judiciais. A única forma de se concordar com tal abordagem é partindo do pressuposto que as entidades estariam mais interessadas nas vitórias políticas que a interposição de algumas ações poderiam possibilitar do que no sucesso jurídico das demandas, prática que será detalhada no item seguinte deste trabalho.

Mais uma vez, ressaltamos que não se pretende, com os fundamentos expostos, afirmar que as conclusões dos trabalhos analisados encontram-se equivocados. Pretendeu-se demonstrar, contudo, apenas que os dados obtidos pela pesquisa, exclusivamente quantitativos, acerca do número de ADIs interpostas, não são suficientemente robustos para sustentar as afirmações feitas de que o STF estaria selecionando a comunidade de intérpretes da constituição, por meio, sobretudo, de suas não-decisões e, assim, judicializando a política.

2.4 A utilização de ações judiciais como instrumentos políticos.

Matthew Taylor e Luciano da Ros (2008) desenvolvem um interessante raciocínio para investigar uma possível hipótese de que de ações judiciais estariam sendo utilizadas com finalidades políticas. Para tanto, os autores se apropriaram do conceito de judicialização da política como sendo a simples interposição de ação judicial – no caso específico, de ADIs – cujas matérias estivessem relacionadas a políticas públicas já implementadas ou em vias de o serem pelo Executivo. As ressalvas especificamente em relação ao mencionado conceito para o termo judicialização já foram tratadas em capítulo anterior deste trabalho, sobretudo ao abordar a obra de Sundfeld *et al.* (2010), razão pela qual passaremos a analisar o que os autores chamaram de “utilização” das ações judiciais como forma de judicialização da política.

No artigo intitulado “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política” (TAYLOR e DA ROS, 2008) os autores partem do pressuposto teórico de que o Judiciário é acionado para se manifestar sobre políticas públicas não apenas pela extensão dos canais institucionais existentes, mas também em virtude dos contextos e das estratégias políticas, tidas como potenciais atores no campo judicial. Diante disso, é considerada a hipótese de que parlamentares estejam lançando mão dos meios jurídicos para obterem resultados políticos. Os autores trouxeram ao trabalho um pertinente questionamento elaborado por Dotan e Hofnung (2005) sobre este tipo de conduta: “por quê legisladores fazem uso dos tribunais mesmo quando suas chances de vitória são mínimas e ainda mais se esse mesmo uso pode resultar na restrição da autonomia do próprio Poder Legislativo?” A resposta apresentada foi no sentido de que o resultado judicial obtido teria pequena ou nenhuma importância, tendo em vista que qualquer empreitada perante os tribunais para contestar políticas majoritárias seria capaz de atrair considerável atenção pública, sobretudo em decorrência da visibilidade que os meios de comunicação dispensam a episódios como estes.

Taylor (2008) aponta ainda outras maneiras pelas quais os atores políticos podem utilizar os tribunais como *veto points*, que

[...] lhes propiciam retardar ou impedir completamente a implementação de políticas públicas, ou desmerecê-las, ou ainda declarar sua oposição a elas. Esses quatro objetivos táticos (retardar, impedir, desmerecer, declarar) podem ser perseguidos tendo por base sólidos preceitos legais (a forte crença de que uma lei é inconstitucional, por exemplo) e também puros fundamentos estratégicos (por exemplo, um esforço para se recorrer da decisão política apesar do claro reconhecimento de que esse mesmo recurso não tenha qualquer base jurídica) (TAYLOR, 2008)⁷⁶.

Assim, em diversas ocasiões os atores políticos utilizam as vias judiciais ainda que não tenham a convicção ou mesmo a mera expectativa de obterem um resultado favorável e a explicação para isso foi muito bem sintetizada no título do artigo escrito por Dotan e Hofnung (2005): “derrotas judiciais e vitórias políticas”. O fato de que o simples oferecimento de uma demanda judicial possa chamar a atenção da opinião pública para o embate entre maioria e minoria parlamentares, ainda que não constitua uma real ameaça à decisão tomada no âmbito do parlamento, é uma estratégia de baixo custo que pode, se não impedir, pelo menos atrapalhar ou tumultuar o processo de implementação da proposta legislativa vitoriosa. Voltando a Taylor (2008) o autor explica que ainda não resultando em vitórias judiciais, os atores Legislativos podem

[...] levantar dúvidas sobre as políticas adotadas, chamar a atenção pública para supostas ilegalidades procedimentais cometidas ou ainda desmerecer as políticas que buscam suporte majoritário. Ao contestar tais políticas nos tribunais, em outras palavras, pode-se fazer possível assegurar uma vitória sem que se chegue propriamente a uma vitória judicial (TAYLOR, 2008)⁷⁷.

Embora tenham ressaltado um ponto interessante na maneira pela qual as ações judiciais têm sido utilizadas, pelos parlamentares, para fins políticos, independentemente do resultado obtido nos tribunais, necessário se faz tecer algumas considerações a respeito do tratamento dos dados obtidos nas pesquisas analisadas por Taylor (2008) e Taylor e Da Ros (2008).

A análise quantitativa relativamente ao número de ADIs interpostas durante determinado período já foi objeto de diversos trabalhos de cientistas políticos interessados em investigar a ocorrência ou não do fenômeno da judicialização da política. Entretanto, os estudos detalhando a utilização das ADIs pelos partidos

⁷⁶ *Apud* TAYLOR e DA ROS, 2008; tradução dos autores.

⁷⁷ *Idem*.

políticos e parlamentares invariavelmente tomam como premissa a tese de que a judicialização da política no Brasil consiste no crescente número de ações ajuizadas por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Como diagnostica Pogrebinski (2012) “o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) impetradas no STF passou a ser tomado como uma espécie de indicador do nível de judicialização do país” (POGREBINSCHI, 2012), ou, como afirmam Viana *et. al.* (1999), “um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares” (VIANA *et. al.*, 1999).

O aumento no número de ADIs interpostas perante o STF é um fato que realmente merece ser estudado, como efetivamente o foi. Algumas das causas e condições que favoreceram este aumento foram inclusive mencionados nos capítulos anteriores deste trabalho, bem como algumas de suas consequências. Ocorre que, além de tentar entender os elementos constitutivos do fenômeno envolvendo o crescimento no número de ADIs interpostas, vários cientistas políticos arriscam a traçar os mais variados tipos de prognósticos.

A maioria dos trabalhos, contudo, não considera a natureza da atividade judicante em sua essência, na qual um magistrado deve, para tomar sua decisão, analisar os casos concretos de acordo com as informações constantes nos autos dos processos. Isso significa dizer que a busca pela verdade processual⁷⁸ deve considerar não apenas a discussão do mérito objeto do litígio, mas também verificar o estrito cumprimento da regularidade formal, atendido os comandos dos ritos processuais. É por essa razão que grande parte dos estudos cujas pesquisas estão embasadas nas análises quantitativas de dados numéricos referentes às ações judiciais, decididas em última instância ou não, revelam resultados nem sempre fiéis à realidade fática e, ainda que assim o fossem, dificilmente reuniriam elementos suficientes para possibilitar uma generalização verossímil para casos futuros, ainda que relativos à mesma matéria.

Em outras palavras, devemos ressaltar que as ações judiciais, independentemente de sua natureza, devem, por medida de segurança e estabilidade nas relações entre as partes litigantes e o Estado, obedecer ao princípio constitucional do devido processo legal, de maneira a evitar, por um lado, que as partes retardem indevidamente o andamento de um processo quando isso lhes for

⁷⁸ Tomando como paradigma as causas não-penais; em contraposição à ideia de busca pela verdade real, princípio este adotado nas causas penais.

favorável, ou, ainda, que produzam provas de maneira ilícita, e, por outro, evitam arbitrariedades, pelo juiz, quanto à garantia dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Na prática, significa dizer que o legislador ordinário, ao positivizar regras de natureza processual, optou por buscar um equilíbrio entre a segurança das relações entre as partes e o Estado-Juiz, contemplando, por exemplo, prazos para as providências necessárias à devida instrução dos processos ou mesmo prazos prescricionais e decadenciais, por meio dos quais se verificará a extinção da pretensão punitiva, pelo Estado ou entre particulares, no caso de alguma das partes praticar determinado ato vedado pelo ordenamento jurídico.

A criação de tais regras tem como finalidade, portanto, evitar, dentre outras coisas, que os processos judiciais se arrastem por tempo superior ao razoável, ou que uma pessoa fique eternamente sujeita às sanções da lei, caso não seja demandada por um ato ilícito que tenha praticado, ou, ainda, que as partes fiquem impedidas de produzir em juízos as provas necessárias a comprovar a existência de seus direitos. Entretanto, como no Direito é necessário perseguir a verdade processual⁷⁹, ou seja, aquela que está comprovada nos autos dos processos, há diversas circunstâncias capazes de criar situações de descompasso entre o mundo fático e o mundo real.

Por mais que uma das partes tenha razão em pleitear determinado direito é necessário que ela o faça pelos meios adequados, estando devidamente representada em juízo e que faça juntar suas manifestações ao juiz nos prazos determinados. Assim, caso uma das partes, por exemplo, esteja de posse de um documento que comprove seu direito, mas leve este documento ao conhecimento do juiz somente após o trânsito em julgado do processo⁸⁰, nada mais há que se fazer para socorrer a essa pessoa⁸¹.

O que se pretendeu demonstrar, ainda que superficialmente, nessa breve apresentação do que seriam as possibilidades existentes nos caminhos jurídicos é que o Direito contempla um universo no qual a obediência às regras é fundamental para a resolução das controvérsias entre as partes e que tais regras se dividem entre as de natureza material e as de natureza processual. Assim, para que se

⁷⁹ Nas causas não-penais.

⁸⁰ O trânsito em julgado ocorre quando não é mais possível processualmente que a parte sucumbente interponha qualquer recurso contra a decisão proferida.

⁸¹ Há, inclusive, um brocardo jurídico neste sentido, do latim *dormientibus non succurrit jus*, que significa: “O Direito não socorre os que dormem”.

obtenha sucesso em uma demanda judicial, é necessário observar e atender as regras de ambas naturezas.

Voltando ao trabalho de Taylor e Da Ros, os autores afirmam, com base nos dados coletados em pesquisas anteriores, que

as chances de inviabilizar parcial ou integralmente a legislação por meio das Adins são relativamente elevadas: tomando tanto as decisões de mérito quanto o efeito das liminares, Taylor (2008:87) estima que as chances de uma Adin ser bem-sucedida, isto é, inviabilizar no todo ou em parte determinado estatuto legal, são ligeiramente maiores do que uma em cinco. Nossa análise mostra resultado semelhante: agregando as decisões tomadas contra a legislação tanto no governo Fernando Henrique quanto no governo Lula, chegamos à mesma proporção: 20,1% das Adins contra leis federais no período de janeiro de 1994 até abril de 2008 resultaram em alguma mudança na legislação contestada. Se considerarmos apenas as Adins que já foram efetivamente julgadas, essa proporção aumenta para 32,6% [...] (TAYLOR e DA ROS, 2008).

Entretanto, ao afirmar que “as chances de uma Adin ser bem-sucedida [...] são ligeiramente maiores do que uma em cinco” (TAYLOR e DA ROS, 2008), os autores incorrem em um equívoco típico dos trabalhos que insistem em inferir os resultados obtidos quantitativamente acerca de decisões judiciais projetando-os para o futuro, como se as novas demandas contivessem os mesmos elementos que levaram os tribunais a decidir em determinado sentido as demandas anteriores.

Conforme exposto acima, ao levar determinado questionamento ao Judiciário, não basta que uma das partes tenha seus pedidos amparados por normas de natureza material contidas no ordenamento jurídico. É necessário também que se cumpram as regras processuais. Assim, ainda que haja fundamentos legais para amparar a pretensão contida nos pedidos, é possível que o resultado judicial seja adverso aos seus interesses. Isso significa que não faz sentido traçar prognósticos acerca das chances de sucesso de uma ADI sem uma análise específica de cada caso concreto. O fato de que cerca de 20% das ADIs tiveram seus pedidos julgados procedentes somente nos permite afirmar que cerca de 20% das ADIs tiveram seus pedidos julgados procedentes – e nada mais. Dizer que uma ADI terá 20% de chance de sucesso simplesmente porque 20% das ADIs anteriormente interpostas o foram é transformar a complexa atividade judicante, com todas as particularidades existentes em cada caso, em um mero exercício mecânico, aleatório e probabilístico – praticamente lotérico –, supostamente passível de conjecturas genéricas.

Em que pesem os argumentos no sentido de que os “pontos fora da curva”, ou seja, os casos que fogem do padrão, costumam ser desconsiderados em uma análise mais abrangente, de maneira que as estatísticas continuariam apontando no sentido correto, não há como aplicar tal raciocínio para as decisões judiciais, simplesmente pelo fato de que as decisões que extinguem os processos sem decisão de mérito, seja pelo motivo que for, não podem ser considerados excepcionais, uma vez que fazem parte da regra segundo a qual devem ser observadas também as normas de natureza processual.

Uma vez constatado por Pogrebinschi (2012) ser inexpressivo o número total de decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional⁸², torna-se bastante pertinente o argumento de Taylor e Da Ros (2008) de que as ações judiciais estariam sendo utilizadas pelos partidos políticos e por parlamentares com finalidades políticas, sobretudo para reforçar perante a opinião pública que o grupo político minoritário, derrotado no plenário do Legislativo, possui entendimento diverso acerca do conteúdo deliberado e aprovado pela maioria. Além disso, a interposição de uma ação judicial questionando a validade da norma convertida em lei teria como finalidade levantar, perante a sociedade, dúvidas acerca dos reais propósitos defendidos pelos partidos majoritários quando da aprovação do projeto de lei questionado. Assim, um simples questionamento judicial já seria suficiente para supostamente “lançar dúvidas” sobre as intenções daqueles que os defendem, aumentando o custo político das ações, ainda que juridicamente o questionamento seja irrelevante.

Em relação a este argumento, cumpre-nos ressaltar que a única razão para que a mera interposição de uma ação judicial seja utilizada com finalidade política se deve ao fato de que os veículos de imprensa, diante da constante necessidade de divulgar e repercutir notícias, nem sempre o fazem com a devida cautela que as situações requerem, e, seja por desconhecimento técnico ou por interesses escusos, acabam dando destaque a eventos que não necessariamente seriam merecedores

⁸² “O STF confirma a expressiva maioria da produção legal do Congresso Nacional que julga no mérito, ao julgar procedentes, no todo ou em parte, apenas 13,32% das ADIs e Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs) que buscam impugnar suas normas. Tal proporção corresponde a apenas 67 decisões do STF, as quais resultaram na contestação de somente 47 normas do Congresso Nacional, das quais apenas 3 foram integralmente declaradas inconstitucionais (sendo uma delas anterior ao regime constitucional inaugurado em 1988). Tem-se, assim, que o STF logrou invalidar menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009” (POGREBINSCHI, 2012).

de tanto. A influência dos veículos de comunicação nos resultados eleitorais, inclusive, já foi objeto de diversos estudos, tanto no campo da comunicação quanto da ciência política.

Neste contexto, portanto, não basta que as ações judiciais sejam interpostas pelas minorias contra as majorias. É necessário que se dê publicidade a tais ações. Assim, uma vez que o uso das ações judiciais para fins políticos somente se justifica pela mobilização da opinião pública, o que é feito por meio dos veículos de comunicação, seria mais lógico concluir que, na verdade, estaria havendo também, de forma concomitante, o uso dos veículos de comunicação para fins políticos, razão pela qual as ações judiciais constituiriam apenas mais um item de sua enviesada agenda.

Ainda existe, nos dias de hoje, pela população de forma geral, uma mitificação em torno da atuação do Poder Judiciário. Dizer que alguém está sendo demandado em juízo, ou que “tem problemas na justiça”, ainda é visto como algo desabonador de sua credibilidade perante a sociedade, constituindo-se, na prática, uma verdadeira sanção pública moral. Os advogados e demais operadores de Direito, bem como as pessoas que possuem um conhecimento técnico ainda que superficial sobre a matéria, conseguem entender com mais tranquilidade, em virtude da prática do ofício, o fato de que uma demanda judicial significa apenas que determinada questão está sendo submetida ao entendimento de um juiz, que decidirá a quem pertence o direito. Entretanto, este não é o senso comum entre o público leigo, que certamente compõe a maior parcela da população.

As pessoas que gerenciam as empresas de comunicação sabem disso, e usam dessa mitificação existente em torno do Judiciário, combinada com a curiosidade natural dos espectadores por fatos que envolvem a condenação de um réu – e ainda mais em relação aos fatos que envolvem violência física contra a pessoa ou corrupção, por exemplo – para transformar uma ação judicial em um espetáculo capaz de aumentar seus índices de audiência e, conseqüentemente, possibilitar que capitalizem em cima disso, convertendo tal audiência em resultados financeiros. Essa estratégia da imprensa é facilmente constatável pela observação de que constantemente é destacado pela mídia algum “caso” capaz de criar artificialmente na população média uma suposta comoção geral e, assim, cativar e

manter assídua a audiência, curiosa pelos novos acontecimentos⁸³. É justamente operando nessa lógica que os parlamentares também utilizam as ações judiciais para fins políticos, por meio da mobilização da opinião pública conseguida com os veículos de comunicação⁸⁴.

A facilitação do acesso dos cidadãos ao Judiciário ainda pode ser considerado, em termos históricos, bastante recente, sendo os juizados especiais o principal meio para que isso ocorra. Embora já esteja ao alcance das pessoas, não se pode afirmar categoricamente que recorrer ao Judiciário para fazer valer seus direitos seja uma conduta incorporada às atividades consideradas normais na rotina de cada um. É necessário tempo para que isso ocorra. Contudo, essa crescente facilitação do acesso das pessoas de todas as classes sociais ao Judiciário certamente terá como consequência, na medida em que o tempo for passando, a familiarização com os procedimentos, vocabulários, conceitos próprios e até mesmo a forma pela qual tramitam os processos judiciais.

Em relação à prática recorrente de tentar mobilizar a opinião pública por meio de notícias de meras interposições de ações judiciais, uma possibilidade é a de que, com a crescente e gradativa familiarização das pessoas acerca dos procedimentos judiciais, a mitificação que ainda recobre as atividades do Judiciário vá, aos poucos, diminuindo, de maneira que as notícias vazias de conteúdo passem a gerar impactos cada vez menores na audiência. Com isso, uso de tais expedientes por parte tanto de parlamentares quanto dos veículos de imprensa tende a diminuir, embora esta não seja uma previsão segura de se afirmar.

Ainda que se leve um tempo para sedimentar essa mencionada familiarização das pessoas em relação aos atos do Judiciário, um efeito mais imediato poderia ser a consequência do fato demonstrado por Pogrebinschi (2011) de que o número de leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF é insignificante. Diante disso, é possível que venha a ser disseminada, perante a opinião pública, a ideia de que os próximos questionamentos dessa natureza já estejam fadados ao insucesso, o que certamente reduzirá a credibilidade de qualquer veículo que por ventura vier a lançar mão de factóides envolvendo o funcionamento normal do Judiciário enquanto *locus* adequado para se pleitear a garantia de direitos.

⁸³ Afinal, a mídia é o lugar dos pensamentos médios.

⁸⁴ É sempre pertinente lembrar que boa parte dos parlamentares detém, em seu nome ou em nome de terceiros, a concessão pública para a exploração comercial de frequências de rádio ou de canais de televisão.

2.5 A judicialização da política por meio da adoção por órgãos políticos de métodos e procedimentos essencialmente judiciais.

Embora cada uma das modalidades de judicialização descritas nos itens anteriores reúna características específicas que nos possibilitam diferenciar umas das outras e, por conseguinte, classificar todo o conjunto em categorias próprias, é possível verificar também que todas elas pertencem a uma dimensão identificada por Tate e Vallinder (1995) como a judicialização da política vinda “de fora” (“*from without*”). Este tipo de judicialização tem sido, sem dúvida, o mais explorado pelos autores que se dedicam ao estudo da judicialização da política.

A modalidade de judicialização a ser descrita neste item, contudo, pertence à outra dimensão (“*from within*”), e diz respeito à mudança nos procedimentos internos de tomadas de decisão por órgãos políticos, que passaram a assumir métodos anteriormente adotados apenas pelo Poder Judiciário. O exemplo de maior relevância acerca deste tipo de judicialização são as Comissões Parlamentares de Inquérito instituídas nas casas legislativas para a investigação de determinadas irregularidades. Trata-se, portanto, de um grupo de parlamentares com a incumbência de produzir um relatório a ser utilizado para subsidiar um julgamento político – e não jurídico – de certos agentes públicos, embora os métodos e procedimentos adotados para este julgamento a cada vez mais se assemelhem aos adotados pelo Judiciário.

Com relação à adoção de procedimentos que inicialmente faziam parte exclusivamente das práticas jurídicas e que, com o tempo, foram sendo incorporados pelas CPIs, dispõe a Constituição/88, em seu art. 58, § 3º, que as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas. Entretanto, conforme entendimento de Moraes (2006), o texto constitucional relativo ao tema foi

extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexiste, em regra, o juiz-investigador, tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, onde

a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida (MORAES, 2006).

Assim, no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, a adoção de procedimentos judiciais por órgãos de poderes políticos decorre diretamente de um comando constitucional. Entretanto, ainda conforme Moraes (2006), diante da imprecisão do texto normativo, restaria a necessidade de se definir a *amplitude de seu campo de atuação e os limites de seu poder investigatório* (MORAES, 2006).

Em relação ao campo de atuação das CPIs, esclarece o autor que

podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso, não existindo autoridade geral das CPIs para exposição dos negócios privados dos indivíduos, quando inexistir nexos causal com a gestão da coisa pública (MORAES, 2006).

Já os limites ao poder investigatório das comissões deverão estar restritos “*àqueles que os magistrados possuem durante a instrução processual penal*” (MORAES, 2006), uma vez que, como dito, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz-investigador. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já proferiu decisões no sentido de que as comissões parlamentares têm os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com possibilidade de invasão de liberdades públicas individuais, desde que exercidas dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Judiciário⁸⁵⁸⁶.

Sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, contudo, há de se ressaltar que questões relativas ao Judiciário não estão presentes apenas em decorrência dos elementos procedimentais essencialmente típicos deste Poder, conforme preceitua o texto constitucional. Deve-se atentar também para o fato de que, como as limitações aos poderes das comissões estão contidas na Constituição, a fiscalização de tais limites é exercida justamente pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade.

⁸⁵ Conforme decidiu o Ministro Nelson Jobim: “no exercício desses poderes, tais Comissões devem respeitar os mesmos limites formais a que estão submetidos os membros do Poder Judiciário, quando da instrução de processo criminal” (STF – Pleno – MS nº 79.790-3-SP. Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999, p. 137).

⁸⁶ No mesmo sentido: “a CPI, ao exercer a competência investigatória prevista no art. 58, § 3º da CF, está sujeita às mesmas limitações constitucionais que incidem sobre as autoridades judiciárias, devendo, dessa forma, fundamentar as suas decisões (CF, art. 93, IX)”. (STF – Pleno – MS nº 23.452/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão 16-9-99 – *Informativo STF* nº 162).

Eduardo Meira Zauli (2010) analisou, em seu artigo intitulado *Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil*, especificamente o controle dos limites das CPIs por meio de ações demandadas ao Supremo Tribunal Federal. Em seu estudo, o autor destaca as decisões do STF que reafirmam a competência da Corte constitucional para decidir a validade de procedimentos realizados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Em regra, as decisões colacionadas em seu trabalho seguem o entendimento de que os atos do Legislativo estão submetidos ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Entendendo-se as Comissões Parlamentares de Inquérito como pertencente ao parlamento, então os poderes dessa comissão estariam limitados aos poderes do próprio órgão Legislativo, não podendo superá-los. Assim, por estar o Legislativo sujeito ao controle do STF, no que diz respeito às matérias constitucionais, as comissões também a estariam⁸⁷.

Há ainda, no texto constitucional⁸⁸, por exemplo, a exigência de se atingir o mínimo de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, em conjunto ou separadamente, para a criação de uma CPI. Entretanto, uma vez atingido esse número mínimo, há de se proceder à criação e instalação da CPI requisitada, uma vez que tal instrumento seria a garantia constitucional, nos termos de precedentes do STF, às minorias parlamentares contrários a eventuais interesses de maiorias ocasionais. Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal,

o Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de

⁸⁷ “Podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso. Se os poderes da comissão parlamentar de inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da comissão, ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, o poder da comissão parlamentar de inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional” (HC 71.039-5, Rel. Min. Paulo Brossard. 1994).

⁸⁸ CRF/88: “Art. 58 (...), § 3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (...). Atendidas tais exigências (CR, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar (...). (MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-06-05, DJ 04-08-06).

A judicialização da política no caso em tela deriva, conforme Zauli (2010), do raciocínio de que a constituição “*consagra determinadas opções políticas tomadas pelo Soberano*” (ZAULI, 2010), e, assim, o papel interpretado pelo Supremo Tribunal Federal de interpretar essa constituição e exercer sua função jurisdicional seria, portanto, eminentemente político. Destaque-se, contudo, que, conforme o exposto em capítulo anterior acerca do neoconstitucionalismo, o aumento da participação do STF nas questões políticas, chamado por muitos de judicialização, decorre, sobretudo, da opção feita pelo legislador constituinte de inserir na Constituição de 1988 direitos e garantias fundamentais e, por outro lado, atribuir a um órgão do Poder Judiciário a prerrogativa de garantir aos cidadãos o cumprimento dos preceitos inseridos nos mandamentos constitucionais. Some-se a isso, o fato de que a adoção, pelo Legislativo, de métodos e procedimentos típicos do Judiciário, não diz respeito a ato de iniciativa ou responsabilidade deste, mas sim, daquele.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Seguindo a linha adotada como arcabouço teórico para este trabalho, por meio do qual a judicialização da política estaria relacionada a um *fato*, ao passo que o ativismo judicial denotaria um *ato*, passaremos a identificar, sucintamente, as origens desta expressão e, assim como no capítulo anterior, tentar separar, por meio de categorias, as variações conceituais deste termo, bem como as diferentes maneiras pelas quais os autores acadêmicos os têm utilizado. Como se poderá perceber, a expressão “ativismo judicial”, tal qual a expressão “judicialização da política”, ganhou significados variados ao longo dos anos, não sendo difícil encontrar, inclusive, autores que utilizam ambos como se sinônimos fossem. Além disso, serão mencionadas ainda algumas categorias teóricas sugeridas por autores contemporâneos.

No Brasil, o estudo do tema é relativamente recente, tendo a maioria dos trabalhos sido publicada após o advento da Constituição/88, tendo em vista que esta “atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática” (TEIXEIRA, 2009). Nos Estados Unidos, por outro lado, embora a produção acadêmica recente sobre o *judicial activism* esteja em alta⁸⁹, é possível identificar trabalhos acadêmicos anteriores ao século XX em que eram debatidas teorias acerca do *judicial legislation*, no sentido de juízes produzindo normas positivadas por meio dos precedentes, indicando que a ideia de ativismo judicial teria surgido bem antes da criação do termo que a designou (KMIEC, 2004), não sendo nenhum exagero afirmar que por décadas, incluindo os dias atuais, o tema constitui uma quase obsessão entre os acadêmicos estadunidenses.

Ao historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr. (1947) é atribuída a autoria da expressão, que teria sido cunhada pela primeira vez em artigo publicado no periódico *Fortune*, sob o título *The Supreme Court*, embora, nas palavras de Craig Green (2009), neste trabalho Schlesinger “não tenha de fato especificado o real conceito de ativismo judicial” e ainda explica que o “termo” ativismo judicial, da

⁸⁹ Conforme registrado por Kmiec (2004), “during the 1990s, the terms ‘judicial activism’ and ‘judicial activist’ appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles.’ In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles-an average of more than 450 per year” (KMIEC, 2004).

forma como utilizado por Schlesinger, seria diferente do “conceito” de ativismo judicial, que teria outros fundamentos (GREEN, 2009).

Neste trabalho produzido por Schlesinger Jr. (1947), o autor buscou analisar as decisões dos juízes da Suprema Corte norte-americana e, por meio da capacidade de cada um deles em desempenhar ou não um papel afirmativo na produção do bem-estar social, os classificou nas categorias de “juízes ativistas” (*judicial activists*) ou “campeões de autocomedimento” (*champions of self-restraints*), ocupando a primeira categoria os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge, ao passo que, em virtude do entendimento de que o Judiciário não deveria intervir além de seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense, pertenceriam à segunda categoria os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson. O presidente da Suprema Corte em exercício na época, Frederick M. Vinson, juntamente com o juiz Stanley F. Reed, não se enquadrariam perfeitamente em nenhuma das duas categorias, razão pela qual foram identificados como ocupantes de uma posição intermediária (SCHLESINGER JR., 1947).

Embora *The Supreme Court*, de Schlesinger Jr. (1947), tenha ficado famoso mesmo não sendo o principal trabalho a merecer as atenções⁹⁰ do autor, destaca-se não apenas por ter sido o primeiro em que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada, mas também pelos pontos altos e baixos contidos em suas ideias. Dentre os principais méritos identificados pela literatura acerca do mencionado artigo, pode-se destacar a capacidade de Schlesinger em detectar a existência de uma maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade (TEIXEIRA, 2012).

Entretanto, não são poucas as críticas a este trabalho. A mais frequente diz respeito ao fato de que o autor, como mencionado acima, apesar de ter classificado os juízes da Suprema Corte norte-americana como “ativistas” ou “campeões de autocomedimento”, não teria especificado os critérios utilizados para tal seleção e nem definido de forma precisa o conceito de “ativismo judicial”, o que teria levantado suspeitas, inclusive, de que a classificação sugerida seria tendenciosa no sentido de

⁹⁰ Craig Green (2009) relata que Schlesinger tornou famosas duas expressões: “*Imperial Presidency*” e “*Judicial activism*”, sendo que, em relação à primeira, teria escrito um livro de aproximadamente 500 páginas (*Imperial Presidency*, de 1973) – cobrindo desde o temor americano de se ter um “rei” George Washington até a preocupação, então contemporânea, com Richard Nixon – ao passo que à segunda expressão dedicou “apenas” um artigo de 14 páginas na revista *Fortune*, embora reconheça que este periódico “talvez fosse o fórum mais sério para as discussões jurídicas da época” (GREEN, 2009).

criar tipologias enviesadas sobre os juízes, embora não haja em seu texto qualquer atribuição valorativa, como bom ou ruim, ao fato de um magistrado ser ou não ativista.

Alguns autores, por outro lado, afirmam que o conceito de ativismo teria nascido de forma clara e precisa, mas que estaria sendo obscurecido com o passar do tempo. Green (2009), entretanto, discorda de tal afirmação, e defende que mesmo em sua origem o termo já foi utilizado por Schlesinger Jr. de maneira imprecisa. Essa falta de clareza, contudo, não teria sido empecilho para a disseminação do uso do termo, o que explicaria a dificuldade de, mesmo nos dias de hoje, encontrarmos uma definição segura para a expressão (GREEN, 2009).

Embora Schlesinger Jr. tenha cunhado o “termo” ativismo, os fatos aos quais se referiam já eram conhecidos antes da publicação de seu texto. A Suprema Corte norte-americana já há muito vinha sofrendo críticas cujo tom invariavelmente indicava um temor de que pudesse haver abusos envolvendo a extrapolação dos limites de decidir e, como defende Green (2009), “ativismo judicial é mais do que apenas um termo inventado por Schlesinger; é um conceito com sua própria história intelectual” (GREEN, 2009).

Dentre os exemplos mais evidentes da postura ativista adotada pela Suprema Corte norte-americana, antes da publicação do trabalho de Schlesinger, está o caso emblemático *Lochner v. New York* (1905), ocorrido durante o período conhecido como “Era Lochner”⁹¹ (1897-1937), frequentemente referenciado no direito constitucional norte-americano como um período em que a Suprema Corte, em uma postura de extremo ativismo, adotou interpretação bastante absoluta acerca das liberdades econômicas, impedindo, em diversos momentos, que o Estado regulasse o mercado e as relações de trabalho, inclusive para proteger direitos dos mais fracos (trabalhadores, consumidores, etc) nas relações de hipossuficiência entre as partes. Durante este período, a Suprema Corte, por meio de decisões judiciais, reiteradamente invalidou leis e atos normativos produzidos pelo Congresso, até o ponto em que começou a interferir na implementação, pelo então presidente Roosevelt, de um conjunto de medidas do programa *New Deal*, que visava a

⁹¹ Sobre a Era Lochner, Cass Sunstein (1987) afirma que: “The received wisdom is that Lochner was wrong because it involved ‘judicial activism’: an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government. This view has spawned an enormous literature and takes various forms. The basic understanding has been endorsed by the Court in many cases taking the lesson of the Lochner period to be the need for judicial deference to legislative enactments” (SUNSTEIN, 1987).

recuperação econômica do país após a quebra da bolsa de valores de Nova York, ocorrida em 1929. Após uma intensa disputa política, entretanto, prevaleceram as medidas do *New Deal*.

No mencionado caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte decidiu que o princípio da liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) insculpida na seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Neste caso, uma lei do Estado de Nova York, claramente objetivando resguardar a saúde de seus profissionais, limitou o período máximo durante o qual os padeiros poderiam trabalhar, sendo 10 horas por dia ou 60 horas por semana. A Suprema Corte então invalidou essa lei sob o fundamento de que não caberia ao Estado interferir nas relações contratuais privadas entre empregados e empregadores, de maneira que, se ambos estivessem de acordo em adotar uma jornada de trabalho superior à mencionada, mediante remuneração equivalente ao período trabalhado, não deveria haver qualquer restrição por parte do poder público.

Sobre o caso, comenta José Guilherme Giacomuzzi (2005):

A teoria do direito natural ao contrato, o mito da autonomia, presente no homem “livre” e “igual”, mostrava sua cara. Ao Estado (o Público) não era lícito interferir na esfera privada. O Direito “puro” deveria proteger o indivíduo dos ataques *inconstitucionais* do Poder Público. Assim como em *Lochner v. New York*, em outras várias decisões da chamada “era Lochner” a Suprema Corte, em nome de uma “pura”, “não-ideológica”, “apolítica” concepção de Direito anulou várias leis estaduais que conferiam direitos aos trabalhadores e dispunham contra os interesses das grandes empresas (GIACOMUZZI, 2005) (grifo no original).

Além de todos os problemas causados por uma falta de clareza na definição do significado dos termos que ora se estuda, há, ainda, a possibilidade de que a inversão dos sentidos ocorra de maneira premeditada e intencionada a referendar uma posição que não necessariamente guarde equivalência em relação à proposição original. Assim, toma-se um termo emprestado e, em seguida, o colocam em contextos nos quais lhes pareçam mais favoráveis, ainda que em momento posterior os mesmos autores lhe venham a contestar o sentido anteriormente atribuído, caso necessário. Exemplo disso são os grupos políticos que, diante de decisões judiciais contrárias às suas ideologias, acusam cortes constitucionais de ativistas – no sentido mais pejorativo do termo – e, quando as decisões lhes são

favoráveis, aplaudem um suposto autocomedimento. Giacomuzzi (2005), ao comentar sobre o caso *Lochner v. New York*, muito bem enuncia que

esse comportamento da Corte foi então tachado de “Ativismo Judicial” – uma expressão que, fora do seu contexto histórico, nada significa. Contrário ao *judicial activism* seria a adoção do *self restraint*. Mas a noção de *self restraint* no direito americano é utilizada por todos para defender quaisquer idéias e municiar todo tipo de acusações. Basta que um Tribunal decida contra uma lei progressista ou que altere o *status quo* para que os partidários da ideologia contrária acusem a Corte de “ativista”. Aí, conservadores recomendam o *self restraint*. O contrário ocorre se um Tribunal deixa de anular uma lei “progressista”, quando então os conservadores muito facilmente passam a advogar o ativismo judicial. Advogar um (*Judicial Activism*) ou outro (*Judicial Restraint*), como se faz às vezes nos USA e se ouve hoje de juristas pelo Brasil afora (em regra carregados de citações de decisões da Suprema Corte Americana, como que dando um verniz de cultura e um ar de definitividade ao argumento), é algo que, *se descontextualizado historicamente*, não contribui para absolutamente nada no debate jurídico. Aliás, só ajuda a confundir o jurista, lançando ao debate mais dois ou três rótulos para que alguns oportunistas se abracem e daí montem a sua ideologia disfarçada (e que entre nós, brasileiros, tem grande chance de virar moda, e depois levar a multidão desesperada a rezar ao novo santo – de barro, ou de papel). Eu insisto sempre: o nome que se dá às coisas interessa menos do que o seu conteúdo. “Ativismo Judicial” e “Auto Restrição Judicial” são termos que cortam para os dois lados. Fiquemos na fonte americana mesmo: a Corte *Lochner* era “ativista”, porém conservadora; a Corte Warren (Chief Justice Earl Warren – 1953 a 1969) era igualmente “ativista”, mas foi a mais progressista Suprema Corte que a América já viu (as mundialmente famosas decisões *Brown v. Board of Education* [1954] e *Roe v. Wade* [1973], e outros inúmeros casos conferindo direitos civis foram tomadas em seu termo ou tiveram o seu espírito (GIACOMUZZI, 2005) (grifos no original).

No capítulo deste trabalho dedicado ao controle de constitucionalidade foi explorada, ainda que de maneira sucinta, a corrente teórica do formalismo, tendo em Hans Kelsen um de seus maiores expoentes, por meio da qual são defendidas as ideias de que a jurisdição constitucional não deve equacionar questões controvertidas a partir de valores substantivos, de maneira que, em questões moralmente divididas na sociedade, não seja o juiz aquele quem vai dizer a resposta correta ou incorreta. Assim, nos moldes de uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo se sobrepõem ao Judiciário na formulação de políticas públicas e na própria condução do Estado, não cabendo ao Judiciário a participação – legítima e democrática – em decisões políticas (CAPPELLETTI,

1999). Entretanto, o Judiciário deve garantir todos os pressupostos necessários para que a deliberação democrática ocorra, seja protegendo o processo político, seja protegendo determinados direitos essenciais para que o processo político possa funcionar da maneira adequada.

Em contraposição à teoria procedimental é possível identificar o substancialismo, que reconhece a legitimidade da atuação jurisdicional em favor da garantia e promoção de valores substantivos presentes na Constituição e que, por isso, é a mais identificada com neoconstitucionalismo, justamente por compartilhar com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais (SARMENTO, 2012). O substancialismo, tal como o procedimentalismo, admite gradações, de maneira que é possível colocar os autores que o defendem em diferentes posições do anteriormente mencionado espectro ideológico imaginário, cujos extremos são diferenciados pela proximidade ou distância do pensamento procedimentalista.

Uma das formas pela qual o substancialismo pode ser identificado na literatura consiste na ideia de entendê-lo como pressuposto da necessidade de se focar na defesa de direitos individuais, concebidos sobretudo como direitos negativos, ou seja, como direitos que impõem limites ao Estado. Essa posição pode ser tipicamente associada aos pensamentos Ronald Dworkin, um dos juristas mais influentes na produção acadêmica contemporânea sobre o tema, que formulou o entendimento de que a democracia não seria um governo das majorias, e sim um regime que assegure a igualdade entre todas as pessoas e que, por muitas vezes, o Judiciário seria a instituição que melhor garantiria essa igualdade. Com isso, não haveria problema em o Judiciário invocar fundamentos de ordem moral, no sentido de promover direitos substantivos que, no entanto, estariam atrelados apenas aos direitos, e não a questões de políticas públicas (SARMENTO, 2011). Diante disso, Dworkin mostra-se contrário, portanto, à ideia de que o Judiciário intervenha em questões, por exemplo, ligadas ao orçamento ou à implementação de políticas sociais, mas, por outro lado, defende que o Judiciário adote uma postura enérgica e ativista no que diz respeito à proteção do direito ao aborto ou à eutanásia e, dessa maneira, que sejam postos limites ao Estado no exercício de sua atuação política (SARMENTO, 2011).

No Brasil tem prevalecido, entretanto, uma ideia de substancialismo ainda mais distante da teoria procedimentalista do que a proposta por Dworkin, uma vez

que se tem verificado a defesa da aplicação de pensamentos identificados com os defendidos pela corrente neoconstitucionalista – nos termos apresentados em capítulo anterior – por meio do qual seria possível, e mesmo desejável, a atribuição de força normativa à toda constituição, inclusive de seus princípios mas vagos e abstratos, de maneira que os juízes, para fundamentar suas decisões, não mais ficariam adstritos ao modelo teórico da simples subsunção do fato à norma, o que traduziria uma considerável liberdade de atuação. Assim, ao combinar os fundamentos do neoconstitucionalismo com o fato de que a nossa constituição contempla uma generosa gama de direitos, ainda que em forma de princípios, o resultado inevitavelmente seria a criação de um cenário propício à judicialização da política e ao ativismo judicial.

Ocorre que, embora necessários, estes dois elementos não são suficientes para o surgimento do ativismo judicial. Uma evidência disso é que, mesmo com o advento da atual constituição vigente no Brasil, em 1988, a postura ativista dos ministros do STF não foi verificada no período imediatamente posterior, o que, segundo Sarmiento (2011), se deve, dentre outros, ao fato de que, por uma opção do legislador constituinte originário, os ministros que atuaram neste intervalo eram os mesmos que compunham a Corte no período militar anterior à vigência da nova constituição e que, por isso, ainda não estariam “à vontade” para decidir conforme os valores trazidos pelo novo ordenamento (SARMENTO, 2011).

O autor ressalva que isso não implica uma crítica aos magistrados, mas traduz sim o elemento cultural que faltava para completar as condições imprescindíveis para o surgimento do ativismo judicial no Brasil. Além da mudança de postura dos ministros do STF, é preciso também destacar a mudança cultural percebida na sociedade, que passou a ser mais consciente de seus direitos e a de fato reivindicá-los perante do Judiciário, somando-se o fato de que essa mesma sociedade, de um modo geral, não confia ou não se vê representada pelo Legislativo, conforme comprovado por diversas pesquisas de opinião.

Na esteira do mencionado anteriormente, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, genericamente referenciados, serão utilizados neste trabalho de uma forma neutra, ou seja, sem o rótulo de bom ou ruim, mesmo conhecendo que o tratamento preponderante dado pelos estudos acerca destes temas e, principalmente, pelos veículos de comunicação e por parlamentares

insatisfeitos seja no sentido de se atribuir uma ideia pejorativa aos conceitos. Elival da Silva Ramos (2010), por exemplo, defende que

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010).

Entretanto, a discussão sobre o ativismo judicial vai além da simples busca pela constatação de ter ou não havido transgressão dos limites de um poder em detrimento de outros. Anderson Vichinkeski Teixeira (2012) identifica o ativismo judicial como sendo “apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno” (TEIXEIRA, 2012). Assim, o magistrado, por estar, a cada vez mais, sendo demandado a se manifestar sobre questões cujo grau de complexidade tem sido maior, sem a correspondente evolução do ordenamento jurídico, acaba, muitas vezes, adotando um padrão de racionalidade jurídica e técnicas hermenêuticas decisórias diversas das consolidadas pelo positivismo jurídico ocidental.

Uma alteração neste padrão de racionalidade, apontada por uma determinada corrente de autores – em sua maioria defensores do pós-positivismo –, diz respeito ao conceito de norma. Até meados do século XIX os princípios e as normas eram tidos como categorias jurídicas de espécies diferentes, sendo que à norma competia a tarefa disciplinadora (normativa), ao passo que os princípios eram tidos como fundamentos genéricos distantes da realidade aplicada. A modificação conceitual ocorreu quando a “norma jurídica” passou a ser compreendida como gênero das espécies “regras” e “princípios” (TEIXEIRA, 2012). Robert Alexy (1997) assim explica a relação entre os conceitos:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo

muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas (Alexy, 1997).

Paulo Bonavides (2010), por sua vez, ao detalhar as lições de Alexy, explica que as diferenças entre as duas espécies de normas (princípios e regras) podem ser verificadas por diferentes e inúmeros critérios, sendo o mais frequentemente utilizado o da generalidade. Assim, os princípios seriam normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, teriam, contudo, grau relativamente baixo de generalidade (BONAVIDES, 2010). Ao mencionar a teoria de Dworkin, em muitos aspectos coincidente com a de Alexy, Bonavides (2010) ressalta que, em relação aos conflitos eventualmente existentes entre regras, a solução deverá ser à maneira do tudo ou nada (*an all or nothing*), de forma que se duas regras entrarem em conflito, uma delas não poderá ser regra válida, ficando a decisão acerca de qual será válida e qual será abandonada sujeita a considerações exteriores às próprias regras. Já em relação aos princípios, a solução diante de eventuais conflitos deverá considerar não a validade, como no caso das regras, mas sim o valor, uma vez que os princípios comportam comparação de acordo com a importância de cada um deles. Assim, em caso de conflito entre princípios, deverá prevalecer o princípio de maior peso (BONAVIDES, 2010).

Marcelo Campos Galuppo (1998) explica que, para Alexy, os princípios se diferenciam das regras não por serem mais genéricos, mas por serem normas de tipos diferentes. Assim,

os princípios são normas *prima facie* que se aplicam na maior medida do possível. As regras, normas definitivas que se aplicam ou não. Isto quer dizer, por sua vez, que as regras se aplicam em qualquer contexto em que ocorrerem as condições (fáticas e jurídicas) previstas pela própria regra para sua aplicação, e que se duas regras conflitantes são aplicáveis no mesmo contexto, então uma delas deve ser tida por revogada (integral ou parcialmente). Já o conflito de princípios no caso concreto não implica a revogação de um deles. Apenas o juiz terá que justificar porque, naquele caso, um princípio tem precedência sobre o outro, tendo em vista as condições envolvidas pela questão (GALUPPO, 1998).

Rodolfo Viana Pereira (2007), por sua vez, explica que, embora Dworkin se filie aos autores que sustentam a normatividade dos princípios, apresenta uma justificação diferenciada para a questão da aplicabilidade destes. Nas palavras de

Pereira (2007), Dworkin utiliza “a noção de interpretação construtiva como modo adequado de realizar a grandiosa tarefa de arquitetar as fontes normativas, a fim de que possam representar a melhor justificativa para a aplicação do direito ao caso concreto e, assim, determinar a única resposta correta ao mesmo” (PEREIRA, 2007).

Ao discorrer acerca do pensamento de Dworkin sobre a atividade jurisdicional e a necessidade de os magistrados recorrerem a juízos de moralidade pública, João Andrade Neto (2010) esclarece que

o reconhecimento de que a jurisdição é política e criativa parece ameaçar a tradicional distinção entre legislar e julgar. Mas apenas se se considera válida a concepção oferecida para cada uma dessas funções pela doutrina positivista. Uma vez superados os argumentos que associam com facilidade a jurisdição à atitude politicamente neutra e reveladora diante do Direito, em oposição à legislação, relacionada a controvérsias políticas e criação jurídica, podem-se formular parâmetros efetivos que diferenciem os dois poderes estatais (ANDRADE NETO, 2010).

A importância dessa modificação para o estudo do ativismo judicial se deve ao fato de que, conforme preconizado pela corrente teórica do substancialismo, os magistrados, no exercício do controle de constitucionalidade, não necessariamente ficariam restritos a fundamentar suas decisões nas regras positivadas, podendo vir a fazê-lo por meio dos princípios espalhados no ordenamento jurídico. Entretanto, pelo alto grau de abstração e indeterminabilidade⁹², estaria havendo, assim, uma significativa transferência ao Judiciário do poder de interpretar a constituição por meio de critérios vagos e subjetivos ou, nas palavras de Aylton Barbieri Durão

⁹² J. J. Gomes Canotilho (1993) sintetiza alguns critérios que permitem visualizar a natureza normativa de princípios e regras possibilitando delimitar os seus âmbitos de aplicação: “a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (p.ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (p.ex.: princípio do Estado de Direito). d) ‘Proximidade’ da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante (CANOTILHO, 1993).

(2005), a ocorrência de uma espécie de solipsismo jurídico, fenômeno também identificado por Lenio Luiz Streck (2012).

É necessário esclarecer que o ativismo judicial não está necessariamente vinculado a ideologias políticas que tradicionalmente foram convencionadas em esquerda ou direita. Historicamente, no Brasil, os ativistas dos direitos humanos e os defensores da implantação de um estado constitucional, por exemplo, se ressentiam de uma atuação mais ativista do STF que de fato garantissem a aplicação de tais direitos, o que indica que nossa Corte constitucional, “pecou muito mais pela falta do que pelo excesso” (SARMENTO, 2011).

Entretanto, ao analisar fatos ocorridos em outros países, verifica-se o equívoco em se atribuir à esquerda uma postura ativista do Judiciário e à direita uma postura de autocomedimento. Um exemplo diz respeito à própria Revolução Francesa, ocasião na qual se originou o uso das nomenclaturas “direita” e “esquerda” para se identificar as posições políticas defendidas por determinados grupos, uma vez que os jacobinos ocupavam as cadeiras da esquerda no parlamento francês, cabendo aos girondinos as da direita. Ocorre que os jacobinos (esquerda), naquele momento, é quem faziam os discursos mais incisivos contra o Judiciário, receosos de que este Poder poderia ser utilizado como instrumento político para a conservação do *status quo* e a consequente manutenção do Antigo Regime. Nos Estados Unidos é igualmente possível identificar exemplos em que o ativismo judicial pode atuar em favor de ideologias conservadoras, como no anteriormente citado caso *Lochner v. New York*.

Assim como a judicialização da política, o ativismo judicial comporta a análise tomando-se por pressuposto a existência de diferentes dimensões e, justamente por isso, torna-se impossível tomá-lo pelo todo e simplesmente o classificar em uma das categorias dicotômicas de “bom” ou “ruim”. O mais adequado, neste caso, seria delimitar especificamente a dimensão que se pretende analisar, individualizando-a e isolando-a das demais, de maneira a se tornar possível a verificação dos efeitos de cada uma dessas eventuais modalidades de práticas do ativismo e, assim, qualificá-las como algo nocivo ou virtuoso dentro de um contexto democrático mais amplo.

Por se tratar de um tema há muito recorrente na literatura especializada, sobretudo nos Estados Unidos, diversos autores já se ocuparam em tentar identificar tais dimensões do ativismo. Alguns, inclusive, propondo classificações bem aceitas pelos demais, ainda que posteriormente reformuladas ou adaptadas. William

Marshall (2002), por exemplo, identificou sete dimensões do ativismo judicial. Keenam Kmiec (2004), por sua vez, sugeriu a divisão em cinco modelos, dentre os quais, alguns coincidem com os apontados por Marshall.

Algumas destas dimensões serão analisadas adiante. Outras, no entanto, serão agrupadas em apenas um item, por guardarem pertinência temática única ou, em alguns casos, simplesmente preteridas, por se distanciarem muito do arranjo teórico aqui adotado. Dentre as que ficarão de fora, por exemplo, podemos identificar o chamado *ativismo partidário* (“*partisan activism*”) e o ativismo como sinônimo de julgamento predeterminado a fins específicos (“*result-oriented judging*”).

A razão desta escolha parte do pressuposto de que o conceito de ativismo judicial está relacionado à atuação do Judiciário num contexto em que lhe seja permitido, pelo sistema, atuar em uma ou outra direção, cabendo ao órgão jurisdicional a escolha mais adequada. Assim, ao analisarmos o *ativismo contramajoritário*, o *ativismo como não aplicação de precedentes*, o *ativismo judicial e extrajurisdicional* e o *ativismo criativo*, estaremos tratando preponderantemente de condutas permitidas ao Judiciário. Uma exceção parcial cabe, porém, em relação ao *ativismo criativo*, que, como veremos, possui algumas peculiaridades, sobretudo em relação à Justiça Eleitoral, que merecem ser melhor detalhadas.

Entretanto, nenhum destes tipos de ativismo se assemelha ao *partisan activism* e ao *result-oriented judging*, uma vez que, nestes casos, a literatura trata de fenômenos relacionados a condutas não permitidas aos magistrados, como o favorecimento deliberado a alguma das partes em processos cujas decisões não tenham sido tomadas com a devida isonomia e imparcialidade pelo juiz. Eventuais falhas encontradas na análise dos tipos de ativismo selecionados neste trabalho, portanto, decorrem de problemas no próprio sistema, para onde devem ser apontadas as críticas, ao contrário dos tipos que estão ficando de fora, os quais, por sua vez, revelam problemas na postura ética dos magistrados, o que não é nossa intenção no momento.

Ressalte-se, por fim, que este trabalho não tem a intenção de, por meio dos tipos apresentados, cobrir de maneira exaustiva todo o campo do ativismo judicial, mas sim de apresentar algumas possibilidades para uma aproximação inicial do tema, facilitando sua compreensão pelo leitor que, por sua vez, terá total liberdade de buscar outras dimensões do fenômeno.

3.1. Ativismo contramajoritário.

Esta modalidade de ativismo identificada por Marshall (2002)⁹³ como sendo, basicamente, a “relutância das cortes judiciais em decidir de acordo com as decisões proferidas pelos Poderes cujos membros são democraticamente eleitos” (MARSHALL, 2002) encontra correspondência no tipo sugerido por Kmiec (2004), pelo o qual o Judiciário estaria “invalidando ou afastando atos proferidos pelos demais Poderes cuja constitucionalidade seria questionável”⁹⁴ (KMIEC, 2004). Isso se deve ao fato de que muitos autores estariam chamando de ativismo judicial o simples fato de o Judiciário estar exercendo sua prerrogativa constitucional de atuar como foro adequado para os questionamentos acerca de eventuais contradições entre os atos normativos produzidos pelo parlamento e a constituição.

Entretanto, é necessário esclarecer que o *judicial review* não deve ser confundido com o *judicial activism*, uma vez o primeiro diz respeito ao legítimo controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário sobre as leis ou atos normativos com força de lei, ao passo que, no segundo, a decisão judicial estaria baseada em argumentos políticos (TEIXEIRA, 2012). Kmiec (2004) cita como exemplo o caso em que a decisão de invalidar uma lei estivesse fundamentada apenas no fato de ela ter sido aprovada por parlamentares liberais.

No mesmo sentido do raciocínio exposto em capítulo anterior, Kmiec (2004) afirma que o número de atos do Legislativo invalidados pelo Judiciário, por si só, não quer dizer muita coisa sobre cada um dos atos invalidados, de maneira que o alto número de decisões proferidas recentemente neste sentido não pressupõe automaticamente algum tipo de vício na atuação da corte constitucional. Aliás, continua o autor, este fato configura um indício de que o problema esteja no Congresso, e não no Judiciário (KMIEC, 2004).

Marshall (2002) ainda chama a atenção para outro indicativo de que a quantidade de atos produzidos pelo Legislativo e invalidados pelo Judiciário não é suficiente para rotular determinada corte de ativista ou não, no sentido de que até uma corte claramente não ativista poderia (e deveria) anular uma lei produzida por um congresso que não tenha respeitado seus limites constitucionalmente

⁹³ *Counter-Majoritarian Activism* (tradução livre nossa).

⁹⁴ *Striking Down Arguably Constitutional Actions of Other Branches* (tradução livre nossa).

estabelecidos. Assim, o autor destaca que mesmo os argumentos em favor de uma corte que preserve as decisões produzidas pelo Legislativo mínguem quando as evidências indicam que os Poderes representativos não estão fazendo seus trabalhos adequadamente (MARSHALL, 2002).

A atuação da Suprema Corte norte-americana, entretanto, envolve elementos nem sempre presentes, ou não tão evidentes, no contexto brasileiro. O bipartidarismo – de fato – verificado no cenário político estadunidense nos permite perceber de maneira mais clara o alinhamento ideológico de cada decisão judicial. Some-se a isso o elemento segundo o qual, diferentemente do que ocorre no Brasil, os juízes da Suprema Corte são permanentemente monitorados pela opinião pública acerca de suas decisões individuais tomadas em plenário, uma vez que, desde suas indicações para compor a cúpula do Judiciário, eles carregam consigo suas escolhas valorativas em relação aos principais temas controversos, sendo esperado que mantenham, no exercício de suas funções, uma postura coerente com tais escolhas. Assim, torna-se mais fácil atribuir ao Judiciário, equivocadamente, uma postura ativista quando uma decisão aprovada por liberais, por exemplo, for invalidada por uma corte cuja composição seja preponderantemente formada por juízes conservadores. Essa situação reforça a ideia, com a qual vez ou outra nos deparamos, mas que de certa maneira não deixa de ser exagerada, de que ativismo judicial seria simplesmente a decisão judicial contrária a determinados interesses, sejam eles quais forem.

Outro elemento curioso a respeito do cenário norte-americano, diferentemente do que ocorre no Brasil, diz respeito às características próprias do arranjo federalista lá existente, por meio do qual os Legislativos estaduais, e não apenas o federal, possuem prerrogativas para regulamentar diversos temas de considerável relevância, *v.g.* a possibilidade de condenação criminal à prisão perpétua ou à pena de morte em alguns estados norte-americanos. Some-se a isso o fato de que a atuação dos lobistas nos corredores dos Legislativos estaduais e federais são tão aceitos quanto formalmente permitidos e regulamentados.

Ocorre que, embora haja a possibilidade de regulamentação de determinados temas em nível estadual e federal, há uma clara distinção no que diz respeito ao “peso” de cada um dos tipos de leis, o que força a mobilização de democratas e republicanos para “federalizar” as leis que regulamentam os assuntos considerados mais importantes nos conteúdos programáticos de seus partidos. Isso reflete

diretamente no tipo de atuação e na força dos lobistas que atuam nas diferentes casas legislativas, razão pela qual “um lobista federal é mais eficiente do que cinquenta lobistas estaduais” (MARSHALL, 2002).

Em virtude dessa ampla prerrogativa para legislar, determinados temas são ocasionalmente aprovados pelo Legislativo federal em sentido contrário ao defendido por algum dos Legislativos estaduais, o que acaba criando certos constrangimentos políticos. Essa situação fica ainda mais agravada quando a mídia decide pressionar para que o Legislativo federal coloque em sua pauta a aprovação leis que regulamentem temas polêmicos.

Marshall (2002) ilustra a importância da mídia com um caso hipotético em que o Legislativo federal aprovaria uma lei criando sanções mais rígidas contra o roubo de carros após uma emissora de televisão dar destaque em rede nacional a um evento específico ocorrido recentemente, provocando assim uma ampla reação da sociedade, no sentido de questionar o Legislativo. Aproveitando a oportunidade dos holofotes, um parlamentar rapidamente ofereceria o projeto de lei que atenderia aos anseios de seus eleitores, saindo na frente dos demais em uma busca por cobertura midiática positiva. Nesse contexto, qualquer outro parlamentar de partido adversário ficaria constrangido em manifestar-se contrariamente ao projeto apresentado, sobretudo por correr o risco de ser posteriormente rotulado como defensor de criminosos (MARSHALL, 2002).

Este exemplo fictício demonstra que, eventualmente, os parlamentos produzem instrumentos normativos mediante condições que não necessariamente são frutos de debates ou interações racionais, nos quais tenha prevalecido a opinião de uma maioria engajada com conseqüente superação da intensidade das preferências de um grupo sobre a de outro, fundamentando as razões que teriam levado o órgão a uma decisão final. Em casos como estes, o suposto ativismo contramajoritário, segundo Marshall (2002), seria justificado, o que não significa, contudo, que todas as decisões da Corte sejam corretas, mas que a Corte não deve simplesmente referendar as decisões do Legislativo.

Kmiec (2004) ressalta que a conclusão de que uma corte constitucional está exercendo um ativismo contramajoritário depende, sobretudo, da interpretação do texto constitucional por parte de quem avalia a atuação da mencionada corte. Assim, caso o intérprete entenda que a constituição não tenha expressamente vedado as escolhas acerca de políticas públicas implementadas e que, posteriormente, tenham

sido invalidadas pela corte, sua avaliação subjetiva o levará à conclusão de ter havido o ativismo contramajoritário (KMIEC, 2004). De qualquer maneira, para o autor, embora as discussões acerca deste tipo de ativismo sejam convenientes, é pouco provável que produzam respostas concretas.

Há certas situações em que o processo de criação legislativa se desvirtua a ponto de gerar um déficit de representatividade entre parlamentares e eleitores. Entretanto, este fato, por si só, não autorizaria a atuação ativista do Judiciário. Marshall (2002) registra que a disputa entre parlamentos e membros da Suprema Corte – liberais e conservadores de ambos os lados – pode levar a um aumento ou diminuição das acusações de ativismo contramajoritário. Com isso, uma corte conservadora, por exemplo, que tenha invalidado uma decisão do parlamento poderia justificar sua decisão com base em uma teoria da *judicial review* que autoriza a intervenção judicial para compensar as falhas de representatividade do parlamento. Por outro lado, eventuais decisões da Corte que convalidem as decisões do parlamento não poderiam ser justificadas pela mesma teoria, evidenciando assim o “pecado” de um ativismo contramajoritário (MARSHALL, 2002).

Entretanto, prossegue o autor, ainda que as decisões de uma Corte conservadora para anular atos do Legislativo sejam defensáveis, há um custo político a ser sustentado. Neste caso, os conservadores terão que admitir uma premissa “liberal” no sentido de que o ativismo contramajoritário para compensar déficits de representatividade constitui um processo legítimo de tomada de decisão. Será necessário, ainda, que os conservadores abandonem um de seus principais argumentos para desmobilizar os adversários, qual seja, o de atribuir aos liberais a ideia de que o ativismo contramajoritário seria a imposição de valores elitistas e intelectuais a uma cultura popular (MARSHALL, 2002).

Sarmiento (2011) defende que o ativismo judicial por meio do controle de constitucionalidade é plenamente justificável nas hipóteses em que estão em jogo direitos fundamentais tidos como pressupostos para a manutenção e funcionamento da democracia. Assim, o autor parte do pressuposto de que há determinados direitos sem os quais não se pode sequer falar em democracia, como a liberdade de expressão, a liberdade de associação política, direito de fazer oposição ao governo, dentre outros (SARMENTO, 2011).

O processo político deliberativo, da forma como exercido nos parlamentos, é essencialmente estabelecido em regras de maiorias numéricas, apuradas no momento das votações, por meio das quais os parlamentares eleitos aprovam ou não as matérias por eles propostas. Entretanto, ainda que se cumpram todos os requisitos formais constitucionalmente estabelecidos e referendados pelos regimentos internos das casas legislativas, é possível haver situações em que o conteúdo material das propostas viole direitos das minorias⁹⁵. Se, por exemplo, ao legislar sobre determinado assunto o Estado, com maioria numérica de parlamentares, busca prejudicar grupos que lhe fazem oposição ou asfixiar a possibilidade de que determinadas vozes se façam ouvidas na sociedade, simplesmente pelo fato de que os governantes defendem outra ideologia, restaria configurada uma situação de violação de direitos fundamentais de uma minoria e, portanto, justificado estaria o exercício do ativismo judicial em grau mais elevado (SARMENTO, 2011).

3.2. Ativismo como não aplicação de precedentes.

Este tipo de ativismo judicial, identificado tanto por Marshall (2002)⁹⁶ quanto por Kmiec (2004)⁹⁷, é frequentemente relacionado aos países de tradição do *common law*, em virtude da racionalidade deste tipo de aplicação das regras jurídicas estar estabelecida não em textos positivados, mas em entendimentos judiciais proferidos nos casos concretos. Assim, as decisões anteriormente proferidas orientam e servem de parâmetro para casos posteriormente ocorridos e que possuam uma identidade mínima de elementos com seu paradigma.

Um aspecto importante que deve ser levado em conta a respeito dos precedentes guarda relação com a possibilidade de os magistrados divergirem de seus antecessores. Afinal, o maior argumento em favor do direito consuetudinário, em contraposição ao positivismo jurídico, é justamente seu comportamento dinâmico que o leva a uma proximidade entre as mudanças culturais da sociedade e as regras aplicadas. As vantagens apontadas no direito positivado, por sua vez, estão ligadas

⁹⁵ O conceito de *minorias* aqui adotado não diz respeito à quantidade numérica de pessoas referenciadas, mas guarda relação sim com a força política exercida por essas pessoas.

⁹⁶ *Precedential Activism* (MARSHALL, 2002).

⁹⁷ *Ignoring Precedent* (KMIEC, 2004).

à segurança jurídica propiciada pela previsibilidade das consequências eventualmente advindas de cada ato praticado pelas pessoas, sem que os jurisdicionados fiquem à mercê de decisões meramente subjetivas dos magistrados, o que possibilitaria, inclusive, a aplicação de penas definidas *a posteriori*. Assim, a mudança de entendimento dos magistrados acerca de determinados temas está diretamente relacionada à maneira como se operam entendimentos meramente jurisprudenciais, não sendo razoável, portanto, supor que os juízes estejam sendo ativistas pelo simples fato de estarem decidindo em sentido diferente dos demais. É necessário, portanto, mais do que estes frágeis argumentos para que se comprove a ocorrência do ativismo judicial no sistema do *common law*.

Kmiec (2004) alerta para algumas distinções que precisam ser feitas ao se analisar o ativismo judicial por meio da desconsideração dos precedentes, sobretudo no que diz respeito à natureza jurídica dos precedentes ignorados. Uma delas diz respeito ao fato de o precedente ser “vertical” ou “horizontal”. A outra, leva em consideração o fato de o precedente questionar a constituição, alguma lei ou a *common law*, uma vez que a Suprema Corte norte-americana criou uma espécie de hierarquia entre os diferentes comandos legais (KMIEC, 2004).

O autor explica que o precedente “vertical” é aquele que tem origem em instâncias superiores, como a Suprema Corte, ao passo que o precedente “horizontal” está relacionado às decisões anteriormente tomadas pela própria corte em casos semelhantes. A maior divergência, neste ponto, certamente diz respeito à necessidade, ou não, de uma corte se manter “engessada” nas decisões muitas vezes tomadas por membros que dela não mais fazem parte. Quanto a isso, não há consenso mesmo entre os magistrados.

No Brasil, os juízes singulares e os tribunais possuem liberdade para decidir conforme suas interpretações dos textos legais, bem como suas convicções acerca de quase todos os casos que lhes são submetidos, com exceção daqueles regulamentados por súmula vinculante⁹⁸ do STF, editados após consolidação da jurisprudência na corte constitucional a respeito do tema. A finalidade desta medida

⁹⁸ A súmula vinculante é descrita no caput do artigo 103-A da CRF/88, acrescida pela Emenda Constitucional nº 45: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

é evitar interpretações divergentes acerca da mesma matéria cujo entendimento já se encontre pacificado na instância superior, o que poderia gerar distorções e incongruências na aplicação da lei. Além disso, ao padronizar o entendimento acerca de um tema, otimiza-se o tempo dos ministros do STF ao se evitar que o tribunal analise excessivo número de ações geradas pelo mesmo fato.

Também com a finalidade de desafogar o STF, foi criado o instituto da repercussão geral nos recursos extraordinários, por meio do qual a corte constitucional somente apreciará questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Assim, são analisados pelo STF apenas os casos que envolvam questões que não estejam limitadas às partes, mas, sim, que repercutam e possuam interesse para toda a sociedade.

Embora vinculante, o próprio dispositivo que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro este tipo de súmula criou também mecanismos para que ele seja questionado, permitindo, ainda, que os magistrados dos órgãos inferiores ou da administração pública direta e indireta afastem sua aplicação caso constatem a ausência de similitude entre o caso concreto e a matéria objeto da súmula vinculante. Evita-se, assim, o total “engessamento” do magistrado em sua atividade judicante.

Um exemplo concreto de caso brasileiro, entretanto, acerca da dificuldade de se aplicar um precedente horizontal pode ser verificado na maneira como o STF interpretou o elemento vinculativo de suas decisões em relação a dois julgamentos relativamente recentes. Em abril de 2009 foi julgada, em sessão plenária, a ADPF nº 130, que questionava a constitucionalidade da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), tendo sido decidido, por maioria de votos, que as regras constantes nesta lei não condiziam com os valores e preceitos insculpidos na Constituição de 1988, sobretudo em razão do contexto antidemocrático no qual havia ocorrido sua criação, o que teria resultado em mandamentos permeados por valores autoritários. Dessa maneira, decidiu-se que ela não mais poderia fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Por tradição da *civil law*, em uma sessão plenária do Judiciário os magistrados muitas vezes levam seus votos prontos, cabendo ao relator do

processo, sorteado ou designado⁹⁹, elaborar o acórdão, inclusive sua ementa. Assim, ainda que os votos dos demais ministros integrem o texto final do documento, apenas a última parte, chamada “dispositivo”, é objeto de discussão e deliberação pelos membros do tribunal. Ocorre que, em alguns casos, as fundamentações dos votos de cada ministro contêm elementos tão relevantes que seria bastante útil se também fossem discutidos e deliberados (SARMENTO, 2011). No exemplo citado, o relator da ADPF nº 130, Ministro Carlos Ayres Britto, fundamentou sua decisão – fazendo constar inclusive na ementa do acórdão – no fato de que, diante do contexto apresentado, não seria admissível nenhum tipo de controle ou restrição prévia à liberdade de imprensa.

Alguns meses depois, entretanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) proibiu o periódico paulista “Estado de S. Paulo” de divulgar informações constantes em um inquérito que tramitava sob sigilo de justiça envolvendo Fernando Sarney, filho do presidente do Senado Federal, José Sarney. Diante disso, os representantes do jornal interpuseram uma reclamação perante o STF argumentando justamente o fato de que estaria sendo descumprida a decisão anteriormente proferida pela corte constitucional, segundo a qual não seria admissível a censura prévia à liberdade de imprensa.

Entretanto, a resposta obtida pelo jornal no STF, por maioria de votos, foi a de que a única parte do acórdão que vincula decisões posteriores é o “dispositivo”, na qual, neste caso, estava consignado apenas que a Lei de Imprensa não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988, e que o fundamento de não se admitir nenhum tipo de censura prévia reflete somente a posição do ministro relator do acórdão. Em voto de divergência, o próprio Ministro Carlos Ayres Britto defendeu a plena relação existente entre a decisão proferida pelo TJDFT e a originada pelo julgamento da ADPF nº 130, pelo STF, razão pela qual seria o caso de procedência do pedido. A divergência aberta por ele foi acompanhada pelos ministros Cármen Lúcia e Celso de Mello, que, no entanto ficaram vencidos.

Verifica-se, portanto, a dificuldade de se obter um consenso em relação à aplicabilidade de precedentes horizontais mesmo quando os membros da corte

⁹⁹ Os processos, quando chegam aos tribunais pela primeira vez, seja por meio de recurso ou originariamente, são distribuídos por sorteio a um de seus membros, que atuará como relator. Entretanto, se no momento da sessão deliberativa a maioria dos magistrados votar em sentido contrário ao voto proferido pelo relator para o qual o processo foi distribuído, será designado como novo relator o magistrado que primeiro se manifestar pela divergência, respeitando-se a ordem preestabelecida de votação.

julgadora são os mesmos que proferiram a decisão anterior, usada depois como paradigma. Daí, percebe-se a dificuldade ainda maior em se aplicar precedentes verticais ou, no caso dos originados do mesmo órgão, cuja composição tenha se alterado.

3.3. Ativismo judicial e extrajurisdicional.

A atividade precípua de um magistrado é, por definição, a jurisdicional, ou seja, a de dizer o direito (*juris + dicção*). Entretanto, não se resume a isso. Além da atuação jurisdicional, o magistrado tem a incumbência de gerir as pessoas e serviços relativos aos atos cartorários inerentes à tramitação dos processos que estão sob sua responsabilidade, bem como de, em determinadas situações, representar o órgão ao qual está vinculado.

Tendo em vista essa atuação do magistrado para além de suas atribuições funcionais de decidir nos autos dos processos, percebeu-se que muitas dessas atividades, por envolver o relacionamento institucional entre órgãos e Poderes, adquiriram o caráter político (ainda que não partidário) capaz de gerar impactos relevantes no modo de atuação de representantes do povo, eleitos ou não. Diante disso, idealizou-se um arranjo dos modelos de ativismo judicial no qual este seria gênero das espécies ativismo jurisdicional e ativismo extrajurisdicional, de acordo com do *locus* de atuação do magistrado, conforme registrado por Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2012). Uma consequência dessa atuação extrajurisdicional seria, portanto, conforme Vieira *et ali* (2009) a inevitável “politização da justiça”. Assim,

o ativismo judicial pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional (por meio dos autos do processo) quanto de forma externa aos autos pelos magistrados como, por exemplo, em entrevistas, discursos de posse e pronunciamentos fora dos autos dos processos. O ativismo extrajurisdicional torna explícita uma dimensão de “politização do Judiciário”, aproximando-o do modo de atuação dos demais poderes de Estado, os quais são legitimados democraticamente para tanto (VIEIRA *et ali.*, 2009).

Há dois acontecimentos na história recente brasileira que podem ilustrar bem este tipo de ativismo extrajurisdicional. Em ambos, ministros do STF se

manifestaram publicamente acerca de temas que envolviam demais Poderes e, em virtude disso, acabaram gerando consequências não necessariamente positivas nas relações interinstitucionais. O primeiro deles diz respeito ao discurso proferido pelo Ministro Gilmar Mendes em sua posse na condição de presidente do STF, ocasião na qual se manifestou acerca de atos normativos editados pelo Executivo. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld *et ali.* (2010):

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), em sua posse em abril de 2007 (sic)¹⁰⁰, declarou: “É necessário que se encontre um modelo de aplicação das medidas provisórias que possibilite o uso racional desse instrumento, viabilizando, assim, tanto a condução ágil e eficiente dos governos quanto a atuação independente dos legisladores”. Desde então, o ministro Gilmar Mendes tem questionado o modelo de medidas provisórias, no sentido de que tal instrumento estaria desgastado pelo uso excessivo que tem sido feito pelos últimos governantes brasileiros. Independentemente do mérito da colocação do presidente do STF, chama a atenção o fato do representante do Tribunal estar se pronunciando publicamente sobre atos normativos emanados pelo Poder Executivo. Também no dia-a-dia das decisões do STF, identifica-se o questionamento acerca de proposições legislativas oriundas da Presidência da República, como é o caso da ADI 4048, em que o proponente alegou ausência dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância para a edição da MP 405/2007. No dia 14 de maio de 2008, o Tribunal deferiu a liminar para suspensão desta medida provisória, a qual abria crédito extraordinário para a justiça eleitoral no valor de 5,4 bilhões de reais (SUNDFELD *et ali.*, 2010).

O outro exemplo, mais recente, acerca do ativismo extrajurisdicional ilustra um curioso caso de controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo Judiciário de maneira “informal”. Trata-se do Projeto de Emenda Constitucional nº 544, que tramitou durante cerca de dez anos no Congresso visando à criação de mais quatro Tribunais Regionais Federais, por meio do desmembramento dos cinco já existentes, para atender diretamente às demandas recursais originadas dos estados de Minas Gerais, Paraná, Bahia e Amazonas, além de desafogar os tribunais já existentes.

Atualmente, a estrutura da Justiça Federal comporta cinco Tribunais Regionais Federais, sendo o TRF-1, com sede em Brasília, responsável por demandas de 13 estados (Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins) além do Distrito

¹⁰⁰ Ao contrário do informado, a posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do STF ocorreu, de fato, no dia 23 de abril de 2008.

Federal; o TRF-2, com sede no Rio de Janeiro, responsável por 2 estados (Rio de Janeiro e Espírito Santo); o TRF-3, com sede em São Paulo, com os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul sob sua jurisdição; o TRF-4, com sede em Porto Alegre, responsável por três estados (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul) e o TRF-5, com sede em Recife, responsável pelos seis estados restantes (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe). Ocorre que, em relação ao TRF-1, por exemplo, as demandas originadas somente do estado de Minas Gerais no ano de 2011 representaram 52% (98 mil ações)¹⁰¹ do total recebido, ao passo que os outros 12 estados e o Distrito Federal, sob jurisdição daquele tribunal, juntos, representaram menos da metade do total de ações, o que justificaria a criação de um tribunal exclusivo para as demandas mineiras.

Pela proposta, seriam criados o TRF-6, com sede em Curitiba, abrangendo as seções judiciárias de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul – anteriormente vinculadas ao TRF-3 –; o TRF-7, com sede em Belo Horizonte e responsável somente pelas demandas de Minas Gerais; o TRF-8, com sede em Salvador, abrangendo Sergipe (anteriormente vinculado ao TRF-5) e Bahia (anteriormente vinculado ao TRF-1); e o TRF-9, com sede em Manaus, compreendendo Amazônia, Acre, Rondônia e Roraima (anteriormente pertencentes ao TRF-1).

A PEC nº 544 foi aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados em 04/04/2013. Na semana seguinte, contudo, o então Ministro presidente do STF, Joaquim Barbosa, recebeu a visita de representantes das três principais associações de juízes do Brasil – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em audiência solicitada com vários meses de antecedência, e, apesar das razões apresentadas para a criação dos tribunais, manifestou-se contrariamente ao projeto, fazendo duras críticas à sua forma de tramitação. A repercussão das palavras proferidas pelo presidente do STF foi possível em virtude de a imprensa ter sido autorizada a captar o áudio da reunião.

O Ministro Joaquim Barbosa, além de entender desnecessária a criação dos novos tribunais, acabou protagonizando um episódio que não é nem comum e nem desejável por parte de magistrados, ao ter se manifestado publicamente sobre uma

¹⁰¹ Nos termos do Relatório de Atividades do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

questão que poderá ser submetida à análise formal pelo STF e, conseqüentemente, ao seu julgamento. O ministro indicou que o projeto seria inconstitucional por padecer de um vício de origem, uma vez que, pelo princípio da independência e harmonia entre os Poderes, não seria permitido que um deles, no caso o Legislativo, tivesse iniciado a tramitação de um projeto com a finalidade de criar órgãos que posteriormente ficariam sob a responsabilidade, inclusive orçamentária, do Judiciário.

Além de manifestar-se por meio da imprensa, o presidente do STF encaminhou ofícios aos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, formalizando sua posição contrária à criação dos novos tribunais e, após encontro com o presidente do Congresso, este declarou que a PEC nº 544, mesmo tendo sido aprovada por ampla maioria, em dois turnos, pelas duas casas legislativas, não seria promulgada em virtude de “erros materiais”, sem, contudo, esclarecer quais seriam estes erros¹⁰². Sem questionar o mérito da questão, por não ser o objetivo central deste trabalho, verifica-se que a atuação dos magistrados não se restringe às decisões proferidas nos autos das ações judiciais e, cada vez mais, o comportamento político nas relações interinstitucionais podem alterar ou mesmo determinar o desfecho de deliberações ocorridas nas arenas político-partidárias de representantes eleitos pelo povo.

3.4 Ativismo judicial decorrente da incapacidade institucional.

Este tipo de ativismo judicial está diretamente relacionado com a profundidade do conhecimento que os magistrados possuem acerca de temas específicos, ao que Daniel Sarmiento (2011) nomeou de “capacidade institucional dos órgãos do Poder Judiciário” (SARMENTO, 2011) e busca, de certa maneira, desconstruir a figura do juiz Hércules, idealizada por Dworkin. Essa ideia está estabelecida no fato de que, justamente por não serem juízes Hércules, os magistrados, ao decidirem sobre questões em relação às quais não possuem conhecimento técnico suficiente para embasar uma escolha segura, podem estar contribuindo de forma negativa na promoção dos valores constitucionais.

¹⁰² Até o encerramento desta dissertação não havia sido promulgada a Emenda Constitucional originada pela PEC nº 544/02.

Isso não significa que falte ao Judiciário legitimidade para decidir acerca de tais questões ou que o juiz deva se isentar de proferir qualquer decisão, o que sequer seria permitido. Não significa também que o juiz não possa se manifestar acerca de políticas públicas específicas ou que existam áreas “de sombra”, ou imunes à atuação jurisdicional. Significa apenas que, quanto mais um tema esteja afastado do âmbito jurídico e do conhecimento especializado acerca dos quais os magistrados tenham perfeito domínio, maior deverá ser sua postura de cautela e autocomedimento ao proferir as decisões necessárias.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla possibilidades de que, para uma melhor formação de seu convencimento, os juízes recorram às perícias técnicas ou, nos termos das boas inovações trazidas pela Lei nº 9.868/99, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, às audiências públicas, nas quais serão ouvidos os depoimentos de pessoas com expertise nos assuntos¹⁰³. Entretanto, embora louváveis as intenções de se permitir estes tipos de diligências, em tais ocasiões cuja complexidade dos temas for alta, o magistrado acaba tendo contato, pelos depoimentos, com posições muitas vezes extremadas sobre a questão discutida, de maneira que continua cabendo a ele tomar a decisão final, sendo razoável, portanto, que se adote uma posição de maior cautela (SARMENTO, 2011).

Ainda considerando a capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre determinados temas, verifica-se a situação em que as decisões relativas às políticas públicas já tenham sido previamente tomadas por órgãos tecnocráticos especializados. Neste caso, ao invés de se convocar os *experts* nos assuntos para que prestem seus depoimentos, talvez o mais recomendável seja justamente respeitar e deixar prevalecer a decisão questionada, tendo em vista a temeridade de se substituir uma decisão, ainda que política, mas tomada por especialistas, por outra, elaborada pelos magistrados sem conhecimento aprofundado sobre o tema.

Um exemplo que ilustra bem este fato diz respeito ao princípio geral da atividade econômica, expressamente previsto no art. 170 da Constituição/88, pelo qual o Estado, ao tomar decisões relativas à economia, deverá priorizar a busca do

¹⁰³ Lei n. 9.868/99: “Art. 9º. (...), § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

pleno emprego¹⁰⁴, incentivando, por exemplo, a criação de postos de trabalho, a expansão das empresas e, de uma forma geral, o aquecimento da economia. Neste sentido, uma das decisões que mais interferem na criação de empregos é a definição da taxa básica de juros, tomada periodicamente pelo Comitê de Política Monetária – COPOM, órgão vinculado ao Banco Central do Brasil. Assim, imaginando uma situação hipotética, caso seja interposta perante o STF ação judicial argumentando ter havido violação do princípio da busca do pleno emprego em virtude da inadequação da taxa de juros fixada pelo COPOM, questiona-se se o Judiciário teria de fato capacidade institucional para resolver esse pleito, a despeito de sua patente legitimidade e a incumbência, da qual não poderia se esquivar, para apreciar a demanda.

Em casos como este, conforme defende Sarmiento (2011), caberia ao Judiciário adotar uma postura de comedimento, não por um problema de legitimidade democrática – afinal, os membros do COPOM também não são eleitos – mas sim por um problema de capacidade, diante da qual deveria o Judiciário reconhecer a complexidade que envolve o assunto, até mesmo para quem é especialista, e evitar interferir de maneira despreparada, correndo o risco, inclusive, de proferir uma decisão injusta. A questão que se coloca, portanto, diz respeito não se o Judiciário *pode* decidir, mas se *deve* decidir, ou seja, se seria prudente substituir uma decisão valorativa, tomada por um órgão especializado, pela sua, tendo em vista a possibilidade de, mesmo com a boa intenção de se garantir a prevalência de um princípio constitucional, produzir os efeitos contrários (SARMENTO, 2011).

Um exemplo real ocorrido recentemente acerca deste tema envolve o caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol, pelo o qual o STF foi demandado a decidir sobre a demarcação de seus limites, o que significou, na prática, o remanejamento de famílias de produtores rurais (arrozeiros) e de diversas tribos indígenas. Na ocasião, foram realizados vários estudos antropológicos acerca dos impactos que as decisões judiciais – qualquer que fosse a direção – poderiam gerar na sociedade ali presente, razão pela qual foram produzidos extensos relatórios com a finalidade de fornecer aos ministros informações que pudessem balizar seus votos. Conforme

¹⁰⁴ CRF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); VIII - busca do pleno emprego.”

relata Sundfeld *et al.* (2010), devido à complexidade do tema, alguns ministros chegaram inclusive a realizar pessoalmente algumas diligências, comparecendo aos locais cuja demarcação de terras estava sendo questionado:

no caso Raposa Serra do Sol, não houve a realização de audiências públicas, tampouco o ingresso de *amici curiae*, em razão de não se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, mas de ação popular. Entretanto, cabe notar que, conforme consta no acompanhamento processual e nas notícias envolvendo o caso, inúmeros atores manifestaram-se em reuniões com o ministro presidente e através de petições e moções de apoio endereçadas ao Tribunal. Essas vias constituiriam modos de incidência extra-processuais.

A par de receber esses atores, o STF também adotou uma postura ativa nesse contato, por exemplo, com a visita de alguns ministros à área da reserva indígena Raposa Serra do Sol. O Min. Gilmar Mendes em seu voto faz uma breve avaliação dessa visita à região, o que indica que também essa seria uma forma de aproximação e cognição do caso além dos limites do processo. Ou ainda, o Min. Menezes Direito, quando realiza solicitação à FUNAI para que produzisse um mapa da região que foi incorporado ao processo como parte de seu voto, e que serviu de base para a sua fundamentação acerca dos limites da demarcação da terra indígena (SUNDFELD *et al.*, 2010).

Neste exemplo sobre a demarcação de terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol, assim como no exemplo fictício anterior, o que se questiona é a qualidade de uma decisão tomada por magistrados que não possuem conhecimento específico sobre determinado tema. Merece reflexão, por exemplo, se seria válido substituir as sugestões dadas por pessoas que durante toda a vida se dedicaram ao estudo da antropologia, por exemplo, por uma decisão judicial considerando apenas a letra fria – e muitas vezes insuficiente – da lei.

Na esteira dos exemplos anteriormente expostos, podemos citar o também recente caso em que o STF foi demandado a se pronunciar acerca de experimentos feitos com células-tronco embrionárias, um tema tipicamente distante do universo jurídico e que mereceria, portanto, boa dose de prudência, por parte dos ministros, para que a decisão não fosse tomada sem o conhecimento devido. Assim, verifica-se que a figura do juiz Hércules, idealizada por Dworkin, pode ser bastante útil para fins teóricos, mas que na prática os magistrados possuem, além de suas várias virtudes, limitações que, quando reconhecidas, podem ser bastante positivas para a efetivação de direitos e princípios expressos na constituição.

3.5 Ativismo judicial criativo.

Este tipo de ativismo judicial tem sido tratado pela literatura, na maior parte das vezes, em relação aos países de tradição da *common law*. Marshall (2002), por exemplo, faz menção ao *judicial creativity*, como resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional. Kmiec (2004) vai um pouco além e relata comportamentos da Suprema Corte norte-americana condizentes com um *judicial legislation*, e inicia sua exposição citando uma fala do ex-presidente George W. Bush, segundo o qual os juízes seriam rotulados como ativistas judiciais quando eles legislam estando no exercício de suas funções (KMIEC, 2004).

Anderson Vichinkeski Teixeira (2012), ao comentar sobre as proposições de Kmiec sobre o tema, ressalta a nocividade de se proferir decisões judiciais que constituam verdadeiras criações legislativas, uma vez que os magistrados estariam extrapolando suas competências jurisdicionais, considerando-se a legitimidade para atuar apenas como “legislador negativo”. Isso, portanto, configuraria algo diverso de uma simples inovação jurisprudencial, haja vista que o fundamento decisório estaria na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuam a mínima identidade entre si (TEIXEIRA, 2012).

Habermas (1997), ao tratar da legitimidade do direito a ser aplicável e da aplicabilidade de normas criadas por quem as aplica, remete às explicações de Maus (1989), segundo o qual

em nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da constituição, seja através da vontade popular atual que o precede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito (MAUS, 1989)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ *apud* Habermas (1997).

A atual Constituição/88, entretanto, trouxe ao direito brasileiro o mandado de injunção¹⁰⁶, uma garantia processual até então inédita que tem como finalidade resolver ou, pelo menos, amenizar o problema específico da omissão legislativa. Em resumo, trata-se de uma medida pela qual o próprio aplicador do direito (juiz ou tribunal) está autorizado a resolver eventuais falhas decorrentes da elaboração do conjunto normativo a ser aplicado. O objeto deste mandado, nas palavras de Hely Lopes Meirelles *et ali* (2012)

é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes (MEIRELLES *et ali*, 2012).

Para que se configure o cabimento do mandado de injunção, portanto, é necessário cumprir dois pressupostos, quais sejam: (a) a existência de um direito constitucional relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e (b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito. Assim, não é cabível em qualquer caso, mas apenas naqueles em que seja afetado o exercício de direitos constitucionais fundamentais. Ausentes um destes pressupostos, não será o caso de mandado de injunção (MEIRELLES *et ali*, 2012).

A extensão dos efeitos da decisão que julga procedente o mandado de injunção é objeto de longa discussão na literatura e jurisprudência, o que acabou favorecendo a criação de algumas correntes teóricas sobre o tema¹⁰⁷. Há autores, por exemplo, que defendem, em casos como estes, a necessidade de que o julgador mantenha uma postura totalmente contida, sendo-lhe permitido somente *declarar* a omissão legislativa e *comunicar* o órgão responsável por elaborar a regulamentação faltante, para que este tome as providências que entender necessárias. Outros, no entanto, defendem uma posição mais arrojada do magistrado, pela qual ser-lhe-ia facultado, em casos de omissão do Legislativo, editar uma norma geral e abstrata,

¹⁰⁶ CRF/88: “Art. 5º (...), LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

¹⁰⁷ Regina Quaresma (1999) sugere uma classificação didática pela qual seriam teorias sobre a figura jurídica do mandado de injunção: (a) teoria da subsidiariedade; (b) teoria da independência jurisdicional; (c) teoria da resolatividade; (d) teoria da posição mista, com sua derivada (d.1) teoria da cisão decisória na *posição intermediária* (QUARESMA, 1999).

com efeitos *erga omnes*, ou seja, até mesmo para aquelas pessoas que não pediram a tutela jurisdicional, o que configuraria, portanto, uma total substituição do legislador pelo juiz, enquanto permanecer a omissão daquele.

A corrente teórica mais aceita pelos juristas, contudo, é, segundo Rodrigo Mazzei (2009), a chamada teoria da resolutividade, posição intermediária pela qual a decisão final do mandado de injunção teria a natureza *constitutiva* e geraria efeitos apenas *inter partes*, de maneira que a norma garantidora de direitos existente, mas não regulamentada nos contornos exatos da situação jurídica criada – o que impediria, portanto, sua aplicação –, “passa a se relacionar com um procedimento que permite a imediata efetivação do direito subjetivo enunciado de forma incompleta: *a atividade integradora do Poder Judiciário*” (MAZZEI, 2009) (grifo no original).

Assim, o mandado de injunção configura uma hipótese em que o próprio legislador constituinte incluiu como direito fundamental a possibilidade de que o Judiciário atue nos casos de omissão legislativa provocada pelo legislador ordinário, favorecendo, portanto, uma postura ativista, ainda que, como defendem algumas teorias, essas posturas devam ser ponderadas com certas doses de autocomedimento. Isso significa que a previsão constitucional do mandado de injunção combinada com a omissão legislativa e acrescida de uma cultura da normatividade dos princípios constituem ingredientes poderosos para que o Judiciário ocupe um espaço ainda mais significativo, mesmo não sendo responsável por todos estes ingredientes. Mas uma consideração importante deve ser feita: a atuação do Judiciário, tanto em casos como estes quanto em relação a qualquer outra demanda judicial, fica estritamente condicionada à provocação de terceiros, pelo princípio da inércia.

Os conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial” adotados nesta dissertação remetem, conforme anteriormente mencionado, a um *fato* e a uma *conduta*, respectivamente. Entretanto, em virtude das peculiaridades de alguns ramos do Judiciário brasileiro, como a Justiça Eleitoral, certas dificuldades para a avaliação dos fenômenos começam a surgir uma vez que, pelo modelo de governança eleitoral adotado, este mesmo braço do Judiciário possui atribuições não apenas jurisdicionais, mas também normativas e administrativas, especialmente no que diz respeito às providências necessárias para a realização das eleições, como o controle do cadastro dos eleitores, candidatos e partidos políticos, bem

como a operacionalização e logística de transporte das urnas eletrônicas, treinamento de mesários, transmissão dos dados relativos à totalização dos votos, dentre outras.

Tendo em vista que as cortes eleitorais possuem prerrogativas tanto para decidir as ações judiciais e administrativas que lhe são oferecidas quanto de editar resoluções para regulamentar as eleições vindouras, uma possível dificuldade conceitual surge, assim, quando a corte é demandada a se manifestar acerca de uma consulta¹⁰⁸ e, com base na decisão proferida, edite uma nova instrução ou resolução. Dessa forma, os fenômenos da judicialização e do ativismo se aproximariam bastante, embora, como será demonstrado, continuarão sem se confundir.

Conforme mencionado anteriormente, um dos primeiros autores a publicar estudos sobre a judicialização da política no Brasil, a partir dos conceitos introduzidos por Tate e Vallinder (1995) foi Marcos Faro de Castro (1997). Em sua obra, o autor afirma que a judicialização da política promove, no Brasil, uma interação dos poderes que não prejudica a democracia.

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político” (Castro, 1997:149).

Percebe-se que o autor utiliza a expressão “judicialização da política” considerando os casos em que o Judiciário é provocado a se manifestar sobre alguma questão específica. Assim, a afirmação de que a aproximação entre Direito e Política poderia tornar difícil a distinção entre um “direito” e um “interesse político” seria questionável, pois presumiria que o Judiciário estaria agindo em casos

¹⁰⁸ Sobre a consulta na Justiça Eleitoral, Marchetti (2008) a define como sendo “um instrumento administrativo que visa sanar dúvidas sobre matéria eleitoral. Dessa forma, para que uma consulta seja proposta e aceita pelo TSE, não é necessária a existência de um litígio, nem mesmo partes distintas envolvidas. É preciso que exista apenas uma dúvida sobre a legislação e que ela seja formulada ao TSE por autoridade com jurisdição nacional ou por órgão nacional de partido político. Por essas características, a resposta dada pelo TSE é feita sempre em tese, afinal não existe nem sequer o caso concreto, mas apenas uma dúvida sobre como a legislação deve ser interpretada, caso ela venha a existir. A consulta pode servir de orientação ao juiz na decisão de um caso concreto que venha a ocorrer no futuro, mas não há obrigatoriedade de vinculação da resposta dada em consulta com a decisão judicial. Em outras palavras, quando diante do caso concreto, a decisão pode ser diferente daquela indicada pela resposta à consulta (Respe no 23.404/04)”.

concretos para operar estratégias de interferência nos poderes ditos “políticos”, mesmo que, para tanto, fosse obrigado a aguardar a provocação de algum jurisdicionado. Dessa maneira, a sequência de hipóteses e variáveis necessárias a serem confirmadas para que a finalidade sugerida seja de fato configurada tornaria essa afirmativa no mínimo distante do plano factível.

Outro elemento importante a ser analisado por meio da afirmação feita por Castro (1997) diz respeito ao comportamento recorrente pelo Legislativo de delegação, sobretudo em face do Executivo, e que poderia estar se repetindo agora perante o Judiciário. Tal estratégia, conforme estudos específicos na área, tem a finalidade de desonerar um dos poderes da responsabilidade pela tomada de decisões cujo teor seria impopular perante a opinião pública. Assim, por diversas vezes o Legislativo teria votado determinadas matérias, decidindo no sentido de não contrariar a opinião pública e, com isso, transferindo para o Executivo o ônus de reformar essa decisão, ou delegando, por inércia, até mesmo a própria tomada da decisão.

No caso do comportamento do Legislativo perante o Judiciário não é incomum depararmos com situações em que dispositivos legais tenham sido criados pelos legisladores com nível de abstração tamanho que ao juiz aplicador da lei surge o encargo de praticamente definir o conteúdo das normas a serem aplicadas. Entretanto, ao contrário do sugerido por Castro, a atitude criativa do juiz nestes casos estaria derivando não de uma postura proativa do Judiciário, de tentar impor seu “interesse político” de maneira oportunista e voluntariosa, mas sim da necessidade de se encontrar uma solução para o caso que lhe foi apresentado, cujas respostas não teriam sido inseridas pelo Legislativo no ordenamento jurídico disponível.

A separação de poderes, juntamente com a sistemática de aplicação de normas, nos termos do positivismo jurídico atualmente adotado no Brasil, atribui essencialmente ao Poder Legislativo a prerrogativa de criar, por meio de representantes do povo legitimamente eleitos, as regras de convivência a serem seguidas pela sociedade. Entretanto, é perfeitamente compreensível que haja um intervalo de tempo entre novas demandas da sociedade e a efetiva criação de uma lei pelo Legislativo. Necessário ressaltar, inclusive, que um dispositivo legal deve ser criado para ter como destinatários pessoas que se encontrem em situações jurídicas semelhantes, de forma a não haver leis aplicáveis em regimes de exceção. Com

isso, mesmo que uma lei traga balizamentos genéricos, como não poderia deixar de ser, para que o juiz a interprete da melhor maneira conforme caso concreto (subsunção do fato à norma), há situações em que determinada matéria sequer tenha sido objeto de apreciação pelos legisladores. Assim, nos casos em que o magistrado se depara com lacunas no ordenamento jurídico deliberadamente deixadas pelo Legislativo, estranho seria, portanto, o argumento de que a expansão do Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, esteja ocorrendo, inclusive por meio de medidas pelas quais o Judiciário estaria tentando fazer prevalecer seus supostos “interesses políticos”.

Voltando ao caso da Justiça Eleitoral, verifica-se que seria bastante proveitoso atribuir à expressão “ativismo judicial” o sentido de interferência indevida na produção das regras eleitorais sem a participação do Legislativo, o que estaria ocorrendo, no Brasil, por meio da edição de resoluções publicadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Marchetti (2008) explica que “o TSE é o órgão superior para decisões sobre a administração e a execução do processo eleitoral e a instância máxima para as atividades do *rule application* na governança eleitoral brasileira. Além disso, é a última instância de recurso do contencioso eleitoral (*rule adjudication*)” (MARCHETTI, 2008). Entretanto, é importante ressaltar que a competência para expedir instruções esbarra justamente nos limites impostos pelos instrumentos normativos formais (leis e constituição). O que se tem percebido, contudo, é que o TSE, mais do que simplesmente regulamentar a legislação disponível sobre questões eleitorais, tem de fato inovado, por meio de resoluções, na criação de normas a serem seguidas por candidatos, partidos políticos e eleitores.

Ao escrever sobre a judicialização da política, especificamente em relação à Justiça Eleitoral, Eduardo Zauli (2011), em seu artigo intitulado *Justiça Eleitoral e a judicialização das eleições no Brasil*, adotou um conceito para a expressão muito próximo ao sugerido no presente trabalho, no sentido de que a Justiça Eleitoral estaria criando normas por meio de resoluções editadas por seus membros. Entretanto, cabe aqui fazer um esclarecimento. Compete ao TSE responder, nos termos do Código Eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. Entretanto, é comum que, caso uma consulta venha a ser respondida afirmativamente, seja expedida uma nova resolução sintetizando o conteúdo da resposta e traçando diretrizes para os

membros dos Tribunais Regionais e para os Juízes Eleitorais de primeira instância. Tal procedimento diferencia-se ligeiramente das resoluções que são expedidas a cada dois anos para regulamentar as práticas da Justiça Eleitoral com relação a temas específicos para as eleições imediatamente seguintes. Assim, embora existam as resoluções que são expedidas pelo TSE, corriqueiramente, a cada dois anos, para regulamentar eleições, há também as resoluções que são expedidas após a resposta afirmativa a alguma consulta formulada à Justiça Eleitoral. Em ambos os casos, contudo, é o próprio TSE, por meio de seus ministros, que deliberadamente institui regulamentações que, por vezes, extrapolam os limites legais e acabam criando restrições inexistentes na legislação original.

Feito este esclarecimento, pode-se identificar que o mencionado autor trata, em seu estudo, especificamente das resoluções expedidas após respostas afirmativas às consultas, citando os casos da verticalização das coligações partidárias, em 2002, da limitação do número de vereadores, em 2004, da redefinição dos critérios de repasse dos recursos do fundo partidário aos partidos políticos, da regulamentação da perda de mandatos eletivos, em 2007, e da decisão pela validade da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010 (ZAULI, 2011).

Diante da diferenciação apresentada entre as possibilidades para que se iniciem os procedimentos para expedição das resoluções, pelo TSE, a questão que se coloca é se estaria havendo uma judicialização da política nos casos em que tais resoluções são criadas a partir de provocação do TSE por terceiros que formulam as consultas nos termos do Código Eleitoral ou o ativismo judicial, caso o TSE esteja justamente se aproveitando da situação em que foi provocado para, em seguida, produzir regras de acordo com seus interesses.

Nos casos em que o TSE edita as resoluções corriqueiras e nelas insere limitações não constantes do texto legal originário, não haveria dúvida quanto à sua postura inovadora, o que possibilitaria configurar, sem maiores reservas, o ativismo judicial criativo, tendo em vista a usurpação de funções próprias do Poder Legislativo. A dúvida surgiria, portanto, nos casos em que a criação de resoluções vier a ocorrer após a provocação de terceiros, legitimados ativos a proporem consultas ao TSE, uma vez que se estaria apenas atendendo à demanda regular de um órgão do Poder Judiciário com atribuições consultivas.

Entretanto, tal dúvida pode ser esclarecida ao se considerar que, embora a consulta venha a ser de iniciativa de um jurisdicionado, a expedição de resolução

acaba sendo de iniciativa do próprio TSE. Ademais, o conteúdo de uma resolução, ainda quando o TSE não tenha sido provocado, não pode extrapolar os limites legais anteriormente postos. Assim, conforme apresentado, em relação às peculiaridades próprias verificadas nos casos de resoluções expedidas pela Justiça Eleitoral pode-se constatar a ocorrência de judicialização da política no momento da provocação e, em seguida, o ativismo judicial, no momento da elaboração da respectiva resolução, uma vez que os critérios adotados para se inserir os conteúdos que delas farão parte são de inteira responsabilidade dos ministros do TSE.

Tereza Cristina Vale (2009), em sua tese de doutoramento, analisa todos os tipos de resoluções editadas pelo TSE entre 1945 e 2002 e as classifica quanto ao conteúdo, forma, assunto, iniciativa, etc. Entretanto, embora identifique claramente as diferenças relativas às resoluções criadas a partir de consultas daquelas criadas especificamente para regulamentar os procedimentos da Justiça Eleitoral em anos de eleição, as trata da mesma maneira para fins de se identificar a ocorrência ou não da judicialização da política. A autora afirma que “a judicialização da política e o ativismo jurídico são fenômenos distintos. Ainda que para se ter judicialização da política é necessário o ativismo jurídico, este não é condição suficiente” (VALE, 2009). Entretanto, por todo o anteriormente exposto, não concordamos inteiramente com tal afirmação.

Não há dúvida de que as expressões “judicialização da política” e “ativismo jurídico” tenham conceitos diferentes. Ocorre que, conforme mencionado pela própria autora, o ativismo jurídico foi tratado com bastante propriedade por Mauro Cappelletti (1999), demonstrando que a postura criativa dos juízes teve início com a crise do formalismo jurídico. Entretanto, o autor italiano se referiu em toda sua obra aos casos em que os juízes exerciam sua criatividade no momento de interpretar as leis, afirmando que o papel de um magistrado vai além da mera aplicação do texto legal, havendo responsabilidade pessoal, moral e política tanto quanto jurídica. Esse conjunto de elementos que envolvem a atuação do juiz constituiria a verdadeira politização de sua atividade, cabendo questionar se essa politização transformaria o juiz em legislador. Assim, constata-se que a referência ao ativismo judicial contida em sua obra diz respeito à atividade judicante dos magistrados, ao contrário do que ora se mencionou em relação à Justiça Eleitoral, ocasião na qual se verifica a expedição de resoluções com conteúdo normativo como exercício da função atípica do TSE.

Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial criativo pode se manifestar de diferentes maneiras, sendo o caso da Justiça Eleitoral brasileira interessante por evidenciar a possibilidade de que o ativismo judicial, verificado pela edição de resoluções que extrapolam o conteúdo das leis, em alguns casos tenha sido iniciado por meio de provocações dos próprios jurisdicionados (candidatos ou partidos políticos), condição suficiente para classificar este último fenômeno como judicialização da política, nos termos dos conceitos adotados neste trabalho.

CONCLUSÃO

Diante do objetivo inicialmente proposto para este trabalho, no sentido de canalizar os esforços para mapear o atual cenário da literatura específica sobre o comportamento do Poder Judiciário, sobretudo em face dos demais Poderes, a primeira – e mais importante – conclusão a que se pode chegar é a de que *judicialização da política e ativismo judicial* constituem fenômenos distintos, embora conceitualmente próximos e ambos sendo decorrentes da crescente expansão pela qual o poder judicial vem passando ao longo das últimas décadas em diversos países de tradição democrática ao redor do globo. Esta primeira conclusão, conquanto à primeira vista possa parecer trivial, é particularmente relevante, sobretudo ao se considerar a quantidade de autores que ainda se referem a ambos os fenômenos indistintamente, o que, inclusive, os têm levado a conclusões diversas pelo simples fato de estarem, sem saber, se referindo a eventos diferentes.

Assim, conforme proposto por Luís Roberto Barroso (2010), entendemos bastante pertinente qualificar o fenômeno da judicialização da política como um *fato*, e, portanto, algo que reflete os acontecimentos ocorridos na sociedade. Em termos práticos, pode-se traduzir como o aumento no número de ações judiciais demandadas perante juízes e tribunais, o que, em virtude de diversos fatores, vem ocorrendo em maior escala nos últimos anos, razão pela qual se justificam os diversos trabalhos acadêmicos recentemente elaborados voltados a analisar este fenômeno.

Ainda seguindo a sugestão de Barroso (2010), se a judicialização da política pode ser entendida como um *fato*, o ativismo judicial, por sua vez, seria um *modo* de exercício da competência judicial. Neste trabalho demonstramos que a postura ativista dos magistrados pode ocorrer tanto na aplicação das regras quanto na criação das regras, como no caso da Justiça Eleitoral que, sob o pretexto de estar regulamentando a legislação eleitoral – o que lhe é permitido – estaria, na verdade, criando novas regras e vedações não existentes no ordenamento produzido pelo Legislativo – o que, por suposto, não lhe é permitido.

Superado este esforço inicial de separar e identificar categoricamente cada um dos fenômenos, coube-nos a tarefa, agora mais complexa, de voltar as atenções para as minúcias de cada um deles, o que nos permitiu perceber que, mesmo dentre os textos que tratavam apenas da judicialização da política ou do ativismo judicial,

isoladamente, ainda havia certa dispersão de sentidos pelos quais as expressões eram utilizadas. Era necessário, portanto, refinar as pesquisas na busca pelos elementos que nos permitissem identificar semelhanças e diferenças suficientemente robustas para possibilitar a separação em subgrupos mais específicos.

Para sistematizar os resultados encontrados foram criadas cinco categorias dentro de cada um dos dois grupos maiores, o que nos possibilitou acomodar a quase totalidade dos significados encontrados para os mencionados signos. Como a pretensão deste trabalho nunca foi a de criar rótulos exaustivos, uma vez que seria praticamente impossível abarcar todas as acepções produzidas pela criatividade dos autores, ressalvamos o fato de terem ficado de fora os trabalhos para os quais não foram encontrados estudos em paridade de sentido com outros ou que não traduzissem uma aplicação metódica a ponto de ensejar uma identificação segura da significação pretendida. Por outro lado, houve casos em que foram criadas categorias mesmo diante de pequeno número de trabalhos cuja utilização das expressões tenha sido igual. Isso porque, a despeito da escassez de exemplares, foi possível perceber, nestes casos, uma boa coerência nos argumentos utilizados, o que poderá levar outros autores a tratar do tema partindo da abordagem proposta.

Outra conclusão obtida a partir dos resultados encontrados nas pesquisas realizadas para este trabalho diz respeito ao conjunto de fatores que possibilitaram a ocorrência dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. A disseminação da corrente teórica do neoconstitucionalismo entre os juristas brasileiros, no sentido de defender a força normativa de toda a constituição, inclusive de seus princípios mais vagos, cabendo ao Judiciário fazer uma leitura do texto infraconstitucional à luz da constituição – não apenas por meio de técnicas e métodos positivistas de aplicação do Direito pela subsunção do fato à norma, mas utilizando-se, por exemplo, de ponderação e da proporcionalidade – combinado com o fato de o legislador constituinte ter incluído no texto constitucional uma generosa gama de princípios e direitos não apenas individuais, mas também sociais e transindividuais¹⁰⁹, inevitavelmente resultou em um cenário amplamente favorável para que o Judiciário se inserisse em diversas áreas nas quais antes não atuava, inclusive em relação a temas essencialmente políticos. Este modelo substancialista

¹⁰⁹ Como direito ao meio ambiente, acesso ao patrimônio histórico, artístico e cultural, etc.

de tratar a constituição – hegemônico atualmente no Brasil –, portanto, está diretamente relacionado ao crescimento dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Mesmo no caso específico do ativismo judicial, em que se analisa um comportamento do próprio Judiciário, atuando mediante provocação ou não, é possível identificar elementos previamente existentes que ensejaram ou fomentaram determinados tipos de condutas. Uma consequência da inclusão de princípios nos textos constitucionais, por exemplo, foi o despertar de correntes teóricas jusfilosóficas pós-positivistas que passaram a defender um giro hermenêutico no sentido de elevar a *norma* a uma categoria de gênero, dos quais seriam espécies os *princípios* e as *regras*, efetivando, assim, a força normativa dos princípios, que não mais poderia ser ignorada na aplicação cogente do Direito. Este movimento, contudo, embora esteja relacionado à maneira como as normas são aplicadas, não deve ser analisado sem se considerar sua estreita relação tanto com o neoconstitucionalismo quanto com a criação de cortes constitucionais, evento pertencente ao grupo de elementos responsáveis, direta ou indiretamente, pela alteração nos mecanismos de controle de constitucionalidade existentes.

Para se fazer uma análise séria e fundamentada acerca da relação entre Judiciário e Legislativo, no que diz respeito especificamente ao controle de constitucionalidade, é imprescindível, no entanto, desconstruir qualquer tipo de estereótipo ou idealizações vinculados a ambos os Poderes. Dessa maneira, o Legislativo não deve ser visto nem como a casa de expressão da soberania popular que, atuando por meio de deliberações entre representantes eleitos pelo povo, seria o tradutor máximo e único dos desejos e necessidades da população ou de sua maioria, nem como um Poder totalmente corrompido, sendo necessário considerar, para tanto, os reais déficits de representatividade existentes entre eleitores e eleitos. No mesmo sentido, o Judiciário não deve ser entendido nem como o espaço absolutamente neutro, em que prevalecem apenas os discursos jurídicos, totalmente isentos de quaisquer preferências políticas, o que o colocaria em uma suposta condição de “salvador da pátria”, nem como o Poder intencionado a usurpar competências alheias.

O mesmo raciocínio é cabível em relação ao controle de constitucionalidade, devendo ser redobrada a cautela para que evitemos cair no argumento fácil e tentador de que a própria constituição teria definido a prerrogativa do STF, enquanto

corte constitucional, para verificar a produção legislativa do parlamento. Essa justificativa, embora correta, não é completa, uma vez que não foram especificados, no texto constitucional, os limites substantivos dentro dos quais deve o STF atuar. Em outras palavras, a constituição não deixou claro – até mesmo pela própria impossibilidade – se nossa corte constitucional deve manter uma postura ativista ou autocomedida na interpretação dos casos concretos, cabendo a equalização dos embates ser estabelecida dia após dia pelos Poderes envolvidos.

Na esteira dos entendimentos atuais de que democracia não significa apenas um método de tomada de decisões pelas maiorias, podemos concluir também que compete ao Judiciário exercer o controle formal dos trâmites envolvendo a deliberação de projetos de lei no âmbito do Legislativo, para evitar que as minorias parlamentares sejam atropeladas ou simplesmente ignoradas. A despeito de questionamentos acerca de uma suposta interferência em matérias que seriam, em princípio, *interna corporis* das casas legislativas, cabe ressaltar que se o controle fosse exercido exclusivamente pelos próprios parlamentares haveria a possibilidade de que os grupos majoritários, descumpridores das regras que visam proteger as minorias, ocupassem posições de fiscais de seus próprios atos, o que jogaria por terra a efetividade da proteção pretendida.

Outra conclusão possível, em relação à postura do Judiciário no controle de constitucionalidade frente a questões que envolvem as maiorias e minorias, diz respeito ao grau de legitimação democrática do ato normativo produzido, no sentido de respaldo popular acerca do tema debatido. Assim, as intensas manifestações favoráveis à criação de leis específicas, como no caso da Lei nº 9.840/99, que introduziu o artigo 41-A na Lei das Eleições¹¹⁰, ou no caso da Lei da Ficha Limpa¹¹¹, ambas de iniciativa popular, ensejariam um comportamento mais autocomedido, pelo Judiciário, sem que isso signifique, contudo, o completo abandono das exigências constitucionais para a validação do ato. Por outro lado, no caso de leis ou atos normativos que envolvam restrição de direitos de minorias ou no caso em que eventual ausência de atos normativos implique em violação de direitos de minorias, seria justificável um grau maior de atuação ativista do Judiciário. Este ativismo, portanto, não seria oportuno no caso de proteção de direitos de maiorias, uma vez

¹¹⁰ Lei nº 9.504/97.

¹¹¹ Lei Complementar nº 135/2010.

que estas, por possuírem condições de garantir esses direitos politicamente, não dependeriam da atuação do Judiciário.

Ainda sobre o controle de constitucionalidade, considerando que o texto constitucional não contempla apenas regras de natureza formal para a atuação legislativa, cabe ao Judiciário também garantir direitos substantivos mínimos sem os quais não se pode sequer falar em democracia. Estes direitos envolvem, por exemplo, as liberdades individuais de expressão, liberdade de associação política, liberdade para fazer oposição ao governo, dentre outros, o que os qualificam como pressupostos para a existência de um estado democrático de fato e, portanto, autorizariam um maior ativismo judicial. No mesmo sentido, devem ser protegidos os direitos que digam respeito à dignidade da pessoa humana, sem os quais o indivíduo não alcançaria patamares mínimos para ser reconhecido como sujeito cuja voz merece ao menos ser considerada nas deliberações participativas democráticas.

Em relação ao grau de ativismo ou autocomedimento que deve balizar a atuação do Judiciário ao tratar do controle de constitucionalidade, outro ponto de extrema relevância a ser considerado diz respeito à capacidade institucional do órgão para tomar decisões sobre temas complexos, específicos, não jurídicos e que estejam fora da expertise dos membros que o compõem. Uma vez entendida a imagem do juiz Hércules, idealizada por Dworkin, como sendo uma metáfora não alcançada e reconhecidas as limitações do próprio Judiciário, o caminho estaria aberto para decisões mais qualificadas, ainda que não tomadas por algum magistrado. Assim, ao se deparar com questões deste matiz, o mais recomendável seria uma postura mais autocomedida, sobretudo nos casos em que decisões anteriores tenham sido tomadas por órgãos especializados nos assuntos em questão. Isso, portanto, não traduziria uma falta de legitimidade para decidir tais temas, mas sim, um comportamento deliberadamente modesto, pelo Judiciário, de reconhecer suas próprias limitações, o que, caso contrário, pode levar a decisões danosas ao requerente, ainda que as intenções norteadoras do ato sejam as melhores.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE NETO, João. *O positivismo jurídico e a legitimidade dos juízos eleitorais: a insuficiência da resposta juspositiva à questão da judicialização da política*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2010.

AVRITZER, Leonardo. *Teoria Democrática e Deliberação Pública*. São Paulo: Lua Nova Revista de Cultura e Política, n. 50, pp. 25-46, 2000.

ACKERMAN, Bruce. *The storrs lectures: Discovering the Constitution*. Yale Law Journal, v. 93, 1984.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, K. *Democracia procedimental e jurisdição constitucional*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 6745-6765.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Atualidades Jurídicas (Brasília), v. 11, p. 62-106, 2011.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

_____. *O acesso às prestações de saúde no Brasil: desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre judicialização da saúde, 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 01-mar-2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jul. 2011.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45. Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 5 abr. 2013.

- BRASIL. Lei nº 12.734. Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12734.htm>. Acesso em: 5 abr. 2013.
- BRASIL. Lei da Ficha Limpa. Lei Complementar n. 135. Brasília, DF, 4 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em 5 mai. 2013.
- BRASIL. Lei 9.840. Brasília, DF, 28 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.
- BRASIL. Lei das Eleições. Lei n. 9.504. Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.
- BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases. Lei n. 9.394. Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 5 abr. 2013.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Diário Oficial da União, 17 jan. de 1973, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 30 mar. 2010.
- BRASIL. Lei de Imprensa. Lei n. 5.250. Brasília, DF, 9 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 5 abr. 2013.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 5 abr. 2013.
- BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 544. Brasília, DF, 28 mai. 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7AD4B3BB03B0013530593FBE4DAFA49.node1?codteor=43711&filename=PEC+544/2002>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- BRASIL. Regimento Comum do Congresso Nacional: Resolução nº 1. Brasília, Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegCN.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2013.
- BROSSARD, Paulo. *A constituição e as leis a ela anteriores*. Arquivo Ministério Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992.
- CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15 ed. V.1. São Paulo: Atlas, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Teoria Del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, Curitiba, n. 23, p. 115-124, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política..* Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº 34, pp. 147-156, 1997.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade*. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, p. 1839-1849, 2009.

CHRISPINO, A.; CHRISPINO, R. *A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores*. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 16, n. 58, p. 9-30, jan./mar. 2008

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: Dirley da Cunha Júnior; Rodolfo Pamplona Filho. (Org.). Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2007, 1 ed. v. 01, p. 71-112.

CURY, C. R. J.; FERREIRA, L. A. M. *A judicialização da educação*. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.

_____. *Justiciabilidade no campo da educação*. Revista de Política e Administração da Educação. Porto Alegre: ANPAE, v. 26, n. 1, p. 75-103, jan/ abr. 2010.

DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Journal of Public Law, p. 279-295, 1957.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2, 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

DOTAN, Yoav; HOFNUNG, Menachen. *Legal Defeats – Political Wins: Why do Elected Representatives Go to Court?* Comparative Political Studies, 2005. vol. 38, no 1, pp. 75-103.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DURÃO, A. B. *É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?*. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005. p. 1-14.

ELSTER, J. *A Possibilidade da Política Racional*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n.39, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. In: Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. *Diritto & Diritti*, v. 14.out, p. 30316, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 13-30.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Os Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos - A contribuição da obra de Alexy*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 1:2, p. 134-142, 1998.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, 2001.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *As raízes do realismo Americano: breve esforço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA*. *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 2, p. 155-190, 2005.

GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. *Emory Law Journal*. Vol. 58, p. 1195-1263, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constitution Adjudication and democracy*. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004.

_____. *Constitutional courts vs religious fundamentalism: three Middle Eastern tales*. *Texas Law Rev.* 82: 1819-60, 2004.

_____. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, Vol. 75, No. 2, pp. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 15/04/2013.

_____. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. *Annual Review of Political Science*, Vol. 11, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em 15/04/2013.

IKPA, Vivian W.; MCGUIRE, C. Kent. *Narrowing the Achievement Gap in a (Re) Segregated Urban School District: Research, Policy and Practice*. In: *The Achievement Gap, Research, Practice and Policy*. Virginia-Norfolk: Information Age Publishing Inc., 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"*. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1447, 2004.

KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas Sociedades Contemporâneas*. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova (impresso), São Paulo, v. 57, p. 113-133, 2002.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 101-140, 2002.

MARTINS, Ives Gandra. *Repertório IOB de jurisprudência*, nº 8/95, p. 150-154, abr. 1995.

MAZZEI, R. R. *Mandado de injunção*. In: *Ações Constitucionais*. DIDIER Jr., Fredie. (Org.). 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1, p. 211-274.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 34ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Porto Alegre: Livaria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MICHELMAN. *Law's republic*. The Yale Law Journal. v. 97. n. 8. Symposium: The Republican Civic Tradition (1988). p. 1493-1537.

MIRANDA, Geralda L. *Executivo, Congresso e parlamentares na estrutura de delegação legislativa do Brasil republicano*. E-Legis, v. 9, p. 6-23, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PADILHA, R. C. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Controle e Legitimidade Democrática*. Revista Diálogos Eleitorais, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, dez. 2012, p. 78-98. Disponível em: <<http://portaleleitoral.com/publicacoes/revista>>. Acessado em: 25-fev-2013.

POGREBINSCHI, T. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRZEWORSKI, Adam. *Minimalist Conception of Democracy: a defense* in SCHAPIRO, Ian e Casiano HACKER-CORDÓN. (eds.), *Democracy's Value*. Cambridge, pp. 23-55, 1999.

PRZEWORSKI, Adam *et alii*. *Democracy and Development. Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*. Cambridge University Press. Cambridge Studies in the Theory of Democracy, 2000.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro, 1999.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. *A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 11, n. 21, p. 49-76, jan./jun. 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito*, In: *Legalidade e Legitimidade*, de Carl Schmitt. Belo Horizonte, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho* (coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Judicialização da política e ativismo judicial*. In: Temas – Direito Constitucional. Vídeo aula disponibilizada em <www.sala.saberonline.com.br> desde 2011. Acesso em 03/05/2013.

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>> desde 03/09/2012. Acesso em 30/04/2013.

SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Fortune, 1947.

SCHUMPETER, J. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SILVA, Jeferson Mariano. *Crítica da Judicialização da Política*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política apresentada ao Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ. Rio de Janeiro: UERJ (RJ), 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado H. *Habermas e a jurisdição constitucional*. In: Marcos Nobre; Ricardo Terra. (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199-222.

SILVEIRA, Adriana Dragone. *Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica*. *Jornal de políticas educacionais*, n° 9, p. 30-40, janeiro-junho de 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari *et alli*. *Controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo*. In: Série Pensando o Direito, n° 30/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes*. Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Observatório da Justiça Brasileira. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas – FAFICH/UFMG, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *Lochner's Legacy*. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 5, 1987, p. 874.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi. *A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica*. Revista de Direito Sanitário, v. 9, p. 139-143, 2008.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

_____. *Why the expansion of judicial power?*. In: Tate, N. e Vallinder, T. (orgs.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press.

TAVARES, André Ramos. *Direito Fundamental à Educação*. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v. 1, 2009.

TAYLOR, M. M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

_____.; DA ROS, L. *Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política*. Dados (Rio de Janeiro), v. 51, p. 438-439, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, SÃO PAULO, p. 37-58, 2012.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano Editora, 2001.

VALE, Teresa Cristina de Souza Cardoso. *Justiça Eleitoral e judicialização da política: um estudo através de sua história*. Tese de doutorado em Ciência Política apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. *The judicialization of politics - a world-wide phenomenon: introduction*. International Political Science Review, v. 15, 2,; p. 91-99, 1994.

_____. *When the Courts Go Marching In*. In: Tate, N. e Vallinder, T. (orgs.), *The global expansion of judicial power*. New York, New York University Press. [Originalmente publicado como: Vallinder, T. (1994).]

VIEIRA, José Ribas; CAMARGOS, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE, v. 02, p. 74-85, 2009.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de Processo Civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Cap. IX. Sociologia da Dominação, Seção 8, A Instituição Estatal Racional e os Modernos Partidos Políticos e Parlamentos (Sociologia do Estado), Editora UNB, Brasília-DF, pp. 517-68, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____, Luiz, BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. *Dezessete Anos de Judicialização da Política*. Tempo Social, 2007. Vol. 19, no 2, pp. 39-85.

WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. University Press of Kansas, September 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAULI, E. M., *Judicialização da política, Poder Judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, v. 185, p. 7-25, 2010.