

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E TECNOLÓGICAS
PROGRAMA DE PÓS – GRADUAÇÃO EM POLÍTICA SOCIAL E DIREITOS
HUMANOS
MESTRADO EM POLÍTICA SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

GIORDANA NUNES BACELAR ESPINOSA

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA *VERSUS* ATIVISMO JUDICIAL: O
EMPODERAMENTO DAS CORTES SUPERIORES NO BRASIL

Pelotas
2017

GIORDANA NUNES BACELAR ESPINOSA

A Judicialização da Política *versus* Ativismo Judicial: o empoderamento das cortes superiores no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos - Centro de Ciências Sociais e Tecnológicas da Universidade Católica de Pelotas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Política Social e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Oliveira de Moura.

Pelotas
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E77j Espinosa, Giordana Nunes Bacelar
 A judicialização da política versus ativismo judicial: o empoderamento das cortes superiores no Brasil. / Giordana Nunes Bacelar Espinosa. – Pelotas: UCPEL, 2017.
 102 f.
 Dissertação (mestrado) – Universidade Católica de Pelotas, Mestrado em Política Social e Direitos Humanos, Pelotas, BR-RS, 2017. Orientador: Marcelo Oliveira de Moura.

 1. judicialização da política. 2. ativismo judicial. 3. politização do judiciário. 4. cortes superiores. I. Moura, Marcelo Oliveira de, or. II. Título.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Cristiane de Freitas Chim CRB 10/1233

GIORDANA NUNES BACELAR ESPINOSA

A Judicialização da Política *versus* Ativismo Judicial: o empoderamento das cortes superiores no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Política Social- Centro de Ciências Sociais e Tecnológicas da Universidade Católica de Pelotas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Política Social.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Dr. Marcelo Oliveira de Moura
Universidade Católica de Pelotas – UCPEL/RS

Examinador: Professor Dr. Rafael Fonseca Ferreira
Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS

Examinador: Professor Dr. Luiz Antônio Bogo Chies
Universidade Católica de Pelotas – UCPEL/RS

Pelotas, 27 de Novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu pai Claudiomiro Espinosa, que sempre me incentivou nos estudos, no empoderamento enquanto pessoa e com minhas opiniões, ainda que de criação militar, sempre me deu a liberdade para ser e fazer o que sempre quis, seguindo meus sonhos, meus objetivos e sendo o principal apoiador das minhas decisões.

A minha mãe Lígia Espinosa, a base do nosso lar, nossa sustentação para que eu e meu irmão Erick pudéssemos seguir nossos caminhos, nossos estudos, nos acompanhando em todas as mudanças de cidade que já passamos e sempre buscando nos dar a melhor educação, o carinho e o aconchego do lar.

A minha “boa”drinha e tia, Tânia Espinosa, pelo incentivo e na busca incessante pelo conhecimento, por acreditar nos meus projetos e ser fiel companheira de caminhada nessa jornada acadêmica e profissional que escolhi trilhar.

Ao meu companheiro de vida e alma, Alysson Nogueira, que me apoiou na minha vinda à Pelotas e se mostrou muito mais do que um namorado, sendo meu amigo, meu confidente e “psicólogo”, ouvindo meus medos e ajudando a enfrentá-los.

Aos professores e colegas do PPG da UCPEL que compartilharam seus conhecimentos, informações e pontos de vista, ainda que conflitantes, mas sempre abertos ao diálogo e a troca de experiências, que valem muito mais do que textos acadêmicos.

Aos seres de luz, para quem acredita, que me deram coragem, saúde e serenidade no caminhar deste projeto, para que eu pudesse chegar ao final com a sensação de dever cumprido.

Deixo aqui a minha gratidão e votos de felicidades a quem caminhou comigo e a certeza de que novas caminhadas virão!.

“As pessoas mais felizes que conheço são aquelas que têm consciência de sua missão. Sabem por que vieram fazer esta viagem ao planeta Terra. Einstein dizia que “Deus não joga dados”, ou seja, o que acontece no universo não é simples acaso, mas faz parte de uma lei cósmica. As pessoas que aprendem esse jogo do universo são as que têm mais prazer em viver. Não deixam a vida ao sabor do acaso. Sabem que ela não é simplesmente um dia após o outro, é viver cada dia com a percepção de que podemos mudar o destino. Todos os dias, a cada decisão, a cada ação, estamos traçando nosso destino, o sucesso ou a derrota.” Shinyashiki, Roberto T. Os donos do futuro. São Paulo : Editora Infinito, 2000.

RESUMO

Esta dissertação é resultado de estudos bibliográficos temáticos e jurisprudenciais sobre a judicialização da política, a politização da justiça, o Ativismo Judicial e a atuação das cortes superiores do Brasil. O tema envolve uma abordagem teórica acerca da judicialização da política e do ativismo como fenômenos de empoderamento do poder judiciário, e de que forma afetam na vida política e democrática da sociedade brasileira. A problemática principal estudada foi a de que, mesmo sendo um órgão do judiciário, a corte teria também seu papel político na sociedade?, qual seria esse papel e seus limites ao exercê-lo? Para tanto, foi preciso o estudo sobre as principais diferenças conceituais entre judicialização da política e ativismo judicial, os limites da atuação judicial e a aplicação da norma. O maior motivo que gerou o empoderamento político por parte dos tribunais, além da instituição democrática pós Constituição de 1988, foi o de que a população não confia nas demais instituições, em destaque o Executivo, por não corresponder as exigências sociais e pela crescente corrupção em conjunto com Legislativo. Concluiu-se que a atuação do Judiciário vai muito além das questões que são levadas a ele no quesito de direito e legislação perante a Constituição. Há também um envolvimento na própria regulamentação política e social, repercutindo na democracia brasileira como um todo.

Palavras-Chave: Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Politização do Judiciário. Cortes Superiores.

ABSTRACT

This dissertation is the result of thematic and jurisprudential bibliographical studies about judicialization of politics, the politicization of justice, Judicial Activism and the actions of the Supreme courts of Brazil. The theme is a theoretical approach to the judicialization of politics and activism as phenomenon of empowerment of the judiciary, and how these phenomenon affect the political and democratic life of Brazilian society. The main problem studied was that, even if it were an organ of the judiciary, the court would also have its political role in society, what would be its role and limits in exercising it? In order to do so, it was necessary to study the main conceptual differences between judicial judicialization and judicial activism, the limits of judicial action and the application of the norm. The major motive that generated political empowerment by the courts, in addition to the post-1988 democratic institution, was that the population does not trust the other institutions, especially the Executive, for failing to meet social demands and growing corruption in with Legislative. It was concluded that the work of the Judiciary goes far beyond the issues that are brought to it in the area of law and legislation before the Constitution. There is also an involvement in the political and social regulation itself, impacting on Brazilian democracy as a whole.

Keywords: Judicialization of Politics. Judicial Activism. Politicization of the Judiciary. Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI– Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADO – Ação Direta por Omissão
AI – Agravo de Instrumento
Art. - Artigo
CC – Código Civil
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
EUA – Estados Unidos da América
FMI – Fundo Monetário Internacional
HC – Habeas Corpus
HD – Habeas Data
MI – Mandado de Injunção
MS – Mandado de Segurança
ONU – Organização das Nações Unidas
PGR – Procuradoria Geral da República
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PODER JUDICIÁRIO E CONSTITUIÇÃO.....	14
2.1 Do modelo Parlamentarista ao Constitucionalista.....	14
2.2 Origens da Constitucionalização, Judicialização e Expansão Judicial.....	23
2.3 Justiça, Autoritarismo e Transição Democrática: O Papel do Judiciário na América Latina.....	40
2.4 Limites da atuação judicial e a aplicação da norma como estratégia política..	45
2.5 A Politização Jurisdicional.....	55
3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL: DIFERENTES RUMOS E FENÔMENOS DE UM JUDICIÁRIO EMPODERADO.....	62
3.1 Prolegômenos de um problema.....	62
3.2 A Judicialização das Relações Sociais.....	68
3.3 Razões para a Judicialização da Política no Brasil.....	73
3.4 O Ativismo Judicial e as consequências político-institucionais no direito Brasileiro.....	75
4 CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação é resultado de estudos bibliográficos temáticos e jurisprudenciais sobre a judicialização da política, a politização da justiça, o papel do Poder Judiciário, o Ativismo Judicial e em especial, a atuação das cortes superiores do Brasil, tendo como foco principal a atuação política e ativista exercida pelo Supremo Tribunal Federal – STF e o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, com algumas nuances e citações de práticas políticas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Elaborada para a linha de pesquisa: *Cidadania, Proteção social e Acesso à Justiça* do curso de pós graduação em política social nível mestrado da Universidade Católica de Pelotas, visou trabalhar com referencial crítico, as diferentes perspectivas teóricas no contexto das relações sociais e jurídicas, o acesso à justiça e suas instituições, aqui representada pelo Poder Judiciário.

Nos anos 2016 e 2017, o Judiciário protagonizou as principais manchetes políticas e mídias digitais e impressas do País, no centro de discussões acaloradas sobre seu papel e seus limites de atuação, principalmente com relação aos demais poderes do Estado, sendo eles o Legislativo e o Executivo.

A pertinência temática da presente dissertação mostra-se no sentido de popularização e protagonismo da atuação do poder Judiciário, mais precisamente suas Cortes Superiores STF e TSE. A atuação das cortes superiores estão em voga e atualíssimas, sendo assunto nas conversas cotidianas, nos debates acadêmicos, nas páginas dos jornais e na televisão brasileira, um protagonismo em destaque, no meio de processos e investigações políticas e criminais no turbilhão da Operação Lava Jato.

Buscou-se analisar de modo inicial a atuação das Cortes Superiores no Brasil, numa perspectiva crítica e alinhada aos ensinamentos de hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional, tendo como referencial teórico básico os autores: Mônia Henning Leal, Lenio Streck, Clarissa Tassinari, Werneck Vianna, Neal Tate e Torbjörn Vallinder.

Tinha-se como intuito principal, estudar o judiciário brasileiro e os fenômenos que o cercam, ou nele surgem, sendo os principais recortes deste estudo a

judicialização da política, a Constituição, a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

O tema é de uma abordagem teórica acerca da judicialização da política e do ativismo como fenômenos de empoderamento do poder judiciário, e de que forma esses fenômenos afetam na vida política e democrática da sociedade brasileira, em que pese tenhamos uma democracia muito jovem e atualmente enfraquecida, os cidadãos veem no judiciário uma instituição que figura como principal mantenedor da ordem pública e das políticas.

A problemática principal aqui estudada é a de que: *mesmo sendo um órgão do judiciário, a corte teria também seu papel político na sociedade?, qual seria esse papel e seus limites ao exercê-lo?*

A hipótese de trabalho é, basicamente, a de que a estrutura processual judicial no Brasil vem se modificando e nos últimos anos, com o aumento das demandas políticas no judiciário, envolvendo escândalos e corrupção com o uso de dinheiro público e os privilégios das funções públicas, a judicialização dos conflitos políticos tem mudado ao longo dos anos o jeito de ser e agir do judiciário, principalmente da suprema corte e o modo de ser do processo judicial brasileiro.

O poder judiciário se vê na necessidade de responder aos clamores da sociedade, da mídia e dos demais agentes políticos, ainda que tenha que decidir sobre questões de processo legislativo, organização de outros poderes e políticos com foro privilegiado.

Acerca do fenômeno da judicialização da política muito se tem falado, inclusive no Brasil, e sob muitos prismas e conceitos diferentes. A par dessa multiplicidade de enfoques, a maior parte do debate aqui trabalhado é sobre seus conceitos, estrutura e posição perante a formação judiciária do Brasil e seus efeitos enquanto fenômeno nos demais poderes do Estado.

Enquanto o ativismo judicial é abordado nos seus diferentes conceitos e críticas, é verificado os julgados mais polêmicos do judiciário, principalmente das suas cortes superiores, quais sejam: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior Eleitoral, levando-se em consideração o período em que foram proferidas e seus reflexos enquanto jurisprudência.

Pretendeu-se assumir uma feição crítica e contrária a expansão ativista do judiciário em suas decisões. O empoderamento das cortes superiores acabou por gerar um efeito cascata e perigoso, uma vez que a abertura de um precedente político pela corte superior pode servir como paradigma para os juízes, em todos seus graus.

O ativismo judicial abre a porta para um *deficit* democrático que seriam gerados pela intromissão de juízes, ao pensar estar suprindo lacunas ou interpretando arrojadamente um lei. Os juízes estariam se tornando atores políticos, mas sem representatividade ou qualquer qualidade política, sendo um político togado pilastrado na sua função constitucional de dizer o direito.

Ao estudar os elementos de diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, chegou-se a compreensão de que além de serem completamente diferentes na sua prática, existem sim, limites à atuação jurisdicional.

Portanto, a discussão proposta neste trabalho tem como objetivo identificar esses fenômenos, compreender como as Cortes decidem, seu grau de empoderamento e o quanto isto é saudável para a democracia, ainda mais no período político em que o Brasil está atualmente inserido.

É destacar o papel clássico do Judiciário em uma democracia, o qual é o de exercer a função de *freios e contrapesos* aos poderes Executivo e Legislativo, garantindo a incorporação das minorias ao processo político em sua função *contramajoritária*.

O cuidado ao exercer a jurisdição é fundamental para que os atos judiciais sejam uma espécie de prestação de contas para o fortalecimento da democracia, e não uma normatização vinculante e arrojadora inconstitucional.

2 PODER JUDICIÁRIO E CONSTITUIÇÃO

2.1 Do modelo Parlamentarista ao Constitucionalista

Houve um período na história que foi muito importante para os debates acerca da democracia e principalmente sobre a separação dos poderes, o chamado período Renascentista. Esse período trouxe a discussão sobre o exercício do poder e da democracia. Os pensadores da época não viam o Poder Judiciário como um poder a ser destacado no arranjo democrático, muito menos a função exercida pelo mesmo.

Um pensador importantíssimo e percursos na clássica concepção de separação dos poderes foi Montesquieu, onde estudou e se preocupou em enfatizar que o poder de administrar e de legislar jamais poderia estar nas mãos de uma única pessoa ou de um único corpo político.

Nesse ponto, impõe-se destacar que a obra de Montesquieu influenciou vários ramos do conhecimento, como a Sociologia, o Direito e a Ciência Política, esse último em destaque, proporcionou o desenvolvimento da Teoria dos Três Poderes (Separação dos Poderes).

A Teoria dos Três Poderes objetiva a manutenção do poder, ocupando-se de entender como as instituições políticas funcionam e se relacionam. A Teoria dos Poderes é normalmente difundida como um sistema no qual três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – exercem suas funções separados e cada um detentor de igual poder, sendo independentes e autônomos entre si. Porém, Montesquieu refuta implicitamente essa “*equipotência*” entre os poderes, sendo o Judiciário para ele um “poder nulo” em que “os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 119).

Além disso, como afirmou Franz Neumann em sua introdução da obra *O espírito das leis de Montesquieu*, a separação de poderes pode funcionar como obstáculo para as transformações sociais quando pensada como um modelo normativo destinado a enquadrar o conflito social em uma gramática imune à contestação pelas forças progressistas. O significado da separação de poderes e, por conseguinte, o do conceito de Estado de direito, também precisam entrar em disputa (NEUMANN, 1957).

A separação dos poderes e a concentração do poder também foram tema de estudo dos federalistas Madison, Hamilton e Jay (2003, p. 298) na década de 1780, onde, afirmaram que “[...] a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”.

Referenciando Montesquieu, os federalistas alertaram:

Se o poder de julgar estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador; e se o poder de julgar estivesse unido ao Executivo, o juiz poderia ter toda a força de um opressor (Montesquieu apud Madison, Hamilton e Jay, 2003, p. 300-1).

Ao relacionar a concepção de Montesquieu e os federalistas, temos que a concentração do poder propicia um cenário antipolítico e não democrático. Esse cenário é encontrado em países em desenvolvimento ou que tenham em seu aspecto social e político uma estrutura voltada a intervenções econômicas na política e sociedade, sendo o caso de países em que o neoliberalismo se instaurou, caso do Brasil. O Brasil é o país que será o foco principal deste trabalho e buscar compreender a intensa atividade jurisdicional ajudará a compreender a ascensão institucional do Poder Judiciário e seus reflexos para a vida em sociedade.

A proclamação da Constituição Federal de 1988 deu maior autonomia aos Poderes, bem como trouxe em si novas garantias aos seus representantes, com isso teve início por exemplo a recuperação das liberdades democráticas e as garantias da magistratura. Os juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, disputando espaço com os Poderes Legislativo e o Executivo e com isso, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas, econômicas e sociais que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final ou até mesmo seu ponto de partida.

Dentro desse contexto, o Poder Judiciário por meio de seus magistrados e ministros agem de forma mais ativa e com o passar dos anos ocorre um abandono quase que progressivo da aplicação pura positivista, ou seja, “letra da lei”¹.

¹ STRECK, Lenio Luiz. “É positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.). Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à

Elucida Luiz Werneck Vianna (1999):

O Poder Judiciário, antes de atitudes periféricas, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.

Essa mudança, contudo, não tem sido operada em ambiente tranquilo ou consensual. Este aspecto mais ativo e intervencionista do Poder Judiciário vem causando um surgimento de fenômenos institucionais que impactam diretamente na separação dos Poderes. Um primeiro olhar é dado ao fenômeno chamado de Judicialização da Política, o qual, pode tanto vir a favorecer as instituições e a sociedade através de um enriquecimento democrático e participativo, quanto também, pode significar uma intervenção direta à independência funcional dos demais Poderes, desequilibrando e afetando a harmonia entre os mesmos.

O novo Poder Judiciário que se projeta e se destaca, principalmente no cenário político vai em desencontro com o Princípio da Separação dos Poderes e a previsão constitucional do Art. 2º da Constituição Federal de 1988, em que, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Esse princípio surge como forma de controle e tem como objetivo separar e destacar as devidas atribuições de cada Poder.

Mas, antes que se faça uma diferenciação teórica dos fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial, é necessário compreender o desenvolvimento histórico desses fenômenos que se apresentam de forma conjunta.

No Brasil a doutrina brasileira os concebeu com o advento da Constituição de 1988 através da constatação da ocorrência de uma ampliação do papel político-institucional do Poder Judiciário e de seus tribunais superiores, caso da corte

letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou *antipositivista*. Por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai a denúncia do *panprincipiologismo* que tomou conta do “campo” jurídico de terrae brasilis) pode representar uma atitude (deveras) positivista. (...) Em linha diversa, é preciso dizer que, para a hermenêutica, isso não é bem assim. O elemento interpretativo que caracteriza mais propriamente a experiência jurídica pode, e deve, ser explorado fenomenologicamente. É possível oferecer limites ou anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. Isso é uma questão de controle democrático das decisões”. STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.

suprema, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal de Justiça.

O crescimento da atuação jurisdicional, seja pela via do fenômeno da Judicialização da Política, seja através do Ativismo Judicial, ambos assuntos já foram amplamente debatidos no contexto doutrinário das teorias jurídicas e políticas norte-americanas, mas no Brasil, inseriu-se timidamente sua discussão e produção de literária.

Em seus estudos Clarissa Tassinari explica que:

Este movimento de intensificação da atividade judiciária, que contemporaneamente se vislumbra numa perspectiva global, já foi vivenciado pelos Estados Unidos, que, em razão disso, desde a instituição do controle de constitucionalidade (*judicial review*) em 1803, produziu um numeroso acervo literário problematizando as atribuições, limites e competência do Poder Judiciário (2013, p. 28).

Em face da repercussão da obra de Montesquieu em escala mundial, o debate sobre a Judicialização da Política foi trazido ao Brasil. E o artigo intitulado, *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, de 1997, da autoria de Marcus Faro de Castro, foi o marco inicial desse debate em nosso país, seguido, mais tarde, em 1999, pelo livro *A Judicialização da Política e das relações sociais*, de Luiz Werneck Vianna, *et alia*.

As discussões em solo norte-americano sobre os fenômenos da Judicialização da Política e o Ativismo Judicial em processos de controle de constitucionalidade se intensificaram de forma a atravessar fronteiras, chegando em solo brasileiro, o que, não ocorria anteriormente, pois os países continentais e por influência, os da América Latina, como é o caso do Brasil, eram fechados para o que era produzido na tradição anglo-saxã.

Nesse sentido é importante mencionar o jurista colombiano Diego Eduardo López Medina (2004), o qual citou que por muito tempo viveu-se sob o manto de um rigorismo formal na aplicação do direito (a letra da lei), herdado do direito privado europeu.

Com isso, ao se reconhecer a existência do fenômeno da Judicialização da Política, reconhece-se também a vinculação entre Direito e Política. Mais além, essa

vinculação refletiu na atuação dos juízes e tribunais, ocasionando então, uma propagação de um Ativismo Judicial.

A evolução histórica desses fenômenos foi tema de um estudo realizado em 1995 por dois cientistas políticos, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, ambos publicaram seus estudos para tratar da atuação do Poder Judiciário.

O estudo contou com trabalhos de estudiosos que se preocupam em demonstrar a Judicialização da Política em diversos países da América do Norte, Europa, Ásia, Oceania e até mesmo da África. Vislumbrou tratar das tendências dos sistemas políticos nos finais do século XX e início do século XXI.

A proposta era aprofundar um debate acerca da expansão das intervenções judiciais na direção do que se reconheceria por todos como exemplo americano de jurisdição. Por esse motivo, o título atribuído à obra foi "*The Global Expansion of Judicial Power*" (A Expansão Global do Poder Judiciário) (TATE; VALLINDER, 1995).

No século XIX, Alexis Tocqueville assevera não existir questão política que não seja encarada e decidida por uma corte judiciária: "Não há, por assim dizer acontecimento político em que não ouse invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas." (2005, p. 111).

Além das causas já apontadas, Tate e Vallinder apontaram as condições políticas que propiciaram o surgimento da Judicialização: a) democracia; b) separação de poderes; c) política de direitos; d) utilização dos tribunais por grupos de interesse; e) utilização dos tribunais pela oposição; f) inefetividade das instituições majoritárias; g) percepção das instituições políticas; e h) delegação de assuntos pelas instituições majoritárias. (TATE; VALLINDER, 1995).

A democracia como condição necessária não é suficiente, para os autores, não há como se imaginar um ditador convivendo com juízes independentes e tomando decisões de natureza política em um Estado não democrático.

Nesse sentido, no Brasil, ao buscar uma definição sobre Judicialização da Política, Vanice Regina Lírio Do Valle (2009, p. 32) acertadamente afirma que o pós Segunda Guerra Mundial provocou uma constitucionalização do direito, visto que ocorreram as legitimações dos direitos humanos e os sistemas norte-americano e

européu foram fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno de judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.

Esclarece Clarissa Tassinari, acerca dos acontecimentos que possibilitaram o surgimento do fenômeno da judicialização, que:

Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados (2013, p. 21).

Conforme preleciona Manoel Messias Peixinho:

A Judicialização da Política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A Judicialização da Política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos (2008, p.1).

Ao analisar em seu artigo o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal (STF), Marcos Faro De Castro entende que a Judicialização da Política promove uma interação entre os poderes, o que não é, necessariamente prejudicial à democracia, em suas palavras:

[...] Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse público', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos' (1997, p. 148).

O conceito de Judicialização da Política é tratado por Tate e Vallinder como o processo por meio do qual juízes e tribunais passam a influenciar ou determinar as políticas públicas previamente previstas em atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28).

Na visão de Tate e Vallinder, conforme elucidado por Rômulo Guilherme Leitão (2008) as circunstâncias necessárias para o surgimento da Judicialização da

Política dizem respeito ao declínio do império soviético e à manutenção dos Estados Unidos como superpotência mundial, livre para expandir a revisão judicial (*judicial review*) a sua zona de influência.

É válido se usar do conceito de Tate e Vallinder sobre Judicialização da Política, em que:

Assim, a Judicialização da Política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial (TATE; VALLINDER, *apud* NUNES, 2008).

Ainda na busca pela diferenciação e conceituação de Judicialização da Política e Ativismo Judicial, José Rodrigo Rodriguez (2013) destaca que:

Só faz sentido falar em Judicialização da Política ou em Ativismo Judicial tendo por padrão uma teoria normativa da política que se apoia em uma concepção bastante particular da separação de poderes em um Estado de direito.[...]

Dessa perspectiva, embora aparentem ser ideias bastante diferentes entre si, Judicialização da Política e Ativismo Judicial são como lados de uma mesma moeda, de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria invadida pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio invasor (2013, p. 9).

Nesse caso, a ligação entre os dois momentos está posta em uma visão em que o Legislativo deve ser o centro vivo de um Estado Democrático de direito, tanto a sede por excelência da política quanto ser o real ativista.

Tratar do fenômeno da judicialização é encontrar sua presença tanto na expansão da área de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com a transferência de decisões de cunho político para as de característica judicial, quanto na propagação dos processos judiciais para fora dos tribunais, através da designação de relatores, o uso dos votos, recursos, audiências públicas e até mesmo ter os precedentes como auxílio.

Não se pode negar que tanto o ativismo quanto a judicialização da política são mecanismos usados no sentido de mostrar o acentuado grau de produção judicial que assume o direito brasileiro atual. Diante dessa volumosa produção judicial e jurisdicional o Ativismo Judicial configura-se como um Poder Judiciário

revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.

A respeito do tema e as diferenças entre ativismo e Judicialização da Política, cita-se quatro apontamentos feitos por Clarissa Tassinari:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;
Segundo, a inter-relação entre Direito e política não autoriza a existência de ativismos judiciais;
Terceiro, há um equívoco em considerar Judicialização da Política e Ativismo Judicial como se fossem o mesmo fenômeno;
E quarto, a Judicialização da Política é um “fenômeno contingencial”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais (TASSINARI, 2013, p. 37-38).

A autora não deixa de destacar que a Judicialização da Política é um fenômeno que expressa muito além do que acontece em sociedade, nos dias atuais, por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, o fenômeno da Judicialização da Política é resultado também do aumento da demanda por processos e levar ao Poder Judiciário os mais diversos temas, entre eles as próprias questões políticas.

É inegável a dificuldade dos Estados modernos, notadamente dos países periféricos em promover e desenvolver políticas públicas, ainda mais com partidos políticos frágeis, corruptos e problemas na manutenção das maiorias parlamentares e a chamada estabilidade de governabilidade.

Por essas razões, a Judicialização da Política vai muito além de uma questão jurisdicional, uma vez que deriva dos mais diversos fatores e muitos alheios à jurisdição e que nem deveriam ser judicializados pela sua natureza coletiva muito mais voltado ao social e de efetivação política. Porém, pelo não fazer ou fazer deficiente por parte dos demais institutos Estatais, seja em legislar ou executar, acaba gerando um quadro de inefetividade das instituições e propicia a expansão do poder judicial e como consequência a Judicialização da Política.

No que diz respeito à Judicialização da Política, Manoel Messias Peixinho afirma que o Estado de Direito sofreu profunda modificação quando abandonou a missão de Estado regulado através do Poder Legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, e passou a considerar

a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais (PEIXINHO, 2008, p. 20).

A chamada “expansão global do Poder Judiciário” aponta os principais acontecimentos que podem ter sido os responsáveis em conduzir a sociedade contemporânea a vivenciar este intenso processo de judicialização, também das relações sociais. Assim, estão incluídos: o pós - Segunda Guerra Mundial, o surgimento da noção de “constitucionalismo dirigente” e a atuação dos Tribunais Constitucionais – ênfase no da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht* – fatos que estão absolutamente vinculados (TASSINARI, 2013, p. 40).

Desse modo, esses fatores: constitucionalização de direitos, litigiosidade, aumento da demanda pela busca dos direitos pós-guerra, etc., contribuíram para que o papel do judiciário assumisse outra feição, agora voltado para os ditames constitucionais, o fazer valer a Constituição.

Nos dizeres de Mônia Clarissa Hennig Leal (2007), passa-se a se atribuir um caráter fundamental às Constituições, calcado no ideal de fortalecimento dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, que a atribui, sobretudo, um caráter principiológico, de textura aberta, permitindo-se a ampla aferição de seus conteúdos à realidade histórico-social em que se aplica.

Indo além, pode-se dizer que a Constituição não apenas passa a proteger os direitos fundamentais, mas, inclusive, a estruturar o processo político de um Estado. Eis que não apenas delimita a atuação estatal, mas se torna a principal fonte, e até imediata, de proteção e concretização destes direitos, o que a torna essencialmente política (TUSHNET, 2012, p. 6).

É importante destacar que os maiores avanços em matéria constitucional, principalmente os direitos humanos, se deram principalmente nos países que sofreram os maiores impactos dos regimes totalitários, especialmente na Alemanha, Itália e Espanha, que passaram a ter uma jurisdição constitucional mais atuante e intensa (LEAL, 2007, p. 52).

É com a intensidade legislativa que nasce a necessidade de um intervenção jurisdicional, fenômeno comum em vários países que sofreram com as consequências do pós-guerra e viram a necessária judicialização das questões

sociais. Antes da Segunda Guerra Mundial, era praticamente inexistente a revisão da legalidade das normas pelo Judiciário.

Muito bem destacou Leon Victor, citando Carvalho e Sadek:

Os direitos fundamentais hoje constitucionalizados, não representavam constrangimentos substantivos aos atos do legislativo. No pós-guerra um novo constitucionalismo emergiu. Além de constitucionalizados, os direitos humanos tiveram um lugar privilegiado no arranjo constitucional, e uma instituição judicial (no modelo americano) ou quase-judicial (no modelo de Kelsen para sua Corte Constitucional) surgiu para garantir a supremacia da Constituição. Enquanto que nas constituições anteriores as preocupações residiam nos limites aos poderes do monarca, no império da lei e na proteção das liberdades, as constituições mais recentes guiavam-se por valores democráticos e com forte ênfase nos direitos sociais (Carvalho, 2007, p. 171; Sadek, 2004, p. 79).

Com o pós guerra, a estrutura do pensamento judicial Europeu modificou de forma tão profunda que o modelo de Supremacia do Parlamento foi repensado, caracterizando o chamado “novo constitucionalismo” que tem as seguintes características destacadas por Carvalho (2007, p. 172): a) Instituições de Estado, com autoridade derivada exclusivamente de uma Constituição escrita; b) Poder popular soberano atribuído pela Constituição; c) Limitação da autoridade legislativa às prescrições constitucionais e d) Criação de direitos, com um sistema judicial eficiente para serem cumpridos.

“É da própria essência do dever judicial, ajustar a abrangência de cada um desses instrumentos conflitantes” (KOOPMANS, 2003, p. 38). Outro importante ponto de debate repousa sobre os próprios objetivos da Constituição, que não pode ser ineficiente/ineficaz por causa da falha do Congresso em levá-la em conta, e nesse sentido estaria firmado a prerrogativa do judiciário em judicializar questões sociais e políticas como um mando, uma autorização do próprio constituinte originário.

2.2 Origens da Constitucionalização, Judicialização e Expansão Judicial

Existem várias concepções ou acepções a serem tomadas para definir o termo “Constituição”. Alguns autores preferem a ideia da tipologia dos conceitos de Constituição em várias acepções.

Na Concepção jurídica, Hans Kelsen é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no mundo do dever ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais. Observa-se que a constituição é, então, considerada norma pura, puro dever ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica.

Hans Kelsen (1986) tratou da norma fundamental, uma norma de caráter mandamental que vincula a conduta humana, uma linha de pensamento e conduta que deve ser seguida pelas pessoas em sociedade. O chamado “dever ser”, que traduz a validade de uma norma, em formato de pirâmide, a “pirâmide de Kelsen” e a sua norma superior:

Dizer que a norma hipotética fundamental é pressuposta não significa atribuir a ela qualquer fundamento transcendental, mas apenas que não é uma norma posta no direito por uma autoridade jurídica, mas uma norma que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo, ou seja, obrigatório, como premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, sendo uma norma apenas pensada e como tal não é uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente (KELSEN, 1986, p. 3 e 12).

Na perspectiva adotada por Carl Schmitt, o fundamento da constituição não está contido em outras normas jurídicas ou em si mesma, mas na vontade política concreta que a antecede. Na lição de Schmitt, encontramos o sentido político, que distingue Constituição de lei constitucional.

Constituição só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.) enquanto que as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental. Portanto, pode-se afirmar, em complemento, que, na visão de Carl Schmitt, em razão de ser a Constituição produto de uma certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte.

Desse modo, Carl Schmitt (2007) concebe a Constituição como decisão política fundamental, uma estreita relação entre norma e política, relacionada a estrutura do Estado e aos direitos fundamentais, não devendo ser confundida com

as leis constitucionais e que ao *Reich* deve ser conferida com exclusividade sua guarda e proteção.

Valendo-se do sentido sociológico, Ferdinand Lassale defendeu que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “folha de papel”. A Constituição, segundo a conceituação de Lassale, seria, então, a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade, citando:

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que rege um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição, com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração que o senhor Borsig, o industrial, a nobreza, o povo, são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma; não, isto se define de outra maneira mais limpa, mais diplomática (LASSALE, 1933, p. 18).

Nesse mesmo contexto, censura: “De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder” (LASSALE, 1933, p. 68)

Sampaio, por sua vez, na obra *Constituição e Crise Política*, inquire sobre a efetividade do texto da norma frente aos intensos dramas sociais “ainda que qualificado pela superioridade sistêmica e pela simbologia de um contrato social ou mais exatamente de um centro de irradiação de princípios” (SAMPAIO, 2006).

Canotilho, nesse contexto, não hesita em descrever a Constituição como:

A lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, a Constituição individualiza os poderes competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas (CANOTILHO 1991, p. 41).

O cenário de surgimento dos fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial é marcado com o aumento da litigância, a alta produção legislativa e a falta ou ineficaz efetivação das normas, seja dos direitos fundamentais individuais ou dos novos direitos que afetam a coletividade.

No Brasil, embora o processo de democratização seja recente e ainda enfraquecido na sua concretização, a atuação mais empoderada e ativista por parte do Poder Judiciário não poderia se dar de maneira diferente. Uma condição determinante para essa expansão judicial vem da própria formação do sistema judicial brasileiro, o qual é tido como sistema misto de controle de constitucionalidade (difuso – de raiz norte-americana e concentrado – de raiz austríaca), onde desde o juiz de primeiro grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal poderão reconhecer a inconstitucionalidade de ato normativo, o que gera um crescimento da atuação judicial quase inevitável.

Importante destacar que a judicialização é resultado de um processo histórico, inerente ao constitucionalismo democrático, fundado em múltiplos fatores como: a centralidade e a força normativa da Constituição, associadas a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que amplia e transforma a atuação da jurisdição constitucional (LEAL, 2013, p. 221).

Conforme prescreve Danilo Pereira Lima (2015):

A história política e jurídica do Brasil ficou marcada pela sobreposição de regimes autoritários ao direito, sendo permeada por momentos de rupturas abruptas com o constitucionalismo. Nesses períodos, anteriores à Constituição de 1988, a política funcionou como predadora externa ao direito, ignorando completamente os mecanismos jurídicos de limitação do poder, por meio de uma postura pragmática pouco interessada na consolidação da democracia. Essa situação gerou uma vida atribulada ao constitucionalismo brasileiro e fez com que a sociedade sofresse uma modernização controlada e imposta de cima para baixo pelos donos do poder.

A invasão do direito no mundo contemporâneo não se limita ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política, essa atitude alcança a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive as tidas como de natureza privada.

A Judicialização da Política que afeta diretamente nas relações sociais é todo um conjunto de práticas e de novos direitos, como exemplo: os direitos da mulher,

consumidor, meio ambiente, criança e adolescente, idosos, entorpecentes e ilícitos, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário na semântica da justiça. É devido a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar esta intensa atividade judicial de judicialização das relações sociais (LIMA, 2015, p. 149).

Após tentar fazer um estudo acerca dos motivos que determinaram o surgimento do fenômeno do ativismo e da Judicialização da Política, se faz importante entender o vocábulo judicialização, o qual é explicitado por Luís Roberto Barroso do seguinte modo:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (2009, p. 75).

Assim sendo, a judicialização ocorre quando há transferência de poder para juízes e tribunais com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Esse sistema de poder centralizado no Poder Judiciário aconteceu em várias nações ao redor do mundo, transformando as Supremas Cortes no mais importante corpo de tomada da decisão política.

O fenômeno da judicialização que culminou na expansão dos Tribunais, também afetou de maneira direta o Ministério Público com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por “justiça” e pela justiça na sociedade brasileira.

Como consequência, o Judiciário brasileiro tem sofrido severas críticas, assim como sofreu a Suprema Corte Americana no início do século XX, no sentido de que a instituição não é um órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo e portanto, não teria legitimidade democrática para manifestar-se sobre tais questões (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Um dos fatores para que a Judicialização da Política crie seu formato em território brasileiro é com certeza o “boom da litigação”, que, além de ser um

fenômeno mundial, acabou convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza (VIANNA, 2007, p. 40).

Vianna afirmou em seus estudos que o “*boom da litigação*” é um fenômeno que vem ocorrendo nas democracias contemporâneas, especialmente por conta da distância entre representantes e representados (VIANNA, 2007, p. 41).

A invasão do direito nas questões sociais culminou na regulação dos setores mais vulneráveis em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura a temáticas mais vulneráveis como à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física (Ibidem, p. 41).

A corte constitucional brasileira vem assumindo um papel mais ativo e prático, onde é importante compreender que a ideia de Estado Social que existe no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a presença de Direitos Sociais na Constituição Federal, faz com que haja uma atitude por parte do judiciário que acaba intervindo na atuação dos demais poderes, ou na falta dela, como é o caso do ativismo. A sentença ativista não é um ato que apenas reconhece o direito ou não, mas que determina um dado tipo de ação administrativa.

Talvez a maior prova da implementação de medidas inovadoras, modernas e democráticas sejam as normas sobre os direitos e garantias fundamentais espelhadas por todo o texto da Carta de 1988, cujos destinatários são todos os brasileiros e estrangeiros no território nacional, pessoas físicas e jurídicas. Com relação ao Poder Judiciário, as alterações decorrentes da Constituição de 1988 significaram mais um ingrediente, entre muitos, no sentido da tentativa de consolidação da democracia brasileira.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em estudos realizados no ano de 1994, aponta alterações importantes advindas da ordem constitucional instaurada em 1988, quais sejam:

(I) instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar efetivas normas constitucionais (Art. 102, § 2º); (ii) ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (Art. 103, I a IV); (iii) instituição do mandado de injunção, quando a ausência de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Art.5º, LXXI); (iv) alargamento do objeto da ação popular, que

incluiu, além do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (Art.5º,LXXIII); (v) instituição da ação declaratória de constitucionalidade, que visa a preservar a presunção de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (Art. 102, I, “a”) ; (vi) ampliação das funções institucionais do Ministério Público, que passou a atuar em variadíssimos campos, como a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, inclusive do consumidor (Art. 129, I a IX) (FILHO; 1994).

O autor entende que essas mudanças provocaram a ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário brasileiro, transformando-o em poder de caráter político.

Nesse sentido, assevera:

Tira-se desta análise o primeiro registro de algo que se repetirá, o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político. No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem de tornar-se um legislador ativo (Ibidem, 1994).

Pelo caráter de Estado Democrático de Direito o qual ostenta a Constituição Federal do Brasil, estaria o poder político nas mãos dos cidadãos, numa estrutura verticalizada. Assim, direitos são reconhecidos por uma estrutura representativa, a isso se chama “soberania popular”, a qual torna legítimo o poder estatal.

Ao Poder Judiciário é atribuído a tarefa de garantir que os direitos e as garantias fundamentais sejam efetivados enquanto perdurar a norma que os instituiu. Isso dá ao judiciário uma definição garantista, enquanto que ao Ministério Público coube a tarefa de promover tais direitos, daí surge, uma nítida divisão de tarefas, cabendo ao Judiciário agir conforme um padrão de inércia e ao Ministério Público promover as ações necessárias ao cumprimento das obrigações jurídicas.

Nos dizeres do professor Luiz Moreira (2015):

Embora o desempenho desses papéis seja formalmente estabelecido, eles existem em razão de uma autorização expressa dos cidadãos que lhes infundem legitimidade. É assim que Montesquieu se vincula a Locke, submetendo o exercício horizontal do poder à democracia, isto é, à soberania popular. São a previsibilidade e a imputabilidade universal das obrigações que legitimam a atuação do Poder Judiciário e lhe atribuem um papel previamente delimitado. Assim, é absolutamente incompatível com o

regime democrático um Judiciário que pautasse suas decisões por critérios extrajurídicos, conforme uma tradição aristocrática.

Para Loiane Prado Verbicaro, entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de Judicialização da Política, destacam-se:

A promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (2008, p. 389- 406).

Com a consolidação do fenômeno de expansão democrática e litigiosidade, nasce daí uma certa aproximação entre o direito e a política, saindo da zona de simples representatividade popular nas urnas para uma fundamentação democrática para a plena realização dos direitos fundamentais.

É nítido que no contexto apresentado, a atuação do Judiciário na seara política não é uma distorção institucional, mas sim, legítima, a qual decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na Carta Constitucional de 1988. Nesse sentido, o político passa a ser, em alguns casos, processado pelo jurídico a fim de assegurar a respeitabilidade dos direitos fundamentais e da Constituição (VERBICARO, 2008, p. 391). Por óbvio, o Poder Judiciário não pode ser concebido como uma estrutura totalizadora e revolucionária capaz de provocar, por si só, transformações emancipadoras na sociedade e o desenvolvimento nacional do país.

Werneck Vianna e Marcelo Burgos reiteram a análise do significado da transformação constitucional de 1988, apresentada anteriormente no livro *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*, introduzindo, porém, duas novidades teóricas: a aproximação da ampliação do direito com o conceito de

americanismo e a redefinição do tema da judicialização em termos de revolução procedimental ou procedimentalização do direito.

É de suma importância compreender que a Carta Constitucional Brasileira ao mesmo tempo em que positivou vários direitos, em atendimento à demanda social da época, 1988, também possibilitou ao intérprete o reconhecimento de novos direitos advindos de futuras demandas. “No entanto, ainda que se tenha destronado definitivamente a lei escrita e a força semidivina que o positivismo lhe atribuía, esse não deixou de exercer sua atração, um canto de sereias aos cultores do Direito.”(TAVARES, 2012, p. 97-112).

O acesso ao Judiciário é um canal de importância em que o cidadão se utiliza para que possa resguardar suas garantias, sejam elas previstas em âmbito constitucional ou infraconstitucional, é muito além do que um simples Poder de efetivação. Decorre do Estado Democrático de Direito a exigência ao respeito desses direitos, e que entre os cidadãos não se estabeleça um fosso insuperável de vantagens e oportunidades. E o Poder Judiciário é, sem dúvida, uma importante via, não a única, de acesso dos cidadãos às instâncias do poder para fazer cumprir os direitos e os valores fundamentais da democracia (VERBICARO, 2008, p. 404).

Os objetivos mais visados das ações propostas no Judiciário são tanto aqueles tradicionais de defesa da moralidade pública, de busca de proteção do cidadão contra violações de seus direitos causadas por omissões do Estado, como também ações propositivas, que visam provocar a adoção de políticas públicas pelas autoridades governamentais.

Conforme esclarece Mônia Clarissa Hennig Leal “Embora em proporção ainda limitada, essas ações por políticas públicas estariam crescendo, o que revelaria maior protagonismo dos cidadãos para influenciar, pela via judicial, a formulação da agenda pública.” (LEAL, 2013, p. 404).

Para que se verifique uma atitude mais ativista para a solução das questões apresentadas nas mais diversas ações que chegam nos tribunais superiores, há uma característica que deve ser considerada, qual seja, o interesse dos Ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução ativista e criativa de problemas e questões controvertidas no futuro.

Tal procedimento pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 1351-DF:

É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional².

Se por um lado, os tribunais superiores agirem de forma mais ativa seja um ponto que venha a causar problemas entre as separação dos poderes, por outro, com a crescente garantia de direitos não faltam exemplos que demonstrem a falta de atitude dos demais Poderes, por exemplo, a questão das uniões homoafetivas, a qual tramitou durante anos no Congresso Nacional sem algum tipo de tomada de decisão concreta, tendo que ser resolvida por via judicial em análise de caso concreto que chegou à abstração e tendo sua relevância em caráter de repercussão geral, levando o STF a decidir seus efeitos e estendo-os de maneira *erga omnes*.

A autora Mônia Clarissa Hennig Leal questiona em seus estudos qual seria a verdadeira pretensão de o legislador avocar para si a responsabilidade de votar questão que envolve tamanho número de interesses (políticos, econômicos, religiosos, etc) em um país em que a opinião acerca do tema é tão dividida? Por óbvio, torna-se mais cômodo transferir essa responsabilidade ao Judiciário (criticado por ser integrado por membros não eleitos democraticamente pelo povo) (LEAL, 2013, p. 09).

A cultura jurídica no Brasil pós 1988, vem como resposta ao autoritarismo de quase duas décadas, e por claro, busca contemplar a nova realidade e os avanços sociais, culturais, econômicos e tecnológicos, com a então perspectiva da chamada “força normativa” da Constituição.

Mas, é certo afirmar que ainda assim, não se conseguiu uma resposta concreta, haja vista a estruturação das normas e como são aplicadas, ainda mais quando é preciso respeitá-las para que as decisões não ultrapassem seus limites

² O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 1351 antecipa o Ativismo Judicial assumido pelo ministro em outros dois casos importantes, o do direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e 708) e o da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604).

morais e acabem por aceitar que a sociedade seja formada por indivíduos que busquem todas as soluções apenas no Poder Judiciário, causando um inchaço na máquina pública.

Por fim, é necessário destacar que a Judicialização da Política é uma espécie complexa, multifacetada do gênero judicialização e decorre das diferentes causas já citadas. Por esse motivo, devendo ser estudada sob seus diferentes enfoques, observando-se o contexto sociopolítico de cada Estado, mesmo que seja impossível negar que se trata de um fenômeno universal.

Não se pode falar de concretização e garantia da Constituição, quando não se faz uma busca pelo significado da jurisdição constitucional e suas origens³, esse processo é datado do desenvolvimento e nascimento do Constitucionalismo, que nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, não há um único constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, como o americano, francês, brasileiro, português entre outros.

Cada forma de constitucionalismo se desenvolveu em cenários diferentes, pois seus territórios tiveram movimentos sociais e constitucionais próprios, com influências de diferentes culturas e em espaço-tempo diversos. Essa diversidade

³ Em Hegel a jurisdição é forma de administração da justiça. A jurisdição deve ser considerada tanto um dever como um direito do poder público. Na pena aplicada por um crime cometido, há uma reconciliação do direito consigo mesmo e com a lei por parte do criminoso. Na aplicação da lei, o criminoso se sujeita à satisfação da justiça, a uma ação que é sua. O membro da sociedade civil tem o direito de assistir ao julgamento, de se apresentar ao Tribunal e só perante ele reivindicar o reconhecimento de um direito contestado. O direito deve ser demonstrado através dos meios de provas cabíveis e pelos procedimentos previstos. O Tribunal, ciente de que o formalismo processual poderá prejudicar as partes, deverá buscar o acordo. A equidade significa que, por razões de moralidade, se rompeu com o direito formal, considerando a natureza do caso particular. As deliberações dos membros do Tribunal ainda são expressões de opiniões subjetivas, e não são, portanto, algo público. Há o necessário reconhecimento do caso particular e a absorção do caso na lei que restabelece o direito. Na organização jurídica romana, esta diferença de funções manifestava-se no fato de o pretor produzir sua decisão quando as coisas se passavam de determinada maneira e encarregar um juiz especial de inquirir sobre a natureza do caso. No direito inglês, a determinação da ação segundo a qualidade criminal definida (se é, por exemplo, um homicídio involuntário ou um assassinio), pertence ao livre-arbítrio do queixoso. Cumpre, sobretudo, ao juiz qualificado a condução da totalidade do processo. A prova não contém uma determinação objetiva absoluta e o que na decisão soberanamente prevalece é a convicção subjetiva, a certeza de consciência (*animi sententia*). Demonstrar uma determinação racional como o conceito de Direito exige um método que não é o da demonstração de um teorema geométrico. No conteúdo empírico que é um fato, importa a intuição sensível dada, a certeza sensível subjetiva, as declarações e testemunhos. A sentença, que é a qualificação de um caso sob o aspecto legal, assegura o direito subjetivo das partes. O direito da consciência é satisfeito pela confiança na subjetividade de quem decide. HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: M. Fontes, 1997.

constitucional para J.J Gomes Canotilho pode ser denominada de movimento constitucional.

Isso não quer dizer que não houve uma troca ou uma influência cultural entre os países, muito menos que não haja a possibilidade de que uma ideologia constitucionalista possa influenciar outra, apesar da autonomia de cada “movimento constitucional”. O mesmo ocorre com a injunção das forças políticas nacionais e internacionais, desde que a nação preserve a sua soberania.

A expressão “Constitucionalismo”, por Gomes Canotilho:

É a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica de limitação do poder com fins garantistas. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1998, p. 51).

Mas, ao se buscar um equilíbrio entre o Princípio da Separação dos Poderes e a Supremacia Constitucional, tem-se como resultado a tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia. A tensão se amplia na medida em que aumentam as possibilidades de atuação dos tribunais constitucionais. Cada vez mais, estes têm sido demandados no sentido de decidir questões não apenas jurídicas, mas que envolvam outras áreas não afetas diretamente ao Direito, como a Política e a Moral.

Mas o grande embate, ou seja, a chave das discussões é sobre as questões políticas, que, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, deveriam ser conduzidas pelo Legislativo e pelo Executivo, porém, ganham contornos judiciais e são submetidas à Suprema Corte.

No Brasil, doutrinadores como José Ribas Vieira (2008) e Oscar Vilhena Vieira (2009), veem de maneira crítica e até mesmo com certa descrença a postura ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal, já que essa postura violaria em algum momento os princípios democráticos da Separação dos Poderes e da Supremacia da Constituição, tratando-se de uma violação ao próprio texto constitucional, o qual está politicamente e institucionalmente subordinado.

Em entendimento contrário, Luis Roberto Barroso (2015) defende a atuação ativista do STF e entende ser um mecanismo necessário para que se garanta os

direitos constitucionalmente positivados, mas por outro lado, também vê a importância de um debate das teorias constitucionais sobre o equilíbrio entre os poderes. Para o autor, o ativismo não trata apenas de um fenômeno conjuntural, mas também, uma crônica disfunção institucional.

O autor Lenio Luiz Streck (2009) critica o Ativismo Judicial que, segundo ele, não é bom para a democracia. No cerne de sua crítica, o autor defende que o Ativismo Judicial tem significado, na prática, que os juízes decidem conforme sua vontade e quando não concordam com uma lei, constroem um princípio (*pan-principiologismo*), *in verbis*:

[...] Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, e passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? Há até um princípio denominado de moderação, utilizado para reduzir honorários.

[...] A era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos.

No fundo, a repercussão geral e as súmulas são uma resposta darwiniana a uma espécie de estado de natureza hermenêutico que criamos. Veja só: se fundamentarmos cada decisão até o limite, teremos uma maior *accountability* [prestação de contas em cada decisão] .

Mais: se anulássemos decisões mal fundamentadas, não teríamos essa proliferação de embargos declaratórios.

Sugiro, portanto, que cumpramos o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal [estabelece que os julgamentos têm que ser públicos e as decisões, fundamentadas] que, antes de ser um direito, é um dever fundamental do juiz (STRECK, 2015).

Como se observa, o autor equipara o Ativismo Judicial à decisionismos ou discricionariedades dos juízes, os quais decidem muitas vezes à revelia do pacto constituinte e do texto constitucional. É flagrante que a crítica é relevante, na medida em que há um risco hermenêutico quando uma decisão ativista é proferida.

É preciso destacar que se trata de uma tarefa árdua, complexa e discutível, a de delimitar até que ponto a jurisdição constitucional atua democraticamente, pois

envolve um conjunto de tradições e concepções de democracia, remontando ao que é democracia e à função democrática dos tribunais.

Ainda dentro de seu contexto crítico, faz-se importante salientar que o autor critica o “Ativismo Judicial” entendido como sinônimo de “decisionismo judicial”, mas não as decisões concessivas de direitos ou posturas ativas do Judiciário, visando à concretização da Constituição, conforme segue:

[...] Claro que nem sempre o STF acerta. A importância de muitas das decisões mais recentes será reconhecida com o passar do tempo. Quanto mais praticarmos a democracia, mais saberemos jogar o seu jogo e respeitar as suas regras.

[...] Há uma lenda de que o STF tem o direito de errar por último. Ocorre que, em uma democracia, quando o STF erra, essa decisão deve sofrer uma forte censura por parte da doutrina e da opinião pública. Ronald Dworkin tem razão quando diz que a interpretação do juiz deve ser constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura jurídica.

[...] Há uma obrigação institucional de manter a integridade do direito. E isso também se aplica às decisões da suprema corte brasileira e de qualquer país democrático. Há, assim, uma co-responsabilidade hermenêutico-social entre o STF e a sociedade (Ibidem, 2015).

Surge aí uma discussão acirrada entre os que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, sendo definidora de competências e reguladora de procedimentos. Por outro lado, há os que acreditam que a Constituição deve aspirar e ter forma de instrumento num plano global, determinando tarefas, estabelecendo programas e definindo os fins para o Estado e sociedade.

Existe também outro grupo, exemplo de Bercovici⁴(2004, p. 20), que vê na Constituição uma lei fundamental, que deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade, sendo um mero instrumento formal de garantia e não possuindo qualquer conteúdo social ou econômico, pois se assim fosse, haveria perda de juridicidade de texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*.

Ante essas concepções, destaca-se no debate constitucional a contraposição de J.G. Canotilho, com a proposta de Constituição Dirigente⁵, que pretende de uma

⁴ Nos dizeres de Gilberto Bercovici: “a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o ‘cume da soberania’, da qual dispõem pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante”. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política: uma relação difícil**. Revista Lua Nova, nº 61, 2004, p. 20

⁵ Para José Joaquim Gomes Canotilho: “O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma

forma ou outra, conformar o político e firmar-se intencionalmente a força de direção do direito constitucional. A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.

No caso específico dos direitos fundamentais sociais, a teoria da constituição dirigente assume especial relevância, pois viabiliza a realização de direitos que compõem a essência da Constituição, em destaque os dizeres de Lenio Streck:

Ocorre que a essência da Constituição, embora a ambiguidade que essa noção possa assumir, aponta com firmeza e determinação – pelo menos no que pertine à Constituição brasileira – para a realização dos direitos sociais-fundamentais. Desse modo, parece razoável afirmar que a ideia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição.

(...) Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a sociedade, das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional? É por isso que a noção de Constituição programático-dirigente compromissária, adaptada ao que aqui denomino de Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), ainda assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal. (...) Um texto constitucional que aponta em direção da correção de tais anomalias [discrepâncias sociais] não pode ficar relegado a um plano secundário, mesmo em face das novas feições que assume a economia mundial em face do fenômeno da globalização (STRECK, 2004, p. 143).

Tem-se então que a Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não propriamente com o conteúdo das decisões, pois seu maior objetivo é o de criar e regulamentar uma ordem dentro de uma sociedade que evolui e se torna cada vez mais complexa.

No entendimento de Estévez Araujo (1994), a Constituição é um processo e seu conteúdo é o que compõe esse sistema, mas o mesmo é garantido pelos procedimentos que são previstos na própria Constituição e esse procedimento é o meio pelo qual serão efetivados os direitos e garantias previstos na norma constitucional.

constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. [...] a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Ou seja, aos que defendem ser a Constituição um instrumento procedimental não haveria porque existir qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, dado que o único intuito é a satisfação do mero cumprimento dos procedimentos previstos na norma constitucional.

Desse modo, se a Constituição é um mero instrumento de efetivação de direitos, seria certo afirmar que ao prever a legitimidade do poder nas mãos do povo, exercido por representantes eleitos, outra não poderá ser a conclusão de que o Poder Legislativo é bem melhor tradutor das tensões sociais concretas, o que o habilita à categoria de potencial renovador do pacto constituinte, com a devida autorização popular, já que seus integrantes disputam regularmente a legitimidade por meio de eleições periódicas e regulares.

No entendimento de Martonio Mont'Alverne (2006) ocorre, porém, que exatamente nesta "burocratização da participação" se encontra a perversão dos processos de participação social das sociedades que iniciaram sua redemocratização.

A nova definição de direitos e garantias fundamentais se deixa traduzir na alta cobrança dos Estados que se encontravam sob pressão democrática por parte de suas sociedades. A pressão democrática é sentida pelo Brasil principalmente depois de períodos de intensa atividade política baseada na censura e nos planos desesperados em prol de uma nação desenvolvimentista, em sua grande maioria fracassados.

Tem-se na Constituição de 1988 uma tentativa de abranger todos os direitos até então violados, garantir os já existentes e prever os novos direitos que surgem perante as necessidades da população globalizada, é nesse momento que os representantes do povo através do Poder Legislativo e Executivo deveriam corresponder às expectativas de quem os elegeu, o que não ocorre e acaba gerando outra necessidade, a de ver a instrumentalização desses direitos, nem que seja através do Poder Judiciário.

O autor Werneck Vianna (2002) esclarece que 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, de certo 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.

Segmentos organizados da sociedade civil, como os partidos políticos, sindicatos e associações passaram a gozar da legitimidade em provocar a intervenção do Poder Judiciário, buscando a inconstitucionalidade de lei ou norma da Administração ou defesa dos direitos constitucionais por via de outros institutos igualmente importantes, como ação popular e a ação civil pública, dando-lhes maior abrangência. Como reflexo, a ascensão jurisdicional deu amplitude à figura do Ministério Público, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (ZAULI, 2011, p. 195 - 209).

Nesse momento, não há a pretensão em se discutir a legitimidade da atuação jurídica do STF, mas sim seus limites, pois a Constituição que prevê os instrumentos para efetivação das garantias, é a mesma que dá limites para a atuação, buscando um equilíbrio entre os Poderes e retomando a discussão acalorada sobre o Princípio da Separação dos Poderes e a autonomia dos mesmos.

Entende José Ribas Vieira que:

A teoria constitucional ao longo da segunda metade do século passado foi consolidando modelos institucionais na tentativa de estabelecer um equilíbrio entre a doutrina da prevalência da norma constitucional e o princípio da separação de poderes. A busca desse equilíbrio numa estrutura de órgãos constitucionais apresenta o seu ponto mais sensível no fato de compatibilizar a vontade do legislador diante da carta constitucional. Na essência desse debate, a teoria constitucional de nossos dias não pode desconhecer o substrato da questão. Pois, trata-se, na verdade, da presença da força representativa democrática tanto na legitimidade do papel do legislador quanto na expressão do Poder Constituinte originário (VIEIRA, 2009, p.1).

A força normativa da Constituição e seu processo hermenêutico ganham centralidade nas discussões sobre os limites da atuação jurisdicional nos tribunais, principalmente os superiores, como é o caso do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

Os estudiosos e críticos da jurisdição constitucional, pretendem através de seus estudos e debates encontrar alternativas capazes de preservar a integridade constitucional sem violar princípios como a democracia e a separação de poderes.

Para isso, é preciso compreender a transição democrática, as alterações da sociedade e o próprio papel do Judiciário na América Latina.

2.3 Justiça, Autoritarismo e Transição Democrática: O Papel do Judiciário na América Latina

Entender o processo de judicialização da política no Brasil, exige que se compreenda o papel do judiciário na América Latina, o qual teve uma evolução um tanto quanto peculiar, sem muitos registros bibliográficos, timidamente estudada se comparada aos estudos e ampla bibliografia acerca da expansão judicial nos países do norte e da Europa.

Para melhor entender como o processo judicial se expandiu na América Latina é preciso compreender o contexto político pós-guerra. Diferente do que foi vivenciado pelos países europeus, com o renascimento da democratização e crescente institucionalização, a América Latina se viu num cenário político de regimes autoritários, anti democrático e com enfraquecimento das instituições através de protocolos de governo e até mesmo o fechamento das casas legislativas e do judiciário.

Como já citado, Neal Tate, destaca que a há uma redução ou proibição da atuação dos tribunais em períodos de exceção, revelando condições para que se tenha uma expansão do papel do judiciário, qual seja, os regimes democráticos e o Estado de Direito.

Diferente dos demais países da América Latina, no Brasil e na Argentina apesar dos regimes autoritários, o poder judiciário manteve sua atividade e durante a vigência desses tipos de governo, surgiram importantes mecanismos de proteção aos indivíduos contra os abusos do Estado, sendo exemplos o Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Habeas Data.

Ainda que tardio, com o fim dos regimes autoritários e os estados de exceção nos países da América Latina, surgiram grupos e movimentos em busca da constitucionalização de direitos à população, entre eles, os direitos sociais e direitos de garantias individuais que visam a proteção do indivíduo e de certa forma reparar

os abusos sofridos, ou pelo menos, buscar evitar novos abusos cometidos pelo Estado.

Outra condicionante que contribuiu para o avanço do papel judicial na América Latina foi a intervenção de organismos internacionais, principalmente da América do Norte que influenciou em diretrizes para a atuação do Poder Judiciário. Essa influência é notada na ação de órgãos como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização das Nações Unidas e programas de desenvolvimento econômico como o USAid, o qual trabalha com uma noção institucionalista relativa à importância das cortes de justiça para o desenvolvimento econômico das economias dependentes, bem como, introduziu a ideia de eficiência na prestação jurisdicional e uma roupagem empresarial aos órgãos públicos.

No ano de 2011, o Conselho Nacional de Justiça divulgou um relatório intitulado “*100 maiores litigantes*”, onde é possível verificar que entre os maiores demandantes do Poder Judiciário estão, lado a lado, os bancos e o próprio poder público. Cada um é responsável por 38% do total dos processos em âmbito nacional. De acordo com o mesmo relatório, ainda, e considerando-se somente a totalidade da Justiça estadual, os bancos aparecem em primeiro lugar, com um percentual ainda maior: 54% do total dos processos. (CNJ, 2011, p. 13-14).

Ainda em 2011, foi divulgado o relatório intitulado “*Panorama de acesso à Justiça no Brasil*”, onde se verificou que, entre todas as pessoas que viveram conflitos entre 2004 e 2009, 30% não buscaram o Poder Judiciário, em todos os seus níveis e instâncias. Deste universo, 6,8% alegam não ter procurado o judiciário porque não sabia que podia utilizá-lo; 1,4% justificam que não procuraram o sistema de justiça porque era muito longe, enquanto que 6% consideram o Judiciário muito caro e por isso não o utilizam. (CNJ, 2011).

O relatório do CNJ concluiu que a população de baixa renda é a majoritariamente excluída do acesso à justiça, enquanto que os de alta renda ou empresas privadas se utilizam do sistema como um todo, incluindo juizados especiais e PROCON para a resolução dos seus problemas. Por outro lado, constatou-se que quanto menor a renda do indivíduo, mais ele se socorre para solução de seus conflitos em espaços institucionais não estatais, tal como os sindicatos, associações, igrejas, família e círculo de amigos.

Se por um lado tem-se que os indivíduos de baixa renda e baixo nível de escolaridade são os mais excluídos do acesso à justiça, por outro, eles são a maioria no que diz respeito às políticas judiciárias de repressão do Estado, onde o Brasil se destaca como o primeiro em número de encarcerados de toda a América Latina e o quarto do mundo (SGPR, 2014).

Para entendermos a formação deste cenário de desigualdade no acesso à justiça, deve-se retomar ao período das políticas neoliberais aplicadas no Brasil, momento em que se desencadearam inúmeras transformações no país, inclusive no Poder Judiciário. Estas mudanças tem origem ainda na década de 1970, em que a “era de ouro do capitalismo” viu seu crescimento econômico despencar com as crises do petróleo, o retorno da inflação e as crises fiscais dos Estados. É a implantação do neoliberalismo, que vai atingir o Brasil – e os demais países da América Latina – especialmente na década de 1990 (GARDUCCI, 2015, p. 236).

O Estado passa a atuar de forma diferente durante o período da implementação do neoliberalismo no Brasil, o que irá refletir com o passar dos anos na atuação do Poder Judiciário, assinala Mascaró:

Mesmo nessa fragilização relativa, os Estados não perdem seu papel de plexo condensador da reprodução do capital. Ainda que as decisões de investimento sejam descoladas dos Estados para o capital internacional (...) os Estados continuam a conformar e a garantir a dinâmica do capital. As garantias das propriedades, dos contratos, a exigibilidade dos recursos jurídicos ou a necessidade da garantia da ordem interna para o desenvolvimento do capital, por exemplo, se mantém e na verdade se exponenciam nas condições contemporâneas do capitalismo (Mascaró, 2013, p. 106).

Garducci destaca que com o advento do neoliberalismo, há uma alteração da atuação do Estado, que se enfraquece como interventor da economia e promotor de direitos sociais, para atuar fortemente na garantia do capital financeiro mundializado por meio da promoção da ordem interna e da segurança jurídica. (2015, p. 236).

No mesmo período o Banco Mundial foi um dos grandes incentivadores e promotores da reforma judiciária no Brasil, usando o Documento Técnico 319 do Banco Mundial, foram ditadas necessidades de “um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos”. Levou-se em consideração nesse documento

técnico o acesso à justiça para uma parcela da população, sendo essa uma parcela consumidora e que acessa o Judiciário pois tem as condições econômicas para dirimir suas questões de relações de consumo e que coloca o setor de serviços como maior demandante do aparato judiciário. (GARDUCCI, 2015, p. 237).

O acesso à justiça em tempos de capitalismo em crise exige uma articulação social e política que eleve as lutas sociais a um processo de diálogo necessário e permanente, especialmente em áreas onde a distribuição das riquezas nacionais é injusta, o que ocasiona grande exclusão social. Com isso, o autor Ulisses Neto afirma:

A luta social pelo acesso efetivo e pleno à justiça é uma das principais dimensões da questão social, tanto pela sua *conditio sine qua non* para exigência dos demais direitos fundamentais, quanto pela sua importância histórico-social de viabilização de demandas políticas e ações sociais do Estado brasileiro que visem, como resultado último, a eliminação da pobreza e o pleno gozo da dignidade da pessoa humana (Neto, 2005, p. 3).

As necessidades que surgem, assim como os novos direitos são a expressão de uma sociedade que vive para o trabalho e imersa no modelo capitalista de produção. É nos dizeres de Heller (1978), uma divisão social do trabalho, caracterizando-se em consonância com o contexto das históricas desigualdades sociais. Deste modo, superar a questão social que se mostra na desigualdade, seja ela o acesso à justiça em todas as suas instâncias e possibilidades, sob a perspectiva da histórica luta de classes, somente é possível com própria superação do sistema capitalista (OLIVEIRA, 2000, p. 42).

Nos países da América Latina ocorreu uma intensificação na atuação judicial de forma gradual, em alguns países como o Brasil ocorreu de forma mais ativista, em outros como a Argentina, se deu tardiamente em 1994, após a reforma constitucional que introduziu o amparo coletivo, surgiu o crescimento das chamadas ações de classe na busca de direitos coletivos ou transindividuais.

Já na Colômbia a ideia de constitucionalizar direitos sociais veio das decisões das cortes de justiça que criou o mínimo de direitos sociais. Fora do campo dos direitos sociais, na esfera política tem-se a atuação do Judiciário no caso do

presidente Oscar Arias da Costa Rica, uma vez que foi a Suprema Corte que deu o direito para o candidato em concorrer à reeleição.

Com a presença de organismos internacionais, principalmente aqueles ligados à economia mundial e investimentos, o judiciário se encontra numa posição de garantidor de relações que são criadas em obrigações jurídicas advindas de contratos. O papel do judiciário seria o de desempenhar uma função institucionalista, com ação em consonância com os princípios da segurança, previsibilidade, não intervenção no domínio da vontade de contratar, agilidade na solução de conflitos e cobrança de dívidas. Essa é a visão institucionalista, chamada de *rule of law*, de legalidade ou Estado de Direito.

O judiciário se tornou um local de interferência econômica que permite o desenvolvimento econômico. O princípio do *rule of law* precisaria ser exportado para os países latino-americanos, não apenas para proteger direitos humanos, mas também para ajudar a garantir um nível satisfatório de desenvolvimento econômico, político e social.

A ideia de um “direito e desenvolvimento” é o ponto importante da agenda dos órgãos de desenvolvimento, principalmente dos Estados Unidos e Europa, os quais visam estabelecer um judiciário “forte e independente” que auxilie no desenvolvimento econômico, mesmo que isso não represente o desenvolvimento humano e social.

Na ação do Banco Mundial sobre as instituições latino-americanas, o tema da reforma dos órgãos judiciários remete ao incremento da eficiência nesses órgãos. Esse foco na eficiência marca claramente as discussões relativas à ação das cortes de justiça na América Latina.

Nos países em desenvolvimento, entre eles o Brasil, a intervenção econômica no Judiciário seria mais uma razão para que fenômenos como o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política viessem a ocorrer, e conseqüentemente essa postura por parte do judiciário em buscar uma “eficiência” quase que robótica e empresarial contribuiria para uma maior imprevisibilidade institucional, agrega custos ao processo e ao aparelhamento estatal, coletiviza casos que deviam ser particularizados e ocasiona instabilidade entre as instituições.

2.4 Limites da atuação judicial e a aplicação da norma como estratégia política

O Supremo Tribunal Federal atualmente desempenha um papel mais ativo do que nunca antes visto. Desde 2008 as atuações da Corte ganharam centro nas discussões sobre sua legitimidade e limites, não só a Corte Suprema, mas o judiciário como um todo ganhou amplitude ao se destacar em cenário com tomada de decisões sobre grandes questões nacionais sobre matérias que envolvam política, economia, direitos fundamentais, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Nos dizeres de Barroso:

Judicialização da política significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (2012, p. 23-32).

E foi no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, que surgiram os debates e as decisões que deram notoriedade aos fenômenos da judicialização e do ativismo. Esse sistema, caracterizado como híbrido ou eclético, é formado por combinações de dois sistemas constitucionais diversos, o norte americano e o europeu

O sistema americano é o controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. No Brasil essa espécie de controle é feita pelos tribunais, ainda que superiores como é o caso do Superior Tribunal de Justiça, e suas decisões por serem incidentais possuem efeito *inter partes*, não ultrapassando os limites do caso e das partes em lide.

Já, o modelo europeu de controle por ação direta, permite que determinadas matérias sejam levadas em tese, de forma abstrata e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, sendo preferida uma decisão com efeitos *erga omnes* e vinculante, nos moldes do art. 102, parágrafo 2º da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

Com a instituição desse sistema misto no ordenamento jurídico brasileiro, houve a amplitude do acesso ao Poder Judiciário para inúmeros órgãos e entidades públicas e privadas, através das ações do controle abstrato, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, ambas previstas na Lei nº 9.868/1999 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista na Lei nº 9.882/1999. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Desse modo, havendo uma grande variedade de normas jurídicas admitidas no ordenamento brasileiro, sendo a própria Constituição Federal de 1988 de caráter amplamente multidisciplinar e aberto, em um sistema de justiça híbrido, tem-se o cenário perfeito para que se desenvolva a própria judicialização da política e possivelmente o ativismo judicial, numa amplitude de possibilidades de interpretações da norma.

Analisando as decisões proferidas no STF em sede de controle abstrato, pode-se constatar que a tendência em decidir questões políticas não é nova e é crescente, conforme salienta Barroso, nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como:

a) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); b) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Ellwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público (Ibidem, 2012).

Barroso esclarece que em todas as decisões referidas, STF foi provocado a se manifestar através das ações próprias e cabíveis ao caso, e ao decidir, fez nos limites dos pedidos formulados. Desse contexto decorre o impasse sobre os limites do STF, uma vez que o Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não as ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade das ações.

De um lado a judicialização da política é a abertura institucional, autorizada na própria constituição, em que relações sociais e políticas chegam ao Judiciário de forma provocada e dentro dos requisitos processuais, outro fenômeno é o ativismo judicial geralmente associado a um juízo negativo de que o Judiciário está extravasando os limites, está produzindo decisões fora dos paradigmas ortodoxos, e usurpando atribuições de outros Poderes, como o Legislativo ou Executivo (MENDES, 2015).

O Ativismo Judicial surgiu da concepção do Estado Social, o qual fez com que as decisões do tribunal caminhassem para um outro tipo de provimento, não sendo uma sentença que apenas reconhece ou não o direito pleiteado, mas que determina um dado tipo de ação administrativa.

Um modelo do Estado Liberal clássico era aquele dos direitos fundamentais enquanto direitos de caráter negativo. Hoje, pós guerra e constituições sociais, quando se introduz a ideia de um Estado de Direito Social surge a necessidade de haver provimento desses direitos, e com as mudanças de paradigmas, o Estado juiz não pode mais responder com a fórmula clássica de uma mera suspensão de atividade, pois o que se cobra é uma ação de caráter positivo. Assim sendo, o ativismo judicial decorre do modelo institucional que se desenhou do próprio Estado Social.

Nos dizeres de Barroso:

O ativismo judicial é uma escolha, uma atitude proativa do STF em interpretar a Constituição de forma a expandir o seu sentido e alcance, possibilitada, principalmente, pela omissão dos demais poderes. Reflete, por este conceito, a maior participação do judiciário na consecução dos fins trazidos pela Constituição, interferindo, por isto, de forma mais intensa, no espaço de atuação dos demais poderes (BARROSO, 2012, p. 29).

O mesmo autor aponta alguns exemplos que refletem este ativismo judicial:

(i) ocorre uma aplicação direta da Constituição a situações não previstas expressamente em seu texto, desconsiderando-se, ainda, prévia manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Ibidem, 2012, p. 26).

O movimento contrário ao ativismo judicial, observado também em algumas situações das cortes em geral e do STF é denominado por Barroso como autocontenção judicial, que é a atitude dos juízes em evitar a aplicação da Constituição para situações não previstas expressamente em Lei, aguardando o pronunciamento do legislador, ou ainda a utilização de critérios mais rígidos para declarar a inconstitucionalidade ou simplesmente abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça (1998, p. 57).

É preciso distinguir os fenômenos da judicialização e do ativismo, pois embora marcantes na jurisdição brasileira e próximos em sua aplicação, possuem origens e conceitos diferentes, estes já tratados no início deste trabalho, mas para título de breve resgate, tem-se a judicialização decorrente do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam discutidos em ações judiciais. Ou seja, a judicialização não decorre da liberalidade e vontade do Judiciário, mas sim do próprio desejo embutido na constituição pelo constituinte.

O ativismo judicial, por sua vez, trata-se de uma postura adotada pelo intérprete, seja ele juiz de primeiro grau ou ministro dos tribunais superiores, é um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

Barroso salienta os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo sobre a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Esses riscos não podem ser totalmente eliminados, mas é importante destacar que a Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito, e com isso tem-se que a constituição atribuiu uma tarefa jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, agindo como uma corte constitucional não deve ser indiferente às consequências políticas que tem suas decisões, devendo impedir que delas resultem injustiça ou dano aos direitos fundamentais e ao bem comum do povo, agindo dentro dos limites criados pelo ordenamento jurídico e ressalvado na Constituição, norma que a Corte deve proteger e preservar sua supremacia.

Dworkin, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, trata do “ativismo judicial” no contexto do New Deal e termina por afirmar que o avanço do Direito Constitucional impõe fusão com a teoria moral:

Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o New Deal, é provável que abomine as decisões liberais da última década. Não precisamos exagerar o perigo. As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante, como ocorreu no caso das orações nas escolas públicas, e porque os juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar, e serão substituídos por novos juízes, indicados por estarem de acordo com um presidente que foi eleito pelo povo. As decisões contra o New Deal não se sustentaram, e as decisões mais ousadas dos anos mais recentes estão agora à mercê da Corte Nixon. (...) O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida (DWORKIN, 2010, p. 232-233)

Interessante resgatar o pensamento de Tate e Vallinder (1995), os quais procuraram descobrir nas condições políticas alguns dos motivos que levam a judicialização. Utilizando os exemplos de alguns países, desenvolveu um quadro condicional que ajuda a verificar se a judicialização é uma realidade. A aplicação desse estudo em relação as características do Brasil são as destacadas a seguir:

I. Democracia

Não é considerada condição suficiente e bastante em si para ocasionar o fenômeno da judicialização da política e o ativismo, porém é tida como condição necessária. Com essa condição tem-se que em governos autoritários não é possível se ter uma atuação do judiciário de maneira expansionista e ativista, é o caso do Brasil.

Citando Bastos, COSTA (2001, p. 165) destaca que:

No Brasil, há uma distância grande que medeia entre o povo e seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos de Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor do poder.

Denota-se que existe uma relação de soberania, mas não do povo para com os demais poderes, mas sim dos poderes em relação ao povo, devendo o povo viver em um país em que se tem democracia, mas não soberania popular. É o enfraquecimento da sociedade como um todo.

II. Separação dos poderes

Previsto como princípio na Constituição de 1988, estabelece a autonomia dos poderes e a independência de atuação entre eles, seja com suas competências exclusivas e suas formas de estabelecimento.

Princípio inspirado no “Espírito das Leis” de Montesquieu, que separação de poderes é tão enfraquecido quanto a democracia. Citando COSTA (2001, p. 165):

Depois do golpe (1964), o poder foi assumido pelos militares que tentariam resolver os problemas a sua maneira. O Legislativo e o Judiciário sofreram profundas alterações. À semelhança do Estado Novo, os poderes do Executivo foram aumentados. Seus atos escaparam ao controle do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal foi atingido por várias medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional.

Se por um lado os poderes estão assimétricos, tendo por vezes o Judiciário maior exponencia, após a Constituição de 1988 as competências dos três poderes ficou mais clara do que antes.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

O sistema de *checks and balances*, ou freios e contrapesos está intimamente relacionado ao ativismo judicial, uma vez que a atuação ativista implica no desequilíbrio entre os poderes do Estado e conseqüentemente, na harmoniosa relação entre eles.

Em “ O Espírito das Leis”, Montesquieu aborda profundamente sobre o tema de separação dos poderes, citando:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

No Brasil, a Constituição de 1988 fez questão em reforçar o princípio fundamental da separação dos poderes nos ideais do sistema de *checks and balances*. É o princípio do Art. 2º da CRFB/88, cita-se: Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

III. Direitos Políticos

A existência de direitos políticos formalmente reconhecidos por uma Constituição é considerada uma condição para o surgimento do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial para muitos cientistas sociais, uma vez que outorga um caráter cidadão político que pode ingressar com demandas especiais no Judiciário.

Independentemente de uma carta formal de direitos, a aceitação de que as minorias e os indivíduos têm direitos pode significar um ponto forte contra a supremacia de um grupo de minoria no poder, principalmente quando estiver em jogo a interpretação dos juízes (TATE, 1995, p. 29).

No Brasil, os direitos políticos foram inseridos nas constituições, porém só na reforma constitucional de 1988 é que foram formalmente integrados, sendo considerados um instrumento até então respeitado pelos demais poderes, o que não ocorria nas demais constituições, caso do que ocorreu no período da República Velha do Brasil, em que o próprio poder Executivo desrespeitava os direitos políticos. Significa dizer que por mais que os direitos estejam formalmente estabelecidos, não garante sua aplicação pelas autoridades competentes.

IV. Os grupos de interesse e a relação com os tribunais

Outro fator importante para o surgimento da judicialização da política é a relação dos tribunais com grupos de interesse, esses, usam da jurisdição com o intuito de alimentar seus interesses, sejam econômicos ou políticos, que acabam estruturando o sistema de solidifica governos e políticos, perpetuando uma relação de apadrinhamento entre os poderes.

Se por um lado tem-se que a expansão de direitos se dá pela pressão popular, presença sindical, lutas da sociedade organizada e organizações sociais, por outro, tem os grupos de interesse o poder da decisão judicial para impedir a realização desses direitos quando lhes bem convier, sendo importante aparelho de contenção da prática social e forma de manejo econômico.

Nesse viés, com a necessidade da intervenção judicial para manejar o sistema que lhes interessa, os grupos de interesse podem ser considerados importante fator para a judicialização da política.

No estudo feito por Ernani Carvalho (2004), ficou demonstrado que das 2.813 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), contadas até Junho de 2003, ou seja, quatorze anos atrás, as confederações sindicais e as entidades de classe representaram cerca de 26,31% das ADIs, um total de 740 ações em que foi parte requerente.

V. A oposição e o uso dos tribunais como instrumento político

É um instrumento utilizado com frequência, principalmente nos dias de disputa política vivenciados nos anos 2000 até o atual cenário caótico político de 2017. Usar os tribunais como obstáculo, seja para atrasar ou até mesmo impedir que determinada alteração legislativa aconteça, ou uma política pública seja posta em prática, é arma poderosa para os partidos de oposição.

Nos mesmos moldes dos grupos de interesse, Ernani Carvalho destacou que os partidos políticos usaram de sua legitimidade ativa para propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade como forma de manifestação política. Porém, os dados do STF não indicam quais os partidos que foram os autores das ADIs. Mas, os trabalhos de Werneck Vianna (1999) e Carvalho (2000) demonstram, com clareza, que a maioria das ações foram propostas por partidos de oposição. De 1988 até 1998, tivemos 74% das ADIs impetradas oriundas de partidos de oposição.

Mais recentemente, o próprio STF divulgou que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 2014, 181 ações de controle concentrado, nas quais analisa a constitucionalidade de atos locais ou federais. O número é mais de três vezes a quantidade julgada em 2013, que somou cinquenta e uma ações. O colegiado proferiu decisões em 166 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), 14 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) e 1 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

No que diz respeito ao uso dos tribunais como instrumento para provocação política e governabilidade, importante destacar que os principais assuntos tratados no STF a contar do ano de 2014 (ano da Copa do Mundo no Brasil) incluíram assuntos que diziam respeito ao governo do período, seja pró governo ou oposição, em destaque: a) *Financiamento de campanhas* - no início de abril, o STF retomou o

juízo da ADI 4650, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona dispositivos da legislação que disciplina o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais (Leis 9.096/1995 e 9.504/1997); b) *Lei Geral da Copa* - em maio, o STF julgou improcedente a ADI 4976, na qual a Procuradoria Geral da República (PGR) questionava dispositivos da Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012). A Corte declarou a validade de itens que responsabilizavam a União por prejuízos causados por terceiros e por fenômenos da natureza; que concediam prêmio em dinheiro e auxílio mensal aos jogadores das seleções brasileiras campeãs das Copas de 58, 62 e 70; e que isentavam a Fifa e suas subsidiárias do pagamento de custas e outras despesas judiciais; c) *Crime eleitoral* – o STF atendeu pedido da PGR e suspendeu cautelarmente eficácia de dispositivo de resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que exigia autorização judicial para investigação de crime eleitoral. A decisão ocorreu em maio, no julgamento cautelar da ADI 5104; d) *Processo eleitoral* - ainda na área eleitoral, o STF validou a produção de provas por juiz eleitoral segundo elementos que constam dos autos e com base em fatos públicos e notórios. O assunto foi discutido em maio na ADI 1082, na qual o Partido Socialista Brasileiro (PSB) questionava dispositivos da Lei Complementar 64/1990 (Lei das Inelegibilidades); e) *Prazo eleitoral* - ao julgar a ADI 1817, em maio, o STF confirmou a regra que proíbe a participação nas eleições de partidos políticos que não estejam registrados no TSE até um ano antes do pleito. Prevista no artigo 4º da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), a regra foi questionada pelo então Partido Liberal (PL).⁶

Consideradas todas as decisões, inclusive as individuais dos ministros, o STF analisou 376 ações de controle concentrado no ano de 2014 (ano da Copa), 335 apenas da categoria das ADIs. Nas 177 ações de inconstitucionalidade com decisão final, 84 foram consideradas procedentes ou procedentes em parte.

O plenário ocupou-se de diversas ações, porém temas como política e uso de dinheiro público como o usado para a Copa do Mundo foram os mais analisados, além dos já conhecidos temas econômicos como os que envolvem o Plano Real e prestação de serviços.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **STF registra aumento de 351% no número de ADI, ADC e ADPF julgadas em 2014.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422>. Acesso em 20 de Julho de 2017.

VI. Inefetividade das instituições majoritárias

Tate (1995) trata de outro importante fator para a compreensão dos fenômenos aqui estudados, é a própria ineficiência das instituições majoritárias, ou seja, é a incapacidade das instituições do setor público em dar provimento às demandas sociais. Mas a incapacidade muitas vezes está na questão de interesse político, uma vez que ao ver dos políticos que “administram” o setor público e usam dele, toda demanda social que não envolva retorno de benefício político ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada.

É nesse empurra e empurra de atribuições e interesses, que acaba encontrando no judiciário a tentativa em solucionar o impasse, uma vez que o mesmo quando acionado não pode se eximir de apreciar a discussão, mesmo em se tratando de questões que deveriam ser resolvidas em âmbito político.

2.5 A Politização Jurisdicional

Uma estrutura de democracia pautada na representatividade enquanto estrutura política, tendo alternância de poder e sistema de votação e eleições diretas exige a existência de um sistema jurídico neutro, uma vez que quando acionado deverá decidir conforme as leis e Constituição, não podendo sofrer intervenção política externa.

Significa dizer que espera-se um judiciário não comprometido com interesses partidários, capaz de, imparcialmente, compor o conflito de interesses no âmbito político, mediante aplicação das normas e princípios constitucionais a qual está vinculado.

Democracia está ligada a uma essência de vontade da maioria, representada pelo governante eleito nos moldes do sufrágio e sistema eleitoral vigente, porém, a vontade da maioria não é ilimitada, pois, segundo o constitucionalismo moderno, deverá harmonizar-se com a Constituição.

Desse modo é que se constitui um Estado Democrático de Direito, o qual possui mecanismos de limitação até para o exercício do poder e a vontade da

maioria, resguardando interesses também da minoria vencida, tudo em conformidade com a supremacia legal.

Democracia e constitucionalismo acabam gerando uma tensão, levando a discussão ao já aqui debatido tema da judicialização da política, na medida em que tem o Judiciário papel de interpretar a vontade do legislador constituinte, analisar as normas existentes no plano normativo do Estado e conseqüentemente avaliar o próprio regime político. Essa tensão é resolvida por intermédio da garantia de consensos mínimos, pautados na proteção aos direitos fundamentais, na separação e na organização dos poderes constituídos e no estabelecimento de determinados fins de natureza valorativa (BARROSO, 2009, p. 87-92).

Barroso destaca a alternância da visão da atuação do Judiciário, não sendo mero procedimentalismo formal da Constituição e da jurisdição constitucional como um fiscalizador das normas, mas sim, uma visão mais substancial pautado na proteção dos direitos fundamentais e princípios da justiça. Dessa forma, entende Barroso, ministro do STF, que a judicialização da política deva ser a atividade harmonizadora do poder Judiciário, para a manutenção do equilíbrio entre democracia e constitucionalismo, mediante a garantia dos direitos e valores fundamentais.

O Brasil, durante mais de um século, adotou o sistema legislativo de controle do processo eleitoral. Tal sistema, previsto no art. 21 da Carta Imperial de 1824, bem como no parágrafo único do art. 18 da Constituição de 1891, previa o controle do processo eleitoral pelos próprios integrantes do poder Legislativo. No entanto, a atuação judicial não era completamente afastada do processo eleitoral, uma vez que era acionada sempre que surgisse a necessidade de se afastar questões antipolíticas que viessem a intervir no processo.

O sistema de controle legislativo do processo eleitoral, entretanto, mostrou-se permeável à farsa eleitoral e à inautenticidade da representação política no Império e na República Velha (GOMES, 2012, p. 62). A vulnerabilidade do sistema legislativo de controle do processo eleitoral restou evidenciada pelos interesses políticos que impediam a tomada de soluções imparciais e justas para os conflitos decorrentes.

A Lei de 20 de outubro de 1875, embora não instituindo uma Justiça Eleitoral, cometeu aos juizes, oriundos da Justiça comum, importantes atribuições, tais como

a elucidação de dúvidas, a imposição do cumprimento dos dispositivos eleitorais e o julgamento de recursos, entre outros. Da mesma forma, a Lei Saraiva, de 9 de janeiro de 1881, regulamentada pelo Decreto nº 8.213, de 13 de agosto de 1881 (FERREIRA, 2005, p. 199 e 243).

A representação e a soberania popular, princípios inerentes à democracia, somente poderão ser assegurados com a certeza de que o processo eleitoral não foi viciado, tendencioso, parcial ou antiético. O evidente interesse dos detentores do poder na manutenção e continuidade desse poder é da mais alta relevância, por isso a importância em destacar a qualificação de uma justiça especializada na condução do processo político. Se o sistema é representativo, a lisura do pleito é elemento indispensável para a manutenção do regime democrático.

Com o objetivo de garantir a ética na condução do processo eleitoral, o sistema legislativo foi substituído pelo sistema judicial. No ano de 1932, com a instituição do primeiro Código Eleitoral brasileiro, por força do Decreto nº 21.076. A referida norma criou a Justiça Eleitoral, estabelecendo a sua independência institucional para o controle e a organização das eleições.

A história da Justiça Eleitoral confunde-se com a do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, instituição criada pelo Decreto nº 21.076/1932 e instalada em 20 de maio do mesmo ano, em um prédio na Avenida Rio Branco, centro do Rio de Janeiro/RJ. Seu primeiro presidente foi o Ministro Hermenegildo Rodrigues de Barros.

Cinco anos depois, a Constituição do Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas, extinguiu a Justiça Eleitoral e atribuiu à União, privativamente, o poder de legislar sobre matéria eleitoral.

A Justiça Eleitoral brasileira é formada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelos tribunais regionais eleitorais (TREs), pelos juízes e pelas juntas eleitorais. Todos esses órgãos têm sua composição estabelecida pela Constituição Federal e sua competência determinada pelo Código Eleitoral.

O TSE só foi restabelecido em 28 de maio de 1945, pelo Decreto-Lei nº 7.586/1945. No dia 1º de junho do mesmo ano, o Tribunal foi instalado no Palácio Monroe, no Rio de Janeiro, sob a presidência do Ministro José Linhares. Um ano depois, a sede da instituição foi transferida para a Rua 1º de Março, ainda no Rio de Janeiro.

Em abril de 1960, em virtude da mudança da capital federal, o TSE foi instalado em Brasília, em um dos edifícios da Esplanada dos Ministérios. Onze anos depois (1971), a sede do Tribunal foi transferida para a Praça dos Tribunais Superiores. No dia 15 de dezembro de 2011 foi inaugurada a nova sede do TSE.⁷

A Constituição de 1934 garantiu à Justiça Eleitoral o status de órgão do poder Judiciário, com competência privativa para a condução do processo eleitoral nos âmbitos federal, estadual e municipal (art. 83), condição assegurada nas Cartas de 1946, de 1967 e de 1988, com exceção da Carta de 1937.

Surge aí o sistema de controle judicial sobre o processo político-eleitoral, sendo o órgão independente e aparentemente sem interferências externas, com decisões imparciais. A Constituição Federal de 1988 intensificou a intervenção judicial no controle do processo político no Brasil. Compreende-se, nessa atuação, a gerência e a fiscalização do processo eleitoral e o controle dos partidos políticos (FERREIRA FILHO, 2009, p. 247), eis o primeiro passo para uma politização do Judiciário, iniciando em um órgão próprio para tratar do sistema eleitoral, a Justiça Eleitoral.

A imparcialidade aqui tratada e esperada por parte dos magistrados que controlam o processo político-eleitoral não é uma intenção, uma pretensão apenas de que seja imparcial, é também conduta obrigatória e vinculada à própria lei, uma vez que inicia a estrutura com os magistrados sendo detentores de um cargo através de provimento de concurso público, conforme previsão do art. 93, inciso I da CRFB/88. A escolha técnico-jurídica do candidato representa, nesse sentido, um primeiro filtro de neutralidade, indispensável para a conservação dos valores fundamentais do Estado.

Além da necessidade de aprovação em concurso público, há a vedação expressa à atividade político-partidária presente no art. 95, parágrafo único, inciso III da CRFB/88, com previsão de sanção disciplinar ao magistrado que descumprir o preceito. Trata-se de reforço sancionatório do ordenamento jurídico, com intuito de manter a compostura ética do magistrado no trato da jurisdição.

A politização do Judiciário fica ainda mais evidente no momento em que exige a obrigatoriedade de se registrar os partidos políticos através de um processo de

⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. **História institucional.** Disponível em <<http://www.tse.jus.br/institucional/o-tse/historia-do-tse>> Acesso em: 20 de Julho de 2017.

coleta de assinaturas e validação rigoroso, devendo ao final, cumprido os requisitos legais, ser criado pela decisão judicial proferida por um dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral. Ao final, após devidamente criado e tendo validade e existência enquanto partido político no plano jurídico, deverá o mesmo ser submetido ao crivo do poder Judiciário periodicamente através da prestação das suas contas, previsão do art. 17, inciso III, e § 2º da CRFB/88.

Os direitos políticos, assim como os direitos civis, constituem bens soberanos da humanidade, de tal forma que sua proteção representa conduta estatal de conteúdo profundamente ético. A afirmação dos valores inseridos nos direitos políticos como direitos fundamentais, é tarefa que torna viva a ordem jurídica e faz atuar o núcleo central do Estado, no âmbito de seus objetivos primordiais previstos no art. 3º da CRFB/88.

Entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito encontram-se a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, todos com previsão constitucional no art. 1º e seus incisos da CRFB/88, conceitos que se encontram intimamente atrelados ao processo político, em todos os seus desdobramentos.

Os Direitos e Garantias Fundamentais presentes no Título II da Constituição Federal de 1988, os direitos políticos em sentido amplo previstos nos arts. 14 a 17, segundo a doutrina, estão no patamar de direitos de primeira dimensão (ou geração), junto aos direitos civis (BONAVIDES, 2003, p. 562-564).

Na busca pela neutralidade do juiz, sendo este sujeito à norma e sua aplicação pura, não deveria haver a interferência e presença de interesses políticos na jurisdição, porém, é da essência da norma o espírito político nela existente, uma vez que vem de criação de legisladores que em tese, deveriam representar a sociedade e conseqüentemente suas necessidades e o momento histórico em que está inserida.

Todavia, com o aparecimento do Estado Social e suas vertentes no Brasil, houve aproximação das estruturas jurídicas com as questões sociais, alterando-se, com isso, a função do Poder Judiciário perante os direitos sociais ou sua violação, o que reconfigurou a responsabilidade do juiz, o qual passou a examinar se o

exercício do poder de legislar conduzia à concretização dos resultados políticos e sociais objetivados.

Nesse contexto, seria para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 13-21), uma “responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza”. Ainda segundo o autor, o Judiciário, antes de atitude neutra, passou a sustentar-se por meios políticos, como a busca pela opinião pública, consenso popular, manutenção da imagem, criando a figura do juiz progressista, na busca de prestígio (decisões de repercussão nacional, entrevistas em televisão), correndo o risco “de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo”.

Estudo elaborado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tratou do tema judicialização da política e o quanto esse fenômeno tem como consequência a politização do judiciário, o que significa na prática, que decisões administrativas e questões políticas passaram a sujeitar-se ao crivo do juiz, incluindo-se os conflitos políticos dos trabalhos parlamentares que podem se transformar em questões judiciais.

Nesta perspectiva, destacou o autor a relação entre meios de comunicação e a politização do Judiciário, o empoderamento⁸ da jurisdição e sua *glamourização*:

Demonstração desta politização está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário, que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação. Isto, sem dúvida, veio a abalar a confiança no juiz, daí a nítida perda em seu prestígio que hoje se registra no País. E este interesse dos meios de comunicação pelos trabalhos do Judiciário é outro sintoma dessa politização (2011, p. 231- 232).

⁸ EMPODERAMENTO SIGNIFICADO: é um verbo que se refere ao ato de dar ou conceder poder para si próprio ou para outrem. A partir do seu sentido figurado, empoderar representa a ação de atribuir domínio ou poder sobre determinada situação, condição ou característica. Entre alguns dos principais sinônimos de empoderar estão: dar poder, conceder poder, dar autoridade, investir autoridade, dar autonomia, habilitar, desenvolver capacidades, promover, promover influência e afirmação. Disponível em <<https://www.significados.com.br/empoderamento/>> Acesso em: 15 Out de 2017.

Desse comportamento nasce uma relação tensionada entre a soberania popular e o poder Judiciário. Cabe ao poder Judiciário, especialmente à Justiça Eleitoral e à jurisdição Constitucional representada pelo STF proceder à correta leitura da dimensão ética pretendida pela soberania popular no processo político, ultrapassando, em sua tarefa hermenêutica, o mero silogismo *lógico-sistemático*, para atingir um grau de comunicação eficiente com a sociedade, fazendo prevalecer suas mais altas aspirações no momento histórico.

O comportamento dos juízes pautado na aproximação da jurisdição com a sociedade e a limitação do seu poder de correção ética são essenciais para que se desenhe um cenário de limites e respeito aos anseios da sociedade, uma vez que seus membros não são eleitos por escrutínio popular. Por essas razões é que compete ao poder Judiciário legitimar suas decisões na soberania popular, traduzida nas pretensões sociais materializadas na Constituição Federal de 1988.

A legitimação manifesta-se quando os juízes, principalmente em sede de jurisdição constitucional, fundamentam suas decisões guardando simetria com a vontade e as pretensões da sociedade, porquanto esse é o objetivo de sua própria existência, nos termos do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL: DIFERENTES RUMOS E FENÔMENOS DE UM JUDICIÁRIO EMPODERADO

3.1 Prolegômenos⁹ de um problema

Judicialização passou a ser uma expressão no repertório dos estudos das ciências sociais e políticas, principalmente após o estudo de Neal Tate e Vallinder nos anos de 1996. Esses estudos formularam análises em duas linhas relacionadas à atuação do poder judiciário, sendo a Judicialização da Política e a Politização da Política.

Os fenômenos estudados seriam correlatos e indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Para os autores judicializar seria usar de métodos típicos de decisão judicial na tentativa de resolver disputas de demandas políticas.

A judicialização da política resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*, enquanto a politização da justiça seria a expansão da atuação judicial em procedimentos do Executivo, inclusive decidindo em atuação administrativa e no Legislativo, exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Destaca-se outra diferente posição da politização da justiça e da judicialização da política, enquanto a primeira destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes, a segunda requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* ao invés de deixá-la ao crivo de políticos e administradores e desse modo, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão.

No Brasil, a judicialização da política foi temática abordada muito depois em relação aos demais países. O termo passou a ser utilizado em pesquisas empíricas

⁹ Prolegômenos, significado: 1. amplo texto introdutório que contém as noções preliminares necessárias à compreensão de um livro; introdução, prefácio. 2. noções ou princípios básicos para o estudo de um assunto qualquer; princípios, elementos. Disponível em <<https://www.priberam.pt/dlpo/prolegômenos>> Acesso em: 15 de Out de 2017.

por Ariosto Teixeira (1997) e Marcus Faro de Castro (1997), esse, fez análises acerca das ações diretas de inconstitucionalidade no STF e já delineava também a posição mais ativista nas decisões da Corte.

Mais tarde, Werneck Vianna (1999) tomou o termo judicialização da política para descrever as transformações constitucionais, principalmente pós Constituição de 1988, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.

O termo judicialização passou a ser estudado em suas mais diferentes relações, seja judicialização da política, das relações sociais, dos direitos humanos, entre outros. Para os juristas o termo judicialização refere-se à obrigação legal para que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Em sentido mais próximo, mas com caráter normativo, judicialização seria o ingresso em juízo para a resolução de determinada lide, sendo escolha do autor utilizar-se deste caminho, a via processual.

Segundo MACIEL e KOERNER (2002):

A expressão Judicialização recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais. A judicialização é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais (2002, p. 116).

O termo judicialização no sentido constitucional, está ligado ao surgimento dos novos direitos e a própria criação da constituição enquanto estatuto de direitos e garantias fundamentais, na tentativa de superação do modelo da separação dos poderes. A judicialização seria a ampliação dos poderes e a própria outorga para a intervenção jurídica na política. Porém, não se exclui nessa relação os riscos que acarretaria à democracia, ainda mais pelo modelo híbrido de controle de constitucionalidade adotado pela Corte Constitucional.

Para José R. Nalini (2002).

Judicialização da política e a politização da Justiça são fenômenos universais, e o Brasil não escaparia dele. É comum o estranhamento

recíproco nestes tempos de abertura de um novo trato relacional. Os prenúncios de intensificação desse contato dão a esperança de uma nova era de transparência. O Judiciário hermético de há dez anos deu lugar a uma instituição pró-ativa. Natural a reação dos interlocutores e mesmo a postura resistente dos magistrados mais conservadores.

Em uma relação controversa de conceitos entre judicialização da política e ativismo é que se encontram os estudos de Luiz Werneck Vianna e Rogério Arantes. Para Arantes, a judicialização da política seria um ativismo voluntarista, principalmente por parte do Ministério Público, uma vez que o mesmo adquiriu maior autonomia institucional, principalmente pós 88.

A autora Giselle Citadino trata da dimensão constitucional das relações entre direito e política para identificar o espaço normativo aberto e propenso ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania. Por outro lado, o estudo realizado por Luiz Werneck Vianna trabalha com a ideia de três dimensões do conceito de judicialização da política, que em algum momento se fundem e se reforçam.

O autor reforça essas perspectivas ao tratar o fenômeno em termos de procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas.

Para os autores Pablo Viana Pacheco e Tatiana Teixeira Viana (2014), a Constituição de 1988 consolidou uma posição do judiciário que passou a tomar decisões importantes no ramo da política, cita-se:

Após a consolidação da democracia brasileira, com a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a tomar decisões que não têm o seu fundamento claramente expresso no texto da Constituição de 1988. Por meio dessa atitude ativista do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de direitos não escritos na Constituição, legalizou a união civil entre pessoas do mesmo gênero e permitiu a interrupção de gravidez no caso de anencefalia; o Conselho Nacional de Justiça criou o casamento entre pessoas do mesmo gênero e o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu a verticalização das coligações, instituiu hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária e alterou a representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados (PACHECO; VIANA, 2014).

Foi na Constituição de 1988 que surgiu a legitimidade democrática do Poder Judiciário, composto exclusivamente por juízes não-eleitos, para declarar a nulidade

ou inconstitucionalidade uma norma elaborada pelos representantes eleitos pelo povo brasileiro, que ocupam cargos no Poder Legislativo e no Poder Executivo.

Se por um lado existe uma vontade do poder constituinte em delegar ao Poder Judiciário sua atuação e competências, inclusive a de declarar uma norma inconstitucional, por outro, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça passaram a criar direitos e a tomar decisões que não podem ser encontradas explicitamente no texto da Constituição ou nas demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. São exemplos, a verticalização das coligações, hipótese em que pode ocorrer a perda de mandato de um candidato por infidelidade partidária, união civil entre pessoas do mesmo gênero, hipótese legal de interrupção de gravidez no caso de anencéfalos.

Já o Tribunal Superior Eleitoral - TSE, por meio da Resolução nº 20.121/98 e da Resolução nº 20.993/2002, sem que houvesse previsão na Constituição, criou a obrigatoriedade de que houvesse compatibilidade entre coligações partidárias para as eleições estaduais com as coligações partidárias para a candidatura para Presidente da República. Em resposta ao ativismo judicial do TSE, o Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional 52/2006, alterou o texto do art. 17, parágrafo 1º da Constituição de 1988, e garantiu a autonomia partidária para adotar coligações sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Não parou por aí, em 2007 o TSE criou nova hipótese de perda de mandato eletivo, seria a chamada infidelidade partidária, não prevista na Constituição de 1988 ou em alguma lei eleitoral. No julgamento que criou a nova jurisprudência, o TSE decidiu que os mandatos obtidos nas eleições pelo sistema proporcional, deputados estaduais, federais e vereadores, pertencem aos partidos políticos ou às coligações e não aos candidatos eleitos. Mais tarde, o tribunal editou a Resolução nº 22.610/2007 e a mesma foi declarada constitucional pelo STF nos acórdãos das ADIs nº 3999 e nº 4086. Surge aí o procedimento que disciplina a perda de cargo eletivo e o processo de desfiliação partidária.

No ano de 2011 foi a vez do Supremo Tribunal Federal criar novas normas e conceitos normativos para o mundo jurídico das normas brasileiras. Através da

jurisprudência criou o “direito à preferência sexual”, o “direito à autoestima” e o “direito à busca da felicidade”.

Importante destacar: jamais o intuito deste trabalho de dissertação será desmerecer a importância do reconhecimento das mudanças na sociedade, inclusive nas questões de gênero e identidade, porém, o que se espera é articular um raciocínio de que a via escolhida para tal evolução jurídica e criação legislativa não é a correta.

Expressões como autoestima, felicidade, preferência de gênero ou sexual, não estavam previstos na Constituição ou em alguma norma do direito brasileiro, e com fundamento nos referidos direitos não escritos e de outras normas do direito brasileiro, legislou a união civil entre pessoas do mesmo sexo, no acórdão que decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ.

Ainda na seara mais polêmica dos estudos acerca de ativismo judicial, vem a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sem que houvesse norma explícita na Constituição de 1988, criou o casamento entre pessoas do mesmo gênero por meio de uma resolução que vinculou os órgãos do Judiciário e inclusive vedou a recusa da realização da habilitação, da celebração de casamento civil ou da conversão de união estável pelas autoridades competentes.

A atuação do judiciário nesses casos é defendida pelo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, o qual, cita-se:

O ativismo judicial normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, decorrente de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, que impediria que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Esse descolamento acarretaria uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (2009, p.8).

Para Barroso (2009), nos últimos anos surgiu uma crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade no âmbito do Legislativo, o que tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção (mais ativista), tudo em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno,

segundo o autor, tem sua face positiva, uma vez que o Judiciário estaria atendendo às demandas da sociedade que não puderam ou não querem ser satisfeitas pelo Parlamento.

Por outro lado, existe a corrente crítica dessa atuação ativista por parte do STF, é o que analisou Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 81), os quais afirmaram que, em uma democracia, não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno e, definitivamente, o direito não é, e não pode ser, aquilo que o judiciário “diz que é” como se regra fundamental fosse.

Segundo Streck, Barreto e Oliveira (2009, p.81):

Não é atribuição do Judiciário preencher lacunas do constituinte originário. Ao permitir decisões ativistas, de acordo com os autores, estaria se incentivando que o Judiciário crie uma Constituição paralela, criada a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que indevidamente, a critério do intérprete, não constou no pacto constituinte. A principal razão para que os autores se manifestem de forma contrária a atitude ativista dos juízes é que justamente na Constituição há limites hermenêuticos para que o Judiciário não se transforme em legislador.

John Hart Ely, no livro *Democracy and Distrust* de 1980, propôs os primeiros conceitos sobre constituição e o papel da justiça, principalmente no que diz respeito a suas funções, qual seja, primariamente, a de ser garantidora do texto da própria Constituição e fiscalizar se um ato político não discriminou minorias e que não houve impedimento dos canais de comunicação política.

O autor destaca que os direitos de participação política e os direitos das minorias derivam do princípio democrático em virtude de condicionarem a eficácia desse princípio. Nesse sentido, para Ely se a Corte decidir de modo mais ativista, defendendo as minorias dos abusos, não estaria lesando, mas sim, reforçando o próprio princípio democrático.

Assim, baseado no pensamento de John Hart Ely, o Ministro Barroso compartilha da ideia de que as decisões ativistas do Poder Judiciário brasileiro relativas ao procedimento democrático e em defesa de minorias, com fundamento no princípio da isonomia, para garantir que os direitos que à maioria se concede sejam garantidos às minorias seriam legítimas por defender o processo democrático e as minorias das violações a que estão sujeitos pela maioria no Parlamento. Na visão dos autores a favor da atitude ativista por parte do judiciário brasileiro, as

decisões em defesa do procedimento democrático e das minorias reforçariam, em vez de violar o princípio democrático.

Por outro lado, conforme será demonstrado nos tópicos seguintes, o empoderamento dos juízes elevou o status do judiciário de maneira incompatível com suas funções e competências. E, se por um lado a inovação jurídica pode trazer a falsa sensação de uma sociedade evoluindo e suas leis também, pode-se dizer que no final de toda essa jornada o que restará será insegurança jurídica e uma sociedade completamente à merce da judicialização.

3.2 A Judicialização das Relações Sociais

Desde a edição da Constituição Federal de 1988, particularmente no âmbito da jurisdição constitucional representado pelo STF, tem sido comum a busca da sociedade pela efetivação dos direitos sociais.

Existe um grupo muito importante para essa nova roupagem do judiciário, uma vez que esse grupo é legitimado a requerer tais direitos em sede de controle perante o STF, é o caso dos sindicatos, as organizações sociais não governamentais, além do próprio cidadão de maneira individual, que passaram a procurar através do ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Poder Judiciário quanto à garantia e efetivação dos direitos previstos na Constituição.

Essa intensidade de judicialização tem um nome próprio, é o fenômeno da Judicialização dos conflitos sociais, ou em uma amplitude que revele a problematização da atividade política, pode ser chamado de Judicialização da política, a qual também tem em seu sentido o debate de questões que envolvam questões sociais e de relação da sociedade.

Investigar e compreender a ocorrência de certos fenômenos da sociedade contemporânea, principalmente a Judicialização das relações sociais vem da alta carga política e de inspiração social presente na Constituição de 1988 que deu amplitude para um cenário de atuação maior por parte dos legitimados a requererem perante à Corte Constitucional.

Houve uma tomada de consciência política que se verificou a partir da montagem de milhares de associações civis nos últimos quinze anos, que se movimentam no sentido de reivindicar e garantir os direitos fundamentais proclamados não somente na Constituição, mas também outros derivados de uma esfera internacional. Esta movimentação tem passado por diversos estágios, chegando na atualidade a uma exigência que se faz em relação ao Poder Judiciário, de garantidor e efetivador desses direitos, processo este que também faz parte do fenômeno da Judicialização das relações sociais.

Os direitos pleiteados estão na esfera dos elementos definidos por Marshal em sua obra, elementos esses essenciais ao conceito de cidadania, são eles: o civil, o político e o social (MARSHAL, 1967, p.63), que sendo confundidos durante a idade média, distanciaram-se a partir da formação do estado liberal, atribuindo-se períodos de formação independente para cada um deles, levando-se em conta um entrelaçamento: a) os direitos civis no século XVIII; b) os políticos no século XIX; e c) os direitos sociais no século XX (MARSHAL, 1967, p. 66).

Os direitos sociais universalizaram-se durante o transcorrer do século XX, e ganharam dimensão de importância permanente e por vezes superior aos direitos individuais a partir da segunda metade do século XX, quase que simultâneo seu surgimento junto ao estado de bem estar social e a consolidação desses próprios direitos em termos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, passando a ser efetivamente reconhecidos e reclamados por setores organizados da sociedade contemporânea.

Segundo Marshal (1967, p. 79), cita-se:

Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis, a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte de seu status individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo (1967, p, 79).

Foi através das conquistas que forçaram o reconhecimento dos direitos sociais que surgiu a chamada cidadania social. Marshal ao analisar a Inglaterra, no período de estado de bem estar social, viu-se uma elevação da renda, a universalização da educação e abolição da indigência como traços da consolidação de uma cidadania social que não somente reduz a desigualdade social, mas que modifica todo o padrão do sistema econômico e social.

Marshal (1967, p. 103), chega ao entendimento de que a cidadania social, traçada na incorporação dos direitos sociais ao instituto de cidadania, fato ocorrido durante o século XX, fez com que surgisse um antagonismo entre cidadania e o sistema de classes sociais do capitalismo, e sugere um estado de guerra entre ambos, causando um forte impacto nas relações econômicas e sociais.

A obra de Marshal (1967), não demonstra preocupação em efetivar direitos sociais, mas apenas analisa o desenvolvimento da cidadania e os conjuntos de pressupostos que se deu a afirmação dos direitos políticos, sociais e civis.

Diferente da Inglaterra, no Brasil iniciou-se somente em 1934 na Constituição que logo foi derrubada, os primeiros atos e normativas acerca de direitos sociais, tudo porque o cenário político no Brasil era paternalista, de minoria no poder e anti popular, culminando mais tarde na “sufocação sem paternalismo” do regime militar (ESTEVEZ, 2007, p. 47).

Somente pós período de ditadura no Brasil é que a população pode lutar pelo reconhecimento de seus direitos, principalmente sociais, sendo parcialmente previstos na Constituição Federal de 1988. É nesse momento que se inicia a luta pela efetividade de direitos sociais e políticos que se identifiquem com a denominada cidadania social presente da Europa através do Estado de Bem Estar Social levado a cabo no período que seguiu-se à Segunda Guerra Mundial.

Portanto, a Constituição de 1988 ao proclamar direitos e garantias através de regras e princípios com forte conteúdo social, espalhados em todos os seus títulos e capítulos, que devem ser interpretados como sendo parte de um único sistema, adquiriu forma que a coloca na condição de reguladora e garantidora da cidadania social.

Por outro lado, atualmente o conteúdo, deveras remendado e “arrojado” pelo Poder Judiciário salta aos olhos uma característica de uma Constituição

ultrapassada e contrária ao anseio popular, descomprometida com a possibilidade de efetivação dos direitos sociais inscritos em seu texto.

A ampliação dos direitos sociais, principalmente pós 88 passou a exigir do estado uma maior intervenção na sua garantia, seja através do legislativo ou do executivo. Uma vez garantida a legislação, a sociedade busca a efetivação dos direitos e diante de um executivo limitado pelos acordos macroeconômicos e políticos, busca no judiciário a tentativa de garanti-los, reconhecendo-os efetivamente como uma das instituições do poder estatal.

Judicializar questões e relações sociais não é visto de maneira favorável para muitos autores, baseado na obra de Werneck Vianna, destaca-se o posicionamento de Esteves (2007) que destaca três elementos que seriam a fundamentação crítica pelo qual determinadas relações da sociedade não deveriam ser judicializadas, cita-se:

A primeira, de caráter jurídico sociológico, entende que a procura pelo judiciário para resolução destes conflitos encontra obstáculo em questões ligadas à capacidade da tutela judicial para responder à demandas que dizem respeito a questões de eficácia de suas decisões, eficiência e acessibilidade ao sistema judicial.

A segunda diz respeito a um posicionamento de caráter jurídico ideológico que entende não ser tarefa do judiciário a resolução de tais conflitos. E faz parte de uma cultura jurídica que tem por objetivo impedir a discussão, o confronto e a tomada de decisão por parte do judiciário.

A terceira, ligada a uma concepção político-ideológica entende que a judicialização dos conflitos sociais frustra a possibilidade de desenvolvimento das lutas populares pela reivindicação de direitos (2007, p. 48)

A busca que a sociedade faz ao judiciário, para resolução de conflitos sociais e efetivação da sua cidadania não é fenômeno exclusivamente brasileiro. Ocorre nas chamadas democracias sociais, e o fato de o judiciário brasileiro deparar-se com esta exigência aponta para a consolidação das nossas instituições democráticas e sociais.

Tal expansão global do poder judiciário tem sido tratada sob o signo da *"judicialization of politics"*, conforme já definido por Tate e Vallinder (1995, p. 5), e que inclui também, como sugere a denominação, a decisão do poder judiciário sobre conflitos de ordem política, além daqueles de cunho social.

Esteves (2007) indica dois motivos que seriam determinantes para a busca do judiciário na tentativa de consolidação social e cidadania, cita-se:

a) o excesso de leis definidoras direitos sociais, reguladas pela constituição ou nela inscrita diretamente, não mais justifica a simples luta parlamentar travada nas últimas décadas, uma vez que a positivação dos direitos já ocorrera, carecendo de efetividade; b) a consolidação das instituições democráticas sob uma ótica de defesa dos interesses das minorias, que para asseguramento de seus direitos, não podem contar somente com o parlamento ou outras instituições que efetivamente são controlados pela maioria (2007, p. 50).

Por essa razão o Poder Judiciário vem desempenhando funções como a de garantir e dar efetividade à constituição, principalmente no que diz respeito a questões sensíveis como o direito de minorias e de justiça distributiva. Tal atitude afirma as hipóteses estudadas e já explicitadas por Tate e Vallinder (1995), em que a judicialização da política seria um fenômeno que serve como recurso das minorias contra as maiorias parlamentares que legislam pelos seus interesses em se manter no poder.

Pode-se afirmar que a própria sociedade e os demais poderes contribuem para esse papel mais empoderado do judiciário. O cidadão que bate às portas do Poder Judiciário exige resposta, e não é uma situação da qual se possa ter efetivo controle, como se fosse possível ao juiz simplesmente dizer que ao povo que não é sua função e não decidir, ao ser provocado nasce sua jurisdição e com ela, sua obrigatoriedade em dar uma resposta.

Obviamente, a resposta é necessária, mas no que ela se baseia é o ponto. A resposta deve vir da lei, da sua essência legal, doutrinária e até principiológica, devendo afastar as intenções do juiz, seu pensar particular.

Essa nova definição de agir da justiça é tratada por Garapon (1999, p. 227-228), o qual indica haver a existência de uma nova concepção de Estado, onde a justiça é compelida a proporcionar materialmente e não apenas formalmente a igualdade de direitos.

Desse modo, para Garapon (1999) teríamos conforme os séculos, um poder em evidência, partindo da ordem liberal do século XIX, com a figura evidente do legislativo, no século XX com o executivo através da providência e no atual século XXI o empoderamento do judiciário e sua supremacia.

3.3 Razões para a Judicialização da Política no Brasil

O Estado, para Max Weber (1999, p. 525), é “[...] aquela comunidade humana que, dentro de determinado território, reivindica para si o monopólio da coação física legítima”, e a política é “[...] a tentativa de participar no poder ou de influenciar a distribuição do poder” (WEBER, 1999, p. 525). Ora, em sendo parte integrante do Estado, o Judiciário participa, de alguma forma, da composição e distribuição do poder político.

Na introdução do livro *The Global Expansion of Judicial Power*, C. Neal Tate procura fornecer elementos que condicionam o fenômeno da judicialização da política, quais sejam: a) a existência de um regime de governo democrático; b) a existência de uma “política de direitos”, traduzida ou não em uma carta de direitos ou em uma declaração constitucional de direitos fundamentais; c) a existência de grupos de pressão que tenham identificado os tribunais judiciais como possíveis arenas para a veiculação de seus interesses; d) o uso eventual das cortes como instrumento político manejado pela oposição para impedir a edição de leis que ela, pelos canais representativos tradicionais, não conseguiria impedir; e) a existência de “instituições majoritárias inefetivas”, isto é, incapazes de reunir em torno de si apoio público suficiente para defender suas políticas diante de possíveis ataques originados no Poder Judiciário; e) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas, vindo esse sentimento negativo de receios públicos quanto a clientelismo, personalismo, corrupção, etc.; f) inércia proposital quanto ao trato de certas questões particularmente delicadas (aborto, por exemplo) por parte das instituições majoritárias, que deixam deliberadamente, com isso, que tais questões sejam tratadas por via judicial.

A reunião de todos elementos, ou parte deles pode criar um ambiente propício para a judicialização da política, mas não implica, necessariamente, esse resultado. Para que ele seja alcançado, seria preciso, ainda, que estivesse disseminado na sociedade, ou entre os juízes, o entendimento de que, dadas certas circunstâncias, seria próprio ao Poder Judiciário participar na formulação de políticas que em outras

circunstâncias poderiam ser tidas como esfera de atuação discricionária de outros órgãos, com o poder de, ocasionalmente, substituir ao menos em parte as políticas formuladas por esses outros órgãos por suas próprias políticas.

Aléxis de Tocqueville (1977, p. 82), em obra clássica, constata que o poder político do Judiciário resulta da possibilidade de invalidar leis e atos normativos emanados de outros poderes, por meio da interpretação constitucional. Esse mecanismo de poder do Judiciário denomina-se controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade só se tornou possível com o surgimento do Estado moderno, que estrutura seu sistema jurídico-normativo numa perspectiva piramidal.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 49), a maior ou menor importância atribuída ao papel do Poder Judiciário no sistema político está diretamente relacionada com a sua capacidade de controlar a constitucionalidade das leis e assegurar a integridade da Constituição, seja através do controle político, jurisdicional ou misto. A combinação dos dois critérios de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado, confere ao Supremo Tribunal Federal uma posição singular no sistema constitucional brasileiro.

No controle difuso o Supremo Tribunal Federal atua, por meio da competência recursal, como órgão de revisão das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar lei local contestada em face de lei federal (art. 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” da CRFB/88).

Já no controle abstrato o STF atua, por meio da competência originária, como órgão de cúpula encarregado de examinar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos em face da Constituição mediante ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental, conforme prevê o art. 102, inciso I, alínea “a”, e § 1º da CRFB/88.

Nesse sentido, em se tratando de competência originária, o STF atua como instância exclusiva para julgar os litígios constitucionais decorrentes do exercício do critério de controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se da jurisdição

constitucional concentrada, que visa a assegurar o princípio da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2006, p. 562).

Surge nesse cenário o porque o STF e o judiciário como um todo tem uma relação política em suas decisões. Tudo porque a própria Constituição de 1988, atribuiu ao STF em sede de critério de controle concentrado, a função exclusiva para proceder ao exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Seria então a judicialização da política um fenômeno oriundo da própria vontade do legislador constituinte originário.

3.4 O Ativismo Judicial e as consequências político-institucionais no direito Brasileiro.

Tratar da ascensão do Poder Judiciário pós Constituição de 1988 é destacar a intensa “política de direitos”, traduzida por toda a declaração de direitos civis, políticos, econômicos e sociais constantes no texto Constitucional.

Não é por acaso que grande parte das demandas que judicializam a política consiste em litígios nos quais se busca efetivar o conteúdo genérico dos direitos constantes no bojo da Constituição, inclusive os de conteúdo econômico e social.

A existência de grupos de interesse dispostos a utilizar os tribunais judiciais como canais para a veiculação de suas respectivas agendas é percebida no Brasil, tendo sido, aliás, institucionalizados os canais de que eles podem utilizar-se para veicular judicialmente suas agendas. É o caso da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), a partir de 1990 cumulada ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), legislação que institucionalizou a proteção de interesses da sociedade civil organizada através do processo judicial.

Se por um lado tem-se a sociedade civil organizada com seus interesses, noutra há a instituição Ministério Público, pós 88 com prerrogativas que o deixaram ainda mais ativo e independente, dotado de uma agenda própria de defesa de certos interesses e políticas públicas, notadamente ligadas às áreas como saúde, educação, etc, pautados no contexto de bem-estar social. O Ministério Público detém a legitimidade ativa para propor a Ação Civil Pública, sendo dotado de

garantias institucionais próprias e independência funcional, financiado e suportado pelo Estado mas independente dele.

Com a ascensão institucional dos órgãos vinculados ao Poder Judiciário, surgiu por parte dos tribunais uma atitude mais ativista, indo além da judicialização das questões políticas e sociais, para um tratamento arrojado da norma por parte do intérprete.

Ativismo judicial caminha lado a lado com tensão entre os poderes, seja quando o Judiciário justifica sua atuação como indispensável e necessária para que os direitos constitucionais prevaleçam, seja no exercício da jurisdição constitucional.

Em contrapartida, definir o ativismo judicial, exige uma tentativa de sistematizar as concepções já existentes, e nos dizeres de STRECK; TASSINARI e LEPPER:

É possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. (...) Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (2015, p. 51-61)

É o entendimento de uma grande parcela da doutrina, a qual particularmente alinhado o presente trabalho, de que o Judiciário quase sempre ultrapassa os limites que lhe foram reservados, gerando um desequilíbrio entre os demais Poderes, principalmente no Legislativo, detentor da função típica de elaborar as leis.

Ainda conforme esse entendimento, ao ultrapassar o limite de sua atuação, o Judiciário estaria quebrando a harmonia que deve prevalecer entre os Poderes, no ordenamento jurídico, e impondo um governo de homens, no caso específico, um governo de magistrados, e não de leis.

Tratar da ascensão institucional do Judiciário é retratar o atual contexto sociopolítico e a ocorrência da judicialização da política, dada a própria natureza de guardião da constituição atribuída ao STF. Para Barroso (2012, p. 10), o ativismo judicial relaciona-se a uma maior participação do Judiciário na concretização de

valores e fins constitucionais, interferindo de forma mais contundente no espaço de atuação dos demais Poderes.

Portanto, a função de rever e fiscalizar os atos dos demais poderes torna o judiciário detentor da última palavra, numa espécie de intérprete final, dando a forma como os demais poderes do Estado devem se portar e delineando os ditames previstos no texto constitucional. E tudo isso resultaria na ascensão contemporânea do Poder Judiciário.

Segundo Fonseca (2013) é entendimento das correntes pró ativismo:

Os defensores da atuação mais invasiva do judiciário afirmam que essa proeminência está relacionada diretamente com o acesso à justiça. Segundo esse entendimento, há uma maior possibilidade de qualquer cidadão ter acesso mais facilmente ao Judiciário do que aos demais poderes, por meio da apresentação de sua demanda que, certamente, será apreciada pelo julgador. É o que acontece, por exemplo, com os direitos fundamentais. Quando tais direitos não são contemplados pela atuação do Legislativo e Executivo é ao Judiciário que se recorre na expectativa de ver o direito resguardado.'

Já no que diz respeito aos críticos do ativismo, a autora destaca:

Tem-se percebido uma alteração substancial no papel do juiz, cuja função, além de decidir com base no preceito normativo estabelecido, é atuar como sujeito no processo de produção do direito, criando a norma para o caso concreto.

Com a Constituição de 1988 e a instauração do Estado democrático, houve grande expansão da jurisdição constitucional, fortalecendo ainda mais a ideia de um Judiciário responsável pela concretização dos direitos sociais e dos valores previstos no texto constitucional, entre eles, a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, questões que antes eram atinentes ao Legislativo e ao Executivo, como implementação e execução de políticas públicas, por exemplo, no campo da saúde e da educação, passam a ser postas também sob apreciação do Poder Judiciário.

Mas aí surge um questionamento: estariam os juízes legitimados para tanto, uma vez que eles não passam pelo crivo popular (via processo eleitoral) e também pelo fato de não haver um mecanismo eficaz que possibilite a participação popular nesse processo de tomada de decisões? (FONSECA, 2013.)

Se o processo de criação do direito pode ser benéfico em determinados momentos em casos concretos, é preciso ressaltar que o STF precisa estar atento para não adentrar na competência de outro poder. Nesse sentido, Cappelletti (1993, p. 32) posiciona-se:

Tal criatividade, ou para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.

Ainda no sentido crítico ao ativismo judicial, alguns autores definem que a atitude configuraria um “império da toga”, por entender que se trata de uma atuação que ultrapassa o limite do razoável (PINTO; ZANATA, 2013). E mais, o ingresso do magistrado num campo de atuação política, no caso concreto, pode acarretar consequências desastrosas, uma vez que nem sempre será possível prever os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário.

Para Ramos (2013, p. 138), o ativismo judicial pode ser conceituado como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”. Entende o autor que, ao agir de forma ativista, o judiciário interfere na atuação dos demais poderes estatais, desrespeitando a própria Constituição:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só (RAMOS, 2013, p. 141).

Para Streck, Barretto e Oliveira (2009, p. 80) é preciso também levar em consideração as circunstâncias que ensejaram a postura do legislador. É possível que o legislador não tenha agido com omissão, mas tomado uma decisão política de não disciplinar determinado assunto naquele momento, seja por contexto histórico ou preservação da matéria para uma discussão futura.

Outro crítico é o autor Oscar Vilhena Vieira (2009, p. 58), denomina o fenômeno do ativismo judicial como “*supremocracia*”. Para o autor, supremocracia refere-se tanto à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário, quanto à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes constituídos. E nesse último sentido, afirma o autor que o STF tornou-se verdadeiramente supremo.

Ainda nos dizeres de Vieira (2009, p. 59), cita-se: “O processo de expansão da autoridade dos tribunais é um fenômeno mundial, mas, no Brasil, ganhou contornos ainda mais acentuados, o que aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes.”

E ainda em sua crítica, compara o STF com o poder moderador da época do Império, cita-se:

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias (VIEIRA, 2009, p. 60).

O ativismo judicial enquanto suas funções vem de constituições que assumiram posição soberana, de normas fundamentais e superiores em todo Estado de Direito contemporâneo, no entanto, essa soberania só atingiu sua efetividade e realizou seus verdadeiros objetivos, quando o Poder Judiciário, utilizando-se da hermenêutica, conseguiu transformar as proposições abstratas contidas na Constituição em direitos concretos.

Assim, cabe ao Juiz a tarefa de engajamento no propósito de fazer valer as disposições constitucionais, enquanto normas que são, conforme se depreende das lições de Clèmerson Merlin Clève (2010):

[...] a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande locus, onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder constituinte, de sua obra. A luta, que se travava no seio da Assembleia Constituinte, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Afirmar esta ou aquela interpretação de determinado dispositivo constitucional, defender seu potencial de execução imediata ou apontar a necessidade de integração legislativa, constituem comportamentos dotados de claríssimos compromissos ideológicos que não podem sofrer desmentido. No Brasil contemporâneo, constitui missão do operador jurídico produzir a defesa da Constituição. A Constituição brasileira, tão vilipendiada, criticada e menosprezada, merece consideração. Sim, porque aí, nesse documento mal escrito e contraditório, o jurista encontrará um reservatório impressionante de topoi argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo defender (CLÈVE, apud Amaral, 2010, p. 4)

Mas o exercício hermenêutico não se revela tão fácil e prático como desejado. Vezes ou outra, o Juiz depara-se com sérias dificuldades ao analisar

lacunas legislativas, em entender o desejo do legislador, em contrapartida, tem a obrigatoriedade em se manifestar e fundamentar suas decisões, conforme prevê o art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, o qual prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ao passo que, no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro encontra-se a previsão legal de que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Além das lacunas legislativas, o julgador também pode se encontrar em uma situação de ponderação e choque entre direitos, colocando o julgador diante da árdua tarefa de escolher o melhor caminho para garantir o direito pleiteado, num cenário de fértil proliferação de direitos e, ao mesmo tempo, escassez de recursos.

Assim é que, tendo por base algumas decisões do Supremo Tribunal Federal na aplicação de interpretação favorável à proteção de direitos subjetivos inalienáveis, sem considerar as limitações orçamentárias, Gustavo Amaral (2010) se posicionou, cita-se:

A linha dos precedentes do Supremo até agora, notadamente os da lavra do Min. Celso de Mello nos parecem, d.m.v., pecar por deixar de reconhecer o princípio do uso racional dos recursos públicos, bem como por tratar da questão como e não houvesse separação entre interpretação e aplicação, bem como sem atentar para as peculiaridades do caso. Não se está a dizer que a decisão no caso foi equivocada, mas, sim, que ao formular uma solução generalista, para a qual a questão a ser respondida é o contraste entre um direito subjetivo inalienável e um interesse financeiro subalterno, a decisão enuncia uma regra de decisão que acaba por tornar simples ou rotineira a decisão de casos até então difíceis. O Supremo Tribunal Federal falhou em separar os dois campos, da interpretação e da aplicação, acabando por enunciar um critério de direito-a-qualquer-custo (AMARAL, 2010, p. 170-171).

Isso posto, conforme previsão do art. 5º, XXXV da CRFB/88, justifica o ministro Celso de Mello, em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal, que a prática de ativismo judicial tem se dado naquela Corte moderadamente e com excepcionalidade, em casos de necessidade:

[...] práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se

de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (MELLO, 2008).

Nesse cenário, cada vez mais Juízes e Tribunais têm demonstrado em suas fundamentações um reconhecimento da lentidão ou omissão do Poder Público em cumprir com suas obrigações, colocando em risco vários direitos fundamentais, ainda que subjetivos, o que, conseqüentemente, traduzem-se em comportamento ofensivo aos mandamentos constitucionais.

Tal situação favorece os argumentos a favor do ativismo judicial, que ressaltam as falhas na efetivação dos direitos e o Judiciário como guardião da Constituição na missão de tentar suprir as deficiências dos demais poderes, interpretando o texto constitucional de forma a extrair o máximo de sua efetividade, criando situações não previstas explicitamente na norma, mas que decorrem de valores implícitos no corpo constitucional.

Existe um cenário político em crise que fortaleceu e fortalece até os dias atuais a atuação do Poder Judiciário, legitimando sua atuação, ainda que não prevista nas suas atribuições, tornando o judiciário através da figura da Corte constitucional peça importante para a concretização dos direitos fundamentais, deixando de ser apenas legislador negativo, tendo a jurisprudência um papel criativo e não e mera subsunção dos fatos à norma escrita. Exemplo é o julgamento da ADI nº 3.510 que tratou das células-tronco embrionárias, assim se manifestou o Min. Gilmar Mendes em seu voto:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amicus curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que

muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (MENDES, 2008).

No julgamento do Mandado de Injunção nº 721/DF (rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/2007) o STF disse ser dever do Judiciário, tendo em vista o art. 5º, inciso LXXI e seu §1º da CRFB/88, “não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, cabendo ao Poder Judiciário “viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.”

Percebe-se, assim, que o STF não mais se contenta com o chamado “apelo ao Legislador”, onde o Poder Judiciário, apenas, declara a demora da atuação por parte do legislativo ou do executivo, recomendando que este faça a legislação cuja ausência impede o exercício pleno de determinado direito fundamental ou que o chefe do executivo execute determinada ação estatal.

O controle judicial das políticas públicas é um claro exemplo de judicialização da política. Nesse âmbito de atuação judicial, o Judiciário se torna garantidor de políticas públicas. A legitimidade democrática da sua atuação, significando um reconhecimento das suas decisões pela comunidade, ocorre pelo descumprimento da Constituição por parte dos gestores públicos, não podendo a justiça se isentar das suas responsabilidades (BARCELLOS, 2011, p. 1-43).

Esta preocupação com os fins das atividades estatais denota uma nova concepção de Estado: do Estado de Direito clássico, concebido como um Estado de razão, regido pelo princípio da legalidade, estruturado pela representatividade eleitoral, e caracterizado pelos direitos políticos e individuais dos cidadãos, e pela separação dos poderes, passou-se ao Estado Constitucional, preocupado com o conteúdo do Direito e cujas práticas devem estar voltadas para a realização dos fins materiais postos na Constituição.

A tomada de uma posição cautelosa ao tratar da vinculação da Administração Pública às normas de direitos fundamentais sociais deve ser considerada, pois se tratando de direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante certamente ainda será menor, na medida em que se cuida de preceitos dirigidos principalmente ao legislador (SARLET, 2005). De

qualquer modo, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.

O oposto do ativismo judicial é a *autocontenção judicial*, em que os juízes reduzem sua interferência na esfera de outros poderes: a) evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam não expressas no seu texto, aguardando pronunciamento do legislador; b) utilizam critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidades de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas. Até antes da Constituição de 1988, essa era a atuação da Justiça no Brasil, salientando-se que o ativismo busca extrair as máximas potencialidades do texto constitucional, enquanto a autocontenção limita o âmbito de atuação dos juízes em favor das instâncias políticas (BARROSO, 2009).

A *autorrestrrição judicial* ou *moderação judicial* implica em uma postura mais tímida do Judiciário, que passa a aceitar o resultado da disputa política legislativa, avaliando o procedimento formal, atacando somente decisões ofensivas à moralidade política ou a um precedente inequívoco, e ainda assim com muita parcimônia. No ativismo judicial, trabalha-se com cláusulas vagas e gerais (OLIVEIRA, 2009).

Quando ocorre o fenômeno da judicialização da política no Supremo Tribunal Federal, significa dizer que a Corte acaba enfrentando temas árdios da vida política, e se encontra na obrigação de decidi-las (BARCELLOS, 2011, p. 20). Isso é uma judicialização dos conflitos que acaba por tornar cada vez mais o Poder Judiciário inserido em grandes problemas políticos nacionais, o que lhe dá proeminência e possibilita o controle judicial do jogo político (BARCELLOS, 2011, p.21).

4 CONCLUSÃO

Em termos simples, respondendo aos questionamentos norteadores e a hipótese de estudo apresentada, a Judicialização da Política é a análise de questões políticas à luz do direito, à luz da própria Constituição, com isso, a judicialização é institucionalizada e a nossa Constituição ampliou os direitos e garantias, ampliando também as tarefas do Estado Juiz, Art. 5º inciso XXXV, da CRFB/88.

Portanto a Judicialização da Política é um fenômeno previsto pelo constituinte, e ao ampliar os direitos e garantias, ampliou a atuação do judiciário, dentre elas atuação nas matérias políticas, como as políticas públicas, desde que não atravesse a fronteira da Separação dos poderes.

Analisar a política sob o ângulo do direito não é necessariamente politizar o judiciário. Em seu sentido negativo é simplesmente quebrar o princípio da imparcialidade, é defender que o Estado juiz faça com a caneta da sentença a justiça social que os governantes não fazem, e por isso nem sempre a Judicialização da Política gera a politização do judiciário, pois, se o juiz atuar nos limites existentes para a atuação judicial e dessa atuação surgir uma boa decisão e bem fundamentada, o juiz estará defendendo a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais, até porque todos os poderes da república se encontram vinculados, submissos à Constituição, inclusive o Judiciário e não apenas o Legislativo e o Executivo

Por outro lado, é possível que a Judicialização da Política possa gerar a politização do judiciário, porque como todos os poderes cometem suas falhas o Judiciário também pode cometê-las, dando uma decisão desprovida de fundamentação e não ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, por exemplo, o que extrapolaria suas competências institucionais e resguardadas inclusive legalmente.

Entre as principais diferenças entre os fenômenos aqui apontados, a Judicialização da Política é um instituto originário e quisto pelo próprio constituinte, previsto na Constituição e sendo uma ferramenta de análise do ordenamento jurídico à luz da constituição.

Ativismo Judicial é muito além de judicializar questões políticas. É a análise da Constituição de forma progressista, aberta, permitindo arrojar o judiciário brasileiro, e ocorre principalmente quando o Supremo Tribunal Federal, a corte Constitucional brasileira faz a interpretação da Constituição Federal da maneira mais ampla possível, ou até mesmo uma mutação constitucional, alterando completamente o sentido inicialmente dado a norma pelo constituinte. Como um exemplo de ativismo é a tese nada favorável do Art. 52, inciso X da CRFB/88, pois pretende acabar com o controle difuso, algo que contradiz até a própria formação da jurisdição.

É aí que se encontra a grande diferença, a Judicialização da Política foi desejada pelo próprio constituinte que respira a vontade popular. E um fato é certo, os direitos sociais envolvem necessidades ilimitadas e recursos escassos, sendo necessária essa análise judicial em que se pondere princípios de forma integrativa, pois esses direitos são endereçados aos mais necessitados do Estado, os hipossuficientes e por isso é preciso que o juiz, o aplicador do direito conceba essa integração entre legislação e princípios.

Surge então outra conclusão viável para o acontecimento do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro. É o próprio sistema de controle de constitucionalidade que em sua formação mista importada de países norte americanos e austríacos acabou gerando um misto de possibilidades de atuação por parte do jurista brasileiro, dando a ele, além de uma ampla estrutura para se manifestar, uma legislação vasta e igualmente truncada com ideais diferentes e inúmeras possibilidades de significados em sua interpretação gerada pelo legislador.

Tratar do papel do judiciário e seu empoderamento em zonas políticas acabou chamando a atenção do público em geral, da mídia e dos pesquisadores e operadores do direito, voltando a questionamentos sobre seus limites de atuação, e principalmente até que momento pode-se considerar legal um intervenção jurídica em um outro poder.

O TSE era anos atrás pouco noticiado pelas mídias brasileiras, normalmente sua atuação estava baseada em analisar prestação de contas de partidos e seus candidatos e violações a leis eleitorais. Porém, com o julgamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 194358, proposta pelo Partido da Social

Democracia Brasileira (PSDB), pedindo a cassação da chapa Dilma-Temer (PT/PMDB), lastreada na alegação da suposta prática de abuso de poder político e econômico durante o certame eleitoral de 2014, a partir de alegados desvios de valores de contratos celebrados pela Petrobras para caixa dois eleitoral, o TSE virou a grande manchete, em paralelo ao STF.

A situação repercutiu o conturbado contexto político e expôs ao público as questões de judicialização da política e do próprio ativismo. A transferência dos debates entre os atores políticos e econômicos às instâncias judiciais, acusações de partidarização de titulares das cortes superiores, deficiências dos processos deliberativos e os grandes riscos da profunda midiaticização dos trâmites e procedimentos judiciais.

O presente trabalho não pretendeu analisar o papel da mídia na cobertura dos processos judiciais que ocorrem no STF ou TSE, nem tampouco demonstrar qual a influência que tal midiaticização exerce sobre a sociedade e futuramente no resultado das eleições, mas a citação é válida para abrir discussões futuras sobre essa “espetacularização” da justiça.

Este trabalho visou principalmente diferenciar os fenômenos tão latentes na justiça brasileira, em todas suas instâncias, sendo a judicialização da política um produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. É, portanto, por esse caminho que podem ser fixados os primeiros pontos, visando demonstrar as diferenças entre os dois temas em questão

Em um breve resgate histórico, o STF sempre atuou de forma morosa e na grande maioria de seus julgados ou (não) julgados, atuou de forma conivente com as grandes elites, exemplo é o que ocorreu no período da República Velha, em que, frente aos atos praticados por Floriano Peixoto, na Revolução Federalista, os trabalhadores que procuraram o Supremo no início do século XX, tiveram como resposta o silêncio, sem receber qualquer justificativa ou proteção, sendo todos deportados.

Dos anos de 1988 para cá, o ativismo praticado pelo STF caminha lado a lado com os interesses do sistema político-empresarial, segundo muito bem destacou o jurista Luis Flávio Gomes, no seu livro intitulado “*O Jogo Sujo da Corrupção*”, lançado pela Editora Astral Cultural no corrente ano de 2017.

Pode-se dizer que há por parte do STF um (des)império da lei, com privilégios para as castas intocáveis no curso do processo da Lava Jato, e a tentativa do Judiciário em implodir o sistema corrupto usando de seus instrumentos jurídicos e outros não tão jurídicos assim.

É o caso recente da aplicação do art. 319 do Código de Processo Penal, em que o Supremo Tribunal Federal “decidiu não decidindo” acerca da possibilidade do poder judiciário em impor a parlamentares as medidas cautelares.

No julgamento da ADI nº 5526, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Poder Judiciário tem competência para impor a parlamentares as medidas, desde que, a imposição da medida não dificulte ou impeça, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato do parlamentar investigado, daí, nesse caso, por se tratar de atividade parlamentar, deverá a decisão judicial dever ser remetida, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa para deliberação, nos termos do artigo 53, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Votaram pelo não cabimento das medidas cautelares de forma automática pelo judiciário, os ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Votaram a favor da medida, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, o relator ministro Edson Fachin, o ministro Luís Roberto Barroso, a ministra Rosa Weber, o ministro Luiz Fux, o ministro Celso de Mello.

De início, é importante ressaltar que a ação direta de inconstitucionalidade, buscou conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 312 e 319 do CPP, de modo a harmonizar sua aplicação concreta aos dispositivos constitucionais que garantem a autonomia das Casas legislativas e as prerrogativas parlamentares.

De fato, a decisão proferida pelo STF, sob a relatoria do Min Teori Zavascki, na AC 4.070 – afastando o Deputado Eduardo Cunha do exercício do mandato parlamentar – constituiu a primeira manifestação da Corte admitindo, nos termos do art. 319 do CPP, um afastamento cautelar do exercício do mandato de parlamentar

e, conseqüentemente, a aplicação ampla da prisão cautelar prevista no art. 312 aos membros do Poder Legislativo.

Considerou-se, portanto, cabível – ou constitucionalmente admissível – o afastamento temporário do exercício do mandato parlamentar por decisão judicial, com base no art. 319 do CPP. Nesse contexto, é possível afirmar que o afastamento temporário do exercício do mandato parlamentar constituiu clara inovação na ordem jurídica brasileira, cuja introdução requer um esforço de compatibilização com todo o ordenamento constitucional vigente.

De forma ativista, o STF acabou criando ou reconhecendo a existência de uma hipótese de afastamento temporário das funções parlamentares, a despeito da reconhecida falta de norma constitucional que autorizasse expressamente a medida.

É importante destacar a questão moral que envolve esses tipos de decisões jurídicas, a política é moralmente mal vista perante a sociedade brasileira pela sua trajetória e constantes escândalos, e os juízes se veem numa posição de tentar fazer o que é moralmente certo, ou cobrar de quem fez algo moralmente errado.

No momento em os cidadãos exigem uma posição por parte dos Poderes, e em sua maioria, já calejados pelas constantes quebras de promessas, os cidadãos acabam vendo no Judiciário a possibilidade de “se fazer justiça”, ainda que não seja juridicamente correto ou constitucionalmente previsto.

E estes foram os principais intuitos deste trabalho, estudar e diferenciar os fenômenos que rondam, e pode-se dizer, até mesmo que “assustam” uma boa parcela dos pesquisadores e acadêmicos que se agradam sobre os estudos da jurisdição constitucional, a atuação ativista pelos Tribunais e suas conseqüências para a Democracia. É o entendimento de uma instituição importantíssima e como suas decisões impactam ou refletem a nossa sociedade atual, politicamente frágil e imensamente vulnerável.

De tudo o que foi citado e estudado neste trabalho, ficou evidente o empoderamento e o crescente envolvimento por parte do Poder Judiciário, seja pela atuação de seus juízes, ministros e principalmente pela posição política e ativista adotada tanto pelo TSE, quanto pela Suprema Corte, o STF.

Conclui-se que a atuação do Judiciário vai muito além das questões que são levadas a ele no quesito de direito e legislação perante a Constituição. Há também

um envolvimento na própria regulamentação política e social, repercutindo na democracia brasileira de um modo geral.

O maior motivo que gerou o empoderamento político por parte dos tribunais, além da instituição democrática pós Constituição de 1988, foi o de que a população não confia nas demais instituições, em destaque o Executivo, por não corresponder as exigências sociais e pela crescente corrupção em conjunto com Legislativo.

Tem-se com isso que a judicialização é também uma questão social, independente da vontade do órgão judicial, sendo na verdade, derivado de fatores sociais, políticos, organizacionais e completamente alheios à própria justiça.

A judicialização depende diretamente do fazer ou não fazer estatal, culminando na necessidade de se judicializar uma questão, e seu fim está com a estruturação política e executiva dos demais Poderes, além do comprometimento dos mesmos com as políticas que propõem à sociedade.

O empoderamento do judiciário, além de seus limites constitucionais é perigoso, é entregar um poder para quem não cabe tê-lo. Retorno a dizer, não é papel do judiciário (re) inventar política, legislar sobre política ou interferir nas questões de um ou de outro poder. Políticos togados não são a solução ou salvação para as crises e corrupções da nossa sociedade, vai muito além disso.

O Judiciário e, notadamente, seus tribunais superiores deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, agir com o exercício razoável de discricionariedade técnica, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes. Devendo contribuir para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema, sem extrapolar os limites procedimentais e hermenêuticos jurídicos.

Tanto os ministros do STF e os juízes como um todo, devem se manter atrelados à racionalidade, motivação de suas decisões pela fundamentação, correção, ponderação dos princípios, pela justiça e principalmente, pelo respeito à democracia.

Ao fim, cabe as palavras de Ingeborg Maus, em sua obra traduzida "*Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*", de 1989: Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para

litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa (2000, p. 183- 202).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, J.A Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 119.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2ª Ed. 2010.

ARAUJO, José Antonio Estévez. **La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil**. Madrid, Trotta, 1994, p. 139-143.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. **Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, Jun 2012, vol.8, no.1, p.059-085.

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contra majoritarismo no contexto da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, no 1, 2012, p.23-32.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no 9, março/abril/maio. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/rere.asp>>. Acesso em: 09 de Jun. 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**, nº 61, 2004, p. 20.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 23 de Jun. 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-numeracao...e.../15419-publicacoes> Acesso em: 16 de Jan. 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. Brasília, 2011. p. 13-4. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf> Acesso em: 16 de Jan. 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucpr_edital1_2009.pdf> Acesso em: 16 de Jan. 2017.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993.

CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental. **Revista de Sociologia e Política**, nº 28, 2007.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, 1997.

COSTA, E. V. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo : Institutos de Estudos Jurídicos e Econômicos, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge and London: Harvard Universit Press, 1980.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. 1ª ed. São Paulo, Método, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**. São Paulo, n. 21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da Política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, out./dez. 1994.

FONSECA, Claudia de Oliveira. **O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais**. Bahia: Vitória da Conquista, 2013.

Disponível

em:<<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4801/4599>> Acesso em Jun 2017.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARDUCCI, Leticia Galan. Justiça para quem? Judiciário brasileiro. Direitos fundamentais e as políticas judiciárias nos dias de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**. nº 3, 2015/1.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: M. Fontes, 1997.

HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades en Marx**. Barcelona: Ediciones Península, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1986.

KOOPMANS, Tim. **Courts and Political Institutions – A Comparative View**. Cambridge University Press, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Tradução Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A jurisdição constitucional entre judicialização e Ativismo Judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Orgs). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 13. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. Judicialização da Política e governabilidade democrática no âmbito do poder local. **Dissertação – Universidade de Fortaleza**, Orientação : Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, 2008.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e Poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar, Fortaleza**, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoria impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004.

MACIEL, Débora Alves. KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política.** Revista Lua Nova, nº 57, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>> Acesso em ago 2017.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov./2000. pp. 183-202.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar mendes, na presidência da suprema corte do brasil, em 23/04/2008.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>> Superior Tribunal Federal – STF, Brasília, 2008. Acesso em: 20 de Set 2017.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – Distrito Federal. 29/05/2008.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em : 14 de Jun 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Conversas Acadêmicas: Min. Gilmar Mendes e a Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii> Acesso em: 24 de Jun 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Luiz. **Judicialização da Política no Brasil**. Le Monde Diplomatique Brasil. Disponível em: <<http://diplomatique.org.br/judicializacao-da-politica-no-brasil/>>. Acesso em: 05 de mai de 2017.

NALINI, José R. 2002. **Com as próprias pernas**. O Estado de São Paulo, 21 de Janeiro de 2002.

NEUMANN, Franz. **The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory**. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.

NETO, Ulisses Pereira. Uma abordagem da luta social pelo acesso à justiça como expressão da questão social: considerações preliminares. **II Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luís, MA, 2005. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina_PGPP/Trabalhos2/Ulisses_Pereira.pdf Acesso em: 16 de Set 2017.

NUNES, Armandino Teixeira Júnior. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 178, abr-jun 2008.

OLIVEIRA, Adalberto Luiz Rizzo de. Questão étnica e questão social: os povos indígenas na formação da América Latina e Brasil. **Série Políticas Públicas em Debate**. São Luís: EDUFMA, v.1, n.1, 2000.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **O Stf e a política no brasil contemporâneo (in) Cadernos Adenauer xviii (2017), nº1 Política e Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho 2017.

PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. O ativismo tardio e a legitimidade democrática da defesa judicial das minorias e do processo democrático.

In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/thumb.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15314>. Acesso em: 21 de Ago 2017.

PEIXINHO, Manoel Messias. O Princípio da separação dos poderes, a Judicialização da Política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13 – 44, jul./dez. 2008.

PINTO, Taís Caroline. ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo Judicial: Uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>> Acesso em: 25 de Jun 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SADEK, M. T. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**. Vol 18, n. 51, São Paulo, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) Hermenêutica**. Bahia: JusPodivm, 2010.

SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). **Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília, 2014. Versão preliminar. Disponível em: <juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf> Acesso em: 27 de Jan. 2017.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**, 1998.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ativismo Judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 16 de Set 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomáz; BARRETTO, Vicente de Paula. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2):75-83. Jul./dez. 2009, p.81.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.143.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422>. Acesso em 20 de Jul 2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global of expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do direito constitucional. LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (org.).In: **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. **História institucional**. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/institucional/o-tse/historia-do-tse>> Acesso em: 20 de Jul 2017.

TUSHNET, Mark. **¿Por qué la Constitución importa?** Trad. Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as condições facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(2) pp. 389-406. Jul-Dez, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et alia. **A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezesseite anos de Judicialização da Política**. Tempo Soc., São Paulo, v.19 , n.2, nov. 2007, p.40.

VIANNA, Luiz Werneck. 2002. Apresentação. In: VIANNA, L. W. (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG.

VIEIRA, cf. José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins de; RÉ, Mônica. Audiências públicas no supremo tribunal federal: uma alternativa democrática?. **Revista jurídica da faculdade nacional de direito da UFRJ**. Rio de Janeiro: v. 1, n. 3, dez. 2008.

VIEIRA, José Ribas. **Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição? Direito Administrativo em Debate**. 2009. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/27118594/Jose-Ribas-Saidas-Institucionais>>. Acesso em:09 de Jun 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. (org) In SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-500.

WEBER, Max. (1864-1920) **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva** / Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF : Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 195-209, jun. 2011.