

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA:**o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil****André Luís Vieira Elói¹****Paulo Enderson de Oliveira Teixeira²****Resumo**

Este trabalho tem por objetivo discutir a judicialização da política, atuação política por parte do poder judiciário. Para tanto faz uma análise de uma crise valorativa e simbólica que afeta as sociedades contemporâneas, que faz com que as pessoas creditem ao judiciário uma esperança de garantia e segurança de direitos, culminando em um volume e diversidade cada vez maior de demandas na esfera judicial. A teoria clássica da democracia deliberativa preza por decisões legitimadas tomadas em meio a uma esfera pública racional e ativa, afastando o judiciário da agenda política. Entretanto, os preceitos constitucionais que elencam direitos fundamentais dos indivíduos possuem uma textura aberta. Assim, nas democracias ocidentais contemporâneas marcadas pela pluralidade de valores os juízes encontram-se em dificuldades severas para chegar a decisões em virtude dos profundos conflitos no seio da sociedade. Diante dessa realidade, o judiciário assume um papel de proeminência para instituir e garantir direitos. Tal fenômeno, conhecido como judicialização, é o objeto do presente artigo. Busca-se traçar as fontes que possibilitaram o surgimento desse fenômeno e sua expansão global, salientando como se deu sua aparição no Brasil. Ainda, discute-se sua definição e suas diferenças para com termos correlatos, como o ativismo judicial.

Palavras-chave: judicialização; ativismo judicial; democracia deliberativa; conflitos sociais.

¹ Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), *Campus Serro*, e advogado. Mestre em Teoria do Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas e especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. E-mail: eloi.andreluis@gmail.com.

² Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), *Campus Serro*. Mestre em Teoria do Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas e especialista em Filosofia do Direito pela PUC Minas.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos uma das questões que mais se tem discutido no campo da teoria e filosofia constitucional diz respeito à defesa, justificação, ou ao limite do papel político ativo dos tribunais na vida política dos indivíduos que compõe a sociedade. Inúmeros fatores contribuíram para uma expansão do poder judicial, culminando em alterações da compreensão do constitucionalismo, da teoria política, teoria constitucional e da teoria do Estado tradicional.

A utilização de instrumentos jurídicos para discutir conflitos políticos da sociedade se trata de um fenômeno global, sendo possível de verificar em tradições muito diferentes como o *Common Law* e o *Civil Law*, nos quais a atuação do juiz e sua legitimidade se encontram de formas acentuadamente diferentes.

Os juízes passaram cada vez mais a serem chamados a se posicionarem e resolverem conflitos em um número de setores da vida social cada vez mais extenso.

Este é o contexto da proeminência do juiz em questões políticas, e onde também se insere o ativismo judicial e a judicialização da política, que exige do judiciário um maior protagonismo na solução dos conflitos que surgem a partir de questões de direito que no passado não eram demandadas.

Neste contexto poder-se-ia indagar se o judiciário não estaria perdendo sua identidade, pois cada vez mais se exige de um juiz o posicionamento em questões políticas. Assim, o poder judiciário se vê obrigado a discutir questões que, em regra, deveriam ser discutidas na esfera política.

O procedimento na esfera política democrático-deliberativa é marcado pela diversidade e pela busca de soluções para divergências fundamentais da sociedade. É marcado, ainda, por um princípio da maioria, salvaguardando os direitos individuais e de participação no discurso, limitado por orçamentos que guiam as políticas públicas. Quando o judiciário se posiciona politicamente em tais questões sua intervenção é no mínimo atípica, e merecem ser objeto de análise e, possível, limitação.

A justificação e a delimitação do comportamento dos tribunais em uma sociedade democrática contemporânea (que é marcada pela multiplicidade de crenças, valores e opiniões na interpretação dos preceitos fundamentais) é um desafio e uma questão que esse trabalho não busca responder.

Ao invés disso, propõe-se analisar o fenômeno da judicialização da política. Para tanto, estuda-se como se ocorreu a instauração da crise que a atual sociedade democrática enfrenta; o aumento do poder judicial nas democracias modernas; as origens, definição e diferenciação da judicialização da política de seus termos correlatos; como se deu a expansão global do poder judicial; e, finalmente, como se deu o fenômeno no Brasil.

2 HÁ UMA CRISE NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

Na França, no ano de 1996, o jurista e antropólogo Antoine Garapon lança a obra “*Le gardien des promesses*”. Nessa obra o autor afirma a existência de uma crise valorativa e simbólica nas sociedades contemporâneas. Diante dessa crise, a ideia de justiça- tida como o judiciário-seria um ícone resistente no universo simbólico dos homens. A ideia de um símbolo é tão cara, pois propicia a estabilidade social em um mundo que enfrenta o colapso e o enfraquecimento de referências. É neste contexto que:

O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 1999, p. 27).

No contexto de tal crise, é levado ao judiciário um volume e diversidade cada vez maior de demandas, “nada mais pode escapar ao controle do juiz, as ultimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade”. (GARAPON, 1999, p. 24)

Uma vez que aluíram os baluartes políticos, simbólicos, psíquicos e normativos, a justiça é elevada à condição de instância simbólica central e de última instância da moral (GARAPON, 1999, p. 141). Ricoeur reafirma tal posição: “A demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui.” (RICOUER. In GARAPON, 1999, p.15).

Neste cenário a jurisdição:

Converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático, o último palco de uma sociedade sem projetos. (GARAPON, 1999, p. 173-174)

E o juiz, em um grupo com falta total de vínculos, é “convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada”. (GARAPON, 1999, p. 137).

Garapon acredita que o aumento da judicialização decorre da transformação da sociedade que para lidar com o pluralismo e complexidade das sociedades democráticas recorre cada vez mais ao judiciário para evitar sua derrocada e reafirmar a proposta democrática. Assim a legitimidade da atuação do judiciário na política adviria da expectativa da sociedade sobre o próprio conceito de democracia. No contexto proposto, deixam de existir questões exclusivamente políticas. O juiz não seria um garantidor do *status quo*, e sim um agente contestador da ordem social, um guardião das promessas (GARAPON, 1999).

O Judiciário, ao ocupar um papel de protagonista, é conduzido para o centro do palco das questões políticas. Isto é resultado da deterioração dos espaços republicanos tradicionais de deliberação. Em razão das debilidades dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário entra em cena, provocando uma transformação na democracia. Nas palavras do autor:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1999, p. 48).

Em tal sociedade retratada parece que se torna mais acessível o debate público nos tribunais do que no parlamento (que possui um déficit de representação), resultando em uma substituição da representação política clássica pela busca crescente por mecanismos judiciais.

Assim, parece que a invasão da proeminência do judiciário:

só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. (GARAPON, 1999, p. 39).

John Rawls (2000), em seu livro *O Liberalismo Político*, afirma que, em uma sociedade moderna, é comum a existência de um pluralismo de ideais políticos, religiosos, filosóficos e morais que são incompatíveis entre si. Apesar de incompatíveis, essas ideias são razoáveis, uma vez que concebidas pela razão prática.

Nas democracias contemporâneas, o judiciário vem se tornando o último reduto político-moral para se solucionar estes desacordos. O cidadão deposita no judiciário sua esperança para resolver demandas, ao invés de recorrer a seus representantes tradicionais - legislativo e executivo. É nesse contexto que se expande o papel dos atores judiciais nas práticas sociais. Pode-se citar alguns autores que compartilham da ideia apresentada como:

Vianna Lopes com seu conceito de “Invasão do Direito” (2005) e Ingeborg Maus (2002) com o “Judiciário como superego da sociedade órfã”.

A este fenômeno, que culmina em participação política cada vez mais frequente por parte do judiciário, alguns autores atribuem o nome de judicialização.

2.1 O aumento das estruturas judicantes nas democracias

Nos primórdios da história independente dos Estados Unidos da América já é possível falar de judicialização (TATE; VALLINDER, 1995 p. 17). A obra "O Federalista" (*Federalist Papers*), publicada em 1788, apresenta uma série de 85 artigos que argumentam em favor da ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Nestes textos se destaca a importância da adoção do federalismo para o chamado sistema de freios e contrapesos, bem como revela a influência das ideias de Montesquieu de separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Hoje a separação das funções do Estado já não é absoluta. No entanto, há muitos que criticam a judicialização, e que defendem o afastamento do judiciário das questões políticas para, segundo eles, garantir a vontade da maioria, e assim, da democracia.

É possível constatar com Alexander Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973. p. 162-172), um dos autores de “O Federalista”, um posicionamento cético diante de um governo que se baseia na regra majoritária. Bem como se pode notar, no mesmo autor, um interesse pelo papel constitucional dos tribunais, em contraposição ao interesse das maiorias ocasionais. Hamilton lança as bases para sustentação do controle pelo poder Judiciário dos atos legislativos e administrativos que culmina, em 1803, na primeira declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela suprema corte Americana, no emblemático caso *Marbury vs. Madison*.

A revisão judicial da constitucionalidade das leis é uma característica elementar do sistema político americano, consolidada no século XIX. De sua consolidação até o século XX, o que se viu foi um aumento ainda maior do poder dos tribunais, inicialmente tratando de questões de ordem federativa e posteriormente se dedicando à proteção das liberdades cívicas. (KOOPMANS, 2003. p. 41).

A expansão do poder judiciário na democracia americana e a influência dos juízes na vida política norte-americana foram constatadas pelo pensador político e historiador Alexis de

Tocqueville (2002) já no século XIX. Demonstrando tal peculiaridade o autor conclui:

O juiz americano assemelha-se perfeitamente a magistrados das outras nações. Entretanto, revestem-se de imenso poder político. De onde isso provém? Move-se nos mesmos círculos e servem-se dos mesmos meios que os outros juízes. Por que possui poderes que os outros não têm?

A causa reside num só fato: os americanos reconheceram nos juízes o direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhe pareçam inconstitucionais. Sei que direito similar foi, algumas vezes, reivindicado pelos tribunais de outros países; mas nunca lhes foi concedido. Na América é reconhecido por todos os poderes; não se encontra partido nem indivíduo que o conteste. (TOCQUEVILLE, 2002. p.205-206)

Cientistas políticos dos Estados Unidos da América, na metade do século XX, estudavam os tribunais, em especial as cortes constitucionais, como politicamente ativas. Cita-se, com destaque, Robert Dahl (1957) que defendia a Suprema Corte norte-americana como uma criadora de políticas nacionais, podendo gerar uma tensão com a democracia.

O aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia é um dos problemas centrais das obras de Frank Michelman (1999, p. 01), o autor destaca:

A democracia aparece como autogoverno do povo - as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição - law of lawmaking, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).

Vê-se que conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa bastante complexa. A democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, incluindo o conteúdo da constituição de um país, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais.

Por sua vez, o constitucionalismo impõe limites à soberania popular, deixando alguns conteúdos da Constituição fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. A democracia constitucional se depara com esta delicada questão.

Um dos vários meios de se conciliar a democracia e o constitucionalismo é apresentado por Michelman, (1987 - 1988). Para o autor, a jurisdição constitucional, como espaço de mediação típica, se distancia do republicanismo clássico, que se baseava em valores sociais majoritários. Assim, o autor defende que caberia aos juízes a inclusão dos excluídos, conferindo uma participação política ao poder judiciário para implementar os direitos dessas pessoas.

Mauro Cappelletti atribui o grande segredo do sucesso do sistema constitucional norte-

americano ao controle recíproco dos poderes, através da coexistência de um Legislativo forte, com um Executivo forte e um Judiciário forte. Esta distribuição de forças é o que tornaria possível um sistema de contrapeso e controle mútuo.

Para o autor italiano, seguir o ideal clássico da estrita separação dos poderes traria como “...consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados” (CAPPELLETTI, 1993, p.53). Um sistema de *checks and balances*, com o crescimento do Judiciário é o ingrediente necessário ao equilíbrio dos três poderes.

Além disso, dissertando sobre o aumento das estruturas judiciais nas democracias, Cappelletti (1993) afirma que o gigantismo estatal, do poder legislativo, do poder administrativo e da burocracia do *Welfare Estate*, fez com que as funções e a responsabilidade dos juízes aumentassem. A forma de controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

Assim, o Judiciário se depara com duas alternativas: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador. (CAPPELLETTI, 1993, p.39). O judiciário, então, emerge como um “terceiro gigante”, assumindo funções que ultrapassam a de simples guardião e contrapeso aos outros poderes.

A teoria da tripartição dos poderes clássica foi iniciada por John Locke (2004), ao atribuir ao poder Legislativo a responsabilidade de criar a lei, ao executivo de executar a lei, e ao poder Federativo a responsabilidade de firmar ligar e alianças.

Posteriormente, Montesquieu (2004) amplia essa ideia e passa a denominar os poderes como Legislativo, Executivo e Judicial, que exercem um sistema de pesos e contrapesos harmônicos entre si. Além de exercer sua função típica cada poder, para manter a harmonia, exercia de forma atípica a função dos demais, no entanto, em situações específicas e predeterminadas.

A obra “A expansão Global do poder Judicial”, produzida coletivamente por C. Neil Tate e Torbjörn Vallinder (1995), se tornou um clássico e uma referência para o estudo do aumento das estruturas judicantes e sua legitimidade democrática quando da atuação na política. A este fenômeno convencionou-se chamar judicialização da política. Neste trabalho os autores identificam algumas condições que consideram que facilitavam a expansão do poder judicial em vários países, são elas:

1. Um sistema político democrático;
2. A existência de um ordenamento institucional fundado na separação de Poderes;
2. A existência de uma Carta de direitos (constituição);

- 4.O recurso ao Judiciário por grupos de interesse;
- 5.O Recurso ao Judiciário pela oposição;
6. A Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas;
7. Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais;
8. Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. (TATE, 1995, p. 28-33, tradução nossa).

Para Tate e Vallinder (1995), escândalos envolvendo os representantes democraticamente eleitos abalaram a confiança do povo nos seus representantes. Como resultado, a população depositou suas esperanças no judiciário. E posteriormente o povo o consagrou como um paladino contra os abusos praticados nas tradicionais arenas de deliberação política.

Frente a um Executivo ineficiente para gerir sua burocracia, e um Legislativo fisiológico e demagogo (CAMPILONGO, 1994, p.20), as esperanças e anseios da população foram depositados no judiciário.

No Brasil, a década de 90 foi marcada pela relevância dada ao estudo do papel político do poder Judiciário. Observando a realidade do Brasil, Eduardo Meira Zauli elenca outros fatores que estimularam a atividade do poder judiciário em questões políticas:

1. Em primeiro lugar a promulgação de uma Constituição cujo caráter principiológico e programático, acompanhado de uma nova hermenêutica que confere normatividade aos valores e princípios constitucionais, permitiu um processo de constitucionalização do direito, no sentido da irradiação dos princípios e valores constitucionais por todo o sistema jurídico; abrindo espaço para uma releitura do direito infraconstitucional e das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo à luz da Constituição (BARROSO, 2009), interpretada “(...) em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p.58).
2. A ampliação do elenco de intérpretes da Constituição por meio da abertura do sistema de controle de constitucionalidade a um leque mais amplo de atores legitimados para propor ações de constitucionalidade;
3. As novas garantias de independência do Poder Judiciário e do Ministério Público;
4. Os novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário. Para além das condições mencionadas observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro lado. Assim, de uma combinação de ativismo judicial e choque de valores entre aqueles dois tipos de instituição a resultante tem sido o fenômeno da judicialização da política. (ZAULI, 2010, p. 3-4).

Percebe-se que, principalmente, a crescente constitucionalização do direito (fruto do constitucionalismo moderno), bem como a jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, expandiu a atuação do judiciário na política, o que se convencionou chamar de judicialização.

Enfim, vários trabalhos apontam o aumento mundial das estruturas judicantes no cotidiano das democracias, o que resulta em uma crescente utilização dos tribunais, e seu frequente ingresso em questões políticas. A judicialização é considerada por alguns como uma anomalia do equilíbrio entre os poderes, uma deturpação da democracia. Assim, se faz necessário um maior estudo sobre seu conceito e sua origem.

2.3. Origens da judicialização

Configura-se uma tarefa árdua e complexa a busca pelas origens do termo judicialização da política. A maioria dos estudos sugere que o controle de constitucionalidade das leis, e atos normativos exercidos pelo judiciário, influenciou diretamente o surgimento do termo estudado. No entanto, a judicialização não é um fenômeno recente. Em sua viagem aos Estados Unidos da América em 1831, Tocqueville já constata tal fenômeno na América do Norte ao afirmar:

Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas. (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

O modelo institucional americano tem grande importância para a configuração do poder judiciário que Tocqueville constatou. O presidencialismo norte americano criado pela constituição de 1787, ao possibilitar o controle de constitucionalidade, conferiu ao judiciário igual importância e peso do Executivo e Legislativo. Soma-se o fato de que a tripartição dos poderes e a supremacia da lei fizeram garantir uma ascensão da importância do magistrado. Sobre a teoria clássica da separação dos poderes:

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo. A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder. O exercício do poder segundo os ditames das leis distinguiria a república do governo despótico. (SADEK, 2011, p. 11).

Como Sadek demonstra, o modelo de separação de poderes de Montesquieu caracteriza o judiciário como neutro. Logo, um poder que não deveria se posicionar

politicamente. No entanto, o presidencialismo coloca o judiciário como poder de Estado e, assim, como participante da política. (SADEK, 2011, p. 11).

Portanto, pode-se afirmar que o poder político do judiciário deriva diretamente da revisão judicial ou controle de constitucionalidade, como demonstrado na seguinte passagem:

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como judicial review ou controle de constitucionalidade das leis, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar um papel político no processo decisório normativo. (ARANTES, 2004, p.82).

Os norte-americanos criaram eficientes mecanismos institucionais para o controle de freios e contra-pesos: o senado; o aumento do poder de veto do Executivo; e o Tribunal Constitucional. Isto, pois federalistas como Madison e Hamilton já alertavam para o quão necessário seria controlar o poder das maiorias. Um exemplo cabal é o caso Rhode Island, no qual algumas Assembléias populares estaduais americanas, após 1776, ao se depararem com uma crise econômica, foram pressionadas pelo povo e legislaram em prol dos inúmeros endividados, e contra a cobrança judicial dos devedores (CARVALHO, 2007, p. 164-165).

Diante desse quadro, os federalistas aperfeiçoaram os instrumentos de controle mútuo dos poderes, visando à centralização por meio de uma federação. E assim:

reverter o quadro que se havia instaurado. Nesse sentido, foram criados mecanismos que tinham por finalidade conter as ações “mal pensadas” do lobby dos devedores. A argumentação erigida nessa direção sustentava-se em dois supostos básicos:

- 1) a convicção de que na política existem alguns poucos princípios verdadeiros e que estes não são percebidos pelo povo comum, e,
- 2) a convicção de que as maiorias podem, em determinado momento, agir irracionalmente (CARVALHO, 2007, p.165).

A intenção dos federalistas era que as instituições de veto firmadas no congresso de Filadélfia (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado), “atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do faccionismo e uma possível ditadura da maioria” (CARVALHO, 2007, p.165).

No entanto, a atuação política da estrutura judicante nas democracias presidencialista deve ser encarada como uma potência, como explicado na seguinte passagem:

Trata-se, reafirmamos, de uma potencialidade. Tanto assim que, nos Estados

Unidos, a força política do Judiciário não se revelou imediatamente após a promulgação do texto constitucional (1787). A transformação do virtual em real resultou de um processo de fortalecimento da instituição judicial, de uma conquista que foi sendo consolidada no jogo político. (SADEK, 2011, p. 13).

Do texto constitucional de 1787 não decorreu a judicialização da política. O controle jurisdicional norte-americano não foi previsto constitucionalmente. Ele não partiu do poder representativo como nos demais países que possuem o instituto do controle jurisdicional. A Constituição norte-americana elencava o princípio da separação dos poderes clássica. Porém, a instituição do controle jurisdicional foi um feito da própria Suprema Corte norte-americana, não foi prevista pelos constituintes de Filadélfia. Sendo que a possibilidade da revisão judicial foi estabelecida no caso *Marbury versus Madison* pelo Chief Justice John Marshall em 1803. (CARVALHO, 2007, p. 165). Desde então, a “participação de juízes na vida política, uma possibilidade, converteu-se, cada vez mais, em fenômeno concreto” (SADEK, 2011, p. 13).

Assim, a participação do judiciário nas questões políticas é significativa na história americana. Sadek (2011.p.15) defende que o fenômeno do protagonismo judicial na vida política não foi restrito aos sistemas presidencialistas. Nos países parlamentaristas, típico da França e demais países da Europa, também existiram mecanismos de controle constitucional, ainda que com menor vitalidade do que nos presidencialistas. Como se pode ver:

A rigor, pode-se dizer que, a partir do século XX, a polêmica a respeito dos limites da atuação judicial e da necessidade de se velar pela Constituição universalizou-se, estendendo-se para as democracias européias.

O embate entre Kelsen e Smith [*rectius*, SCHMITT, Carl Schmitt] é paradigmático. O desenlace a favor da criação de Cortes Constitucionais, como preconizava Kelsen, reafirma a pluralidade de soluções visando a proteger a democracia de ameaças, como a do nazismo.

Esses Tribunais Constitucionais, especialmente depois da 2ª Guerra, foram instituídos em praticamente todos os países. Trata-se [*sic*], contudo, de instituições independentes do Judiciário e com claro acento político partidário. (SADEK, 2011, p. 14).

Enfim, a construção institucional do judiciário moderno pode ser estudada a partir da tradição americana ou francesa. Na tradição francesa houve um fortalecimento do poder Legislativo e um enfraquecimento do Executivo, como forma de combater a monarquia absolutista e destacar a soberania popular. A experiência americana demonstrou que a soberania popular poderia levar a uma tirania da maioria. A possibilidade de governos populares legislarem de uma forma intensa, e até mesmo temerosa, elevou o judiciário à condição de poder político, uma forma de garantir direitos individuais. Essas diferenças institucionais entre os americanos e os Franceses certamente impressionou tanto Alexis de Tocqueville. O judiciário, ao decidir sobre o controle de constitucionalidade, se constituiria como um contrapeso na democracia, pois teria o poder de controlar a vontade majoritária.

2.4 A expansão global do poder judicial

A queda do comunismo no leste Europeu e o fim da união soviética estariam diretamente ligados à expansão das atividades do poder judiciário na concepção de Tate e Vallinder (1995). Isto permitiu que os Estados Unidos se tornassem a grande potência mundial, uma vez que o socialismo tinha chegado ao fim.

Como resultado, a América, berço da judicialização da política, propiciou o desenvolvimento do controle de constitucionalidade e outros mecanismos institucionais frutos de um judiciário forte. Soma-se ao fato de que ao fim da segunda guerra mundial a Europa buscou a criação de Tribunais Constitucionais, uma forma democrática de garantir a proteção dos direitos individuais, limitando judicialmente os atos do Executivo.

Tate e Vallinder (1995, p. 23-24) citam, também, a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, como importante para o fenômeno de judicialização, pois o poder Legislativo se viu obrigado a alterar a constituição de seu país. A figura do juiz passou a atuar como legislador implícito, um agente político que visa implementar e garantir direitos.

Pode-se estudar o fenômeno da proeminência judicial nas questões políticas através do contexto sociopolítico. Souza Santos (1996) apresenta três momentos distintos: O estado liberal; o Estado-Providência; e a crise do mesmo. O primeiro se configura até o período das guerras mundiais, e se caracteriza pela forte tendência a usar a teoria da separação dos poderes para que o poder legislativo tivesse maior controle sobre as questões políticas. Ao passo que o poder judicial se sentia tímido em relação à atuação na política - deve-se excetuar a experiência americana como já estudado.

A separação dos poderes clássica prima pelo respeito do princípio da legalidade em prol da segurança jurídica, no qual o judiciário não poderia decidir *contra legem* e o juiz seria a boca da lei. Os juízes, portanto, tinham pouco poder político.

Após a segunda guerra mundial a atuação do poder judicial se modificou. O poder Executivo, tão forte nos Estados totalitários até a guerra, sofre um forte abalo. O Legislativo se volta a judicializar a realidade social e econômica. Surge assim o Estado-providência, a neutralidade do Judiciário até então, dá lugar a juízes proativos que buscavam concretizar o interesse de grupos. “Um dos impactos da legislação “welfareana” sobre a ordem jurídica foi a de fazê-la incorporar a vagueza e a imprecisão das normas de sentido promocional prospectivo, afetando a neutralidade do judiciário e ampliando a criatividade do juiz no ato da interpretação” (VIANNA,1996) . O positivismo jurídico perde espaço e tendências

“jusnaturalistas”, com um ideal de justiça vinculado ao constitucionalismo, que se tornam frequentes neste período. Os juízes se veem com mais discricionariedade e criatividade. Assim, tornam-se irremediavelmente atuantes na política, devendo se posicionar sobre o sentido da norma invocando o justo à lei. (VIANNA,1999, p.21). No constitucionalismo moderno há a invasão da política pelo direito por meio da revisão judicial.

Dos anos 80 até a contemporaneidade o Estado-providencia se encontra em crise. O Estado se encontra com dificuldade para sustentar as despesas financeiras do bem estar social. Há, ainda, a ineficiência e o desperdício de um Estado cada vez mais burocratizado e de uma sociedade incerta pela desestabilidade do mercado neoliberal (SANTOS, 1996). Nesse sentido:

“As formas neoliberais afrouxam, quando não retiram de cena, as escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais, ao mesmo tempo em que provocam, inclusive pela reestruturação do sistema produtivo, o retraimento da vida sindical e da vida associativa em geral. Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon” (VIANNA,2007, p.40)

Desde então, um crescente número de litígios chega ao judiciário e o acesso à justiça se torna política pública. “Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhandose da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. (VIANNA,2007, p.41). Em síntese do Estado-previdência e destacando a função do juiz neste Estado, têm-se que:

A invasão do direito sobre o social avança 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 à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou”. (VIANNA,2007, p.41).

São múltiplos os fatores que ensejaram a expansão do judiciário na atividade política frente ao Executivo e Legislativo. Foi citada a mudança de paradigma pós-guerra, bem como a instauração do Estado de bem estar social e a busca de garantia de novos direitos; a criação de Tribunais constitucionais; e a declaração universal dos direitos Humanos.

Ante todo o exposto, percebe-se a passagem de um judiciário politicamente neutro, para um judiciário politicamente proeminente, tanto no *common Law* quanto no *civil Law*. Ao perceber que o judiciário ganha uma figuração de justiça quando o povo deposita nele esperanças de efetivação de direitos em prol do legislativo e Executivo, Vianna (1996) atribui o nome de “positivação dos direitos naturais”- para os países do *civil law*. O juiz passa, cada vez mais, a ter a responsabilidade de julgar o caso concreto mediante princípios e valores constitucionais. O fenômeno de expansão judiciário sobre os demais poderes e sua participação na política faz surgir as expressões ativismo judicial e judicialização.

2.5 Judicialização: conceito e diferenciação de termos correlatos

Para melhor estudar o fenômeno de judicialização, é inevitável definir um conceito, pois trata-se de uma palavra polissêmica. Faz-se necessário, para melhor compreensão do tema, delimitar e definir o termo em questão. Nesse sentido Maciel e Koerner (2002, p.114), citando Tate e Vallinder, conclui:

Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro 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*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

Por sua vez a politização da justiça “destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes” (Maciel e Koerner, 2002, p.114). Assim, a judicialização da política está ligada ao *policy-making* por parte do judiciário, em desfavor dos agentes políticos tradicionais. Segundo Zauli (2010, p. 8):

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão judicialização da política para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas.

A judicialização da política (CASTRO 1997, p. 148):

ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do

legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político.

Os estudos de Maciel e Koerner (2002, p.115) alertam para a pluralidade de sentidos. Alguns tomam o termo judicialização da política de outra forma. É o caso de Werneck Vianna (1999), que tomou o termo para descrever as transformações constitucionais pós-88 no Brasil, possibilitando o maior protagonismo dos tribunais, decorrente da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido “descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.”

Diante da multiplicidade de sentido, podemos dizer que o sentido clássico seria a concepção de Tate e Vallinder, que foi apresentada logo acima. Porém, Ernani Carvalho adverte dizendo que essa abordagem não esgota o assunto:

A literatura que se ocupa dessa questão tomou por empréstimo a definição dada por Tate e Vallinder: judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes. [...] A idéia é demonstrar que a abordagem utilizada por esses autores não esgota o assunto – ao contrário, apenas inicia o debate”. (CARVALHO, 2004,p.116)

Nesse sentido, Ernani de Carvalho (2004) considera, tomando como base a obra de Tate e Vallinder, a existência de duas formas de judicialização:

1) "from without", que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) "from within": é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a from without, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade.(2004,p. 116)

Este trabalho se dedica ao fenômeno da judicialização da perspectiva do *from without*. Na busca por esgotar o tema, Ernani Carvalho e Marjorie Marona (2010, p.12) elencam nove definições para a judicialização da política:

- 1- Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais
- 2- Crescente utilização do judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política.
- 3- Interferência do poder judiciário em questões eminentemente políticas
- 4- Expansão do poder judiciário.
- 5- Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário.
- 6- Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial.
- 7- Capacidade de o poder Judiciário intervir em políticas públicas.

8- Crescente intervenção do poder Judiciário nos Processos decisórios das democracias contemporâneas.

9- O judiciário como veículo para exercício da cidadania.

Uma vez elencados os possíveis sentidos, os autores os dividem em duas categorias passíveis de se analisar o fenômeno da judicialização da política. Pode-se: Tratar o fenômeno através de uma perspectiva cultural, ligado as transformações entre a sociedade e o Estado; e pode-se analisar o fenômeno através de um modelo institucional, observando a modificação das relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. (CARVALHO E MARONA, 2010, P.14).

Vianna vai ainda mais longe. Para o autor, a judicialização não se limita apenas à esfera política, "... ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado" (VIANNA et al., 1999, p. 149). Reforçando tal ideia Garapon (1996, p. 150):

A história do direito de família ilustra a lenta penetração da justiça para controlar as relações familiares e a aceleração desta evolução muito sensível nestes últimos anos. As relações entre pais e filhos 'judicializaram-se' progressivamente compreendendo-se em cada dia mais em termos jurídicos do que natural.

Pode-se citar o direito de grupos minoritários em busca de seu reconhecimento, a forma como os pais devem tratar seus filhos, a necessária consciência ecológica dos indivíduos, e a bioética como bons exemplos dessa judicialização social. Assim a judicialização das relações sociais seria "invasão do Direito sobre o social" (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2006, p. 3).

Neste trabalho, ao abordar o termo judicialização da política, emprega-se o entendimento como questões de ordem política:

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. 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. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2008 p. 16)

O termo judicialização pode ser analisado também sobre o ponto de vista do ativismo judicial. Embora possa parecer que possuem um sentido próximo, judicialização da política e ativismo judicial não são sinônimos. Barroso é quem melhor diferencia essa questão. Para o autor:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre 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 trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte (BARROSO, 2008 p. 17)

Por sua vez Barroso define ativismo judicial como:

uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2008 p. 17)

Assim, para definição de ativismo ou judicialização se faz *myster* a postura do intérprete da constituição. O fenômeno do ativismo está ligado a uma participação ampla na concretização de valores e fins garantidos pela constituição, interferindo diretamente no espaço de atuação Legislativo e executivo.

Pode-se caracterizar a postura ativista por: uma aplicação da constituição, pelo poder judiciário, a questões não expressas em seu texto independente de manifestação do legislativo; o judiciário declarar inconstitucionais atos normativos através de critérios menos rígidos do que a clara e ostensiva violação a constituição; e o judiciário se abster ou impor condutas ao poder público quando se trata de políticas públicas. (BARROSO, 2008 p. 6).

O oposto à ideia de um judiciário ativista seria a postura de auto contenção:

“Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.” (BARROSO, 2008 p. 7)

A finalidade de toda essa problematização foi demonstrar que o termo judicialização tem tantas acepções e variáveis que, por vezes, sua utilização seguida de outro termo pode ocultar significados e sentidos que só poderão ser identificados mediante uma interpretação textual. O que não resta dúvida é a existência do fenômeno da judicialização.

2.6 A Judicialização no Brasil

A figura do magistrado tem adquirido cada vez mais importância nos debates políticos e sociais. A redemocratização do Brasil, a partir da constituição de 98, permitiu que os tribunais ampliassem os instrumentos de proteção judicial e aos poucos as minorias parlamentares e associações descobriram e se utilizaram deste instrumento. (VIANNA, 1999, p. 17).

A redemocratização garantiu o advento de uma nova constituição que expandiu o poder judiciário, deixando de ser técnico-especializado e se transformou num agente político; possibilitou uma geração de novos ministros que não devia seu título ao regime militar; o ambiente democrático reavivou a cidadania e concreção de direitos. (BARROSO, 2008, p. 03).

Pode-se dizer que outra causa para a judicialização no Brasil se deve às inúmeras matérias que antes ficavam a cargo do processo político majoritário e passaram a ser elencadas no texto constitucional de 88. Assim, ao constitucionalizar uma matéria transforma política em direito. (BARROSO, 2008, p. 03). Ademais, o controle de constitucionalidade brasileiro – um sistema híbrido-, assim como o amplo direito de propositura de ações direta de inconstitucionalidade de inúmeros órgãos e associações.

Nesse sentido, Carvalho e Marona (2012, p.12) elencam quatro causas para a judicialização da política no Brasil: a constituição brasileira ao ampliar a noção de direitos fundamentais impôs um dever de ação do Estado para a efetivação de direitos que dependem de um processo hermenêutico pelos tribunais; um estímulo por via da legislação dos canais de representação funcional; institucionalização das ações coletivas; e submissão do poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

Rabay Guerra (2008, p.2-3) retrata a atuação política do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Por esses dias, temas instigantes povoam as sessões do STF. O papel político e a consequente necessidade de legitimação democrática discursiva do Judiciário ficaram patentes no julgamento de questões complexas, tais como a fidelidade partidária e a autorização de experiências científicas com células tronco-embriônicas. Tivemos, também, a imposição do uso das algemas, o caso da greve dos servidores públicos e o fim do nepotismo nas três funções do Estado. Em seguida, teremos, ainda, julgamentos marcantes, tais como a possibilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade do casamento homossexual e, por fim, a questão das ações afirmativas e das cotas nas universidades públicas.

Fica claro que existe uma mudança institucional que é responsável pela judicialização da política no Brasil. Esta mudança concebeu novas regras institucionais, levando a um posicionamento político em uma ampla gama de questões.

O controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, se torna um meio de judicialização da política, como já foi dito. Isso, pois a decisão sobre as matérias polêmicas tratadas por via de controle de constitucionalidade emanam do poder judiciário e não do poder Legislativo. Essa decisão pode repercutir diretamente sobre políticas públicas, valores sociais e preferências majoritárias.

Há ainda outros instrumentos que possibilitam o crescimento da judicialização da política, é o caso do controle de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Cita-se o caso da delimitação do direito da greve dos servidores públicos, 2007, no qual o poder judiciário agiu de forma positiva, determinando que enquanto não houvesse lei específica a lei existente para a greve no setor privado deveria ser usado no que couber. Ora, o controle de constitucionalidade através de uma variedade de recursos institucionais, bem como por um aumento dos atores que podem exercer esses recursos, favoreceram a judicialização da política.

A constituição de 88 atribuiu ao judiciário a possibilidade de ser o mediador entre o poder Legislativo e Executivo. (SADEK,2001, p.15). Verifica-se no contexto brasileiro que conflitos que são perdidos na arena política são levados pela minoria ao judiciário com a esperança de se obter socorro. Um exemplo disso é o caso dos royalties do petróleo, de 2013, que após a derrubada de um veto da presidente Dilma Roussef à nova lei de distribuição dos royalties do petróleo os Estado produtores, Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, vão recorrer ao STF questionando a legitimidade da sessão que derrubou o veto presidencial, alegando ser inconstitucional. Nesse sentido, pode-se verificar, também, uma judicialização da política na atuação da Justiça eleitoral:

“Em agosto de 2001, o PDT (Partido Democrático Trabalhista) fez uma consulta ao TSE [...] queriam saber se era possível coligar-se nos estados com partidos que estivessem disputando as eleições presidenciais como adversários”. Depois de alguns meses de debate entre os sete ministros, cinco responderam negativamente e dois positivamente à consulta, obrigando os partidos políticos a formarem alianças estaduais simétricas em relação às alianças nacionais. [...] Dessa corte não se pode dizer que não havia uma visão clara do padrão de coligações vigente e do impacto que a decisão da verticalização produziria sobre o jogo político-partidário. [...] Na interpretação de Jobim, isso significou que as alianças feitas em âmbito nacional deveriam condicionar as alianças estaduais. [...] O risco era que o tribunal avançasse sobre terrenos em que não seria prudente avançar. Essa decisão não seria, assim, uma mera interpretação do texto legal, muito menos uma iniciativa para garantir o bom cumprimento das obrigações legais. Seria, de fato, uma produção legislativa da justiça eleitoral, fruto de uma, na definição do próprio ministro, "interpretação

voluntarista da lei em que a vontade dos juízes substitui a opção do legislador" (MARQUETTI e CORTEZ, 2009 p.431-434).

A mediação política entre Executivo e Legislativo por parte do judiciário deveria ser feita mediante uma neutralidade de valores e posição política como pretende a constituição. Entretanto duvida-se que tal posicionamento seja adotado. Muitas vezes o que se vê é o judiciário usando argumentos jurídicos para despistar os verdadeiros fundamentos, muitas vezes o posicionamento político.

Outra causa para a judicialização da política no Brasil seria a constitucionalização dos direitos fundamentais e sociais advinda da constituição de 88. Para Barroso (2008, p.10) o objetivo de tal constituição seria proteger os valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria, sendo seu interprete o Supremo Tribunal Federal que teria o papel de guardar as regras democráticas bem como os direitos fundamentais, funcionando assim como fórum de princípios e razão pública e não de políticas.

Neste mesmo sentido Carvalho e Marona (2010, p.17) atribuem à constituição de 88 a responsabilidade de “deslocar a cultura jurídica marcada pelo positivismo de caráter positivista”, resultando em uma ampliação da concepção dos direitos fundamentais, afirmações de princípios, que através de interpretes judiciais constituiriam programas de ação do governo.

Ora fica claro o papel proeminente do judiciário através da defesa da constituição e de direitos fundamentais acima de interesses políticos, atuando como agente de equilíbrio entre os poderes, de importante guardião contramajoritário:

“A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia” (BARROSO, 2008, p.15).

Ao estabelecer uma grande diversidade de direitos fundamentais e sociais, a constituição favorece institucionalmente o poder Judiciário, quando provocado, a atuar positivamente na implementação de direitos. Porém:

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Em suma, a gama de direitos fundamentais, elencados na constituição de 88, pode ser colocado como uma causa do aumento da judicialização, pois o Judiciário que é o guardião da

Constituição deve garantir os direitos fundamentais e os valores e procedimentos democráticos que nela se encontram, inclusive em face dos outros poderes.

Finalmente, além de uma grande quantidade de direitos garantidos na constituição de 88, verifica-se que houve uma grande preocupação com uma ampla garantia de acesso ao judiciário, resultante das próprias normas constitucionais.

O artigo 5º da constituição de 1988 garante em seu inciso XXXV que “a Lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Ora, essa regra permite o ingresso em juízo de temas políticos, coisa que não seria possível na constituição de 1937, uma vez que em seu artigo 94 diz: “ é vetado ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Ainda, houve uma preocupação muito grande da constituição de 88 em ampliar o rol de legitimados para o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade (art. 103), bem como os instrumentos institucionais (controle de constitucionalidade por omissão; mandado de injunção; e ação de descumprimento de preceito fundamental) para garantir o acesso ao judiciário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma revisão de literatura sobre o fenômeno de expansão política do poder judiciário foi possível identificar como o poder judiciário, em especial no Brasil, tem sido utilizado como palco de disputas políticas sobre as questões mais fundamentais e profundas na sociedade, envolvendo grande comoção social.

O judiciário parece que se tornou o ultimo reduto político moral para a sociedade, que não tendo suas expectativas correspondidas por Poderes tipicamente políticos, deposita suas esperanças no Poder Judiciário. Tal fato culmina na participação política cada vez mais frequente deste poder. O que para alguns autores poderia gerar uma aparente contradição com o ideal clássico de democracia, e uma anomalia para a teoria da separação dos poderes para muitos autores, mas que, todavia reforça a mesma uma vez que visa implementar direitos fundamentais e o acesso ao judiciário.

Ao estudar as origens da judicialização da política, concluiu-se que tal fenômeno não é recente, a maioria dos estudos sugere que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, influência diretamente o surgimento atuação política do judiciário, vale ressaltar

que Tocqueville, já havia verificou a interferência política por parte do judiciário norte-americano.

A judicialização da política deve ser entendida como uma utilização de métodos típicos da decisão judicial na resolução de demandas na arena política seja pelo controle de constitucionalidade ou na constitucionalização de direitos. Por sua vez o termo correlato “ativismo judicial”, se refere a uma postura proativa e expansiva do interprete da constituição, potencializando o sentido e o alcance das normas para além do que foi estabelecido pelo legislador.

A expansão global do poder judicial tem origens no fim da união soviética, tal fato permitiu a consolidação dos Estados Unidos como referência de sistema e nação em todo o mundo. Na mesma época houve uma adoção do controle de constitucionalidade, baseado no sistema americano, bem como de tribunais constitucionais por varias nações.

Outro fator importante para o fortalecimento do judiciário foi à declaração universal dos direitos humanos, a qual conferiu ao judiciário um aspecto de atuação política, pois deste se espera a implementação e garantias dos direitos fundamentais.

No Brasil, a constituição de 1988 e a concretização de novos direitos, somado a ampla gama de instrumentos que garantem o acesso ao judiciário, expandiram a participação política deste Poder.

As implicações políticas e sociais oriundas das mudanças oriundas da constituição de 1988 tendem a alterar significativamente a cultura jurídica do Brasil, até então marcada pelo formalismo legalista e por uma espécie de subordinação do poder judiciário ao poder Executivo. O Judiciário nessa nova perspectiva se torna um poder mais ativo, com base em uma prática judiciaria que requer uma interpretação do texto constitucional.

Abstract

This paper aims to discuss the legalization of politics, political activism by the judiciary. For such an analysis is an evaluative and symbolic crisis affecting contemporary societies, which causes people to the judiciary credit a hope to guarantee the rights and safety, culminating in a volume and increasing diversity of demands in court. The classical theory of deliberative democracy itself through legitimate decisions amid a rational and active public sphere, removing the judiciary from the political agenda. However, the constitutional precepts that we

list the fundamental rights of individuals have an open texture. Thus, in contemporary Western democracies marked by a plurality of values judges find themselves in severe difficulties to reach decisions by virtue of deep conflicts within society. Given this reality, the judiciary plays a prominent role to establish and guarantee rights. This phenomenon, known as legalization, is the object of this article. Seeks to trace the sources that enabled the emergence of this phenomenon and its global expansion, highlighting how was his appearance in Brazil. Still, discusses its definition and its differences with related terms such as judicial activism.

Key words: legalization; judicial activism; deliberative democracy; social conflicts

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.** Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em:http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?. Acesso em 05/03/2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem.** *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, p. 115-126. Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 18.02.2013.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, v. 6, 1957

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 4, 2008.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O federalista.** In: Os federalistas. São Paulo: Abril Cultura l, 1 973 . p. 91-184 . (Coleção “Os Pensadores”, v. XXIX)

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n.57, p. 113-133, 2002.

MARCHETTI, V e CORTEZ, R. "A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais". **Opinião Pública**, v. 15, n° 2, p. 422-450, 2009

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58. p. 183-202, nov. 2002

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. Nova Jersey: Princenton University Press, 2005.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Chester Neal; VALINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De La démocratie en Amerique I**. 13. ed. Publication em version numérique par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada: 2002.

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

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, "positivação" do direito natural e política. **Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Brasileiro, Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n.185, p. 7-25, janeiro – março /2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>>. Acesso em: Junho, 2014.