

1 Introdução

O tema da judicialização da política tem vindo à baila com freqüência nos dias atuais, seja no meio acadêmico e intelectual, seja na mídia. De fato, verifica-se, hoje, em diversos países, de que são exemplos Alemanha, Itália, França, Portugal, Espanha, Inglaterra, Estados Unidos e Brasil, uma prevalência, na balança dos poderes, do Judiciário, visto como mediador do sistema, capaz de conter a insatisfação do povo com relação aos poderes Executivo e Legislativo, propiciando a implementação de políticas públicas ante a omissão dos órgãos legitimados a tanto e até mesmo produzindo, como se legislador fosse, a norma faltante, ou interpretando-a de maneira a subverter-lhe por completo o sentido original.

Primeiramente era o Parlamento que ocupava o lugar de maior preeminência no cenário político dos estados, favorecido pela denominada *sacralização da lei*. Os demais poderes, segundo a doutrina de Montesquieu, estavam submetidos à lei e não cabia ao Judiciário controlá-la¹.

Com efeito, Montesquieu dividia os poderes em “poder legislativo, poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e poder executivo daquelas que dependem do direito civil”², sendo o juiz mero executor de leis, ou “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar a força e nem o rigor.”³

O Estado do bem-estar, todavia, fez com que o Executivo, diante da necessidade premente de intervir para proteger os hipossuficientes, ocupasse o lugar de maior elevação na cena política (estado administrativo). A inflação legislativa gerada por essa demanda praticamente paralisou o Parlamento, concebendo-se a possibilidade de o Executivo legislar através de delegações legislativas e atribuições constitucionais.

Diante desse quadro, o Judiciário erigiu-se em protetor dos direitos individuais contra a atividade estatal, passando a desempenhar, por vezes, papel político alheio às suas funções. Nas palavras de Antoine Garapon, ao juiz foi atribuído o papel de “guardião da moral pública”, passando a representar a “consciência mo-

¹ LEAL, R. S. *A judicialização da política*. p. 2.

² MONTESQUIEU, B. *O Espírito das Leis*. p. 165.

³ *Ibid.*, p. 172.

ral da vida social, política e econômica.”⁴ Foram desenvolvidas, então, teorias como a do desvio de poder, para controlar e coibir o abuso do poder discricionário da administração, e mecanismos de controle da constitucionalidade das leis. O Judiciário passa, assim, a ter poder de controlar a atividade dos demais poderes.

Ricardo Lobo Torres resume a cronologia do que se pode denominar de *seqüenciamento da predominância dos poderes*, nos seguintes termos:

1º - Estado de Direito formal, característico do séc. XIX, com a prevalência dos direitos individuais e a preponderância do Legislativo;

2º - Estado Social de Direito, que floresce no “breve século 20” (de 1919 a 1989, aproximadamente), com a emergência dos direitos sociais e o protagonismo do Executivo;

3º - Estado Democrático de Direito, que se consolida após a queda do Muro de Berlin (1989) e a desconstituição da União Soviética (1991), e que se caracteriza como Estado da Sociedade de Risco ou Estado Ponderador, com a afirmação dos direitos difusos e o ativismo Judiciário.⁵

Essa preeminência do Judiciário, como dito, leva ao desequilíbrio da balança dos poderes, em prejuízo ao princípio da separação desenhado por Montesquieu. Como assevera Roger Stiefelmann Leal⁶:

Quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por direito próprio num detentor de poder semelhante, quando não superior, aos outros detentores do poder instituídos. O controle da constitucionalidade, notadamente, não pode ser qualificado como um mecanismo comum constante do sistema de freios e contrapesos do Estado. Normalmente ele confere uma preeminência ao órgão que dá a última palavra em matéria de Constituição. Ao se atribuir a órgãos jurisdicionais a função de ser intérprete último da Constituição, modifica-se substancialmente a coordenação entre os poderes.

De fato, o descontentamento popular ante a omissão e a corrupção dos poderes Executivo e Legislativo conduz ao içamento do Poder Judiciário como último bastião da defesa do cidadão, responsável por frear e reprimir os abusos e implementar as políticas públicas que garantam a dignidade humana.

De se ressaltar, todavia, que as tensões entre o Judiciário e os poderes Executivo e Legislativo têm ainda como pano de fundo, no Brasil, conforme noticia Werneck Vianna⁷, uma disputa interna por poder, que passa, inclusive, por ressen-

⁴ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 55.

⁵ TORRES, R. L. *A Judicialização da Política*. p. 111.

⁶ LEAL, R. S. *A judicialização da política*. p. 3.

⁷ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 10.

timentos no âmbito do Judiciário relativamente a políticas salariais, ameaças à autonomia dos juízes e à sua instituição.

O preenchimento, pela atividade judicial, desse espaço deixado pelo Legislativo e pelo Executivo é possibilitado, no país, pela previsão, na Constituição de 1988, de princípios e normas programáticas, que viabilizam uma interpretação construtivista, à Dworkin, máxime pela jurisdição constitucional, ensejando o surgimento de um *direito judicial*⁸, ou de uma *judiocracia*⁹, ou de um *governo de juízes*¹⁰.

Marcos Faro de Castro cita as razões que levaram a esse “fenômeno observado de comportamento institucional” em nível global, ou à expansão do poder das cortes judiciais, segundo Vallinder:

(...) seria o resultado de diversas características do desenvolvimento histórico de instituições nacionais e internacionais e de renovação conceitual em disciplinas acadêmicas. Assim, a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa, que deu origem, por exemplo, à adoção de uma ampla carta de direitos na *Grundgesetz* alemã; a preocupação das esquerdas com a defesa de “direitos” contra “oligopolistas e oligarcas”, como no caso do trabalhismo inglês (anos 50) ou sueco (anos 70); o resgate intelectual e acadêmico de teorias de “direitos liberais”, presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin e o concomitante desprestígio de autores como Hume e Bentham; à influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada *Warren Court*, nos anos 50-60); a tradição européia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 – todos esses fatores, segundo Vallinder (1995), contribuíram para o desenvolvimento da judicialização da política. Acrescente-se, ainda, como outro fator determinante da judicialização da política, o declínio da eficácia da política macroeconômica a partir do final dos anos 60 (Castro, 1994).¹¹

Jürgen Habermas correlaciona a introdução dessa função nova nas tarefas afetas ao Judiciário com o assoberbamento das atribuições administrativas do Estado, impostas pela agenda igualitária do chamado *Welfare State*: “num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se [a crítica ao direito] a dois os pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo.”¹²

Para atender a essa nova demanda gerada pelo Estado Social, a produção le-

⁸ CITTADINO, G. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. p. 105.

⁹ LEAL, R. S. *A judicialização da política*. *Revista dos Tribunais*. p. 4.

¹⁰ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 55.

¹¹ CASTRO, M. F. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. p. 1-2.

¹² HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 173.

gislativa, antes voltada para a descrição de fatos típicos, com conceitos jurídicos determinados, aos quais eram atribuídas conseqüências específicas, visando a assegurar a liberdade jurídica das pessoas contra o Estado, passa a se voltar para o futuro, surgindo “leis relativas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados.”¹³

Essa técnica legislativa levaria o Judiciário a desempenhar o papel de “legislador implícito”¹⁴, já que a lei que contém conceitos jurídicos indeterminados exige sua integração pelo juiz, ao analisar o caso que lhe é posto a julgamento, interferindo, desta maneira, na esfera de atuação dos outros poderes. Nos dizeres de Garapon: “A lei torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz.”¹⁵

O reconhecimento de direitos suprapositivos vinculantes do legislador constitucional, que tornam a Constituição também passível de controle de constitucionalidade – *interpretação devidamente constitucional* – eleva ainda mais o poder das Cortes Supremas, visto que tal reconhecimento decorre de suas atividades interpretativas – *a Constituição é o que a Suprema Corte diz que ela é*, na célebre frase do *chief justice* Hughes – e as torna imunes a qualquer vinculação às regras constitucionais. Eis o que discorre Ingeborg Maus a esse respeito:

“*Legibus solutos*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição. (...) A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional”.¹⁶

Ingeborg Maus identifica no *Terceiro Poder* o preenchimento da função de

¹³ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. p. 174.

¹⁴ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 21.

¹⁵ GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 41.

¹⁶ MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. p. 192.

pai de uma sociedade órfã, que o venera religiosamente, máxime nos Estados Unidos, onde se verifica o surgimento de diversas biografias de juízes, que figuram como “profetas”, “deuses do Olimpo do direito”, assentando a idéia de que “os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juízes”.¹⁷

A teoria de Ronald Dworkin, como se verá, corrobora essa noção do juiz como super-herói, personificado na figura do juiz Hércules, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”¹⁸.

Gisele Cittadino enumera as diversas chaves interpretativas do processo de judicialização da política, necessárias à análise do fenômeno observado de alargamento do poder de atuação do Judiciário, tanto nos países *centrais* quanto nos *periféricos*:

(...) o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza difusa e coletiva; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, com a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática.¹⁹

No Brasil, Luiz Werneck Vianna²⁰, valendo-se do trabalho desenvolvido por Gisele Cittadino, aponta como causa da judicialização da política a introdução, no anteprojeto Afonso Arinos, de princípios do constitucionalismo comunitário, que toma a Constituição como um “conjunto de valores compartilhados por uma determinada comunidade política”, numa concepção de Constituição como um sistema aberto. A “comunidade de intérpretes” previstos constitucionalmente teria, assim, a missão de controlar a produção legislativa, através do acesso ao Judiciário, por meio do controle abstrato de normas. Ante a criação de obrigações legislativas, viabiliza-se também o controle da inação, seja através do mandado de injun-

¹⁷ MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. p. 185.

¹⁸ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. p. 165.

¹⁹ CITTADINO, G. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. p. 18.

²⁰ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 39/40.

ção, seja por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como ensina Gisele Cittadino²¹, os três grandes temas do comunitarismo presentes nos anteprojetos Arinos e José Afonso da Silva – definição do fundamento ético da ordem jurídica, sistema abrangente de direitos fundamentais, com institutos processuais controladores da omissão do poder público, e Supremo Tribunal Federal como órgão de caráter político – são adotados.

A característica comunitária mais marcante no texto constitucional, todavia, seria a concepção de *Constituição aberta* e os mecanismos que possibilitam certos intérpretes informais da Constituição dar início a processos de controle judiciais, como através do mandado de segurança coletivo, da ação popular, da denúncia de irregularidades ou ilegalidades, por qualquer cidadão, associação, sindicato ou partido político ao Tribunal de Contas da União, do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão²².

Werneck Vianna assinala que esses mecanismos constantes do texto constitucional não foram resultado nem da vontade de partidos de esquerda, nem da sociedade civil organizada, ou mesmo dos órgãos de cúpula do Judiciário: “Ao que parece, a solução de compromisso a que chegou o constituinte foi a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração dos direitos fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas de alcance imediato.”²³

É identificado, ainda, na predominância do Executivo sobre o Legislativo, por meio “da prática abusiva de edição de Medidas Provisórias” outro fato ensejador do recrudescimento do apelo ao Judiciário.²⁴

Elival da Silva Ramos²⁵ elenca como fatores de impulsão do ativismo no Brasil o modelo de Estado intervencionista, que leva os juízes a quererem concretizar, já, o programa constitucional apenas prospectivo; a intensificação do controle abstrato de normas; a tendência teórica nacional auto-intitulada neoconstitucionalismo e a principiologização do direito, que abrem as portas do sistema jurídico para o subjetivismo das decisões judiciais, que constroem a Constituição de acordo com as preferências individuais de seus prolores; a ineficiência dos poderes

²¹ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 43.

²² *Ibid.*, p. 48.

²³ *Ibid.* p. 41.

²⁴ VIANNA, L. W. et al. *A democracia e os três poderes no Brasil*. p. 8/10.

²⁵ RAMOS, E. S. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. p. 268/304.

representativos em concretizar o projeto social-democrático da Constituição de 1988 e, por fim, a assunção pelo Supremo Tribunal Federal de atividade normativa atípica, como na edição de súmulas de jurisprudência com caráter vinculante e na nova configuração dada pela Corte ao mandado de injunção.

Todavia, como será esmiuçado adiante, o recrudescimento do controle judicial favorece uma atitude paternalista, ensejando um decréscimo no exercício da cidadania ativa, em prol da desagregação social e do individualismo, transformando o cidadão em mero sujeito de direitos ou em cidadão-cliente, cidadão-vítima, a bater às portas do Judiciário, suplicando por tutela. Werneck Vianna resume esse cenário, visto sob o ângulo da corrente analítica que, conforme se verá, denomina de procedimentalista:

(...) o Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem. A incontida expansão do direito seria um indicador de “*malaise*” nas sociedades atuais, uma vez que, mais do que ameaçar a democracia representativa, poria em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis do soberano para uma casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação e usurpadora do papel e das funções que antes couberam às burocracias weberianas nas sociedades modernas. O direito se poria como a última moral comum de uma sociedade que estaria dela destituída.²⁶

Dentro desse panorama, indaga-se se há incompatibilidade entre a crescente intervenção do Judiciário em esferas outrora afetas somente às atribuições do Executivo e do Legislativo e o princípio democrático, visto sob o prisma da democracia deliberativa.

O trabalho a ser desenvolvido tem por escopo, pois, responder à questão da compatibilidade entre judicialização da política e democracia deliberativa, pesquisando-se como é possível permitir a expansão judicial, em alguns casos²⁷, positiva, sem haver violação ao equilíbrio entre os poderes constituídos, garantindo-se os direitos dos cidadãos, limitando-se o poder político, ao tempo em que se preserva a soberania popular, a partir de uma política democrática que privilegie a formação de uma cidadania ativa.

²⁶ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 26.

²⁷ Como será visto, a intervenção judicial é necessária, e positiva, principalmente para a proteção das minorias e a garantia do processo democrático.

Para tanto, partir-se-á da vertente analítica designada procedimentalista, que reúne autores como Antoine Garapon, Jürgen Habermas e Cass R. Sunstein, contrapondo-a com o eixo explicativo alcunhado substancialista, representado por Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti.

Após uma análise crítico-descritiva das principais idéias desses autores sobre o tema, no capítulo segundo, o capítulo terceiro será dedicado à comprovação da prática da judicialização da política no âmbito do Supremo Tribunal Federal, confrontando-a com o conceito de democracia deliberativa, para demonstrar como essa postura lhe é contrária.