4 Conclusão

Como visto, após um período de predominância do Legislativo, denominado Estado de Direito formal, em que prevaleciam os direitos individuais, com a sacralização da lei, seguiu-se a elevação do Executivo, na vigência do Estado do bem-estar, ensejando um verdadeiro Estado Administrativo, que privilegiava os direitos sociais, para a garantia dos quais se ocasionou uma *inflação legislativa*, que paralisou o parlamento, implicando a necessidade de delegações e novas atribuições constitucionais legislativas ao Executivo. Hoje, vivencia-se a prevalência do Poder Judiciário na cena política nacional e de diversos outros países, de que são exemplos a Alemanha, a Itália, a França, Portugal, a Espanha, a Inglaterra e os Estados Unidos, propiciada pelo chamado Estado Democrático de Direito, com a proteção dos direitos difusos e individuais contra a atividade estatal, através da criação de teorias como a do desvio de poder e do controle de constitucionalidade das leis.

Essa atual preponderância judicial tem como causa as mais variadas razões. Dentre elas, são identificadas pelos autores já citados, em termos globais, 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 à adoção de amplas cartas de direitos (a positivação dos direitos fundamentais viria sobrepor à vontade do soberano princípios normativos de legitimidade absoluta); o assoberbamento das atribuições administrativas do Estado, gerado pela agenda imposta pelo Estado Social; o reconhecimento de direitos suprapositivos, a criação de tribunais internacionais e a substituição, pelo Judiciário, do papel antes desempenhado pela família e pela Igreja, erigindo-o em “pai de uma sociedade órfã”.

No Brasil, citam-se a previsão, na Constituição de 1988, de direitos fundamentais, conceitos jurídicos indeterminados, princípios e normas programáticas, que viabilizam uma interpretação construtivista, principalmente pela jurisdição constitucional, ensejando o surgimento de um *direito judicial*, ou de uma *judiocracia*; o modelo de Estado intervencionista, que leva os juízes a quererem concretizar imediatamente o programa constitucional prospectivo; a intensificação do controle abstrato de normas; a tendência teórica auto-intitulada neoconstitucionalismo e a principiologização do direito, que abre 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 representativos em concretizar o projeto social-democrático da Constituição de 1988; a assunção pelo Supremo Tribunal Federal de atividade normativa atípica, como na edição de súmulas de sua jurisprudência com caráter vinculante e na nova configuração dada pela Corte ao mandado de injunção; o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, como a magistratura e o ministério público; as inúmeras investigações de casos de corrupção envolvendo a classe 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, em que a comunidade de intérpretes previstos constitucionalmente teria por fim controlar a produção legislativa, por meio do Judiciário, através do controle abstrato de normas; a criação de obrigações legislativas, que viabilizou o controle da inação, pelo mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; a previsão de mecanismos de controle popular dos atos normativos e administrativos pelo *medium* judicial, como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a denúncia de irregularidades ou ilegalidades, por qualquer cidadão, associação, sindicato ou partido político ao Tribunal de Contas da União; e até mesmo a edição desarrazoada de Medidas Provisórias.

A sobreposição do Poder Judiciário seria a resposta contra a baixa qualidade da política e a pouca participação popular no processo democrático, levando esse Poder ao *status* de estuário dos anseios por igualdade, substituindo o Estado, os partidos, a família e a religião, não mais aptos a cumprir suas funções de solidarização social.

Esse protagonismo judiciário na cena política resultou no fenômeno da chamada judicialização da política, que apresenta duas facetas diversas: *from without*, que é a judicialização da política *stricto sensu*, caracterizada pela reação do Judiciário à provocação de terceiro, tendo como conseqüência a revisão da decisão de um poder político, tomando por base a Constituição; e *from within*, também denominada de politização da justiça, que é a utilização do aparato judicial na administração pública.

O foco do trabalho incidiu sobre o primeiro sentido da expressão, assim entendida como a expansão dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas

e executivas do Estado. A judicialização da política seria, assim, um indicador de que a Justiça teria se transformado no “último refúgio de um ideal democrático desencantado”, com a migração do lugar simbólico da democracia para o da Justiça.

Nesse cenário, a assunção, pelo Poder Judiciário, da função de controlador da vontade do soberano permitiu-lhe invocar o justo contra a lei, personificando uma figura paternalista daquele ao qual todos devem recorrer para a garantia de seus direitos, contra a malévola atividade estatal. O cidadão é, desse modo, sucedido pelo sujeito de direitos, ou pelo cidadão-cliente, pelo cidadão-vítima; a autodeterminação fica reduzida à liberdade de contratar, ao direito ao voto e ao acesso ao Judiciário.

O eixo central da problemática gerada por essa anomalia verificada, consistente na concentração excessiva de poderes no Judiciário, reside no conflito entre, de um lado, democracia deliberativa, cidadania ativa e limitação do papel judicial, e, de outro, a judicialização da política, que implica cidadania de baixa intensidade e violação ao princípio da separação de poderes e aos ditames democráticos.

O trabalho teve por escopo, pois, responder à questão da compatibilidade entre judicialização da política e democracia, pesquisando-se como demarcar a expansão judicial, em muitos casos – como para a proteção das minorias, a garantia da lisura do processo democrático, a fiscalização da implementação de políticas públicas previamente orçadas e a punição dos comportamentos desviantes, corruptos e ímprobos –, positiva, de modo a não 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.

Foram identificadas duas correntes, adversárias, de pensamento: o eixo analítico procedimentalista Habermas-Garapon-Sunstein e o eixo explicativo substancialista Cappelletti-Dworkin. A corrente procedimentalista serviu de marco teórico ao trabalho, por buscar a reorganização e o fortalecimento de uma cidadania ativa, visar a resgatar a idéia de soberania popular subjacente ao modelo democrático constitucionalista, possibilitar a substituição da função paliativa dos atores do Judiciário e por melhor se adequar ao contexto plural das sociedades hodiernas.

A concepção procedimentalista do direito é formal, por propiciar aos pró-

prios sujeitos de direito a descoberta dos seus problemas e o modo de solucioná-los, não impondo nenhum conteúdo moral. Ao participarem do processo de formação do direito que obedecem, numa ampla comunidade de intérpretes da constituição, a legitimidade desse processo faz com que se sintam livres e pertencentes a uma comunidade jurídica livre.

Aliado ao eixo procedimentalista, o conceito de democracia deliberativa, que lhe é indissociável, foi usado como norte para a análise da compatibilidade entre a denominada judicialização da política e as exigências democráticas.

Como visto, a democracia deliberativa valoriza extremamente a cidadania, visando a assegurar que os resultados políticos derivem da mais ampla participação dos cidadãos, através do debate. Para os críticos-deliberativos, o indivíduo deve ser co-autor das regras que obedece, prerrogativa assegurada pelos direitos humanos. Nesta vertente, a noção de soberania é deslocada do indivíduo para a comunicação, situando-se na esfera pública. A efetivação da política deliberativa depende da institucionalização de procedimentos que possibilitem esse debate.

Desse modo, a teoria da democracia deliberativa propõe uma união entre direitos humanos e soberania popular – autonomia privada e pública –, numa relação de co-originalidade, possibilitada pelo direito, por meio da institucionalização de mecanismos que permitam a participação popular no processo legislativo, fazendo com que os cidadãos se sintam, ao mesmo tempo, autores e destinatários dos seus direitos.

No debate deliberativo, deve-se propiciar a todos a participação como cidadãos livres e iguais, que buscam a verdade de forma séria e cooperativa, sustentada apenas na força dos melhores argumentos, não podendo haver limitação ou impedimento à participação, nem coações externas ou internas.

A formação racional ou discursiva da vontade não implica, entretanto, uma negociação ou equilíbrio de interesses particulares, mas um exercício público de discussão comunicativa, no qual os debatedores estabelecem a moralidade de uma norma por meio de um acordo racionalmente motivado, que tem como norte o princípio de universalização – princípio (U) –, segundo o qual “toda norma válida deve satisfazer a condição de que os efeitos laterais de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo possam ser aceitos sem coação

por todos os afetados”³³⁸.

Para que esse debate ocorra nos termos propostos, devem-se garantir os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, de reunião e de associação, a liberdade de imprensa, a liberdade de criação de e de filiação a partidos políticos, bem como o direito ao voto e a elegibilidade, apoiando-se num pluralismo de formas de vida, subculturas e credos religiosos. Para que se possibilite a formação do juízo e da consciência autônoma faz-se ainda imprescindível a garantia aos direitos à privacidade, direitos da personalidade, liberdade de crença e de consciência, sigilo das comunicações, inviolabilidade da residência e proteção da família. Há, por fim, a necessidade de capacitar, informar e educar a população para uma participação consciente no processo de formação política da opinião e da vontade, para a tomada de decisões, principalmente quando há discrepância de níveis sociais a justificar o receio de domínio de uma classe intelectualmente superior sobre a outra.

Com efeito, as desigualdades econômicas, ou mesmo a falta de institucionalização de medidas capazes de corrigir as conseqüências dessas desigualdades, podem comprometer seriamente a igualdade pressuposta pelo debate. Em situação de pobreza extrema, os cidadãos não são efetivamente livres para exercerem suas autonomias, não se podendo dizer, assim, que vivem em uma democracia, ou nem ao menos que sejam cidadãos, já que, para tanto, é preciso que se garantam não só os direitos políticos, mas os direitos civis. Um país que conte com uma fraca proteção aos direitos humanos fatalmente terá, por conseqüência, uma democracia de baixa intensidade.

As formas não institucionalizadas de formação da opinião e da vontade, como ressaltado, são insuficientes, devendo-se assegurar a previsão de mecanismos institucionalizados de intervenção da sociedade no sistema político, que possam levá-lo a modificar os rumos do poder oficial. O fundamental é a institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais, a procedimentalização da soberania popular, independentemente da efetiva participação de uma cidadania ativa. Atribui-se, assim, ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, porém mais fracas que as do modelo republicano, já que no centro está o processo político de formação da opinião e da vontade, mas o Estado de

³³⁸ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 93/94.

direito não aparece como algo secundário, visto que constitui o veículo de institucionalização das formas de comunicação.

A teoria discursiva do direito parte da premissa de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação, que se alicerça no princípio da soberania popular. As leis têm por função assegurar a compatibilidade das liberdades de ação. Assim, a legitimidade deriva da legalidade: obedecendo à lei, a atividade judicial se legitima.

Como visto, a judicialização da política não é obra de iniciativa apenas dos tribunais, sendo provocada até mesmo pelos agentes políticos. No Brasil, em que convivem os sistemas de controle de constitucionalidade difuso e concentrado e sob a competência de um mesmo tribunal, a judicialização da política toma um viés inédito nas democracias contemporâneas, haja vista que as minorias, vencidas no processo político, ainda podem valer-se do Judiciário para revogar as decisões da maioria.

Por outro lado, o Judiciário é acionado por particulares, ou mesmo coletivamente, por associações, entidades de classe ou pelo Ministério Público, para definir a alocação de recursos na implementação de políticas públicas de atribuição exclusiva do Poder Executivo. Exemplo verificado diuturnamente em decisões monocráticas de primeira instância, na área da saúde, é a concessão de liminares, determinando o fornecimento de medicamentos a ou a realização de tratamentos específicos em um determinado indivíduo, ainda quando não constem das previsões orçamentárias da respectiva pasta ministerial.

A intervenção judicial nas políticas públicas, todavia, apresenta inconvenientes, já que importa na sua descontinuidade, dificultando a distribuição racional de um montante limitado de recursos públicos, violando o princípio da eficiência. Isso sem falar no atentado ao princípio da igualdade, haja vista alcançar apenas aqueles, mais instruídos, ou com maior poder econômico, que recorrem ao Judiciário, em prejuízo dos cidadãos em geral, que continuarão a depender das políticas públicas universais implementadas pelo Executivo.

O Judiciário é composto por advogados ou bacharéis em direito vindos de um segmento estreito e particular da sociedade, o que não condiz com o pluralismo que a representação reclama. Ademais, os juízes nem sempre dispõem de informações, tempo e conhecimento para mensurar o impacto de suas decisões, prolatadas em processos individuais, sendo, ainda, irresponsáveis politicamente pe-

rante a sociedade em caso de “escolhas desastradas”³³⁹.

Como salientado por Sunstein, há uma interdependência entre democracia, cidadania e comprometimento, cujo fluxo comunicativo é interrompido pela intervenção do Judiciário. De fato, a concentração judicial importa o enfraquecimento do senso de responsabilidade de outros agentes públicos e de cidadãos comuns, além de desviar o foco de estratégias não judiciais.

Além do mais, as decisões judiciais são visivelmente ineficazes para promover mudanças sociais, visto que os tribunais não possuem juízes especializados na área abrangida pela decisão e o enfoque restrito aos casos examinados pelo Judiciário dificulta uma visão abrangente, que enxergue os complexos e imprevisíveis efeitos de uma decisão desse viés. Os procedimentos jurídicos, derivados da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, estão despreparados para o alcance de reformas sociais sérias, motivo pelo qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política.

O julgador não pode simplesmente desprezar a realidade social e econômica do país, agindo como um administrador às cegas, concedendo benefícios tão-somente a quem bate a sua porta. Além de, desse modo, burlar-se o princípio da eficiência, afronta-se também o princípio da igualdade.

No que tange à atividade criativa dos juízes, a judicialização da política também gera prejuízos. De fato, a Constituição não significa apenas o que os juízes dizem que significa, devendo haver freios à autonomia interpretativa, que impeçam os juízes de se sobrepor aos processos democráticos.

Ainda que se baseie em princípios, a interpretação judicial não pode implicar a escolha dos princípios da preferência do julgador, devendo o intérprete vincular-se aos comandos da Constituição interpretada pela “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, composta não apenas por juízes, mas por todos os órgãos estatais, cidadãos e grupos.

Pelo mesmo motivo que a decisão sobre políticas públicas conduz a escolhas ilegítimas e, muitas vezes, ineficientes, não cabe ao juiz exercer atividade legislativa, pois não dispõe de meios ou mesmo conhecimento orçamentário e estrutural para legislar, e quando o faz, alcança situações pulverizadas, desconexas, em prejuízo também para o princípio da igualdade. O juiz é ainda irrespon-

³³⁹ BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 17.

sável politicamente, não levando em conta sequer restrições econômicas ou de política internacional.

Como afirmava Montesquieu, se o poder de julgar “estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador.”³⁴⁰ Não se pode, assim, descurar da lição secular, permitindo que o Judiciário se torne um “legislador implícito”, reunindo-se, na mesma pessoa, os poderes de legislar e julgar.

O particularismo, que permite ao julgador criar a norma regente do caso que lhe é posto a exame, desprezando o direito positivo aplicável mesmo nos chamados casos fáceis, é temerário por ferir princípios basilares ao Estado Formal de Direito, como a previsibilidade, a certeza, a segurança jurídica e a eficiência, afora os argumentos relacionados à alocação de poder, já listados no capítulo 2. Assim, arriscado também se afigura a inclusão de princípios não positivados no ordenamento jurídico, com caráter cogente, haja vista sua identificação ficar ao livre alvedrio dos juízes.

De fato, não se vive em um mundo ideal, sendo o juiz Hércules apenas um modelo contrafático criado por Dworkin. Como os julgadores incidirão com frequência em erro – por ignorância, falta de tempo, motivações pessoais ou mesmo criminosas – e poderão abusar de seu poder, um modelo formalista, que pregue a vinculação às regras aprovadas pelos legítimos representantes do povo, mesmo que eventualmente gere resultados subótimos, é preferível ao particularismo que permite ao juiz, em cada caso, recriar o ordenamento jurídico ao seu modo e deixar de aplicar as regras que lhe pareçam injustas. Não se pode permitir, assim, que os juízes utilizem sua moral particular em substituição à moral positivada.

Ainda que se consiga visualizar, na prática, a existência de decisão tomada por juiz inerte, imparcial, não sucumbido às pressões externas que lhes são constantemente infligidas, sem interesse próprio e em obediência ao contraditório, não se pode deixar ao arbítrio deste julgador a livre escolha da regra que será aplicada ao caso, por faltar-lhe legitimidade para tanto.

A insegurança jurídica gerada por decisões particularistas faz com que o jurisdicionado não saiba qual regra deve respeitar até a prolação da decisão em que o juiz a cria. A surpresa fulmina, inclusive, o caráter pedagógico ou preventivo da

³⁴⁰ MONTESQUIEU, B. *O Espírito das Leis*. p. 166.

norma.

Salienta-se, também, que em questões morais não é possível atingir-se o consenso, devendo as decisões que as envolvem, por implicarem preferências, ser deixadas a cargo dos órgãos representativos, únicos com legitimidade democrática para efetuar essas escolhas.

Assim, a judicialização da política, por focar a microjustiça, impossibilitando uma visão geral das repercussões econômicas e sociais das decisões judiciais, frente a um montante limitado de recursos públicos, somado à falta de conhecimentos técnicos especializados por parte dos juízes, e, ainda, por impossibilitar ao cidadão conhecer, com antecedência, seus deveres e contrariar as escolhas legitimamente feitas pelos representantes do povo, fere também os princípios da eficiência, da isonomia, da segurança jurídica, da separação de poderes e democrático.

O Judiciário, por fim, não deve arrogar-se a administração dos recursos públicos e a elaboração de normas, visto que não é eficiente nem ao menos para administrar a si próprio, haja vista o tempo absolutamente desarrazoado que um processo leva do nascedouro até que atinja seu termo final. Isso sem falar na dificuldade de acesso ao Judiciário para as camadas mais pobres da população, que se avulta diante da linguagem confusa e hermética utilizada no meio jurídico³⁴¹.

Não há dúvida de que a lentidão^{342 343} do Judiciário viola direitos fundamen-

³⁴¹ Pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas sobre o Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil –, no segundo trimestre de 2010 (a pesquisa iniciou-se no segundo trimestre de 2009 e é repetida a cada três meses), abrangendo 60% da população brasileira revela: “Os dados continuam a indicar a má avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos, realidade que já vinha sendo observada desde as primeiras ondas do índice. A Justiça é percebida pela grande maioria como morosa - 88% dos entrevistados avaliaram que o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente. Além de morosa a Justiça é tida pela maioria como cara e de difícil acesso - 80% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 72% acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. Outros três problemas são a falta de honestidade (61% consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (60% acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (54% da população classificam o Judiciário como nada ou pouco competente).” A pesquisa mostra também que o ICJBrasil diminuiu junto àqueles que já utilizaram o Judiciário: numa escala de 0 a 10, o ICJBrasil caiu de 4,5 para 4,3 entre aqueles que o utilizaram (a média de confiabilidade é de 4,4 pontos). A pesquisa aponta ainda que “na declaração espontânea sobre o quanto confiam no Poder Judiciário, apenas 33% dos entrevistados responderam que ele é confiável ou muito confiável.” O Judiciário só ganha em confiabilidade do Congresso Nacional (28%) e dos partidos políticos (21%). O Governo Federal aparece em terceiro lugar, com 43% de confiabilidade, sendo que as Forças Armadas lideram a pesquisa, com 63% e a polícia conta com 38%. O relatório completo encontra-se disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%20c3%a7%20c3%b5e/RelICJBRASIL2TRI2010.pdf>>. Acesso em 08/09/2010.

³⁴² Relatório apresentado em 14/09/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça informa que “Em 2009, a taxa de congestionamento global da Justiça brasileira foi de 71% [índice que corresponde à divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa. Consi-

tais, como o direito à liberdade, à alimentação, à saúde, à moradia, enfim, do direito à dignidade e respeito e, principalmente, o direito à duração razoável dos processos, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República³⁴⁴. Ao invés de tentar realizar as funções afetas aos outros poderes, deve o Judiciário, com absoluta prioridade, cuidar de resolver suas próprias falhas, tão prejudiciais ao cidadão quanto as omissões administrativas e legislativas que quer suprir.

Não se nega que o Judiciário e, principalmente o Supremo Tribunal Federal, exerça função política, máxime no controle de constitucionalidade das leis, até porque, como assevera Werneck Vianna, a política é mercurial, se infiltrando em toda parte. O que lhe é vedado é que justifique suas decisões com base em argumentos de política, que fogem a sua competência, a sua capacidade técnica e aos estreitos limites do julgamento³⁴⁵. Não se apregoa a rígida divisão entre os poderes, que se interpenetram, mas sempre restritos aos permissivos constitucionais. Assim, pode o Supremo Tribunal Federal atuar como legislador, por exemplo, ao

deram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga/vista], percentual que tem se revelado estável desde 2004. (...) Analisando os dados por grau de jurisdição, verifica-se que, em todos os ramos de Justiça, o principal gargalo está no total de processos que não são finalizados na 1ª instância. De cada 100 processos em tramitação, apenas 24 foram finalizados até o final do ano.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944&numtab=3>. Acesso em 15/09/2010.

³⁴³ Cappelletti alerta para a diferença no número de ações distribuídas às Cortes Constitucionais dos países de Common Law e de Civil Law, gerando dificuldade de comparar-se sua atuação. De fato, tanto a composição das Cortes, com um número muito maior de juízes, como o volume de demandas, que ensejam milhares de processos a serem decididos por cada juiz nos países adeptos do Civil Law, resultam no descrédito e no desprestígio dos tribunais: “Mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência daqueles tribunais.” É o caso dos tribunais brasileiros. Conforme dados disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em 2009 o número de processos em tramitação naquele tribunal chegou a cerca de 100.000, resultando em aproximadamente 9.000 processos por Ministro, o que se mostra imensamente superior à média das cortes dos países de Common Law, que, segundo Cappelletti, gira em torno de cinco processos por juiz.

³⁴⁴ A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, ao tomar posse como Corregedora do Conselho Nacional de Justiça, afirmou: “Pela primeira vez, foram feitos diagnósticos oficiais do funcionamento da prestação jurisdicional, dos serviços cartorários. Pela primeira vez, veio a conhecimento de todos, até dos próprios protagonistas da função judicante, o resultado de uma justiça cara, confusa, lenta e ineficiente (...) Estou pronta para, pela primeira vez, deixar a atividade judicante e assumir a função de fiscalizar a distribuição da justiça e o andamento dos serviços forenses, funções estatais divorciadas dos mandamentos constitucionais. A Constituição Federal garante a razoável duração do processo e dos meios de celeridade de sua tramitação. Mas sabemos todos, profissionais do direito e cidadãos, o descompasso da realidade com a ordem constitucional.” Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20533>>. Acesso em 10/09/2010.

³⁴⁵ Como, aliás, o próprio Dworkin afirma: “(...) as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração.” (DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. p. 133).

elaborar a lei complementar que dispõe sobre o estatuto da magistratura (artigo 93, da CR/88), ou como administrador dos assuntos internos ao tribunal (artigo 96, CR/88). O mais é usurpação.

Decisões do Supremo Tribunal Federal trazidas como exemplo de judicialização da política demonstram como esse tribunal tem agido excedendo-se às suas funções, com prejuízos à democracia deliberativa. Com efeito, o tribunal vem atuando como legislador positivo – e não apenas negativo, na ação direta de inconstitucionalidade, pela qual tem o poder de extirpar do ordenamento jurídico norma contrastante com a Constituição –, por vezes criando norma inédita; vezes outras, decide absolutamente contra a lei, mesmo que não a considere inconstitucional, apenas com base em argumentos de política, ou segundo o que o subjetivismo dos ministros considera desproporcional ou desarrazoado; imiscui-se, ainda, o tribunal em assuntos que lhe são totalmente vedados, por pressuporem juízos de valor acerca de questões morais ou religiosas, ou conceitos científicos não sedimentados, ou por demandarem conhecimentos orçamentários e estruturais de que não dispõe e implicarem escolhas para as quais não está legitimado.

A experiência da Suprema Corte americana mostra que uma atitude ativista já implicou em erros severos, de que são exemplos históricos os julgamentos dos casos *Dred Scott*, em que os juízes anularam o Acordo do Missouri por acharem que os donos de escravos tinham direitos constitucionalmente protegidos sobre seus escravos, e *Lochner*, em que afirmaram ser uma violação da liberdade por um estado limitar o número de horas de trabalho de um padeiro.³⁴⁶

Enganam-se os que justificam a atuação do Judiciário em assuntos políticos, mediante a acusação de que os poderes Executivo e Legislativo agem sob pressão de interesses sociais e econômicos, nem sempre coincidentes com a vontade da maioria, e que aquele poder estaria isento de pressões de toda espécie, decidindo com imparcialidade. De fato, a pressão da opinião pública nas decisões judiciais se agiganta, como salientado por Ernani Rodrigues de Carvalho³⁴⁷, já que a falta de legitimidade democrática dos tribunais torna-os mais vulneráveis, principalmente ao declararem a inconstitucionalidade de normas editadas pelo Legislativo, em frontal violação à vontade majoritária.

³⁴⁶ DWORKIN, R. *Império do Direito*, p. 447.

³⁴⁷ CARVALHO, E. R. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. p. 123.

Outras formas de influência externa exercida sobre o Judiciário são identificadas, diante da constatação de que a judicialização da política alimenta-se de interesses econômicos e sociais estruturantes do sistema político. Assim, os grupos de interesse consideram e valem-se da possibilidade de veto judicial na consecução de seus objetivos.³⁴⁸

Exemplo disso vê-se na iniciativa de propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Segundo pesquisa efetuada pelo mesmo autor junto ao Supremo Tribunal Federal, os principais requerentes foram confederações sindicais, entidades de classe e partidos políticos de oposição³⁴⁹, que, vencidos no processo democrático, recorreram ao Judiciário para tentar reverter sua situação.

Pelos exemplos trazidos, demonstrou-se que as decisões judiciais são frequentemente determinadas por fatores externos ao processo, como a formação intelectual, política, religiosa e social dos juízes, ou mesmo seu temperamento. Viu-se que podem ainda os juízes ser tirânicos e abusar de seu poder, seja por convicção pessoal ou por corrupção. A situação agrava-se quando se constata que a grande maioria dos aprovados em concursos públicos ou indicados para o cargo de juiz provém da mesma classe social, não representando, pois, a pluralidade característica das sociedades pós-convencionais.

O Judiciário também é, desse modo, submetido ao mesmo nível de pressão política que se denuncia impor-se sobre as instituições majoritárias, podendo resultar em decisões tão viciadas ou antidemocráticas quanto as tomadas no processo legislativo.

Todavia, o povo não possui mecanismos que lhe permitam exercer alguma censura ou sanção sobre o comportamento dos juízes, o que não ocorre com a conduta dos agentes políticos, cuja traição do mandato conferido pelo voto popular é facilmente sancionável com sua não eleição no mandato seguinte. O controle do Judiciário, mesmo diante de decisões devidamente fundamentadas, dá-se sempre apenas pelo próprio Judiciário.

Com relação à opinião dos defensores da judicialização da política, que, numa sociologia de cunho pessimista, recusam-se a reconhecer que a democracia

³⁴⁸ CARVALHO, E. R. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. p 118.

³⁴⁹ “Os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso.” (Ibid., p. 119).

representativa possa promover a razão e a justiça, expressando a vontade da maioria, tem-se que o processo político é genuinamente democrático, sendo que se, eventualmente, não representar as escolhas da maioria, caberá ao Judiciário, como corolário de sua atividade-fim, investigar a ocorrência de abuso ou corrupção, e não arrogar-se poderes extravagantes de legislador ou administrador, por uma constatação empírica contrária à soberania popular.

Por outro lado, há que se destacar que o papel da mídia é de suma relevância para o tema, vez que até mesmo usada como recurso por alguns juízes. Destarte, a mídia conduz à ilusão de uma democracia direta, com o acesso à verdade sem mediação. No entanto, diante de uma população bem informada, os meios de comunicação de massa podem servir como mandatários de um público esclarecido e crítico, preservada sua independência diante dos atores políticos e sociais, podendo atuar como ressonância dos legítimos anseios da opinião pública no processo político, cuja desconformidade com o mandato conferido pelo voto pode ensejar atos de desobediência civil. Uma sociedade bem informada e educada certamente irá se inteirar com regularidade, e não apenas em momentos de crise, nos assuntos de política, influenciando a tomada de decisões.

É aí que se encontra o antídoto contra o mal da judicialização, no incentivo à participação popular nas questões ligadas à política e à justiça, como no julgamento pelo tribunal do júri, na busca por soluções consensuais para os conflitos, na iniciativa de projetos de lei, na participação em consultas e audiências públicas, através de institutos como o plebiscito e o referendo, dentre tantas outras formas a serem institucionalizadas.

Essas formas de participação popular incrementam e fazem exsurgir o sentimento de civilidade, estimulando a participação do cidadão nos rumos do país, através de uma auto-regulação do sujeito, que devolve aos legítimos interessados a administração da vida coletiva, configurando a verdadeira democracia. Restitui-se, assim, a soberania aos cidadãos.

Garantido o direito de voto em eleições gerais e as demais formas de participação popular, as mais diversas opiniões públicas convertem-se em poder comunicativo, funcionando como uma espécie de autorização ao legislador e de legitimação da administração reguladora, enquanto obriga a justiça à rigorosa fundamentação de suas decisões.

A esfera pública política, representada pela sociedade civil, produz o efeito

de uma caixa de ressonância, que ecoa os problemas a serem tematizados e debatidos pelo sistema político, ela reage às situações problemáticas vivenciadas pela sociedade e estimula a produção de opiniões, que influirão e direcionarão a tomada de decisões, sem que, com isso, domine por completo o exercício do poder administrativo. A esfera pública é um meio de comunicação que não conta com as limitações dos sistemas burocratizados, nela sendo possível captar melhor os novos problemas e submetê-los ao debate, por meio de discursos expressivos de auto-entendimento.

A chamada democratização da administração, que inclui práticas como a participação decisória dos envolvidos, *ombudsman*, processos análogos aos tribunais no que tange ao contraditório e à ampla defesa, também propicia maior controle e participação popular, legitimando as decisões tomadas nesta esfera. Substitui-se, desse modo, o *cliente de burocracias do Estado social* por cidadãos ativos politicamente.

Como visto, a participação política mobiliza os cidadãos em torno das questões públicas, enquanto o enfoque no Judiciário favorece uma cidadania passiva, ante a uma atitude paternalista. É preciso que se coloque um ponto final à faceta da democracia brasileira que Sérgio Buarque de Holanda denominou de um “lamentável mal-entendido”³⁵⁰, possibilitando a real e efetiva participação popular nos processos de formação da vontade política, para que os cidadãos possam ver-se obrigados unicamente pelo direito por eles formulado, por meio da deliberação democrática.

Instrumentos possibilitadores desse envolvimento popular com a esfera pública, mesmo que incipientes, ou, por vezes, de limitada repercussão, já existem no país, como as consultas públicas realizadas no âmbito do Executivo, como as promovidas, por exemplo, pela ANATEL, ANEEL e Banco Central, e no Legislativo, das três esferas da federação, o orçamento participativo já efetivado em diversos municípios, os conselhos de pais nas escolas públicas, conselhos de bairros, dentre outros, iniciativas que alijam do controle judicial questões afetas exclusivamente à decisão da sociedade, nesses casos, de forma direta.

A mobilização da sociedade civil pode ser facilitada, inclusive, pelos meios de comunicação, dos quais o mais eficaz tem sido a rede mundial de computado-

³⁵⁰ “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido.” *Raízes do Brasil*. p. 160.

res, principalmente através das redes sociais³⁵¹. As novas tecnologias possibilitam a comunicação dos mais díspares setores sociais, dos mais longínquos e recônditos lugares do país, construindo-se grupos sociais, que passam do espaço virtual ao público. A internet é um espaço privado de interlocutores, mediado por um espaço público desburocratizado, que potencializa a criatividade social, reunindo múltiplas identidades, diversos interesses sociais, econômicos e políticos, ensejando novas formas de participação cidadã. As tecnologias constituem-se, assim, de “novos modos de construir opinião pública e das novas formas de cidadania, isto é, das novas condições em que se diz e se faz a política.”³⁵²

A legitimidade democrática da judicialização da política deve ser obtida mediante o alargamento dos intérpretes da constituição, mas com o estímulo à cidadania ativa, participativa, e não como simples apelo ao Judiciário. Sentindo-se não apenas destinatários, mas autores do direito que devem respeitar, os cidadãos se identificam como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica, legitimando-se, assim, o direito.

O Texto de 1988 já instituiu os mecanismos que possibilitam essa participação, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei, não dependendo os cidadãos unicamente da atuação dos tribunais, por meio de uma ação paternalista do Poder Judiciário.

A intervenção do Judiciário deve-se ater a possibilitar aos excluídos a participação direta nos poderes políticos, assegurando os direitos das minorias, a lisura do procedimento democrático e, desde que provocado, a correta implementação de políticas públicas com dotação orçamentária previamente definida, punindo os

³⁵¹ Não obstante as críticas que podem ser dirigidas a esse meio – haja vista, segundo Jesús Martín-Barbero, minar os processos de deliberação e de crítica, “ao mesmo tempo que se cria a ilusão de um processo sem interpretação nem hierarquia, fortalece-se a crença de que o indivíduo pode comunicar-se prescindindo de toda mediação social, além de aumentar a desconfiança de qualquer figura de delegação e representação” –, não se pode desconsiderar as imensas vantagens na sua utilização, contemporaneamente, como o próprio autor reconhece: “Há, no entanto, em discursos e buscas por uma “democracia direta” via Internet, um fundo libertário que aponta para as desorientações em que vive a cidadania como resultado da ausência de densidade simbólica e da incapacidade de convocação de que padece a política representativa. Fundo libertário que assinala também a frustração que produz, especialmente entre as mulheres e os jovens, a incapacidade de representação da diferença no discurso que denuncia a desigualdade. Desvalorizando o que a nação tem de horizonte cultural comum – por sua própria incapacidade de articular a heterogeneidade, a pluralidade de diferenças das quais está feita –, as mídias e as redes eletrônicas estão se constituindo em mediadores da trama de imaginários que configura a identidade das cidades e das regiões, do espaço local e do bairro, veiculando, assim, a multiculturalidade que faz extrapolar os referentes tradicionais da identidade.” (MARTÍN-BARBERO, J. *Tecnicidades, identidades, alteridades: mudanças e opacidades da comunicação no novo século*. p. 69).

³⁵² *Ibid.*, p. 70.

agentes corruptos e ímprobos.

A figura do juiz tem ocupado, como assentado por Garapon, um lugar simbólico, deixado vazio pelos poderes Executivo e Legislativo, e mesmo pelos outros referenciais da sociedade, como a família e a Igreja, personificando uma moral perdida. Verifica-se um desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, com o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos. Essa ascensão da justiça à condição de “mais alta instância moral da sociedade”, todavia, faz com que fuja a qualquer mecanismo de controle social, e poder sem controle é poder ilegítimo e, pois, antidemocrático.³⁵³

Nunca é demais lembrar que um país que não possui tradição democrática, não pode confiar em um único órgão para tomar as decisões políticas fundamentais, sem os mecanismos de freios e contrapesos que a teoria da separação dos poderes prevê, e, principalmente, sem o controle do cidadão, pois poder sem controle gera abuso de poder.

Destarte, um país saído há pouco mais de duas décadas de um regime autoritário, e que, portanto, não conta com a “confiança antropológica nas tradições”³⁵⁴, não pode ficar à mercê da atuação predominante de um só poder – ou de um só órgão representativo desse poder, no caso, o Supremo Tribunal Federal –, que desempenha papel político predominante, máxime no exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Afinal, quem exercerá o controle sobre ele? Quem controla o controlador?

Viu-se, nos inúmeros exemplos facilmente extraídos da postura de intromissão na política que vem adotando a Corte Suprema brasileira, muitas vezes por iniciativa dos próprios agentes políticos, frontal violação aos reclames da democracia deliberativa. Desse modo, embora um Judiciário atuante e independente seja imprescindível, principalmente no que tange à proteção dos direitos das minorias e à garantia do processo democrático, deve ter limites impostos pela demo-

³⁵³ Nas palavras de Ingeborg Maus: “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.” (MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. p. 187. Vide também CITTADINO, G. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. p. 108).

³⁵⁴ CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 217.

cracia, que legitimem essa atuação e sua intervenção na política.

Do estudo que se fez, pode-se concluir que a judicialização da política é sim contrária à democracia deliberativa, ao menos nos moldes em que vem se desenvolvendo no Brasil, merecendo cuidadosa análise para o aperfeiçoamento de mecanismos que impeçam o Judiciário de se consolidar como a panacéia para todos os males, sobrepondo-se aos demais poderes e à vontade popular.

A dissertação foi dedicada, assim, a, demonstradas as atitudes contramajoritárias tomadas no seio da chamada judicialização da política, apresentar as balizas para uma atuação judicial que se atenha aos ditames democráticos, favorecendo uma cidadania ativa, ou de alta densidade, que não precise do manto protetor do Judiciário para fazer valer seus direitos, opiniões e vontades.