

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PAPEL DO STF NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS AND THE STF ROLE IN THE DEMOCRATIC STATE LAW

Larissa Barreto Maciel¹

Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

RESUMO: O fenômeno da judicialização tem sido cada vez mais percebido no Brasil. O Poder Judiciário vem sendo requisitado para atuar de modo mais incisivo, sendo-lhe apresentadas questões que não são do seu âmbito de competência original (interpretação e aplicação das normas jurídicas), e cuja decisão acaba por interferir na esfera de atuação dos demais Poderes (Executivo e Legislativo). Tomando como base a decisão proferida na ADIn 2.213, do Supremo Tribunal Federal, o presente estudo faz uma análise da judicialização no Poder Judiciário brasileiro, estudando as críticas que lhe são feitas e interpretando o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; judicialização; Poderes Executivo e

Legislativo; Supremo Tribunal Federal; competência; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: *The phenomenon of judicialization has been increasingly perceived in Brazil. The Judiciary has been requested to act more incisively and being presented issues that are not under its original jurisdiction (interpretation and application of legal norms) and whose decision turns out to interfere in the sphere of action of other powers (the Executive and the Legislative). Based on the decision rendered in ADIn 2.213 of the Brazilian Supreme Court, the present study is an analysis of the Brazilian Judiciary judicialization studying the criticisms that are made and interpreting the role of the judiciary in a democratic state.*

¹ Professora de Direito Administrativo e Direito Ambiental das Faculdades Integradas Santa Cruz – Faresc. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Advogada Licenciada. Endereços eletrônicos: lari_bm@hotmail.com e larissamaciel@onda.com.br.

KEYWORDS: *Judiciary; judicialization; Executive and Legislative Powers; Supreme Court; competence; Democratic State of Law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Estado, a democracia e o Direito; 2 O fenômeno da judicialização; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The state, the democracy and the law; 2 The phenomenon of judicialization; References.*

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro vem cada vez mais decidindo questões que ultrapassam seus poderes basilares de interpretação e aplicação das normas jurídicas. A ele têm sido submetidas questões políticas, sociais, econômicas, afetas à saúde, à família, à tributação, ao mercado, aos consumidores, ao meio ambiente, que não dependem somente do estudo do caso concreto e da aplicação da lei mais adequada à questão, mas exigem o estabelecimento de padrões de conduta, de definição de competências, capacidades e possibilidades de atuação dos diversos agentes e setores sociais, políticos e econômicos, por conta do fenômeno da constitucionalização dos direitos.

Essa nova procura do Judiciário, mais notadamente percebida por meio dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, é um reflexo da transformação da sociedade, que vem exigindo maior interferência judicial em assuntos que tradicionalmente não lhe são típicos, mas que precisam ser reconhecidos, delimitados e aclarados, porquanto (a sociedade) percebe com maior nitidez seus direitos e os quer aplicados e melhor delineados. É um reflexo, também, da constitucionalização ampla dos direitos sociais, políticos e da democratização do Estado, tendo em vista que o voto popular incita o atendimento da vontade do povo e a exigência de uma postura ativa e adequada do Poder Público.

Diante disso, o Poder Judiciário vem sendo instado a se manifestar, uma vez que detém competência e possibilidade ser um importante garantidor do processo político e democrático.

Tais temáticas, assim, são “judicializadas”, ou seja, expostas ao Judiciário para que ele, sobre elas, reflita e, dessa forma, seja o protagonista de decisões que, de um modo ou de outro, causarão impacto na estrutura estatal.

Vale desde logo destacar que não se fala, aqui, da postura ativista do Judiciário.

O ativismo, embora semelhante à judicialização, dela difere porque se relaciona com o comportamento e com a postura do Magistrado, da forma como atua perante os casos que lhe são postos à apreciação. Ou seja, o ativismo reflete-se como uma forma de atuação, como “uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”², seja anulando atos legislativos, seja no controle de constitucionalidade. Tal característica pode até mesmo ser de toda a Corte julgadora, mas, em princípio, é o reflexo da atitude de cada juiz.

A judicialização, de outro modo, é um fenômeno político-social, um processo por meio do qual assuntos que não são da esfera do Poder Judiciário sejam levados a ele para serem decididos.

Portanto, a judicialização e o ativismo não se confundem. Enquanto este é uma postura, uma forma de agir de cada Magistrado no momento de proferir sua decisão, aquela é um fenômeno, uma realidade dos atos na sociedade. Ou, nas palavras de Luis Roberto Barroso³, “[...] a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas [...]”.

Nesse passo, uma decisão que chama a atenção pela judicialização de tema circunscrito especificamente à esfera política foi a proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na qual o Supremo Tribunal Federal analisou questão relativa à edição de medidas provisórias pelo Presidente da República. A referida ADIn questionava a edição da MP 2.027-38/2000, reeditada como MP 2.183-56/2001, que traçou diretrizes para seleção e indenização de imóveis rurais para fins de reforma agrária e estabeleceu hipóteses de inapropriabilidade desses imóveis.

O julgamento consignou, além da questão relativa propriamente à constitucionalidade da medida provisória, a legitimidade de o Poder Executivo legislar e a inoportunidade de usurpação do Poder do Legislativo quando a matéria preencher os requisitos de urgência e relevância estabelecidos pelo art. 62 da Constituição Federal. A decisão foi, nesse ponto, assim ementada:

² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

³ Idem.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – A
QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO
DE MEDIDAS PROVISÓRIAS – POSSIBILIDADE DE
CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS
CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELE-
VÂNCIA (CF, ART. 62, *CAPUT*) - [...]

– A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*).

– Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.

– A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.

UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PRO-
VISÓRIAS – INADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO

DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

– A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo.

– Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “*checks and balances*”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

– Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.

– Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. [...].

Assim, como se observa, o Supremo Tribunal Federal, além de decidir o assunto relativo à constitucionalidade da medida provisória, também analisou questão referente à legitimidade dos poderes políticos do Estado brasileiro, à esfera de competência normativa do Executivo e à respectiva separação entre os Poderes da República, entendendo legítimo o ato do Executivo que estabeleceu diretrizes à reforma agrária mediante os critérios de urgência e relevância, sem que tal ato afetasse a competência do Legislativo, nem caracterizasse usurpação ao sistema de “*checks and balances*”⁴ ou causasse “*graves distorções no modelo político*”.

Houve, portanto, verdadeira judicialização das relações políticas entre os Poderes do Estado Democrático de Direito, submetendo-se à análise do Poder Judiciário discussão relativa à separação, autonomia e independência do Executivo e do Legislativo.

Esse fato – a judicialização da política –, como dito, tem sido recorrente nos Tribunais. O Poder Judiciário cada vez mais vem sendo requisitado para decidir questões políticas, que não exigem somente o uso de sua competência habitual, mas também uma compreensão abrangente relativa à política estatal e à definição de limites e parâmetros para a atuação governamental.

Dessa forma, a judicialização é um fenômeno crescente, que será analisado sob a perspectiva da decisão aqui referida nos itens subsequentes.

1 O ESTADO, A DEMOCRACIA E O DIREITO

A Constituição Federal de 1988 definiu a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*, organizando seu território e sua população, garantindo a soberania do Brasil perante a comunidade internacional e a manutenção da ordem social e política, além da forma de governo – republicana (o que significa que os Poderes Legislativo e Executivo serão compostos por representantes eleitos pelo povo).

A “*Democracia*” que adjectiva o Estado brasileiro é uma expressão nova, acrescida pela Constituição Federal de 1988. Antes, e por influência do liberalismo, o Estado brasileiro somente se constituía como “*de Direito*”; agora, forma um Estado Democrático de Direito. Esse acréscimo não foi feito por

⁴ O sistema “*check and balances*”, ou sistema de freios e contrapesos, define as competências entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e suas respectivas autonomias, com a ideia de que somente um poder pode reprimir o abuso por outro poder e, assim, com a separação de funções entre eles, haveria uma limitação à ação do Estado.

acaso. O fato de o Brasil ser um Estado Democrático significa que está fundado em valores e princípios maiores, pautados no ideal de soberania popular e da participação efetiva da população nos interesses e decisões públicos – ou seja, no fato de que “todo poder emana do povo [...]”, como dispõe a CF/1988.

Tem-se, assim, um Estado preocupado com a justiça social⁵ e com o atendimento da vontade do povo, o qual influencia diretamente as decisões e a formação política e social da nação.

No dizer de José Afonso da Silva⁶,

[...] a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

E essa vontade popular, assim como os interesses do povo, que estão inseridos na forma de fundamento do Estado Democrático (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), são delimitados e protegidos pelo *direito*, que é formado e definido democraticamente para ordenar todo o Estado.

O Direito, portanto, compõe o Estado Democrático porque estabelece a ordem social, política e jurídica, sendo o modo como o próprio povo garante seus direitos fundamentais e o cumprimento dos princípios, fundamentos e objetivos do Estado.

Assim, a lição de Jorge Miranda⁷ bem conclui o raciocínio até agora delineado:

Falar em Estado equivale, portanto, a falar em comunidade e em poder organizados ou, doutro prisma, em organização da comunidade e do poder; equivale a

⁵ Termo usado por Miguel Reale (*O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 2).

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 126.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 169.

falar em comunidade ao serviço da qual está o poder e em organização que imprime carácter e garantias de perdurabilidade a uma e outro.

As duas perspectivas sobre o Estado que a experiência (ou a intuição) revela – o Estado-sociedade (ou Estado-colectividade) e o Estado-poder (ou Estado-governo ou Estado-aparelho) – não são senão dois aspectos de uma mesma realidade; assim como a institucionalização, sinal mais marcante do Estado no cotejo das sociedades políticas anteriores [...].

Prosegue dizendo que o Estado não é senão a “institucionalização do poder”, a qual, contudo, não somente consiste na existência de órgãos dotados de poderes, mas também na organização da própria comunidade e na predisposição sua e de seus membros, os quais são os destinatários dos comandos estabelecidos por esses órgãos detentores do poder. Ele ainda leciona que o Estado é uma sociedade de homens concretos, constituído em uma comunidade na qual exerce o poder em seu nome, convertendo-se em organização (jurídica), definida primeiramente pela Constituição⁸. Ele, então, bem coloca⁹:

O Estado é comunidade e poder *juridicamente* organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do facto à instituição. E nenhum Estado pode deixar de existir sob o Direito, fonte de segurança e de justiça, e não sob a força ou a violência. No entanto, o Estado não se esgota no Direito – assim como o Direito não se reduz simplesmente a forma de Estado. É, sim, *objecto* do Direito, e, apenas enquanto estruturalmente diverso do Direito, pode ser a ele submetido, por ele avaliado e por ele tornado legítimo.

De tal modo, o Estado é a organização da sociedade em dado território, definidor da ordem política, jurídica e social da vida comunitária. No caso brasileiro, essa organização foi estruturada e dividida em três Poderes¹⁰ – Executivo, Legislativo e Judiciário – os quais são “independentes e harmônicos

⁸ Idem, p. 170.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Esse modelo de separação tripartida foi idealizado por Montesquieu, sendo sempre o norteador do Estado brasileiro, à exceção da separação adotada na Constituição do Império, que estabeleceu além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, também o Poder Moderador.

entre si”, e atuam de modo a atender, dentro de suas esferas e respectivas competências, os anseios e as necessidades da sociedade (a favor de quem o Estado existe e age).

Esses poderes, de um ou outro modo, atuam de modo a organizar e dar efetividade ao princípio democrático. Seja o Executivo em sua função administrativa, o Legislativo em sua função elaborativa de normas, ou o Judiciário, ao aplicar e dar efetividade às leis, esses poderes têm sempre como norte o atendimento ao princípio democrático, de modo a concretizar a vontade do povo, seus direitos e suas garantias fundamentais.

E isso porque o regime democrático denota a participação social efetiva, em que o povo manifesta, por meio de seus representantes eleitos, suas vontades e prioridades, estabelecendo por meio do Direito os seus próprios limites e os limites para a atuação do Estado.

Nesse sentido, como bem leciona Paulo Bonavides, a Democracia está, de certa maneira, vinculada à dignidade da pessoa humana, e “se concretiza como o primeiro dos direitos fundamentais [...]”¹¹. O autor ainda acentua que¹²,

[...] deixando de ser [a Democracia] apenas forma de governo de determinado Estado ou sociedade, para se transformar em direito por excelência da Humanidade – ou seja, um direito do ser humano, enquanto conjunto substancial de todos os valores que informam moral e socialmente sua personalidade –, a Democracia-direito é mais do que a Democracia-soberania popular; enquanto esta é categoria abstrata, aquela é categoria concreta. Ali, um referencial político; aqui, um referencial ético-social-individual estruturado na própria dignidade do ser humano.

Assim, cada Poder – Legislativo, Executivo e Judiciário – deve atuar com vista a esses fundamentos, dentro de suas esferas de competência e de acordo com as funções que devem exercer: essa atuação conforme é necessária e esperada pelo povo, que deposita em seus representantes seus interesses e a esperança de que suas vontades serão atendidas integralmente. A definição dos

¹¹ BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: GRAU, Eros Roberto; SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86.

¹² Idem, *ibidem*.

papéis e das atribuições de cada Poder é, portanto, essencial, porquanto delimita a funcionalidade do Estado e afirma a forma de exercício de suas atividades.

E é justamente nesse ponto que se insere a discussão posta no presente trabalho. A decisão do Supremo Tribunal Federal aqui analisada discutiu questão relativa à separação dos Poderes, suas competências e esferas de atribuições, definindo os limites e as possibilidades de atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, por meio da interferência do Poder Judiciário.

A judicialização da estrutura dos Poderes trouxe à discussão os limites do exercício dos mesmos e a necessidade de se definir suas esferas de atuação, de modo a melhor atender o povo e de se confirmar a democracia. A política, então, foi colocada à discussão, e a estrutura estatal foi judicializada, a fim de ser definida e confirmada.

Porém, essa transferência de poder político ao Judiciário traz diversas discordâncias no âmbito do direito, porquanto muitos a veem como uma afronta à democracia, na medida em que interfere diretamente na estrutura dos Poderes do Estado Democrático de Direito, inclusive porque tais decisões advêm de um órgão que não tem legitimidade representativa e, portanto, não tem anuência majoritária.

O que se procurará demonstrar, em tal caso, é que a judicialização das questões políticas, inclusive no que concerne à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, não afronta a democracia, mas a afirma. A participação do Judiciário na conformação da política não é um perigo à participação majoritária, mas sim uma forma de se fazer valer a estrutura do Estado Democrático em conformidade com o Direito que foi previamente deliberado e estabelecido.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

O papel do Judiciário nas Constituições sociais democráticas é bastante amplo. Ele não só presta a justiça em si, ou seja, atua em sua função de aplicador e intérprete da Constituição e das leis e atos normativos a ela subordinadas, mas também atua no controle da constitucionalidade destas referidas leis e atos normativos.

A Constituição Federal de 1988 não foge a essa regra e também trouxe em seu corpo tal previsão funcional. O Poder Judiciário brasileiro, portanto, além dos poderes típicos que possui (e que já são bastante amplos, haja vista a matriz constitucional brasileira ser abrangente e analítica), está vinculado ao controle da constitucionalidade das leis, seja pelo modo difuso (controle nos casos concretos), seja pelo modo concentrado (controle por meio das ações diretas).

O controle difuso pode ser realizado por todos os Magistrados, que têm a prerrogativa de afastar a aplicabilidade de lei ou ato normativo que considerem inconstitucionais nos casos particulares que são postos a sua apreciação. O controle concentrado, por sua vez, é feito exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal quando instado a se manifestar acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade ou da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As referidas ações, previstas na Constituição Federal, podem ser propostas por extenso rol de legitimados, como se pode ver do art. 103¹³ (CF/1988).

Com tal amplitude decorrente da previsão de participação de diversos setores sociais na conformação do direito aos preceitos constitucionais, a jurisdição constitucional brasileira tem-se mostrado bastante ampla e democrática, o que facilita, por consequência, a procura do Supremo Tribunal Federal e a judicialização de diferentes matérias¹⁴.

Pode-se, assim, estabelecer uma definição de judicialização¹⁵ para o presente estudo, bem colocado nas palavras de Luis Roberto Barroso¹⁶:

¹³ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹⁴ Ainda que não tenha sido atendido o anseio de se deixar ao cidadão a possibilidade de provocar o Supremo Tribunal Federal pela via direta, sem dúvida o passo foi enorme, já que, até 1988, a legitimidade para provocar o controle abstrato era somente do Procurador-Geral da República. Além disso, há que se mencionar o texto infraconstitucional que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no qual restou expressamente prevista a possibilidade de o indivíduo se insurgir.

¹⁵ Conforme a doutrina, os pioneiros no estudo do fenômeno da judicialização foram os americanos Tate e Vallinder, em seu estudo publicado como “*The global expansion of judicial Power*”, de 1995, pela University Press de Nova Iorque.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-23-setembro-2010-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

[...] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Esse processo de judicialização no Brasil é decorrência da mencionada ampliação funcional do Poder Judiciário, especialmente com relação às ações diretas, sendo visto cada vez mais como um poder forte e independente (o que é essencial para a democracia), além de também decorrer do descrédito que as instituições majoritárias têm representado para a sociedade, e da própria preferência de certos atores políticos pela decisão judicial de questões polêmicas e controvertidas no meio social¹⁷. É o caso da ADIn citada anteriormente, cuja interferência do Supremo Tribunal foi necessária em razão do conflito político relativo às esferas de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Afora isso, a própria expansão da democracia realça os laços entre a política e o direito e evidencia a necessidade de proteção jurídica dos direitos fundamentais do povo em face do poder político, até porque

o sistema jurídico não assegura comportamentos. Por isso se diz que a norma jurídica não gera, por si só, atuação conforme o direito. [...] a especificidade do direito reside em proteger quem espera um comportamento conforme a norma. Isso é importante para a cidadania, para a democracia e para a política.¹⁸

Todavia, alguns aspectos vão contra essa expansão dos poderes do Judiciário e a conseqüente judicialização da política, sendo frequentes objetos de crítica. Três são os principais focos dessas críticas, os quais merecem ser considerados.

Em primeiro lugar, a *forma de investidura* dos juizes é um ponto contrário à judicialização. Barroso chama essa crítica de político-ideológica¹⁹, já que

¹⁷ Idem.

¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro

juízes e membros dos Tribunais não são agentes eleitos pelo voto popular e, portanto, possuem contra si a denominada dificuldade contramajoritária, quer-se dizer, eles atuam sobrepondo suas decisões àquelas tomadas pelos agentes políticos (membros do Legislativo ou do Executivo) e que são os verdadeiros representantes da vontade da maioria.

Tal crítica tem, ainda, fundamento ideológico, porquanto se diz que, quando o Magistrado julga temas que ultrapassam os liames do processo e define parâmetros legais para assuntos econômicos, políticos ou sociais, haveria uma reação antidemocrática à participação popular e à política majoritária.

Eduardo Appio²⁰ delinea a referida crítica:

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. [...] O conteúdo das decisões políticas não pode ser objeto de revisão judicial, pois sua legitimidade decorre do sistema representativo. [...] O controle judicial das políticas públicas pressupõe a substituição da vontade dos membros dos demais Poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a substituição de um ato de vontade de agentes estatais eleitos pela vontade dos não-eleitos.

Tal crítica não permitiria, dessa forma, a atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.213, mencionada; porquanto, naquele caso, desempenharam papel que tem, sem dúvida, caráter político, uma vez que não trataram somente sobre o litígio em si (como seria, no caso da ADIn 2.213, se eles tivessem se limitado a decidir a questão sobre a inconstitucionalidade da lei que traçou diretrizes para seleção e indenização de imóveis rurais para fins de reforma agrária e estabeleceu hipóteses de inexpropriabilidade desses imóveis), mas adentraram à seara concernente à competência do Executivo em editar

de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-23-setembro-2010-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

²⁰ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 151, 157-158.

medidas provisórias em determinadas matérias que, a princípio, deveriam ser discutidas e elaboradas exclusivamente pelo Poder Legislativo.

A segunda crítica é denominada, também por Barroso²¹, como *capacidade institucional* do Poder Judiciário.

Os membros do Judiciário têm formação específica para exercerem a função jurisdicional; porém, no caso de existir divergência em algum dos Três Poderes no momento de atuar conforme a Constituição, cabe ao Judiciário emitir a palavra final e delimitar o âmbito de atuação, ou de definir a interpretação constitucional mais adequada ao caso.

Todavia, apesar desse poder de decisão, não é todo e qualquer assunto que pode ser decidido pelos Magistrados ou Ministros. E isso porque o Judiciário não é uma instância hegemônica; portanto, sua ingerência deve ser limitada à habilitação que têm os seus membros em produzirem a melhor decisão sobre determinada matéria que não é atinente à sua seara de conhecimento. É o caso, por exemplo, de decisões relativas à concessão de medicamentos para tratamento de doenças crônicas. Os Ministros ou juízes não estão habilitados a averiguar se tal ou qual remédio prescrito pode ou não ser ministrado, em quais doses e se há algum outro que possa substituí-lo sem prejuízos para o doente. Dependem, portanto, de uma opinião técnica qualificada, que lhes dará informações específicas, de forma que possam tomar decisão mais adequada.

Ainda, haveria também a questão dos efeitos sistêmicos da decisão. Nesse caso, o Poder Judiciário não detém conhecimento acerca da amplitude dos efeitos que sua decisão pode causar, especialmente quando se põe à sua apreciação questões econômicas ou administrativas, relativas, por exemplo, à prestação de serviços públicos.

Por fim, a terceira crítica que Barroso²² apresenta à judicialização da política refere-se à *limitação do debate*.

O Direito, assim como os demais campos do conhecimento, tem termos, discursos e métodos de argumentação próprios de sua seara. São conhecimentos linguísticos e argumentativos técnicos que, no mais das vezes, não são

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-23-setembro-2010-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

²² Idem.

compreendidos, nem são acessíveis, pelas demais pessoas leigas. Isso é um contraponto à judicialização na medida em que afasta a maioria das pessoas do conhecimento das discussões e as exclui do debate.

Se a questão se tratasse meramente de interpretação de lei ou texto constitucional, nada haveria a se criticar, pois o pressuposto é que o tema da decisão já foi objeto de discussão pelos representantes do Legislativo. Contudo, sendo temas diferentes aos poderes típicos do Judiciário, que implicam na judicialização de questões ainda não debatidas pelos representantes eleitos, haveria a possibilidade de se

produzir apatia nas forças sociais, que ficariam à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na Imprensa Oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.²³

Não obstante essas três críticas à judicialização delineadas, o fato é que a judicialização de temas relevantes não pode ser afastada do âmbito do Judiciário, tampouco pode ser considerada como uma disfunção jurisdicional.

Pelo contrário. Em um Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro, o Judiciário, representado na figura do Supremo Tribunal Federal, deve ser o principal incentivador, respeitador e reverenciador da democracia, da vontade popular posta por seus representantes eleitos tanto na Constituição Federal quanto nas leis infraconstitucionais.

E no caso de um Estado como o brasileiro, cuja constituição é analítica e abrange questões variadas, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de agir como guardião de seus preceitos e fundamentos, atuando de modo positivo em temas que não são propriamente de sua seara; ou melhor, que não estão especificamente restritos à discussão do litígio colocado à sua apreciação, mas que são relevantes para a definição de parâmetros de interpretação, aplicação

²³ Idem.

e cumprimento da Constituição e de limites políticos do Estado. Ou seja, em temas judicializados, cabe ao STF decidir a questão, sem que isso configure usurpação de sua competência ou atuação em descompasso com seus poderes, muito menos como afronta à democracia – especialmente porque o STF age como seu defensor maior.

Portanto, nas palavras de Luis Roberto Barroso,

[...] este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará em favor, e não contra a democracia.

Ainda, Estefânia Maria de Queiroz Barboza²⁴, ao citar Mauro Cappelletti, leciona que

[...] Cappelletti também desfaz o raciocínio de que só é democrático o governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’, já que este sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores, o que não acontece na jurisdição, que, ao seu ponto de vista, desenvolve-se em direta conexão com as partes interessadas, ‘que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas’, concluindo, ainda que o processo jurisdicional é ‘o mais participatório de todos os processos da atividade pública’.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, quando decide questões políticas, não só age dentro de sua competência, mas atua como um implementador da democracia, porquanto faz prevalecer a vontade da Constituição e, portanto, a vontade popular, confirmada no momento da decisão judicial.

No caso da ADIn 2.213, ora paradigma, a decisão do Ministro Celso de Mello deixou isso bastante claro, merecendo destaque o seguinte trecho:

²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 162-163.

Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.

E, muito embora os representantes do Judiciário não sejam eleitos pelo voto popular, não deixam de ser representantes legítimos dos interesses da sociedade, uma vez que possuem prerrogativas próprias (inamovibilidade, imparcialidade, irredutibilidade de vencimentos, entre outros) que os permitem atuar em favor do direito e da justiça, e não de um ou outro grupo de interesses.

Na interpretação que fazem dos estudos de Habermas, Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes²⁵ dizem:

A jurisprudência constitucional exigida por Habermas é aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política. Assume, nos termos de Habermas, um papel de tutor do processo político, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional, não de “regente”, que avoca para si uma responsabilidade paternalista de promover as condições éticas de convivência da comunidade. É isso que deve orientar a interpretação constitucional, enriquecendo, segundo Habermas, a idéia ainda superficial de Ely (segundo a qual a corte deve garantir a autodeterminação do povo, o que, corretamente, na teoria de Ely, resume-se basicamente à liberdade de expressão e ao direito de voto livre).

Além do mais, os *tribunais*, em especial o Supremo Tribunal Federal, não decidem questões aleatoriamente, interferindo na atuação ou na esfera de competência dos demais poderes de modo discricionário ou voluntário. Eles

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia*. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 209.

são instados a se manifestar sobre determinados assuntos e, então, decidem a questão. Portanto, não saem da inércia sem prévio impulso; mas, quando saem, são obrigados a decidir, não possuindo a prerrogativa de escolher se querem ou não julgar determinada questão.

Quanto a esse aspecto, válido destacar estudo de Vianna²⁶:

Daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente do mundo da opinião organizada nos partidos e no mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário vem se consolidando como ator político e um importante parceiro no processo decisório, confirmando as teses de Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares, a que ainda se agregam, no caso brasileiro, suas atribuições de examinar, por iniciativa do sindicalismo, matérias de política econômica e de justiça redistributiva.

E, ainda, em colocação feita por Kazuo Watanabe²⁷:

O Estado Liberal tinha por objetivo neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Porém, no “Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal”, pondera Ada Pellegrini Grinover. [...] [...] cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas” sob o prisma do atendimento estatal.

²⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 51.

²⁷ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas. mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, v. 193, a. 36, p. 13-25, mar. 2011.

Portanto, o fenômeno da judicialização não só existe como é importante para a estruturação e afirmação do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma *supremocracia*²⁸, o Supremo Tribunal Federal exerce função essencial à justiça, à sociedade e à democracia, quando decide questões políticas que fogem à suas funções típicas.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-23-setembro-2010-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011.
- BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: GRAU, Eros Roberto; SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- POZZOBON, Roberson Henrique. Uma travessia do Supremo Tribunal Federal sob as lentes da judicialização da política: da auto-contenção ao ativismo. Orientadora: Claudia Maria Barbosa. Dissertação de Mestrado pela PUCPR. Curitiba, 2010.
- REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁸ Termo usado por Oscar Vilhena Vieira (*Supremocracia*. Revista de direito GV, São Paulo, 4(2), p. 441/464, jul./dez. 2008).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia*. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de direito GV*, São Paulo, 4(2), p. 441/464, jul./dez. 2008.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas. mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, v. 193, a. 36, p. 13-25, mar. 2011.