

LOIANE DA PONTE SOUZA PRADO VERBICARO

**O PROTAGONISMO JUDICIAL E A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

BELÉM

2011

LOIANE DA PONTE SOUZA PRADO VERBICARO

**O PROTAGONISMO JUDICIAL E A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado em Ciência Política da Universidade Federal do Pará, como exigência para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Coelho de Vaz.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

BELÉM

2011

### Ficha catalográfica

Verbicaro, Loiane da Ponte Souza Prado 1980-

O Protagonismo Judicial e a ilegitimidade democrática da Judicialização da Política/ Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro; orientador: Celso Antônio Coelho Vaz. Belém, 2011.

135 p.

Dissertação de Mestrado– Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, 2003.

1 CIÊNCIA POLÍTICA 2 TEORIA POLÍTICA 3  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

I. Título

CDD –

CDU –



Para Arthur e Sofia, meus amores, meu sonho,  
minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Poderia descrever os últimos 3 anos da minha vida como a Roda Vida de Chico Buarque de Holanda: “Roda mundo, roda gigante, roda moinho, roda pião, o tempo rodou num instante nas voltas do meu coração (...)” Tive o privilégio de ingressar na primeira turma de Mestrado em Ciência Política da Universidade Federal do Pará em fevereiro de 2008 e, em novembro do mesmo ano, receber a feliz notícia da gravidez do meu filho Arthur, que nasceu em julho de 2009. Em novembro do mesmo ano, como se não bastasse tamanha felicidade, veio-me a notícia da vinda da amada e doce Sofia, nascida em julho de 2010, para completar o ciclo de felicidade. Em meio a tantas experiências e sentimentos, tive que administrar as prazerosas atividades de pesquisadora, professora e mãe, não sem contar com imprescindível apoio de muitos e muitas que me possibilitaram administrar as múltiplas tarefas assumidas nesse período.

Agradeço aos meus pais, José Prado e Vânia Maria; às minhas irmãs Daniela e Lorena, ao meu cunhado Antônio José; aos sobrinhos amados Lucas, Mariana, Giovana e João Pedro, família, unida em amor, que tive a felicidade de encontrar nesta vida.

Agradeço ao meu marido e amor da minha vida Dennis, por me sentir amada e, sobretudo, amar. Nas palavras de Jorge Luiz Borges: “Estar com você ou não estar com você é a medida do meu tempo.”

Aos meus amados filhos Arthur e Sofia, agradeço por me fazerem sentir a plenitude do amor. E nesse período de dedicação à academia e à maternidade, é com eles, meus amados filhos, com quem mais tenho aprendido.

Ao Professor Celso Antônio Coelho de Vaz, que representa para mim verdadeira fonte de inspiração acadêmica, agradeço a orientação, todo apoio e carinho que me foi dedicado.

Às Professoras Maria da Graça Campangolo e Gisele Góes, por suas contribuições na qualificação do presente trabalho. À professora Maria da Graça, agradeço os constantes

diálogos estabelecidos em sua disciplina “Estado e Poder Judiciário”; à professora Gisele Góes, agradeço o exemplo que sempre representou na minha vida.

Aos queridos colegas e professores do Programa de Mestrado em Ciência Política, com quem tive o privilégio de conviver nestes últimos anos, agradeço a permanente troca de conhecimento e a amizade que nos uniu.

Aos amigos do Centro Universitário do Pará, Sandro Alex de Souza Simões e Bárbara Lou Dias, agradeço a amizade, o exemplo de dedicação ao magistério e o ambiente de diálogo acadêmico que me estimulam a prosseguir, sem hesitar, na caminhada acadêmica.

Às queridas Socorro e Diana, agradeço o carinho e o cuidadoso auxílio fornecido na coordenação do curso de Direito do Cesupa.

Aos queridos amigos Daniela Gabbay, André Coelho, Karla Pamplona, Aline Koslovski e Carla Reale, por estarem sempre presentes na minha vida, senão presencialmente, ao menos em pensamento e em exemplo de amizade e carinho.

À Lourdes e Lene, por cuidarem com todo o carinho e dedicação dos meus amados filhos. E quem meus filhos beija, minha boca adoça.

Aos meus alunos do Centro Universitário do Pará, por me estimularem à dedicação acadêmica.

“Quem, de três milênios,  
Não é capaz de se dar conta  
Vive na ignorância, na sombra,  
À mercê dos dias, do tempo.”

**Johann Wolfgang Von Goethe**

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O Protagonismo Judicial e a ilegitimidade democrática da Judicialização da Política**. Dissertação de Mestrado - Curso de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

## RESUMO

A pesquisa tem como finalidade a análise do Poder Judiciário em um contexto de ampliação de sua dimensão política, o que traz como consequência um tipo inédito e peculiar de espaço público de participação democrática. Essa alteração no quadro político-institucional possibilitou uma maior inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar de judicialização da política - expressa na ampliação da importância e da participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou efeitos visíveis na democracia brasileira. As consequências desse processo de judicialização da política sobre o espaço democrático variam de acordo com o enfoque analítico estabelecido como referencial teórico: o substancialista, defensor de um Judiciário mais participativo; e o procedimentalista, eixo que enfatiza os processos majoritários de formação da vontade política em detrimento das vias judiciais. A presente pesquisa situa-se no marco conceitual procedimentalista que defende a primazia do procedimento que torne possível o diálogo democrático, ressaltando, assim, a dificuldade contra-majoritária da judicialização da política, os perigos da crescente tendência de valorização do ativismo político exercido pelo Poder Judiciário e a consequente necessidade de se estabelecer limites institucionais à atuação dos tribunais em demandas políticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização da política, substancialismo, procedimentalismo.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **The Judiciary Power on the contemporary democracies – An analysis under the focus of ‘judicialization’ of politics.** Master’s Dissertation – Federal University at Pará, Belém [Brazil].

### ***ABSTRACT***

This research is aimed at analyzing the Judiciary Power in a context wherein it acts as an agent amplifying its political dimension which brings about, as a consequence, a peculiar and unheard of type of public avenue of democratic participation. It has to do with the opening of a public space arising out of the augmentation in judicial activity, by way of an increased expansion of the law, its procedures and institutions over politics and societal framework of modern-day life, which allows for ampler access of citizens to the power circles. Such changes in the political and institutional environment made it possible for a more extended insertion of the Judiciary Power in essentially political matters, which came to gain widespread acceptance as ‘judicialization’ of politics and has been expressed by a magnified importance and actual participation of the Judiciary Power in social, political and economical life. Such phenomenon, typical of consolidated democracies, derived from conditioning variables and peculiarities experienced in political, economical and social order and brought about visible consequences in Brazilian democracy. The consequences of said ‘judicialization’ process of politics over the democratic opening vary in accordance with the analytical focus being established as the theoretical reference point: the substantive law-based current, as a defender of a more participatory Judiciary Branch; as opposed to the procedural law-based current, which emphasizes majority processes for building of political will in detriment to judicial ways.

**KEY WORDS: ‘Judicialization’ of Politics; Substantive Law-based Current; Procedural Law-based Current.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1 O PROTAGONISMO JUDICIAL NOS REGIMES DEMOCRÁTICOS CONTEMPORÂNEOS.....</b>	<b>16</b>
1.1 AS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	38
1.2 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A AMPLIAÇÃO DO SEU PODER NORMATIVO .....	43
<b>2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>50</b>
2.1 DO ABSOLUTISMO À DIVISÃO TRIPARTITE DAS FUNÇÕES DO ESTADO.....	50
2.2 O PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO CONTRA-MAJORITÁRIO.....	58
2.3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>VERSUS</i> SOBERANIA DO POVO.....	66
<b>3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>74</b>
3.1 DEFINIÇÃO E CONDIÇÕES FAVORÁVEIS A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	76
3.2 AS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.....	80
<b>4 A (I) LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>100</b>
4.1 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO.....	101
4.2 SUBSTANCIALISMO FRACO <i>VERSUS</i> PROCEDIMENTALISMO FRACO E A PRIMAZIA À DIMENSÃO PROCEDIMENTAL.....	104
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>123</b>

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com a consolidação dos Estados Democráticos de Direito, presencia-se a força do discurso de proteção dos direitos humanos e das virtudes cívicas. Nota-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais em torno dos direitos humanos. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo político do poder judiciário, ao depositar novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social não solucionados adequadamente pelas instâncias político-representativas.

As regras do jogo democrático que estabelecem a complexa interação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário decorrem de processos políticos que se constituem a partir dos arranjos institucionais construídos por meio de sucessivas lutas sociais, decisões políticas e contextos históricos e sociais concretos. No desenvolvimento das teorias democráticas, inevitavelmente surgem dilemas político-constitucionais acerca de quem deve ter a última palavra institucional no processo político de tomada de decisão e de acordo com quais critérios. A partir desses dilemas, apresenta-se o questionamento acerca do lugar que deve ocupar a justiça constitucional no controle de decisões políticas no interior de regimes democráticos.

Sabe-se que o controle de constitucionalidade das leis é uma instituição criada a mais de duzentos anos nos Estados Unidos da América na célebre decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*. Na decisão, o Judiciário projetou-se ao estabelecer limites às decisões legislativas, a partir da ideia de supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar, representando verdadeiro marco ao limitar o ímpeto faccionista e a ditadura da maioria.

Essa instituição foi-se propagando nas últimas décadas, através da inserção do controle judicial das leis nas constituições dos regimes democráticos, seja pelo modelo americano, seja pelo modelo europeu ou misto, como um dos pilares da chamada “expansão global do poder dos juízes” nas democracias contemporâneas (TATE e VALLINDER, 1995).

A reação democrática na Europa em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial foi determinante para a consagração da democracia e à constitucionalização de direitos. Sob a influência dessa diretriz, a política aliada do pós-guerra adotou como um de seus principais fundamentos a expansão do modelo constitucional democrático de governo, o que propiciou uma reorganização do sistema judicial aos países perdedores, a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo.

O surgimento do constitucionalismo democrático trouxe consigo a universalização do *judicial review*, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação da norma constitucional.

Outros movimentos e fundamentos contribuíram para esse expansionismo e protagonismo judicial, entre os quais destaca-se a influência do modelo filosófico liberal que concebe a supremacia constitucional e o controle judicial das leis como instituições essenciais no interior de um Estado Democrático de Direito a fim de garantir a manutenção de regimes democráticos, de um núcleo substancial de direitos intangíveis (os ditos direitos humanos) e do império do direito a partir do controle a ser exercido na arena majoritária (DWORKIN, 2001).

Entretanto, a despeito da constatação do expansionismo judicial e da sua popularidade nos atuais regimes democráticos, cabe apresentar a debilidade contra-majoritária do controle desmesurado exercido pelos juízes, que atuam de forma monológica, em leis elaboradas no ambiente dialógico e representativo de uma arena majoritária.

Considerando-se a intuição de que ambos, Corte e Congresso, sejam falíveis e, portanto, suscetíveis a equívocos e que a ideia dos direitos que as pessoas têm, em seu conteúdo, alcance e hierarquia, seja matéria de um desacordo profundo e persistente entre as pessoas e suas visões de mundo, restaria mais apropriado considerar o Congresso, e não o Judiciário, o órgão legítimo para atuar na arena política de um regime democrático, uma vez que este órgão é o que melhores condições tem de resguardar o exercício de uma cidadania em que sejam assegurados os valores de igual dignidade e autonomia. Alguma

instituição do Estado tem que dar a última palavra em assuntos políticos controversos e não resta legítimo que essa última palavra esteja nas mãos dos juízes. (LINARES, 2008, p. 21)

A arena majoritária apresenta melhores credenciais para refletir um consenso plural e democrático a partir de procedimentos que assegurem uma efetiva deliberação democrática e respeitem da melhor forma possível o direito de participação e de igual consideração.

Tal ideia procedimentalista de legitimidade das decisões políticas apresenta como ponto de partida a maneira pela qual a decisão é tomada. Como contraponto, a ideia substancialista defende que o critério válido para determinar a legitimidade de uma decisão política depende de sua correção substantiva, é dizer, de sua adequação a certos valores de justiça.

Trata-se de ideias contrapostas que apresentam modelos distintos de ideal democrático. A presente pesquisa situa-se no marco conceitual procedimentalista que defende a primazia do procedimento que torne possível o diálogo democrático, ressaltando, assim, a dificuldade contra-majoritária da judicialização da política e a conseqüente necessidade de se estabelecer limites institucionais à atuação dos tribunais em demandas políticas.

O trabalho analisará o fenômeno da judicialização da política nas democracias contemporâneas, e apresentará os perigos da crescente tendência de valorização do ativismo político exercido pelo Poder Judiciário em detrimento do princípio democrático-majoritário.

A pesquisa parte da perspectiva normativa da teoria deliberativa de democracia, ao defender que o centro moral de qualquer projeto político de democracia deve basear-se na ideia de cidadão como agente principal de seu entorno político e social, através de um diálogo interdisciplinar entre a teoria política, a filosofia do direito e o direito constitucional.

No primeiro capítulo, o trabalho analisará o papel de protagonista que o Poder Judiciário vem desempenhando nas democracias contemporâneas, fazendo um transcurso histórico das funções exercidas pelos juízes nos Estados Liberais de Direito, nos Estados Sociais e nos Estados Democráticos de Direito, apresentado a gradativa ampliação do poder normativo do Judiciário em face do constitucionalismo democrático contemporâneo.

No segundo capítulo, abordará o desenvolvimento que a teoria da separação dos poderes sofreu ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo e da consolidação dos Estados de Direito. Analisará o seu surgimento em oposição às arbitrariedades, inconvenientes e excessos praticados pelas Monarquias Absolutistas e como condição necessária à proteção aos direitos fundamentais individuais, a partir das ideias de Thomas Hobbes, John Locke e Montesquieu, bem como o pensamento do Federalista norte-americano Alexander Hamilton, que estabeleceu a valorização da normatividade da Constituição e o reconhecimento do Poder Judiciário como órgão contra-majoritário ao legitimá-lo a (re) analisar decisões e escolhas políticas que afetam de forma não razoável ou desproporcional um direito assegurado pela Constituição. O capítulo apresentará algumas decisões paradigmáticas da Suprema Corte norte-americana que projetaram o Judiciário como órgão contra-majoritário, através da consolidação do fenômeno da judicialização da política.

No terceiro capítulo, analisará a judicialização da política como fenômeno que surge em um contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política – ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica e como consequência da consolidação da ideia de constitucionalismo democrático desenvolvida após a segunda guerra mundial, bem como as condições facilitadoras desse fenômeno no contexto da democracia brasileira.

No quarto capítulo, tratará acerca da legitimidade das decisões políticas à luz dos eixos teórico-analíticos substancialista, defensor da adequação substantiva das decisões políticas a certos critérios de justiça, e procedimentalista, que enfatiza os processos democráticos de formação da vontade política e, como corolário, um Judiciário - dessubstancializado - com poderes mais limitados em respeito aos poderes políticos do Estado. O capítulo apresentará a dificuldade contra-majoritária da atuação do Poder Judiciário em questões políticas, a partir da ideia de democracia deliberativa, ao considerar que quando a justiça ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, representando sério risco aos regimes democráticos.

## **1 O PROTAGONISMO JUDICIAL NOS REGIMES DEMOCRÁTICOS CONTEMPORÂNEOS**

A exata compreensão das construções jurídicas e ordenações valorativas fundamenta-se na práxis cotidiana que se organiza para produzir a vida social. A totalidade das estruturas de uma sociedade refletirá as relações de força, o grau de desenvolvimento de sua riqueza material, a ideologia como crença unificadora e justificadora de mundo, a configuração do modelo de organização político-institucional e os interesses e necessidades humanas.

Nesse sentido, para se compreender um certo modelo jurídico, necessário é identificar a organização social, as relações estruturais de poder, os valores, os interesses que reproduz. Cada contexto cultural de época envolve a integração de fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos e, igualmente, um processo cíclico “de emergência, desenvolvimento, crise e rupturas”. (WOLKMER, 2001, p. 26)

Os modelos culturais, que constituem paradigmas no tempo e no espaço, vividos pela experiência humana na história e sistematizados por um processo de racionalização, refletem significados e valores específicos de mundo, que permitem uma melhor compreensão das instituições jurídicas e políticas de um dado contexto histórico. Essa noção, que envolve realidades momentâneas evolutivas, é identificada quando se examina a transposição da idade média, de seu sistema feudal e de seu pluralismo jurídico, para a idade moderna regida pelo capitalismo, momento em que floresce o positivismo jurídico como modelo hegemônico na modernidade burguês-capitalista.

Para compreender a evolução da prática jurídica e a referida transposição da idade média para a idade moderna e, assim, analisar o protagonismo judicial nos regimes democráticos contemporâneos, necessário se faz pontuar algumas especificidades políticas, jurídicas e institucionais do mundo medieval, sem, no entanto, ter a pretensão de oferecer uma análise exaustiva e completa de ditas especificidades.

A sociedade medieval era uma sociedade estamental, fundada na posse da terra e na produção econômica agrária, marcada por relações sociais de servidão e por uma

hierarquia de privilégios. A propriedade de terra era o ponto de referência a partir do qual se desenvolviam os limites da política e da juridicidade.

Tratava-se de uma sociedade pré-estatal, pluralista, marcada pela forte fragmentação política, pela multiplicidade de centros internos de poder e pela pluralidade de agrupamentos sociais e jurídicos. Cada unidade territorial autônoma e descentralizada, denominada feudo, produzia e possuía o seu próprio direito, baseado nos usos locais, nos precedentes dos juízes da terra, nas cartas de privilégio concedidas pelo senhor feudal.

Disto resulta que o fenômeno jurídico, àquela época, era um sistema múltiplo e consuetudinário, embasado na hierarquia de privilégios e nas regalias nobiliárquicas. Mas ainda que se conceba o Direito Medieval como uma estrutura plural, difusa e assistemática, não se pode “minimizar o caráter supletivo e doutrinário do Direito Canônico, do Direito Visigótico e, essencialmente, do Direito Romano.” (WOLKMER, 2001, p. 28)

Havia à época, verdadeira dispersão do poder por uma multiplicidade de células sociais, cada qual relativamente autônoma em relação ao exercido pela coroa, que não detinha a exclusividade do poder. Os próprios poderes da coroa eram concebidos paralelamente com o recurso de fórmulas utilizadas no âmbito das unidades políticas periféricas, pelo que a articulação entre a coroa e as restantes unidades políticas se concebe “em termos de à primeira se atribuir uma simples superioridade e não exclusividade de poder”. No âmbito dogmático, significava que a jurisdição era exercida por uma multiplicidade de sujeitos ou pólos sociais, muito embora se reconhecesse uma hierarquia jurisdicional, segundo a qual, ao rei competia a jurisdição máxima, e ao paterfamilias, a jurisdição mínima, exercida sobre os seus familiares, criados e servos. (HESPANHA, 1984, p. 35)

Mais do que um instrumento para reconhecer a desigualdade e os interesses estamentais, o Direito Medieval consolidou-se para legitimar a especificidade de uma hierarquia social claramente estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e campesinato. Nesse sentido, a produção jurídica de então existia à base de um pluralismo normativo das corporações em cujos marcos ocorria uma justiça administrada em tribunais criados pelo senhor feudal.

Nessa perspectiva, de acordo com a prática jurídica do mundo medievo, pode-se dizer que o juiz, ao resolver os conflitos sociais, não estava vinculado a determinadas

normas emanadas do poder central do Estado. Atribuía-se ao juiz ampla liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar ao caso. Assim, podia o magistrado “deduzi-las das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural”. (BOBBIO, 1995, p. 28)

Havia à época múltiplas fontes do direito, todas igualmente suscetíveis de aplicação ao mesmo caso, uma vez que as regras, tanto as preexistentes (direito positivo), quanto os princípios equitativos e de razão (direito natural), encontravam-se todas no mesmo nível, o que permite se falar em uma ampla discricionariedade judicial nas práticas jurídicas do mundo medievo.

À medida que se esgota o sistema político feudal, motivado por sucessivas crises no modo de produção da riqueza e na organização político-institucional, instaura-se, gradativamente, o capitalismo como modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital passa a ser o principal motor da produção material. E, em face das exigências de regulamentação e controle da nova ordem econômica e de proteção aos intentos da burguesia ascendente, a antiga estrutura descentralizada de produção jurídica é sucedida pela consolidação mais genérica, sistemática e unitária de um Direito Mercantil.

O fenômeno jurídico que florescerá, a partir de então, na moderna cultura européia ocidental, corresponde à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Soberano.

O aparecimento do conceito de Estado Soberano – com a influência que isso teve nos planos da ideologia política e da dogmática jurídica – foi o reflexo da progressiva expropriação por parte da coroa dos poderes políticos das entidades superiores (Papado) e inferiores (senhorios) e a conseqüente erupção de uma entidade monopolizadora do poder político, contraposta a uma sociedade expropriada desse poder, o que introduziu a ideia da separação entre Estado e sociedade civil, entre interesse público e interesse particular, outrora inexistente no modelo político pré-estatal. (HESPANHA, 1984, p. 28)

A distinção entre o Estado e a sociedade civil, entre o interesse público e o privado são traços norteadoras do “paradigma estadualista”. Na teoria jurídica e social da Idade Média, os interesses público e privado apresentavam-se como componentes

harmônicos de uma unidade mais vasta, o bem comum. Assim, o poder político não visava à interesses qualitativamente diferentes dos interesses particulares, antes o contrário, visava exatamente à salvaguarda destes mesmos diretos.

Na formação dos Estados Modernos, contudo, com o objetivo de impor à desordem dos interesses particulares uma disciplina visando ao interesse público, que surge, deste modo, como contraditório ou oposto ao interesse dos particulares, passa-se a defender a distinção entre referidos interesses, ideia essa reforçada posteriormente pela ideologia liberal, sob o argumento da incompatibilidade entre a plena realização dos interesses particulares e a consecução do interesse público e a conseqüente necessidade de limitação do Estado (a máxima contensão do interesse público) para a libertação da sociedade civil (o mínimo sacrifício dos interesses particulares).

Com a centralização política proporcionada pela formação dos Estados Modernos, o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular do poder jurisdicional, imbuído da responsabilidade de resolver as controvérsias de acordo com as normas emanadas ou previamente reconhecidas pelo Estado, como no caso do direito consuetudinário, dos critérios de equidade ou do direito natural. Subtraiu-se do juiz a possibilidade de escolher, ao seu alvitre, os critérios de resolução dos conflitos sociais para impor-lhe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.

É interessante apontar a natureza absolutista da organização política do antigo regime, o que significa afirmar que o rei não era atingido e, conseqüentemente, limitado pela lei. O monarca tinha o poder de, “através de rescrito ou carta de privilégio, derogar ou dispensar o direito anterior (o direito legislativo, o direito consuetudinário, o direito comum)”. Tratava-se de um poder extraordinário que o tornava liberto da obediência às leis e, como corolário, à incidência da atividade jurisdicional, apenas se exigindo que, ao afastar a aplicação da lei, procedesse com consciência de que o fazia. (HESPANHA, 1984, p. 60)

O projeto de direito da modernidade passa a estruturar-se no monismo jurídico – fruto de um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado –, na estatalidade, na racionalidade lógico-formal e nas ideias de certeza, segurança e previsibilidade nas relações sociais, enquanto referencial normativo da moderna sociedade ocidental. Eis a consolidação do positivismo jurídico, paradigma jurídico que se

desenvolveu à luz do modelo de racionalidade da ciência moderna e do individualismo liberal nascido em meio a dissolução da sociedade medieval e formação dos Estados Modernos, e consolidado nos Estados Liberais de Direito.

O modelo de racionalidade que presidiu a ciência moderna, referencial de constituição do modelo jurídico da modernidade, desenvolveu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi consolidado e/ou aperfeiçoado nos séculos seguintes, sendo construído com base na “teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na grande síntese da ordem cósmica de Newton e finalmente na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e sobretudo Descartes.” (SANTOS, 2003, p. 11)

Essa ruptura fundante aos princípios epistemológicos do saber aristotélico-medieval (razão conduzida pela fé), ao construir o modelo de racionalidade da ciência moderna, possibilitou a constituição de uma única forma de conhecimento verdadeiro. O alcance da verdade através de regras metodologicamente fundadas (reta razão) e do afastamento de antigos pré-juízos, opiniões (doxa), tradições e aparências sensíveis, tornou-se o modelo essencial para a concepção do novo paradigma de conhecimento fundado em bases sólidas e constantes.

Referido desenvolvimento do paradigma de racionalidade da ciência moderna representou verdadeiro marco a partir do qual se formou um novo universo cognitivo às relações sociais, políticas, culturais e jurídicas. O racionalismo moderno modificou significativamente os universos simbólicos da humanidade, rompendo, em grande medida, com os referenciais aristotélico-tomistas do mundo e do homem pré-moderno.

O estágio cultural moderno-cartesiano é dominado, assim, pela aguda consciência racional da realidade. “O método para atingir o real é a razão, a razão pura do racionalismo.” Racionalismo esse que ensina a autonomia, a unidade substancial dos homens na razão e a ideia de que essa razão constitui a essência do humano e a fonte única e exclusiva do conhecimento verdadeiro. É nesse racionalismo que termina o fastígio da tradição. Trata-se de reorganizar a realidade segundo novos padrões criados exclusivamente pela luz da razão. “Assim principia a Idade Moderna, essencialmente revolucionária e anti-tradicionista. O presente se volta contra o passado, para despedaçá-lo em nome do futuro.” (KUJAWSKY, 1969, p. XIII)

Ao contrário da ciência aristotélica, retomada por Santo Tomás de Aquino no século XIII ao estabelecer uma união entre a filosofia aristotélica e a doutrina religiosa cristã, a ciência moderna desconfia sistematicamente das evidências da experiência imediata. Tais evidências, que estão na base do conhecimento vulgar, são ilusórias à luz dos postulados da ciência moderna.

O verdadeiro conhecimento obtém-se pela observação sistemática, ordenada, causal e rigorosa dos fenômenos naturais. As ideias que presidem a observação e a experimentação são as ideias claras e simples a partir das quais se pode ascender a um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza. E a matemática, especialmente pela exatidão e evidência dos seus raciocínios, “fornece à ciência moderna, não só o instrumento privilegiado de análise, como ainda o modelo de representação da própria estrutura da matéria.” Este lugar central da matemática na ciência moderna conduz a epistemologia ao rigor científico, obtido a partir do rigor das medições, e à redução da complexidade do mundo. (DESCARTES, 1975, p. 20; DOMINGUES, 1991, p. 32)

Segundo esse pensamento, o mundo é deveras complexo para ser compreendido e explicado pela mente humana. Para conhecê-lo, necessário é dividi-lo e classificá-lo a fim de determinar as relações sistemáticas existentes entre partes divididas. Seguindo essa lógica, Descartes, na segunda (regra de análise) e terceira regras (regra de síntese) do Método, estabelece a necessidade de “dividir cada dificuldade a ser examinada em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las” e de pôr em ordem o pensamento, “começando pelos assuntos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para atingir, paulatinamente, gradativamente, o conhecimento dos mais complexos”. (DESCARTES, 1975, p. 40; DESCARTES, 2002, p. 85)

Trata-se de um conhecimento adstrito ao princípio da causalidade e que aspira a formulação de leis, à luz das regularidades observadas, a fim de dominar e compreender as regularidades do mundo da natureza.

As categorias de inteligibilidade da ciência moderna (leis) repousam em um conceito de causalidade oferecido pela física aristotélica. Aristóteles, ao trabalhar com o enlace explicativo das conexões causais (princípio da causalidade),<sup>1</sup> distinguiu quatro tipos

---

<sup>1</sup> Para Aristóteles, é evidente que existe um primeiro princípio (causa livre: não é condicionada e é condicionante. Trata-se de uma causa incausada – Deus como causa primeira de todas as coisas) e as causas das coisas não constituem uma série infinita. Com efeito, não pode uma coisa proceder de outra como de um

de causa: a causa material, a causa formal, a causa eficiente e a causa final.<sup>2</sup> A causalidade da ciência moderna pauta-se basicamente na ideia formal de causa aristotélica, que privilegia o “como” (funcionamento), em detrimento do “fim” (finalidade) das coisas. Assim, na ciência moderna, a causa formal obtém-se com a expulsão da intenção.<sup>3</sup> E “é este tipo de causa formal que permite prever e, portanto, intervir no real e que, em última instância, permite à ciência moderna responder à pergunta sobre os fundamentos do seu rigor e da sua verdade com o elenco dos seus êxitos na manipulação e na transformação do real.” (SANTOS, 2003, p. 17)

Tais pressupostos epistemológicos e regras metodológicas são as bases essenciais da ciência racionalista moderna. Ciência essa que tem como pressuposto a ideia de ordem e estabilidade do mundo. “Segundo a mecânica newtoniana, o mundo da matéria é uma máquina cujas operações se podem determinar exactamente por meio de leis físicas e matemáticas, um mundo estático e eterno a flutuar num espaço vazio, um mundo que o racionalismo cartesiano torna cognoscível por via da decomposição nos elementos que o constituem.” (SANTOS, 2003, p. 17)

Tal ideia mecanicista e ordenada de mundo, hipótese norteadora da ciência moderna, transformou-se em um dos pilares da ideia de progresso que veio a sustentar a ascensão política da burguesia ao poder no século XVIII. A busca de segurança e certeza nas relações políticas, conduziu a humanidade à racionalização da esfera pública, processo que, no Ocidente, culminou com o surgimento do Estado Liberal-burgês-individualista.

O homem moderno lançou-se, assim, à construção de um mundo previsível, calculável e o tanto quanto possível, exato. Esse universo cognitivo individualista-racionalista tornou-se a raiz do modelo jurídico predominante da cultura ocidental. Trata-se

---

princípio material *ad infinitum*. E se as espécies de causas fossem em número infinito, o conhecimento também seria impossível. (ARISTÓTELES, 1969, p. 65-67)

<sup>2</sup> 1) Causa material é a matéria de que é feita uma coisa (aquilo de que um ser ou coisa são feitos; seu substrato). Trata-se da matéria constituinte a partir da qual alguma coisa vem a existir; 2) Causa formal refere-se à fórmula da essência das coisas (“a forma e o padrão”), aquilo que explica a forma que um ser possui e o define em sua identidade ou diferença. Exemplo: Por que existe um eclipse? A lua é eclipsada porque é privada de luz ao ser ocultada e as coisas privadas de luz ao serem ocultadas são eclipsadas. O termo médio “privada de luz ao ser ocultada” explica por que o eclipse ocorre e enuncia a forma ou essência de um eclipse; 3) Causa eficiente (motora ou motivadora) é a origem das coisas, a fonte do primeiro princípio da mudança ou do repouso. É a causa que explica como uma matéria recebeu uma forma para constituir uma essência; 4) Causa final é a razão de algo existir; é a causa que dá a razão ou a finalidade para alguma coisa existir e ser tal como ela é (aquilo em busca de quê). (ARISTÓTELES, 1969, p. 41)

<sup>3</sup> “Pode-se até admitir que Deus criou a natureza e suas leis, mas agora seus desígnios não nos dizem respeito e nos escapam absolutamente.” (DOMINGUES, 2001, p. 33)

do positivismo jurídico, principal meio institucionalizado de integração social, de garantia do indivíduo contra o poder estatal e base fundamental aos parâmetros de segurança, certeza e previsibilidade necessários às relações econômicas da burguesia ascendente.

Nesse sentido, viveu-se o que Weber denominou de racionalização burocrática dos aparatos estatais, ao conceber a burocracia estatal, forma mais pura de exercício da dominação legal, como indispensável para o bom funcionamento do capitalismo racional, uma vez que ela gera, através do cumprimento objetivo de tarefas segundo regras calculáveis, previsibilidade total no funcionamento da administração pública e na ordem legal. (WEBER, 2005)

Com essa perspectiva, afastou-se o direito dos juízos de valor plurais, juízos de justiça, equidade e moralidade, uma vez que eles permitem um alto grau de incerteza na identificação do universo jurídico. Assim, o positivismo apartou-se das contaminações advindas da moral e da política, resguardando o direito das ameaças representadas pelo pluralismo axiológico e pelo arbítrio estatal.

Trata-se da perspectiva de neutralidade axiológica assumida pelo positivismo, na medida em que constrói um conceito autônomo de direito, ao defini-lo como um sistema normativo plenamente isolado dos conflitos de valores e políticos das sociedades modernas. Nesse sentido, o direito, e não os valores e a justiça, constitui, tautologicamente, o fundamento do próprio direito. Eis o modelo de racionalidade da ciência moderna influenciando o paradigma jurídico-político da era contemporânea.

O modelo racionalista da ciência moderna favoreceu a tomada de consciência da burguesia e a legitimidade de um discurso de poder igualitário (igualdade, liberdade e fraternidade), secular e cientificista, em contraponto às visões metafísicas do mundo pré-moderno (platônico-aristotélica), apto a forjar a ideologia e o projeto revolucionário contrário às “irracionalidades” do *status quo ante*.

Com esse pensamento, a modernidade superou o cosmos aristotélico-metafísico de poder, pautado em uma ideia teológica de mundo e introduziu um antropocentrismo racionalista-individualista (Filosofia do Sujeito-Consciência), baseado na ideia de vontade humana e racional como móvel de todo exercício legítimo de poder.

Trata-se do uso da razão como libertadora do dogmatismo, da arbitrariedade, da autoridade medieval, da superstição e do fundamento trans-humano do poder estatal. A

propagação desses ideais foi tal que o espírito filosófico transpôs os limites da classe burguesa e se infiltrou nos meios populares. Tal infiltração da filosofia iluminista permitiu à burguesia mascarar “as lutas que começaram a lacerar o Terceiro Estado e encontrar, para todas as classes revolucionárias, linguagem e gestos comuns.” (SARTRE, 1973, p. 120)

À luz do discurso de uma razão universal e sob a aparência de uma identidade de perspectivas, linguagens, objetivos e universos simbólicos, a burguesia, conduzindo o Terceiro Estado, promove, assim, a revolução francesa (1789), representando verdadeiro marco paradigmático de luta (da racionalidade) contra a (irracionalidade da) desigualdade de um sistema estamental.

Além de viabilizar o suporte ideológico-cognitivo à burguesia ascendente, a ciência moderna tornou possível a descoberta das leis que regem a sociedade. Assim, “tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade”. Essa consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, favoreceu a emergência das ciências sociais no século XIX, em grande medida condensada ao positivismo oitocentista,<sup>4</sup> numa tentativa de promover a unidade das ciências naturais e sociais, o que acaba por desconsiderar as efetivas distinções existentes entre o mundo da natureza e o mundo da cultura e das relações sociais plurais. (IANNI, 2003, p. 9)

Nesse sentido, sob a influência do mecanismo físico-matemático na apreensão e compreensão do mundo natural e, igualmente, da tentativa de promover a unidade das ciências naturais e sociais, o processo de racionalização do conhecimento passou a estender-se ao domínio jurídico-político, representando verdadeira passagem a uma antropologização e a um novo modelo de inteligibilidade do direito.

Trata-se do movimento positivista, que se consolidou no curso do século XIX, e que tem como unidade mínima de consenso, a ideia de exclusão dos valores de justiça do fenômeno jurídico. Referido modelo, cuja expressão máxima manifesta-se na teoria positivista de Hans Kelsen, exerceu grande influência nesse contexto. Com tal teoria, Kelsen elaborou um modelo de ciência jurídica formalista de análise da estrutura do direito

---

<sup>4</sup> Aplicação ao estudo da sociedade de todos os princípios epistemológicos e metodológicos que presidem o estudo da natureza – compatibilização das ciências sociais aos critérios de cientificidade das ciências da natureza

positivo, a partir de objetos puros e de elementos científicos alheios à ideologia.<sup>5</sup> Para tanto, promoveu um corte metodológico visando à consolidação de uma ciência jurídica, com a exclusão de todos os elementos estranhos ao rigor da normatividade jurídica. (KELSEN, 1998)

Trata-se de uma teoria nomológica que compreende o Direito como uma simples estrutura de regras jurídicas emanadas de uma autoridade estatal. Esse modelo positivista exclui outros padrões de normatividade imprescindíveis à compreensão do direito, como, por exemplo, os princípios jurídicos, compreendidos como normas no sentido deontológico, relacionadas a valores morais que devem iluminar todo o ordenamento jurídico, por se tratar de exigência associada à equidade, à justiça e à moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36-50)

De acordo com essa perspectiva teórica baseada no postulado da autoridade, o Direito é concebido como um grande esqueleto de normas totalizado pelo Estado (monismo jurídico), capaz de comportar qualquer conteúdo fático e axiológico – desprezo ao juízo de valor, à equidade, ao senso de justiça e às formas plurais e espontâneas de manifestação do direito.

A ordem jurídica, analisada sob esse prisma, forma uma pirâmide hierarquizada, onde cada norma se fundamenta em outra e a chamada Norma Fundamental

---

<sup>5</sup> Antes da construção metodológica da teoria do positivismo jurídico, a Escola Histórica do Direito Alemã, desenvolvida e consolidada por Savigny no século XIX, mesmo contrária ao movimento de codificação (movimento de positivação do Direito Natural através de códigos, em uma evidente tentativa de racionalizar o direito consuetudinário), ao defender a não petrificação do direito através de uma rigidez cega, mas uma contemplação do direito mais maleável e adaptável à evolução do processo histórico da humanidade (sentimento e espírito do povo: ethos social global), à força da razão conceitual histórica e à autoridade da ciência (compreendida como a ciência do fazer histórico, da tradição histórica. Tal autoridade da ciência defendida por Savigny opõe-se à autoridade da codificação) abriu um certo caminho para o desenvolvimento do positivismo. Ao criticar o jusnaturalismo, defendeu uma dessacralização do Direito Natural e isso possibilitou, futuramente, a utilização das suas críticas para o desenvolvimento do juspositivismo. Marx, ao abordar sobre a Escola Histórica do Direito, acusa-a de conservadora por propiciar uma manutenção das práticas exploratórias tradicionais e históricas. Ihering, alemão discípulo de Savigny, não seguiu na mesma linha de pesquisa da Escola Histórica do Direito. Desenvolveu, em uma primeira fase, a teoria da Jurisprudência dos Conceitos (ciência dos conceitos – busca de uma compreensão conceitual do direito a fim de estabelecer definições capazes de delimitar o objeto da ciência do direito) formulada pelo alemão Puchta em 1837, destinada a estabelecer os parâmetros lógicos e sistemáticos da Ciência do Direito. Com isso, Ihering traça as linhas iniciais da dogmática jurídica contemporânea e da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Kelsen. Em um segundo momento da sua obra, Ihering converte-se num crítico da Jurisprudência dos Conceitos e passa a contemplar o direito não mais a partir da perspectiva conceitual e ética da técnica jurídica, mas a partir de uma perspectiva realista – direito como instrumento utilizado pelos homens a fim de atingir determinados fins. (SAVIGNY, In: CASANOVAS, 1994, p. 22-31; MARX, In: CASANOVAS, 1994, p. 49-59; IHERING, In: CASANOVAS, 1994, p. 60-108.)

legítima toda a estrutura normativa. Tal postulado da construção escalonada do ordenamento jurídico estabelece uma (aparente) harmonia à estruturação do sistema, ao fixar critérios formais de resolução do conflito de normas.

Esse modelo racionalizador, base de sustentação da burguesia e do modelo de Estado-Liberal-Burguês-Individualista, apresenta como principais diretrizes: atribuir maiores poderes políticos à burguesia; impor limites à atuação do monarca e da Igreja; atribuir ao Poder Judiciário uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos - certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas; assegurar a respeitabilidade aos direitos subjetivos<sup>6</sup> através de uma política de reconhecimento de direitos individuais; garantir o princípio da estrita legalidade; proteger o direito inalienável à propriedade privada; o respeito ao pactuado de forma segura e previsível; a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar o progresso social.<sup>7</sup>

Sob a influência dos ideais de segurança jurídica e de respeito aos direitos individuais, fez-se necessária a existência de um poder estatal que implementasse uma racionalidade ao direito e às relações sociais; um poder que fosse capaz de produzir, com clareza, racionalidade e exatidão, normas rigorosamente elaboradas e, com isso, garantir, o máximo possível, uma univocidade às relações do mundo social. O Poder apto a concretizar esse desiderato era o Poder Legislativo que, no afã de implementar certezas e segurança,<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Os direitos subjetivos são concebidos como a possibilidade do indivíduo de fazer ou pretender fazer algo, de forma garantida, nos limites atributivos da regra do direito; implicam na faculdade atribuída à pessoa para agir na defesa de seus direitos. Trata-se de uma convenção valorativa criada pela doutrina jurídica burguesa para expressar vontade livre e autônoma que reivindica e requer direitos negados. Os direitos subjetivos estão diretamente vinculados às formulações da autonomia da vontade e ao interesse juridicamente protegido, valores esses tipicamente liberal-burgueses (WOLKMER, 2005, p. 30-31).

<sup>7</sup> Trata-se de um modelo inspirado nos princípios do *laissez faire*. Segundo esse princípio, não há lugar para a ação econômica do Estado, que deve apenas garantir a livre concorrência entre as empresas e o direito à propriedade privada, quando esta for, por algum motivo, ameaçada. O pensamento econômico liberal foi desenvolvido por autores como John Stuart Mill, Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus e baseia-se na ideia de que a economia, tal como a natureza física, é regida por leis universais e imutáveis, cabendo ao indivíduo apenas descobri-las para melhor atuar de acordo com os mecanismos dessa ordem natural. Só assim poderia o *homo economicus*, livre do Estado e da pressão de grupos sociais, realizar sua tendência natural de alcançar o máximo de lucro com o mínimo de esforço. (SANDRONI, 2005, p. 486-487).

<sup>8</sup> O Direito não se esgota em sua função de proporcionar segurança. Isso seria insuficiente. É necessário, além de um sistema que contemple a segurança, um sistema contemplador, igualmente, da legitimidade. (WOLKMER, 2005, p. 30-31).

elaborava, primordialmente, normas herméticas para que fossem cumpridas de maneira acrítica e uniforme por todos.

Em face dessas diretrizes institucionais, o Poder Legislativo passou a ser o representante de um ideal de racionalidade em contraposição ao poder absoluto, unificado e arbitrário do Antigo Regime. Visualiza-se, nesse sentido, uma mudança de perspectiva na estrutura organizacional do Estado: o Poder Executivo – atribuído ao monarca nos Estados Absolutistas – passa a dividir a sua centralidade com o Poder Legislativo no Estado Liberal. Como consequência, a sociedade civil, representada pelo Parlamento, emerge com destaque na configuração estatal ante a figura do Poder Executivo considerado como órgão impositivo, arbitrário e distante dos reais anseios da sociedade.

Nesse contexto, o Direito assume a função eminentemente ordenadora. Trata-se da função de estruturar, por intermédio do Poder Legislativo, com previsibilidade e segurança, as relações sociais e institucionais através de normas jurídicas confeccionadas sob o pálio de uma rigidez metodológica aliada aos princípios da estrita legalidade e da igualdade formal que ocultam as contradições e as condições sociais concretas de vivência do homem em sociedade.

À luz da doutrina clássica do positivismo jurídico, sob a influência do racionalismo então prevalecente, que concebia a ordem jurídica como completa, não contraditória, sem lacunas ou antinomias, impunha-se ao juiz uma rígida e linear submissão à lei. A solução jurídica relativa a um litígio era deduzida logicamente das regras jurídicas válidas e dos conceitos conforme definidos pela dogmática jurídica, de acordo com um modelo de subsunção. A decisão judicial era entendida, assim, como o exercício de simples aplicação mecanicista do fato à norma previamente posta pela autoridade competente.

Tratava-se de uma adoração à lei animada por um espírito racionalista, que gerou uma desconfiança sobre o poder decisório dos juízes e a necessidade de limitar seus julgamentos com base no postulado da estrita vinculação do juiz à letra fria da lei, tal como apresentado por Montesquieu ao definir os juízes como a boca que pronuncia as palavras da lei, a partir de uma ideia de neutralidade política e axiológica, legitimado-os a atuar com o máximo possível de objetividade na aplicação da lei, sem brechas para a liberdade e/ou criatividade do judicial. (MONTESQUIEU, 2004, p. 165-186) O direito, nos moldes descritos acima, enquadra-se, na designação apresentada pelo alemão Robert Alexy à

Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, ao modelo dedutivo de atuação judicial. (ALEXY, 1993, p. 165-178)

A desconfiança que pairava sobre os julgadores, bem como a adoração à lei animada por um espírito (ir) racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à letra fria da lei se tornasse um postulado central. Sob a influência de tal ordem e a partir de uma concepção formalista da interpretação judicial e da teoria de separação dos poderes, assumiu o Judiciário uma posição passiva em relação aos problemas políticos ou governamentais do Estado, que se traduziu na ausência de poder normativo ou político por parte do Judiciário.<sup>9</sup>

Percebe-se que o Poder Judiciário, nesse contexto, possuía um desempenho funcional basicamente declarativo de direitos e liberdades dos indivíduos e reativo em relação às demandas judiciais propostas em juízo. Como os Tribunais atuavam dentro de uma ordem jurídica pré-constituída e com pretensões de completude, os juízes trabalhavam retroativamente para restabelecer a ordem violada, dentro de um contexto de litígios individualizados.

Isso porque cabia ao Judiciário apenas a proteção de direitos de cunho individual a partir de uma atitude meramente absenteísta e mediante uma neutralização política, expressa na submissão do juiz à lei e na sua vedação em pesquisar o direito na organização social, política ou econômica – Judiciário concebido como uma organização burocrática hermética e alheia aos anseios vividos em sociedade.

A engenharia institucional do liberalismo atribuía ao Estado o dever de garantir a coesão nas relações sociais, bem como a eficácia dos direitos de cunho essencialmente individual - resolução de conflitos sociais para garantir a harmonia social e a conseqüente preservação do modo de produção capitalista fundado em bases liberais.

Ocorre que, com o desenvolvimento da economia capitalista (e suas tensões sociais), com a formação dos monopólios econômicos no final do século XIX, com a

---

<sup>9</sup> Ante à essa realidade, conduziu-se ao estabelecimento de insustentáveis proibições de interpretar e comandar a lei. Os juízes eram, assim, verdadeiros escravos da lei. Utilizavam-se do método de interpretação tradicional adotado pela chamada Escola da Exegese. O pensamento predominante era o codicista, de supervalorização da lei (do código). Pensavam os seus adeptos que o código totalizava todo o Direito. Não haveria qualquer outra fonte jurídica. Além da lei, o intérprete não deveria pesquisar o Direito na organização social, política ou econômica. A sua função limitava-se ao estudo das disposições legais. Não havia, assim, grau de liberdade interpretativa aos juízes. Essa concepção racionalista perdurou aproximadamente até meados do século XIX.

possível insurgência do socialismo e em virtude da própria incapacidade do mercado em se auto-regular, o Estado se deparou com inúmeras dificuldades para manter a mesma estrutura passiva e de distanciamento em relação aos anseios sociais, tal como propugnado pelos princípios do liberalismo econômico.

Essas dificuldades foram acentuadas com as crises cíclicas do capitalismo, especialmente a partir da Primeira Guerra Mundial, quando o Estado tornou-se um dos principais agentes norteadores das economias nacionais. Coube a Keynes redefinir os fundamentos da economia clássica, considerando a intervenção do Estado na economia (dirigismo e planejamento econômico) uma evolução natural e racional no desenvolvimento capitalista, dada a insuficiência da auto-regulamentação à economia de mercado. A ação governamental foi necessária para evitar, ou pelo menos reduzir, os efeitos das crises cíclicas características do capitalismo e também para manter o pleno emprego e promover o crescimento econômico.

Diante de uma realidade social marcada por elevados índices de miséria, indigência e pobreza, reveladora dos limites da aplicabilidade do princípio da igualdade formal perante a lei, novas forças sociais surgem nesse contexto de crise e de questionamento do papel do Estado, que se tornou incapaz de conduzir uma sociedade em seus múltiplos e complexos interesses sociais, a partir de uma estrutura organizacional essencialmente formal e individualista.

Os conflitos sociais coletivos surgem com grande intensidade. Tornam-se a marca característica das sociedades industrializadas ou em vias de industrialização e um dos principais problemas a ser enfrentado pela estrutura do Estado Liberal-individualista, incompatível com a exacerbação da conflituosidade social.

As contradições e tensões desse modelo estrutural de Estado evidenciaram-se a partir de sua incapacidade de, por meio de fórmulas genéricas, conter e/ou minimizar as desigualdades sociais, os elevados índices de marginalidade e injustiça social, oriundas do sistema capitalista. Em face dessa realidade, exsurtem críticas a esse modelo estatal individual absentéista.

Diante desse quadro institucional, evidenciam-se lutas políticas que ensejam um (re) arranjo na organização estrutural e institucional na forma de conceber o Estado e a sua divisão de poderes. O Estado capitalista assentado em premissas liberais, como postura

política, econômica e social, precisou ser reformulado e abrir-se às influências sociais a fim de preservar os fundamentos estruturais e de legitimação do Estado capitalista. Eis o surgimento das bases de transformação do Estado Liberal para o Estado Social.

Ressalta-se que essa transformação foi uma manobra da economia de mercado para preservar o modo de produção capitalista em um contexto de questionamento de seus princípios excludentes. Abandonou-se, assim, o absentismo do estado Liberal para uma espécie de intervenção reguladora permanente na economia capitalista, que repercute em uma ação governamental sob as formas de regulamento, participação, controle e planejamento da produção, incluindo medidas como incentivos fiscais e creditícios, controle do comércio exterior, execução de obras públicas, entre outras.

Com tal reformulação institucional e em nome da própria preservação do sistema capitalista, o Estado passa a assumir, a partir da percepção da insuficiência do modelo de Estado Liberal a propiciar a igualdade material e a inclusão social, uma feição mais intervencionista e dirigente – conciliação do desenvolvimento capitalista com a sua necessária legitimação.

Nesse sentido, compreende-se o Estado Social como a mobilização do aparelho estatal em uma sociedade inserida no modo de produção capitalista a fim de implementar medidas direcionadas ao bem-estar da população - proteção oferecida pelo governo na forma de direitos sociais. Na realidade, o Estado Intervencionista foi uma tentativa de contornar problemas estruturais no desenvolvimento do sistema capitalista, como o conflito entre classes e as crises cíclicas e institucionais do sistema, constituindo uma tentativa de obter a cooperação das classes trabalhadoras sem, entretanto, desafiar os interesses da burguesia e o modo de produção capitalista.

Nos países subdesenvolvidos o Estado Social tende a surgir mais como uma decisão autárquica do Estado (de cima para baixo) do que como resultado de uma articulação de forças entre trabalhadores e capitalistas, tal como nos países desenvolvidos. No Brasil, o Estado Social tentou consolidar-se durante o período compreendido entre 1930 e 1964. Nesse momento, foram implementadas medidas de centralização das ações estatais que tiveram a finalidade de proporcionar a integração da economia nacional e regulamentar os fatores de produção.

Nesse modelo, a mediação dos conflitos sociais, políticos e econômicos, antes adstrita, essencialmente, à esfera de responsabilidade do mercado, passa a ser institucionalizada pelo Estado, que assume novas atribuições a fim de melhor controlar as forças sociais questionadoras da ordem vigente e de superar o grande distanciamento que havia entre Estado e Sociedade.<sup>10</sup>

Em face dessa realidade de insuficiência do paradigma do Estado Liberal, o pólo de tensão dos poderes do Estado (re) desloca-se do Poder Legislativo ao Poder Executivo como poder capaz de realizar políticas públicas compensatórias e corretivas das distorções, déficits e desvantagens econômico-sociais, de igualdade material, de distribuição de renda e de justiça social. Evidencia-se, agora, a função eminentemente promotora do Estado, em superação à função ordenadora do Estado Liberal.

Nessa nova configuração de atuação estatal, percebe-se que a lei, em sua frieza, abstratividade e rigor metodológico, bem como a regra de supremacia da maioria e a centralidade do parlamento, expressões da prevalência do Poder Legislativo na configuração do Estado, não mais são os mecanismos por excelência de regulação estatal. O Poder Executivo passa a exercer relevante papel na condução e estruturação da sociedade diante da relativização da legitimidade legal-racional do liberalismo-individualista.

A concepção de democracia passa a ser aquela que se vincula a um conteúdo substantivo de proteção aos direitos fundamentais. Supera-se, assim, a noção de democracia, que passa a associar-se aos direitos fundamentais, atribuindo-se um papel central aos juízes na determinação do direito, ao enfatizar as dimensões não lógicas da aplicação do direito.

À luz do Liberalismo, eram compreendidos como direitos fundamentais os direitos de não intervenção do Estado sobre a esfera privada dos indivíduos, como as liberdades negativas, os direitos individuais e os direitos políticos. Sob a influência do Estado de cunho mais intervencionista, passam a ser concebidos como direitos

---

<sup>10</sup> O Estado passou a intervir em esferas até então autônomas “por meio de leis sociais que assegurassem aos cidadãos não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade material. (...) A justiça é compelida a proporcionar materialmente – e não mais apenas formalmente – a igualdade de direitos e a minorar o desequilíbrio entre as partes. Se o parlamento foi o grande beneficiário no primeiro modelo, o administrador é o grande mestre no segundo. (...) O juiz é legitimado por sua atuação dentro da realidade social e não mais, como dantes, por um estrito critério de legalidade. Com o advento do Estado provedor, o juiz passa a ser o ‘treinador’, intimado a reparar todas as injustiças do mercado e de cuidar dos sinistros da industrialização.” Entretanto, segundo Garapon, este modelo apresenta hoje sintomas profundos de esgotamento. (GARAPON, 2001, p. 23-53).

fundamentais, além dos direitos individuais, também os direitos prestacionais - direitos sociais fundamentais.<sup>11</sup> Agora, o órgão estatal não tem apenas que se abster para assegurar os direitos dos indivíduos. Tem, também, que atuar positivamente para a concretização desses direitos, a partir de uma postura compensatória e distributiva.

Essa diretriz de atuação estatal leva, inevitavelmente, a algumas conseqüências, quais sejam: à constitucionalização de direitos econômicos e sociais; à relativização de alguns institutos tidos como absolutos pelo Estado Liberal-Individualista, o que conduziu o Estado Social de viés intervencionista a atribuir uma função social à propriedade; a relativizar a força absoluta e obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relativizar a autonomia da vontade. Nesse sentido, surgem domínios como o Direito do Trabalho, em que se tenta criar desigualdades jurídicas a fim de atenuar as desigualdades vivenciadas no plano fático. Percebe-se, assim, a efetiva presença do Estado<sup>12</sup> na proteção dos direitos dos indivíduos e a expansão da titularidade dos direitos, antes individualizados e de menor abrangência, passando, então, a ter um desdobramento coletivista de maior amplitude, com o alcance de novos atores sociais.

Ocorre que o segundo pós-guerra produz uma outra forma de Estado de Direito. Trata-se de uma fase sucessiva e complementar em relação à fase de feição eminentemente intervencionista de atuação estatal, que origina um novo modelo de Estado: o Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2004, p. 148)

A reação democrática na Europa em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial foi determinante para a consagração da democracia e à constitucionalização de direitos.

Sob a influência dessa diretriz, a política aliada do pós-guerra adotou como um de seus principais fundamentos a expansão do modelo constitucional democrático de

---

<sup>11</sup> Segundo Faria, “o princípio que enfatiza a liberdade igual para todos tem, historicamente, prevalecido sobre qualquer cálculo de vantagens e desvantagens na distribuição dos bens e dos recursos. Trata-se de um princípio eminentemente normativo, enquanto o que recomenda a redução das desigualdades absolutas tem sido um princípio de caráter basicamente programático.” (FARIA, 1993)

<sup>12</sup> O contrato é o símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura sócio-econômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona, de forma plena, através do negócio jurídico, um instrumento de auto-regulamentação dos interesses dos particulares que oculta, aparentemente, as reais desigualdades (e a real opressão) existentes entre as partes contratantes. Trata-se, na concepção liberal-burguesa, de um instrumento que superdimensiona a soberania da liberdade de contratar.

governo, o que propiciou uma reorganização do sistema judicial aos países perdedores, a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo. O surgimento do constitucionalismo democrático no segundo pós-guerra trouxe consigo a universalização do *judicial review*, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria<sup>13</sup> e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação da norma constitucional.

Esse fenômeno é concebido como uma ampliação do espaço de participação democrática, ao estabelecer aos cidadãos nova arena de representação da vontade pública com a atuação substancial do Poder Judiciário. Nesse contexto, consagra-se nas sociedades modernas o Estado Democrático de Direito, que passa a ter uma preocupação central com a preservação dos direitos fundamentais e com a democracia.

Na verdade, mais do que uma classificação de estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições necessárias para suprir as lacunas das etapas anteriores e, ainda, a necessidade de resgatar as promessas da modernidade, tais como:

---

<sup>13</sup> Celso Campilongo aponta para os limites da capacidade legitimadora da regra da maioria (decisões jurídico-políticas majoritárias como técnica de articulação do consenso). Cita, dentre outros limites: 1) o questionamento acerca do caráter democrático da regra da maioria: “o maior número pode decidir pela supressão dos direitos de minoria? Maiorias circunstanciais, mesmo quando expressivas, têm legitimidade para deliberar sobre matérias impossíveis de serem revistas no futuro? A noção de igualdade inerente ao princípio majoritário é realista?”; 2) a questão acerca da capacidade da regra da maioria de modificar o conteúdo e as características dos direitos fundamentais. “É lícito, pelo quorum majoritário, limitar os direitos humanos?” Nota-se, com essas limitações apontadas (dentre outras levantadas pelo autor), a insuficiência de uma concepção de democracia vinculada exclusivamente à regra da maioria. Nas sociedades complexas, como é o caso da sociedade brasileira, “a fragmentação de interesses, a estratificação social, a diferenciação cultural, regional e ideológica, provocam verdadeira ‘crise de racionalidade’ do modelo jurídico calcado na soberania da maioria,” o que conduz a “outras formas, mais legítimas e eficazes, de agregação de interesses.” Não se trata de um abandono completo do critério majoritário, mas da mitigação de seu grau de aplicabilidade; do rompimento de sua exclusividade à formulação de escolhas racionais e socialmente adequadas às condições de complexidade do mundo moderno. Os mecanismos de auto-regulação democrática, através do repasse do poder decisório a grupos particulares, passam a ser inseridos nesse contexto de relativização da regra da maioria e de crise do Estado Social (exaurimento da racionalidade monolítica do direito estatal), a fim de se compatibilizar os mecanismos de obtenção do consenso com o alto nível de complexidade, pluralismo e diferença das sociedades atuais. Campilongo aponta, pois, ao impasse vivido pela regra da maioria. “concebida para agregar o interesse de coletividades e superar as divergências entre os grandes grupos sociais, com as transformações no papel do Estado, gradativamente, vê sua importância diminuída. Idealizada como apanágio do Estado de Direito, diante da crise dos princípios da legalidade, da publicidade e do controle do poder, perde capacidade de respaldar a soberania popular.” Entretanto, sustenta Campilongo que as práticas substitutivas da regra da maioria parecem, em muitas situações, “excessivamente particularistas para reproduzir a vantagem coletiva e escassamente institucionalizadas para resguardar um perfil democrático.” (CAMPILONGO, 1997, p. 43-121)

igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. (STRECK, 2004, p. 148)

A função do Estado, outrora ordenadora no Estado Liberal de Direito e promotora no Estado Social de Direito, passa, no Estado Democrático de Direito, a ser transformadora. O Estado passa a assumir a condição de agente de transformação social do *status quo*, apto a promover a inclusão, a igualdade e a justiça social.

Nesse contexto, os textos constitucionais passam a propiciar condições de resgate das promessas da modernidade, especialmente em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. A Constituição surge, pois, como um importante instrumento capaz de promover alterações substanciais no espaço público e na garantia de cidadania ao incorporar um papel simbólico prospectivo de “manutenção do espaço vital da humanidade,” evidenciando a função transformadora e revitalizadora das relações comunitárias. (STRECK, 2004, p. 148)

Nota-se que a existência de direitos constitucionais dependentes de políticas públicas do Estado levou os tribunais a interferir na realização e efetivação dos preceitos constitucionais. Trata-se de uma atuação prospectiva, contrária àquela visualizada no Estado Liberal, essencialmente retroativa.

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito trouxe a lume teses e teorias como a força normativa da Constituição, o Constitucionalismo dirigente,<sup>14</sup> a superação da ideia de Constituição meramente programática, a importância dos princípios e

---

<sup>14</sup> A Constituição-dirigente designa textos constitucionais essencialmente programáticos e intervencionistas. Segundo Canotilho, a ideia de Constituição-dirigente, entendida como uma receita omnicomprensiva e totalizante, não tem mais sustentação. Nesse sentido, a Constituição-dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas. Na verdade, Canotilho reviu a sua tese acerca do constitucionalismo dirigente. Para o autor, a sua ideia de constitucionalismo dirigente não está mais em sintonia com as transformações ocorridas na ordem jurídica nacional e internacional (globalização econômica e seus consectários lógicos), o que gera um descrédito ao modelo idealizante e de utopias correspondente a Constituição-dirigente. A partir dessa reformulação em sua teoria acerca do dirigismo constitucionalista, os direitos constitucionais sociais não poderiam mais ser exigidos em juízo tal como os direitos subjetivos, mas seria necessária a prévia intervenção do legislador ordinário para a regulamentação e concretização desses direitos. (STRECK, 1999, p. 136; CANOTILHO, 1998, p. 8).

da materialidade da Constituição, além de um novo paradigma de interpretação dos textos constitucionais.<sup>15</sup>

Essas questões ensejaram uma espécie de ativismo judicial,<sup>16</sup> de intervencionismo dos Tribunais Constitucionais (Jurisdição Constitucional)<sup>17</sup> e a construção de um *standard* de racionalidade centrado em um novo paradigma hermenêutico: o paradigma hermenêutico lingüístico, que rompeu com o modelo metafísico aristotélico-tomista e com o modelo hermenêutico da filosofia da consciência. (STRECK, 2004, p. 114)

O paradigma aristotélico-tomista sustenta-se no império da objetificação presa ao pensamento dogmático no estreito domínio da positividade. Defende o sentido ontológico das coisas do mundo (mundo comum a todos). Acredita em um mundo em que exista um modo como as coisas são em essência, em si mesmas, em um sentido unívoco extraído a partir de uma natureza intrínseca à realidade existencial.

O paradigma da filosofia da consciência, fundado na tradição subjetivista, acredita que não se pode conhecer as coisas exatamente como elas são, mas apenas como elas aparecem para o sujeito individual. Como se pressupõe que os sujeitos individuais são iguais, a aparência das coisas para os indivíduos é também igual para todos. O conhecimento é entendido, nesse caso, como essencialmente subjetivo.

No paradigma hermenêutico-lingüístico da intersubjetividade, acredita-se que só se pode conhecer as coisas a partir de conceitos e teses compartilhados pelos indivíduos que pertencem às mesmas experiências culturais. Nesse sentido, o texto jurídico é o lugar produzido pela pré-compreensão intersubjetiva (sujeito x sujeito) do homem, motivo pelo qual as coisas não existem por si mesmas, em seu sentido ôntico, o que nega o paradigma aristotélico-tomista. Da mesma forma, o novo modelo hermenêutico defende que os

---

<sup>15</sup> À aplicabilidade dos direitos fundamentais, precisa-se de uma interpretação aliada a uma teoria dos direitos fundamentais e a uma teoria da Constituição, sob pena de se incidir em casuísmos e decisionismos interpretativos e judiciais.

<sup>16</sup> Há autores que defendem a supremacia (ativismo, protagonismo) do Poder Judiciário na estrutura organizacional do Estado, a partir da visualização do estado-Providência (STRECK, 1999); outros sustentam que embora o Poder Judiciário não tenha ocupado posição central na organização do Estado, o certo é que a passagem do Estado Liberal ao Estado Social representou um significativo aumento de importância no papel das cortes, passando a assumir responsabilidades, inclusive, no interior do sistema político.

<sup>17</sup> “A jurisdição constitucional, nas sociedades contemporâneas, tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas asseguradoras de direitos. E já são muitos os autores que designam esse ‘ativismo judicial’ como um processo de ‘judicialização da política.’” (CITTADINO, In: WERNECK VIANA (org.), 2002, p. 18)

sujeitos individuais não são iguais, mas, ao contrário, concebem as coisas conforme as suas relações com o mundo cultural a que pertencem. O conhecimento é, pois, intersubjetivo, o que rompe com o paradigma subjetivista da filosofia da consciência.

A nova hermenêutica jurídica apresenta-se no sentido de enfatizar a realização do acesso à justiça, da democracia e dos direitos fundamentais, na medida em que se desvincula de mecanismos de caráter metafísico capazes de estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas de resolução pragmática do problema da funcionalidade do sistema.<sup>18</sup>

Ao se desvincular dos elementos metafísicos e ao introduzir a linguagem intersubjetivista como novo *standard* de racionalidade hermenêutica, visualiza-se a pretensão de se construir um paradigma capaz de realçar a importância dos julgamentos individuais, à luz da pré-compreensão intersubjetiva do homem associada à eticidade substantiva da comunidade, de forma a aproximar a norma à realidade social, a partir de uma maior realização da Constituição, da democracia e do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>18</sup> Peter Häberle propõe um novo modelo hermenêutico de atuação do Poder Judiciário em suas decisões judiciais. Trata-se de uma teoria hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Segundo Peter Häberle, a teoria da interpretação constitucional, concebida em moldes tradicionais, vincula-se a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada. Tal teoria caracteriza-se pelo seu restrito âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes (órgão estatal) e dos participantes formais e diretos do processo constitucional e nos procedimentos formalizados, em total desprezo aos participantes materiais do processo social. Para o autor, a Constituição deve ser interpretada por uma pluralidade de atores sociais, em virtude do papel fundamental que ela exerce para a sociedade e para o Estado. Assim, segundo a sua teoria, todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. Como não são apenas os intérpretes formais da Constituição aqueles que vivenciam a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional. Dessa forma, a interpretação constitucional dos juízes, ainda que de fundamental importância, não é a única. Outros atores sociais como: órgãos estatais, cidadãos, sistema público, grupos de interesse, opinião pública, organizações religiosas, partidos políticos, devem participar, igualmente, do processo de interpretação constitucional. Mas, ressalte-se, “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação.” Esses atores representam, pois, verdadeiras forças produtivas ativas de interpretação constitucional, que atuam, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional, através da integração da realidade no processo de interpretação. A interpretação é um processo aberto: não se trata de um processo de passiva subsunção, nem se confunde com a recepção de uma ordem; ela conhece possibilidades e alternativas diversas. A nova orientação hermenêutica contraria, pois, a ideologia da subsunção. Nesse sentido, a norma constitucional não está, pois, pronta e acabada após o percurso de seus trâmites procedimentais de elaboração. Há fatores que a renovam dia-a-dia; que a fazem ser constantemente criada e recriada. Tal desenvolvimento funcional de renovação da norma se dá a partir de um processo iterativo de atores sociais (pluralidade de participantes) que a interpretam, a reelaboram a partir de seus anseios, de seus valores e de suas necessidades vivenciadas em um dado contexto espaço-temporal. Peter Häberle enfatiza que os juízes constitucionais devem ser sensíveis a essa necessidade de comunicação efetiva entre os participantes desse processo interpretativo da norma constitucional – hermenêutica constitucional – como um direito de participação democrática de uma sociedade aberta e livre (sociedade aberta e livre a todos aqueles que estão potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional). (HÄBERLE, 2002)

Ocorre que o Estado Democrático de Direito, suporte de realização das mencionadas transformações emancipatórias, passa por questionamentos em virtude das crescentes despesas na administração da máquina estatal e na condução da coisa pública (déficit público) aliadas à incapacidade financeira do Estado em cumprir com as suas obrigações institucionais. Trata-se da crise do modelo de Estado interventor que precisará adotar medidas tendentes à sua superação: aumento na carga fiscal e/ou redução de custos via diminuição da ação estatal.

Nesse período de crise do modelo de Estado providencial (Pós-Intervencionista), a transnacionalização da economia e dos mercados conduz o Estado e o Direito a sofrerem diretamente os influxos e imperativos da economia globalizada, dos interesses do mercado financeiro, do neoliberalismo e da crescente ênfase na racionalização da economia capitalista transnacionalizada.

Esse momento de crise do Estado-Providência tem como postulado central a significativa diminuição das responsabilidades sociais do Estado e, por conseqüência, do Poder Judiciário, que para acompanhar essa realidade passaria a ter uma atuação cada vez mais diminuta.

Em face dessa realidade, impõem-se significativas limitações ao papel do Estado, do Direito e, conseqüentemente, do Poder Judiciário na proteção e na garantia aos direitos constitucionais fundamentais dos cidadãos, através de um processo de enxugamento da legislação constitucional e infraconstitucional, de redução da intermediação judicial, de introdução de mecanismos tendentes à livre negociação e a auto-resolução dos conflitos sociais.

Autores vêm sustentando que, na realidade brasileira, a Carta Constitucional de 1988 passou por um processo de transformação em suas bases originais. Sustentam que houve profunda alteração no modelo de Estado escolhido pelo poder constituinte originário, o qual se afastou das ideias que permearam a Assembléia Nacional Constituinte, convertendo-se em um modelo de Estado com características em parte Neoliberais. Tal se deu em virtude das inúmeras emendas constitucionais que, ao longo dos anos, foram alterando os principais contornos e diretrizes do Estado Democrático de Direito concebido originalmente. Exemplificando, cerca de 8 emendas tratam, segundo análise de Oliveira Neto,

ou da saída do estado de setores até então entendidos como prioritários, como o setor elétrico, o setor de telefonia e o setor de recursos naturais (gás, petróleo e recursos minerais), ou então da internacionalização de espaços que não eram oferecidos aos estrangeiros ou tinham maior limitação como, por exemplo, a navegação, o transporte e as empresas de mídia. (OLIVEIRA NETO, 2003, p. 67).

Tende-se a priorizar, nesse contexto, a proteção aos direitos de propriedade e aos contratos celebrados, a estabilidade às relações sociais, a previsibilidade das decisões judiciais, a compatibilidade do tempo diferido do direito e dos tribunais ao tempo real (tempo da simultaneidade) das transações econômicas, mesmo que em detrimento de políticas públicas essenciais para o desenvolvimento do país, para a inclusão social e para a materialização dos direitos constitucionalmente assegurados.

Entretanto, esse processo não representa o fim da sobrejuridificação da realidade social presente no Estado Providência. A desregulamentação não dispensa por completo a legislação, mas, ao contrário, exige uma legislação elaborada capaz de cumprir com as finalidades institucionais do Estado. Além disso, nota-se que o processo de desregulamentação das leis nacionais é compensado com um correspondente processo de regulamentação internacional. Trata-se de um dos efeitos da globalização: a insurgência de um novo direito - o direito dos contratos internacionais: *a lex mercatoria*.

## 1.1 AS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Os tribunais desempenham, na contemporaneidade, diferentes tipos de funções. As mais evidentes são: a política, a simbólica e a instrumental.

Na função política, o Poder Judiciário exerce um papel decisivo como mecanismo de controle e de pacificação social, fazendo cumprir direitos e obrigações, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade - sentido de manutenção do sistema político.

Na função simbólica, o Judiciário estabelece um sentido de equidade e justiça, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e impõe os padrões

vigentes de legitimidade na vida política - sentido de manutenção do sistema social. (SANTOS *et al*, 1996, p. 30-40; FARIA, 2003)

Para a função instrumental, o Poder Judiciário é o principal *locus* de resolução dos conflitos - os tribunais cumprem a sua esfera de responsabilidade quando atuam dentro dos limites funcionais que lhe são atribuídos institucionalmente pela ordem jurídica vigente. Ao perseguir as suas funções instrumentais, os tribunais exercem as seguintes atividades: resolução dos litígios, controle social, administração e criação do direito.

A resolução de litígios (mediação, arbitragem e adjudicação)<sup>19</sup> consiste em uma estrutura capaz de funcionar como uma instância decisória exterior às partes em litígio, legitimada, na maior parte das vezes, pela autoridade de quem decide a controvérsia.

O controle social refere-se à manutenção da ordem social e à restauração da ordem sempre que ela for violada. Refere-se à busca do Estado pela pacificação social e pela concretização da segurança jurídica nas relações interindividuais.

A função administrativa diz respeito a uma série de atuações materiais dos tribunais que não se referem nem a atividades de resolução de conflitos, nem a atribuições direcionadas ao controle social; mas a atividades burocráticas lastreadas em obrigações legais.<sup>20</sup>

A função de criação do direito por parte do Poder Judiciário é, de todas, a mais problemática, especialmente nos países de tradição jurídica européia continental (sistema *Civil Law* – Direito Romano-Germânico). Mas, mesmo sendo problemática, há muita criação de direito nos tribunais, mesmo nos países do direito europeu continental. O grau de criatividade dos tribunais aumenta na medida em que colapsam os princípios da subsunção lógica na aplicação do direito. Muitas características do atual Estado contribuem para o

---

<sup>19</sup> Na mediação, a terceira parte não decide nem sequer propõe uma decisão de convicção própria, “limitando-se a aproximar progressivamente as posições das partes em litígio até reduzir a zero a contradição ou a diferença entre elas.” Na arbitragem, a terceira parte está autorizada pelas partes para proferir “uma decisão vinculativa sobre as pretensões das partes tal qual estas as formularam.” Na adjudicação, a decisão vinculativa não deriva do mandato das partes, mas da ordem jurídica a que estão sujeitos. (SANTOS *et al*, 1996, p. 48) A mediação não é apenas o sinal de uma nova concepção da intervenção judiciária, é também o sintoma de uma evolução do imaginário contemporâneo. “Esses novos espaços descentralizados da justiça têm como objetivo não apenas cuidar do indivíduo, ou intervir diretamente no social, mas favorecer uma auto-reflexão crítica a cada uma das partes, oferecendo uma instância para discussão.” (GARAPON, 2001, p. 230).

<sup>20</sup> Exemplo de função administrativa: atos de certificação e de notariado que os tribunais realizam em situações que não são litigiosas. Estas funções administrativas “são resíduos da sociedade pré-liberal em que as atividades judicativas eram freqüentemente exercidas conjuntamente, e pelos mesmos oficiais do Rei, com as atividades administrativas.” (SANTOS *et al*, 1996, p. 48)

acréscimo no *quantum* de criatividade dos juízes, como, por exemplo, o uso cada vez mais freqüente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios da boa fé e de equidade. Esses e outros fatores fazem com que “se atenuem ou sejam cada vez mais difusas as fronteiras entre a criação e a aplicação do direito. São nessas fronteiras que a criação judicial do direito tem lugar.” (SANTOS *et al*, 1996, p. 52)

É a partir da realização do conjunto das funções instrumentais que os tribunais exercem, também, as funções políticas e as funções simbólicas. A função política decorre, essencialmente, do fato de os tribunais serem um dos órgãos de soberania do Estado. Mais do que interagir com o sistema político, os tribunais são parte integrante dele.

Com a crise do Estado Providência, verifica-se uma crise de garantismo, o que conduz a uma transferência compensatória da legitimação do sistema político para os tribunais. Tanto as funções instrumentais como as funções políticas têm dimensões simbólicas. Das funções instrumentais, é a função de controle social a que tem mais forte componente simbólico. Mas a maior eficácia simbólica dos tribunais decorre do próprio garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade, da possibilidade de recurso. “Em termos simbólicos, o direito processual é tão substantivo quanto o direito substantivo. Daí também que a perda de eficácia processual por via da inacessibilidade, da morosidade, do custo ou da impunidade afete a credibilidade simbólica da tutela judicial.” (SANTOS *et al*, 1996, p. 52)

No Estado Liberal,<sup>21</sup> a função política dos tribunais focava-se, basicamente, como visto, no controle e na pacificação social e na restituição da ordem jurídica violada, atuando dentro de uma ordem jurídica pré-constituída, pautada na funcionalidade do raciocínio lógico-formal na subsunção do fato à norma. Nesse sentido, não há que se falar em criação de direito por parte dos tribunais.

Na configuração do Estado Providência, o Poder Judiciário passa a ter uma maior importância e uma maior atuação na manutenção do sistema político. Os tribunais passam a representar uma via de acesso às instâncias de poder, como o palco – *locus* - de reivindicações de direitos.

---

<sup>21</sup> Sob essa premissa, os liberais desenvolveram um método que mantinha o juiz absolutamente preso à lei. Trata-se da Escola Exegética, que surgiu logo após a edição do Código Civil Napoleônico e que se propunha a estudar o Código crendo que seus comentários poderiam fixar o sentido das regras ali constantes.

O Poder Judiciário, nesse contexto, passa a participar mais efetivamente do processo de criação do direito. A partir desse momento, as cortes são chamadas a exercer um ativo papel na legitimação do sistema, uma vez que passou a resguardar a proteção aos direitos fundamentais em proteção ao pacto garantista.

Com a crise do Estado Providência, provocada pela incapacidade financeira do Estado em atender as suas despesas sempre crescentes, bem como pela:

criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio que lhes permitem funcionar com elevados níveis de desperdício e de ineficiência; pela clientelização e normalização dos cidadãos cujas opções de vida ficam sujeitas ao controle e à supervisão de agências burocráticas despersonalizadas; pelas alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas; pela difusão do modelo neoliberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de oitenta, pela crescente proeminência das agências financeiras internacionais, entre elas: Banco Mundial e FMI; e pela globalização da economia. (SANTOS *et al*, 1996, p. 28-35)

Ante referida realidade, ocorre uma diminuição na interferência dos Estados, do Direito e dos Tribunais nas relações sociais. Nesse contexto, aponta-se para um paradoxo que consiste no fortalecimento e, simultaneamente, na deteriorização do Poder Judiciário: de um lado inúmeros acontecimentos e fenômenos vivenciados na economia globalizada vêm transformando, sensivelmente, a configuração do Estado e a sua soberania, trazendo conseqüências diretas às responsabilidades e atribuições do direito e do Poder Judiciário.

Tal ordem, propagadora de uma atuação minimalista do Poder Judiciário, provoca questionamentos acerca da própria função e importância dos tribunais nas sociedades contemporâneas; por outro lado, nota-se que a atuação e a interferência do Poder Judiciário em questões políticas e econômicas de fundamental importância à nação, sobretudo, pela propagação internacional da importância dos direitos humanos, do controle de constitucionalidade, da crise do formalismo interpretativo, em face da consolidação de Constituições com inúmeras cláusulas de textura aberta, densos conteúdos axiológicos e, simultaneamente, abertas a um número cada vez maior de intérpretes, afigura-se contrariar, peremptoriamente, a tendência acima.

Segundo Faria, é possível afirmar que a crise da Justiça seja conseqüência da crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhado as suas principais funções:

a instrumental, a política e a simbólica. Conforme o autor, a ineficiência da Justiça brasileira no exercício dessas funções decorre da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade sócio-econômica do país. (FARIA, 2003)

Em termos históricos, desde seus primórdios no Brasil colonial, como uma instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, com seu intrincado sistema de prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos.

Em termos funcionais, a instituição foi concebida para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade estável, com níveis razoavelmente equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas.

Os conflitos jurídicos, nesse sentido, seriam basicamente interindividuais e surgiriam a partir de interesses minimamente unitários. Desse modo, a intervenção judicial só ocorreria após a violação de um direito substantivo e sua iniciativa ficaria a cargo dos lesados. Entretanto, considerando a complexificação da sociedade brasileira contemporânea, esse modelo de práxis jurídica revela-se inapropriado para fazer jus às demandas de massa cada vez mais presentes nas cortes de justiça brasileiras.

E é nesse contexto de incertezas e crise, que o Judiciário vem assumindo um papel de destaque nos regimes democráticos, a despeito da evidente debilidade contra-majoritária e ilegitimidade do controle exercido pelos juízes em questões políticas, que atuam de forma monológica, em leis elaboradas no ambiente dialógico e representativo de uma arena majoritária.

## 1.2 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A AMPLIAÇÃO DO SEU PODER NORMATIVO

Os países periféricos e semi-periféricos, como é o caso brasileiro, não seguiram a mesma evolução de desempenho do Poder Judiciário nas sucessivas formas de Estado. Isso porque, nesses países, não houve uma delimitação precisa dos modelos de Estado vivenciados em cada momento histórico, e nem uma evolução linear das instituições jurídico-políticas; bem como não houve um período constante de estabilidade democrática. Ao contrário, os regimes políticos visualizados ao longo da história do Brasil e em geral dos países periféricos e semi-periféricos, intercalaram, por um grande período, momentos de democracia com momentos de instabilidade democrática. (SANTOS *et al*, 1996, p. 30-40)

Percebe-se um descompasso no desenvolvimento dos modelos de Estado dos países centrais quando comparado ao desenvolvimento dos respectivos modelos de Estado dos países periféricos e semi-periféricos do sistema capitalista.

No período relativo ao Estado Liberal dos países centrais (século XVIII e XIX), muitos países da periferia ou semi-periferia viviam ainda como países coloniais, sujeitos às imposições da Metrópole, ou estavam em processo de conquista de suas independências. O Estado Providência, implementado nos países centrais, existiu (se é que efetivamente tenha existido!) nos países da periferia do sistema capitalista de maneira problemática, em virtude da precária efetividade dos direitos sociais nesses países.<sup>22</sup>

Após longo período de regime ditatorial, verifica-se a insurgência de regimes democráticos. A democratização desses países ocorre no mesmo momento em que os países centrais do capitalismo já vivem o terceiro e então modelo de Estado: o Estado Pós-Intervencionista (crise do Estado Providência).

Nesse período de transição da ditadura à democracia, os países recém egressos de regimes totalitários iniciaram o processo de elaboração de suas Cartas Constitucionais.

---

<sup>22</sup> Segundo Boaventura Santos e *et al*, o “Estado-Providência é um fenômeno político exclusivo dos países centrais. As sociedades periféricas e semiperiféricas caracterizam-se em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigadas pelos direitos sociais econômicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, tem uma deficientíssima aplicação.” (SANTOS *et al*, 1996, p. 28-35).

Nesse momento, ocorre uma espécie de curto-circuito histórico, uma vez que esses países adotaram direitos não apenas tipicamente liberais (direitos de primeira geração), mas, igualmente, direitos de cunho social e difuso (direitos de segunda e terceira geração). (SANTOS *et al.*, 1996, p. 30-40)

O ponto nevrálgico dessa extensa constitucionalização de direitos refere-se a sua não realização (ausência de efetividade). A positivação de direitos, para tornar-se efetiva, não basta receber o reconhecimento formal por parte do Poder Constituinte, precisa ser vivida por um processo histórico de consolidação e realização progressiva e paulatina desses direitos.

Os períodos de autoritarismo no Brasil, expressos nas Constituições de 1937 e 1967, foram momentos de neutralização política do Poder Judiciário.<sup>23</sup> Ao Judiciário cabia

---

<sup>23</sup> Zaffaroni apresenta três modelos de Judiciário relativo ao histórico da relação das cortes com o sistema político. São eles: 1) o modelo empírico primitivo; 2) o modelo técnico-burocrático e 3) o modelo democrático contemporâneo. No primeiro, empírico-primitivo, o recrutamento dos juízes se dá através de uma arbitrariedade seletiva. A qualidade da prestação do serviço, em virtude da sua pobreza técnica, é precário. O juiz possui uma tendência partidarizante e sua independência não é assegurada. Nesse modelo, existem três possíveis formas de seleção dos juízes: a) por nomeação política – livre escolha pelo Executivo ou pelo Legislativo, ou pela concorrência de vontade desses dois poderes; b) nomeação por cooptação, na qual o órgão judiciário de cúpula escolhe seus próprios juízes; c) nomeação mista, na qual a suprema corte do Judiciário é recrutada por nomeação política, enquanto os demais juízes são cooptados por ela, sendo que, em alguns casos, os tribunais inferiores é que fazem a cooptação dos juízes de primeira instância. Esse modelo aplica-se em países não democráticos ou com democracias pouco estáveis. No sistema técnico-burocrático, o processo de recrutamento tem como característica a objetividade de critério, mediante a exigência de submissão dos candidatos a concurso público de provas, ou provas e títulos, com a finalidade de se analisar a capacidade técnica e intelectual para o exercício da função judicante. Na maioria dos países, além do concurso público, impõe-se a formação em curso específico para a magistratura. Surgiu como modelo mais democrático do que a seleção empírico-primitiva, tendo como objetivo eliminar as ingerências externas e políticas no recrutamento, garantindo aos cidadãos que os escolhidos para o exercício da função judicante serão os que demonstrarem os mais elevados conhecimentos jurídicos e aos candidatos igualdade de oportunidade para ingresso na carreira. No modelo democrático contemporâneo, o recrutamento dos integrantes segue o método técnico, mediante a realização de concurso não só para a primeira instância, mas também para as instâncias superiores, ressaltando, apenas, os membros de tribunal constitucional, devendo integrar a banca examinadora, além de juízes, professores universitários e advogados, a fim de obstar que se dê prevalência aos conhecimentos funcionais em detrimento dos jurídicos, com previsão de escola da magistratura como complementação da formação jurídica universitária, seja quanto ao fornecimento dos conhecimentos práticos necessários para o exercício da função judicante, seja em relação ao aprofundamento de conhecimentos jurídicos que não são ministrados na grade curricular acadêmica. Trata-se de um juiz técnico politizado; mas não partidarizado. (ZAFFARONI, 1995, p. 102-192) No histórico da estrutura política do Poder Judiciário brasileiro, observa-se que a Constituição imperial adotou o método de seleção dos juízes a partir da livre nomeação pelo Presidente. Na Constituição de 1934, estabeleceu-se que o concurso seria requisito para a escolha dos juízes de direito. A Constituição de 1937 manteve o concurso como critério de seleção e complementou estabelecendo que caberia ao Governador do Estado fazer a nomeação, dentre os três candidatos que houverem obtido a melhor classificação. A Carta de 1946 explicitou que o concurso organizado pelo Tribunal de Justiça seria de provas, dele participando, necessariamente, a Ordem dos Advogados, mas manteve a nomeação na competência do Governador, que recebia a indicação dos candidatos em lista tríplice. A Constituição de 1967 persistiu com o critério do concurso, acrescentando apenas que ele

a atribuição de resolver conflitos interindividuais, restritos ao âmbito da micro-litigação, sendo vedado o julgamento de questões políticas.

Com o fim dos governos autoritários e o surgimento de regimes de inspiração democrática (Constituições de 1934<sup>24</sup> e 1946<sup>25</sup>), visualiza-se uma amplitude na competência institucional atribuída ao Poder Judiciário; um realce ao controle de constitucionalidade das leis e uma maior participação das cortes na proteção aos direitos e às garantias fundamentais.

No contexto brasileiro, o Poder Judiciário, nas últimas décadas, passou a exercer um papel decisivo à democracia, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o inseriu em um contexto de destaque e ampliação de sua dimensão política, gerando, como conseqüência, um tipo inédito e peculiar de espaço público de participação democrática.

Trata-se de um espaço público propiciado pelo incremento da atividade judicial, pela crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e a sociabilidade da vida contemporânea, que repercutiu diretamente sobre as relações entre Estado e sociedade civil, permitindo uma ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder através da abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas.

Como conseqüência dessa (nova) concepção de espaço público e da ampliação do controle normativo do Poder Judiciário houve uma alteração no quadro político-institucional, o que refletiu no aumento substancial do volume de demandas sobre o Judiciário.<sup>26</sup>

---

seria público e de provas e títulos, sendo da competência do Presidente da República a nomeação, dentre os nomes dos candidatos aprovados indicados em lista tríplice. A Constituição de 1988 tratou, em um mesmo dispositivo, o critério geral para o ingresso na magistratura de primeira instância, confirmando que seria através de concurso público de provas e títulos, deixando expresso que as nomeações deveriam obedecer à ordem de classificação.

<sup>24</sup> A Constituição de 1934, ao tratar de direitos e garantias fundamentais, ampliou o elenco de direitos constitucionais fundamentais, incluindo, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais.

<sup>25</sup> A Constituição de 1946, visando à extinção dos excessos totalitários exercidos durante o período do Estado Novo, restaurou o controle de constitucionalidade das leis nos moldes da Constituição de 1934 e o mandato de segurança na proteção aos direitos fundamentais.

<sup>26</sup> “Tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, nas minorias políticas e organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo, quanto do Legislativo. (...) O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira de hoje.” (WERNECK VIANA (org.), 2002, p. 10-11)

Esse acréscimo quantitativo e qualitativo de demandas decorreu de uma somatória de fatores, entre os quais, destaca-se: a superação de sucessivos períodos de autoritarismo no Brasil nos anos 80 e o processo de redemocratização do país, que impulsionaram crescentes reivindicações por cidadania e justiça na democracia brasileira;<sup>27</sup> a promulgação da Constituição Federal de 1988, que implementou um novo delineamento constitucional e reconheceu um grande elenco de direitos individuais, políticos e sociais; o aumento do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal, que passou a participar da arena política de resolução de conflitos constitucionais; a ampliação do rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil,<sup>28</sup> resultante de processos de modernização e desenvolvimento econômico acelerados e impulsionados por regimes autoritários que contribuíram para aprofundar as tensões e contradições sociais; o agravamento da crise econômica e a conseqüente explosão da crise social (recrudescimento da miséria, violência urbana e pauperização da classe média); a existência de importantes movimentos sociais que passaram a recorrer ao Judiciário em busca do reconhecimento dos seus direitos. Está-se, pois, diante de uma nova conflituosidade social.

Nota-se que a democratização do país e a promulgação da atual Constituição marcaram profundamente o processo de transformação do Poder Judiciário brasileiro, ao fixar novos parâmetros para atuação dos magistrados, ao consolidar o processo de conquista das garantias ao exercício da função, ao delinear um novo papel para o Ministério Público, além de introduzir elementos novos no ordenamento do país, capazes de modificar a relação do cidadão com a Justiça. Mais do que um corpo de caráter meramente formal, a Constituição trouxe ao Judiciário o germe de um processo de transformação.

Nesse contexto de transformações, vive-se um cenário de explosão de demandas judiciais e de congestionamento da agenda dos tribunais. Tal busca pela efetivação de direitos se dá em um contexto de crise econômica e política em virtude da incapacidade do Estado de conduzir o país por intermédio dos mecanismos tradicionais de tributação e investimentos típicos do período desenvolvimentista. Esses programas e estratégias

---

<sup>27</sup> Em períodos de autoritarismo verifica-se a existência de demandas reprimidas que afloram aos tribunais a partir da abertura do país à democratização.

<sup>28</sup> Referida mudança na base econômica do Brasil converteu, em 50 anos, uma sociedade predominantemente agrária em uma sociedade industrializada, complexa e com elevado grau de urbanização

políticas de estruturação do país esgotaram-se com as crises do petróleo da década de 70 e com a falência dos mecanismos de substituição das importações, marcando um período de crise institucional do Estado Intervencionista.

Verifica-se, assim, o aumento exponencial da procura judiciária e a conseqüente explosão da litigiosidade. O Poder Judiciário passa a ser cada vez mais acionado por grupos e movimentos populares a fim de conter todas as espécies de conflitos que surgem em sociedade e de restabelecer os direitos assegurados pela Constituição, mas negados pelo Estado.<sup>29</sup>

Como conseqüência da explosão de conflitos sociais, das crescentes expectativas em relação aos novos direitos consagrados na Constituição de 1988 e da intensa procura pelos tribunais, passa-se a constatar um crescimento de tensão entre os poderes do Estado.

O Judiciário passou a decidir cada vez mais contra os atos do Executivo que, em muitas vezes, conduzia a política econômica brasileira com medidas de impacto a fim de abrandar intensas crises econômicas. Mas, referidas medidas de impacto (exemplos: planos econômicos de tabelamento de preços, confisco da poupança da população, programas de estabilização monetária, etc) capazes de controlar a economia, ao entrarem em choque com a Constituição, atribuíam ao Poder Judiciário um papel fundamental, ao colocá-lo na linha de frente dos problemas políticos, sociais e econômicos do Estado brasileiro.

Esse enfrentamento caracterizado pela crescente intervenção judicial nas decisões de natureza política provocou uma certa limitação da capacidade de ação do Poder Executivo<sup>30</sup> em matérias de política econômica e tributária, surgindo, como conseqüência, verdadeira tensão entre os poderes e tentativas de diminuição da amplitude de ação do Poder Judiciário.

---

<sup>29</sup> Nota-se que o Estado é, paradoxalmente, protetor e violador dos direitos fundamentais. É protetor na medida em que os protege em um texto constitucional e assegura efetivas condições a sua respeitabilidade, por intermédio da separação dos poderes, independência judicial, garantias constitucionais das liberdades, entre outros. Da mesma forma, o Estado é um dos principais violadores dos direitos fundamentais, na medida em que, ao conduzir a coisa pública, em muitos momentos, a partir da lógica da eficácia econômica, acaba por violar os direitos constitucionalmente assegurados, tornando-se, ao mesmo tempo, defensor e desrespeitador dos direitos dos cidadãos.

<sup>30</sup> Nem sempre, contudo, o Poder Judiciário foi capaz de limitar as políticas governamentais de impacto do Poder Executivo. O Supremo Tribunal Federal, por vezes, adotou a técnica do fato consumado. Como exemplo, tem-se o problema do congelamento dos ativos pelo governo do Presidente Fernando Collor de Mello.

Percebe-se, nesse sentido, a natureza essencialmente mais complexa e politizada dos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Nota-se, entretanto, que a estrutura organizacional do Poder Judiciário, sistematizada em premissas pautadas no individualismo e no formalismo da cultura jurídica liberal-positivista, revela-se, em alguns aspectos, inadequada em termos funcionais e de operacionalidade, para lidar com conflitos de tão grande magnitude e complexidade e para assegurar aos cidadãos a concretização de seus direitos fundamentais.

Essa estrutura funcional do Judiciário, em termos históricos, remonta ao Brasil Colônia.<sup>31</sup> Nesse período, sob a influência do Estado português, o Judiciário foi estruturado “como um burocratizado sistema de procedimentos escritos.” Nesse cenário, a instituição foi concebida para exercer as suas funções institucionais no contexto de uma sociedade tida como estável, com “níveis razoavelmente eqüitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas.” (FARIA, 2003) Essa estrutura organizacional de “apego ao processo, ao rito e à retórica” é incompatível com a atual conflituosidade social que caracteriza a sociedade contemporânea.

Um outro aspecto a ser destacado refere-se à inadequação do sistema jurídico vigente em relação ao atual contexto socioeconômico vivenciado no país. Nota-se que os principais textos normativos em vigor (Código Comercial, de 1850; Código Penal, de 1940; Código de Processo Penal, de 1941) foram elaborados “em função de valores de uma sociedade rural e patriarcal, organizada em torno de uma economia agro-exportadora de produtos primários.” Ocorre que o Brasil sofreu profundas reformulações em sua base econômica e social. Tornou-se, hoje, uma “sociedade urbana de massas organizada em torno de uma complexa economia industrial.” Tal realidade demonstra o descompasso

---

<sup>31</sup> Wolkmer examina, comparativamente, a especificidade da mesma matriz jurídica em contexto histórico diverso: “de um lado, a estável e criadora formação histórica da legalidade em espaços institucionais favorecidos por um padrão de desenvolvimento econômico independente e pela difusão da doutrina política do liberalismo, como é o caso da experiência autônoma das metrópoles colonizadoras européias; de outro, a consolidação de uma legalidade imposta, sem autonomia própria, inerente à historicidade da periferia colonizada, orientada para a produção econômica de dependência, convivendo com a territorialidade do absolutismo político e moldando-se à singularidade local de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas.” Segundo o autor, a “transposição e a adequação do direito escrito europeu para a estrutura colonial brasileira acabou obstruindo o reconhecimento e a incorporação de práticas legais nativas consuetudinárias, resultando na imposição de um certo tipo de cultura jurídica que reproduziria a estranha e contraditória convivência de procedimentos burocrático-patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal e individualista. A dinâmica dessa junção eclodiu nos horizontes ideológicos de uma tradição legal marcada pelo que se irá designar como perfil liberal-conservador.” (WOLKMER, 2005, p. 7-34)

existente entre os textos legais e o contexto socioeconômico do país, o que exige uma reformulação na ordem jurídico-positiva.(FARIA, 1997)

Assim, em que pese a ampliação do poder normativo dos juízes na democracia brasileira a partir da Constituição de 1988, o sistema judicial mostra-se, em alguns aspectos, incapaz de garantir a todos os que o procuram a materialização de seus direitos constitucionalmente reconhecidos.

## **2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

O presente capítulo abordará o desenvolvimento que a teoria da separação dos poderes sofreu ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo e da consolidação dos Estados de Direito, a partir das ideias de Thomas Hobbes, John Locke e Montesquieu, bem como os fundamentos apresentados pelos federalistas norte-americanos acerca da valorização da normatividade da Constituição e o reconhecimento do Poder Judiciário como órgão contra-majoritário, capaz de interferir em decisões e escolhas políticas que afetam de forma não razoável ou desproporcional um direito assegurado pela Constituição, através do fenômeno que se convencionou denominar de judicialização da política. (VERBICARO, 2010)

### **2.1 DO ABSOLUTISMO À DIVISÃO TRIPARTITE DAS FUNÇÕES DO ESTADO**

À luz da teoria contratualista, o Estado é o produto de um acordo de vontades materializado em um contrato social celebrado entre homens com o fim de abandonar os inconvenientes do estado de natureza – onde as noções de certo e errado, justiça e injustiça não têm lugar, uma vez que reina a mais absoluta desordem –, para constituir instituições políticas garantidoras da ordem, da paz, da concórdia, da estabilidade e dos direitos naturais não protegidos no estado de natureza.

Tal tese contratualista aparece claramente proposta com sistematização doutrinária nas obras de Thomas Hobbes (1588-1679), que desenvolve uma teoria racional sobre a fundação do Estado moderno e da sociedade política pautados na razão humana como condutora à vida em sociedades politicamente organizadas.

Para Hobbes, antes da vivência do homem em um Estado politicamente constituído, havia o Estado de natureza (natureza humana anti-social), onde o medo, a fraude, a insegurança, o perigo da morte violenta e a desarmonia imperavam

soberanamente. Tratava-se da situação de desordem que reinava ante a ausência de limites impostos por instituições políticas e por uma força pública incondicionada representativa da autoridade estatal. Tal Estado de natureza representava uma permanente ameaça aos homens, uma vez que, sem limites ou qualquer parâmetro de comportamento imposto por um poder competente, o homem, egoísta e inclinado a agredir os outros, instituía a guerra de todos contra todos. (HOBBS, 2006, p. 83-107; VILLEY, 2005, p. 674-755)

É nesse estado de anomia que incide a razão humana, levando à celebração do contrato ou pacto social a fim de defender a consolidação de um projeto civilizatório ao permitir a superação dos inconvenientes do Estado de natureza por intermédio de uma mútua transferência de direitos. É por força desse ato puramente racional que se estabelece a ordem, a liberdade (dentro da lei), a justiça, a segurança, o direito, a propriedade, a sociedade política e o Estado. (RÖD, 2008, p. 52-56; VECA, 2005, p. 93-127)

A institucionalização do poder torna-se, pois, indispensável para a manutenção da sociedade dentro dos limites consentidos e obriga os homens, por temor ao castigo imposto pelo poder coercitivo (sanção pública), a cumprir a lei positiva imposta e protegida pelo poder visível de uma instituição artificial denominada Estado, que, à luz das premissas desenvolvidas por Hobbes, deve concentrar em si um poder de proporções absolutistas para a manutenção da ordem e da unidade. (MORRISON, 2006, p. 87-119).

Nesse sentido, defende a transferência da titularidade da soberania no momento da celebração do contrato social. Originalmente pertencente ao povo, a soberania é transferida ao Estado para que ele concentre em si poder necessário (poder ilimitado, absoluto) para suprimir as instabilidades e desordens do Estado de natureza. Assim, para que reine a paz, bem supremo e escopo do acordo de vontades, todos renunciam, em favor do soberano, ao direito natural absoluto sobre todas as coisas. Visualiza-se, pois, que os cidadãos tornam-se totalmente desprovidos dos direitos naturais outrora existentes no Estado de natureza. Em substituição a eles, surgem os direitos civis, criados pela autoridade estatal para a manutenção da paz e da segurança dos indivíduos. Trata-se da celebração de um pacto de submissão (irrevogável) ao retirar das mãos do povo a titularidade da soberania e a possibilidade de, *a posteriori*, questionar as bases de legitimidade da ação estatal (supressão da iniciativa de reivindicar direitos perante as instituições estatais). (MORRISON, 2006, p. 108).

Sob a égide desta teoria, o povo, uma vez celebrado o acordo de vontades, é obrigado a aceitar o poder do Estado, mesmo que inexista real sintonia entre os anseios populares e as decisões do ente estatal. Referido caráter absoluto e inquestionável da autoridade e legitimidade do poder estatal (proibição de se romper com o pacto celebrado) conduz, inexoravelmente, à despolitização da sociedade civil (desvalorização da participação política) e à limitação do conceito de cidadania à simples sujeição do indivíduo à potestade estatal (realce à vida privada em detrimento da esfera pública).

Tal absolutismo da soberania acarreta a sua indivisibilidade e a total rejeição a qualquer governo misto. Para Hobbes, dividir o poder é enfraquecê-lo; dissolvê-lo. Os fragmentos de poder reciprocamente se destroem. Tornam-se outras tantas facções, pessoas soberanas incompatíveis com a unidade necessária à harmonia do poder. Assim, o soberano concentra em si o poder de promulgar, de abolir as leis, de executá-las e julgá-las. É ele o único poder legislativo, executivo e instância julgadora e o único imune às leis que cria. O soberano está, pois, acima das leis como condição de seu poder absoluto e incontestado. Sua sujeição às leis representaria a quebra do poder absoluto e indivisível e o conseqüente enfraquecimento do poder do Estado, não sendo, por isso, admissível em uma organização estatal que pretenda afirmar a ordem, a estabilidade e a segurança.

Tais são as bases teóricas fundamentais da origem e da formatação do Estado: um Estado cujo fundamento repousa na vontade humana racional<sup>32</sup> – superação do fundamento divino-metafísico da Patrística e da Escolástica que condicionavam a legitimidade da lei humana à adequação à lei divina – e cujo poder irresistível, visível e tangível deve centrar-se, de forma absoluta, na instituição política detentora do monopólio da produção de leis (direito) e da aplicação da sanção aos indivíduos que, ao celebrarem o pacto social, outorgaram poderes ilimitados a essa instituição artificial denominada Estado.

Mesmo dando continuidade à tradição jusnaturalista, John Locke (1632-1704) rompe com as ideias absolutistas defendidas por Thomas Hobbes e constrói as bases de uma teoria liberal burguesa individualista.

---

<sup>32</sup> Trata-se de um Estado democrático apenas no seu princípio fundante. Uma vez instituído o pacto pela vontade dos indivíduos, afirma-se o poder absoluto e ilimitado do Estado, que, apenas diante da não proteção da vida e da estabilidade nas relações entre os indivíduos, é que o povo, legitimamente, pode questionar a política estatal. Fora essa hipótese, Hobbes considera a alternância no poder essencialmente nefasta, uma vez que ela incita a luta pelo poder.

Segundo Locke, em virtude de um ato de consentimento, os homens pactuam a criação do governo civil como mecanismo necessário à preservação da propriedade, da paz e da segurança, antes vulneráveis no estado de natureza. Muito embora conceba o estado de natureza como um estado de perfeita liberdade para regular as ações individuais e dispor das posses adquiridas, seu gozo é deveras incerto e está constantemente exposto à violação por parte dos demais. Tal inconveniente conduz os homens a desistir dessa condição que, a despeito da liberdade e igualdade presentes, está repleta de medos e perigos e a pactuar a vida em sociedade para melhor preservar a si mesmo, a sua liberdade e propriedade. Nesse sentido, a institucionalização do poder político, inaugurada com o contrato social, fundamenta-se na necessidade de preservar as leis naturais (imperativos da razão), outorgando-lhes proteção estatal através da sua conversão em leis civis. (LOCKE, 1999, p. 33-62; RÖD, 2008, p. 93-95; VECA, 2005, p. 129-147).

Para o autor, no momento da celebração do contrato social, os indivíduos não renunciam à titularidade da soberania nem tampouco aos direitos naturais que possuem no estado de natureza. Ao consentir com o governo civil, os indivíduos transferem apenas o exercício de sua soberania, cabendo-lhes, ainda, a titularidade sobre ela. Nesse sentido, os direitos naturais (inalienáveis e imprescritíveis), longe de desaparecerem, varridos pela soberania do Estado, seguem existindo com a celebração do pacto, eis que, em Locke, o pacto celebrado é um pacto de governo e não um pacto de submissão nos moldes defendidos por Hobbes, donde se conclui que o poder absoluto é ilegítimo e incompatível com a sociedade civil. (LOCKE, 1999, p. 114)

Dada a permanência dos direitos naturais no governo civil, o Estado já nasce limitado. Os direitos inatos do povo são, assim, limites naturais ao exercício legítimo do poder político. Nesse sentido, o governo civil, tendo como objetivo assegurar melhor o gozo dos direitos naturais, nasce originalmente limitado por um direito preexistente. Assim, o exercício da autoridade estatal será tão mais legítimo quanto maior for a garantia atribuída aos direitos naturais. Isso possibilita ao povo o direito de questionar e/ou rever as bases do contrato celebrado, caso os direitos inatos do homem não estejam sendo garantidos nas leis civis do Estado.

Corolário destes limites instituídos à entidade estatal refere-se à construção de uma teoria que comparte os poderes estatais em órgãos distintos, a fim de estabelecer um

equilíbrio (moderação) e um controle no exercício legítimo das atividades institucionais do Estado. Eis a teoria da bipartição dos poderes do Estado, que institui limites à potestade do ente estatal, sujeitando-o à autoridade da lei elaborada por um corpo de legisladores pertencente a uma instância de poder autônoma e distinta em relação ao órgão executor.

John Locke, ao defender referida divisão interna das atribuições institucionais do Estado, concebe que a distribuição do poder no interior do regime político deve ser dividida em dois poderes separados e autônomos: 1) Poder Legislativo – poder de elaborar as leis e de regulamentar o uso da força para a preservação dos indivíduos e da comunidade; 2) Poder Executivo – poder de realizar as leis e de punir aqueles que as descumprirem – interesse público interno. Mesmo tendo combatido a concentração dos poderes em um único órgão do Estado (nos moldes hobbesianos), Locke não concebeu a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente, mas tão só como parte integrante do poder atribuído ao Executivo, o qual se ocupa da administração total das leis. Também a cargo do Executivo, concebeu a existência de um outro poder: o Poder Federativo, encarregado de zelar pela gestão da segurança, das relações internacionais, do poder de guerra e de paz, alianças e transações com todas as pessoas e sociedades fora da república (interesse público externo). (LOCKE, 1999, p. 120)

Segundo Locke, não obstante serem realmente distintos, o Executivo e o Federativo, não podem, todavia, ser depositados em mãos de pessoas distintas, uma vez que ambos exigem a força da sociedade para o seu exercício, em razão do que, não poderiam estar debaixo de diferentes mandos, o que daria lugar à desordem e à ruína. Contudo, essa cumulação de funções, segundo Locke, não prejudicaria o equilíbrio e a moderação do exercício legítimo de poder, uma vez que ambos os poderes (Executivo e Federativo) estariam vinculados e subordinados a um outro: o Poder Legislativo, compreendido como superior na estrutura organizacional do Estado (supremacia do Parlamento como mecanismo garantidor da propriedade, da segurança, da vida, da liberdade pública e individual). (LOCKE, 1999, p. 120, 121)

À luz dessa teoria, o Poder Executivo é subordinado e submisso às ordens do Legislativo, o que o confina “numa tarefa subalterna de pura e simples execução.” O Legislativo, ao contrário, é a alma do corpo político, o poder supremo, ao qual, pela força das coisas, cabe a última palavra. Tal superioridade, contudo, não reflete em um poder

ilimitado, uma vez que o Estado continua adstrito à vontade do povo. Isso porque o povo conserva sempre uma soberania potencial, em reserva. É ele, e não o Legislativo, o detentor do verdadeiro poder soberano. Assim, ainda que o Legislativo seja o poder supremo, ele não é, e nem é possível que seja, absolutamente arbitrário sobre a vida e os bens do povo. Seu poder, nos limites extremos, restringe-se à necessidade de tutela dos direitos naturais. Isso porque ainda permanece nas mãos do povo o poder supremo para afastar ou alterar o Legislativo quando julgar que age de forma contrária à confiança nele depositada. (LOCKE, 1999, p. 11-121)

Mesmo sendo uma teoria crítica ao absolutismo monárquico e mesmo defendendo a liberdade como aspecto central da legitimidade das instituições políticas, as reflexões teóricas de Locke conduzem ao esvaziamento (e à desvalorização) do homem político e ao desaparecimento do espaço público de participação popular. Longe de defender um governo republicano, assenta as bases de sua teoria em um liberalismo individualista capaz de legitimar a propriedade privada, a desigualdade de posses e as relações econômicas à luz dos interesses da burguesia ascendente. Para tanto, desconsidera a participação dos indivíduos na arena política (despolitização da sociedade civil) como importante instrumento de formação de consensos democráticos. A política resume-se, pois, às instâncias estatais de poder, em uma clara alusão ao realce dado à vida privada em detrimento da esfera pública.

Considera-se o registro histórico da teoria da separação dos poderes em Aristóteles. Na estrutura de governo da Antiguidade Clássica Grega, Aristóteles já distinguia a separação das três atividades do Estado: Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. A sua análise não foi tão sistematizada como a que realizou Montesquieu (separação orgânico-funcional) no século XVIII e teve pouca importância, uma vez que os regimes políticos da época e de muitos séculos depois admitiram a total confusão entre os três poderes do Estado. Na verdade, no pensamento da Antiguidade Clássica, mais importante do que dividir os poderes do Estado, era assegurar a participação das diversas classes sociais no exercício do poder político. Na maior parte dos regimes políticos, destacava-se o governo misto - balanceamento entre as classes sociais plurais - e não a separação de poderes como teoria sistematizada e efetivamente implementada. Tal se justificava pela necessidade de desconcentrar o poder político das mãos de uma só classe,

dada a inconveniência de o poder estatal centralizar-se nos desígnios, no arbítrio e na vontade monolítica de um só fragmento da sociedade. (ARISTÓTELES, 1991)

Entretanto, foi no século XVIII com Barão de Montesquieu (1689-1755) que a teoria da tripartição dos poderes foi desenvolvida como verdadeiro marco à sistematicidade organizacional do Estado e à ideia de um sistema de autocontrole e equilíbrio entre os poderes. (MONTESQUIEU, 2004, p. 165-186).

Montesquieu constrói a sua teoria com base na ideia de que não há liberdade (direito de fazer tudo o que as leis permitem) todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo ou quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e do Executivo. Com isso, não pretendeu prescrever a separação total e irrestrita dos diferentes poderes uns sobre os outros, mas que quando dois ou os três poderes, em toda a sua plenitude, se encontram concentrados em um só órgão, os direitos dos cidadãos e todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos.

Ao defender tais ideias, construiu a tese de que a separação orgânica ultrapassa a simples especialização funcional das atribuições institucionais do Estado. Assim, cada poder passa a ter, ao mesmo tempo, um poder ativo e um poder capaz de controlar a atuação dos demais, instaurando-se, dessa forma, a ideia de pesos e contrapesos, de alavancas e de freios, de ações e reações.

Referida distribuição das funções do Estado em órgãos diferentes, onde o poder passa a constituir um freio ao próprio poder, é imprescindível para impedir o arbítrio e o poder autocrático do Estado, garantindo-se, assim, a liberdade individual e política. Isso porque, de acordo com o autor, a liberdade não é ínsita aos governos moderados (República ou Monarquia). O abuso de poder não se encontra excluído nem mesmo dos governos exercidos com moderação. Tal se dá porque o homem é levado a abusar do poder todas as vezes que o tem e ele assim o faz até encontrar limites institucionais. Dessa forma, só há que se impedir o abuso do poder quando, pela disposição das coisas, o poder detém o próprio poder.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Exemplos de ferramentas que permitem a funcionalidade do sistema de freios e contrapesos: o veto, o impeachment e o controle judicial dos atos do Legislativo e Executivo. Pelo veto, o Executivo pode impedir que uma legislação entre em vigor; o impeachment é o mecanismo jurídico que permite o controle do parlamento sobre os atos do Executivo; e através da revisão judicial, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos atos do Executivo e Legislativo. Espero ter sido clara.

Nesse sentido, Montesquieu superou a teoria de John Locke acerca da bipartição das funções do Estado e instituiu a divisão tripartite do poder em: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, cada qual com atribuições próprias que não poderiam ser exercidas cumulativamente por um único poder, uma vez que, à luz da sua teoria, tudo estaria perdido se o mesmo homem ou a mesma corporação exercesse o poder de fazer leis, o de executá-las e o de julgar os crimes e desavenças entre os particulares. Tal se dá porque não há liberdade possível onde as funções estatais misturam-se.

Marco paradigmático da teoria de Montesquieu refere-se ao reconhecimento do Judiciário como poder autônomo na estrutura organizacional do Estado. Assim, além das funções executivas e legislativas outrora integrantes de poderes autônomos e distintos entre si (em Locke), Montesquieu acresceu o Poder Judiciário, responsável por solucionar os conflitos em sociedade e zelar pela previsibilidade e estabilidade das relações sociais. Mesmo atribuindo autonomia e independência à função judicante, Montesquieu estruturou-a como um poder dotado de neutralidade política e axiológica, legitimado a atuar com o máximo possível de objetividade na aplicação da lei, sem brechas para a liberdade do juiz e nem para a criatividade judicial. Assim o fez ao definir os juízes como a boca que pronuncia as palavras da lei, é dizer, como meros seres passivos, incapazes de moderar sua força ou rigor. (MONTESQUIEU, 2004, p. 165-186)

Trata-se de uma concepção que atribui à legislação um lugar de destaque no sistema jurídico-político. Ao Poder Judiciário cabe a função de obedecer à lei, com exatidão, impessoalidade e sem partidarismo. Semelhante a uma burocracia, os encarregados da função judicial seriam pautados por uma ética de obediência e desempenhariam um papel essencialmente instrumental, neutro e despido de elementos irracionais e emocionais que fugissem ao cálculo e à previsibilidade. Aos juízes, competia, assim, a missão de executar, tão-só, as prévias determinações dos políticos: sem questionamentos; sem objeções; sem valorações e sem a possibilidade de qualquer interferência construtiva e/ou criativa na aplicação da lei.

Nos moldes dessa concepção jurídico-formalista da teoria tripartite da separação dos poderes, aprisionada aos preceitos liberais e dogmáticos do positivismo jurídico, a Constituição não era considerada como documento normativo. Suas disposições eram de caráter basicamente organizatório ou jurídico-processual e não traziam em seu texto

disposições de conteúdo material. Isso justifica, em parte, o papel desempenhado pelo Judiciário como órgão aplicador das estritas palavras da lei.

## 2.2 O PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO CONTRA-MAJORITÁRIO

Os norte-americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, em 1787, marcaram a história política norte-americana ao publicarem artigos no *Independent Journal* de Nova York acerca de suas ideias federalistas, contrárias ao sistema de confederação (descentralizado e carente de um poder central) das 13 colônias de então. Ao defenderem a necessidade de união dos estados em uma federação, traçaram alguns desenhos institucionais para evitar o ímpeto faccionista, a violência e a ditadura da maioria. Idealizaram, assim, um Tribunal Constitucional, capaz de estabelecer freios e contrapesos ao poder da maioria. Trata-se do fortalecimento da ideia de supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar, normalmente guiada pelo ímpeto faccionista.

Na proposta federalista, Hamilton, no artigo nº 78, apresenta, então, o modelo de separação dos poderes do Estado tal como idealizado por Montesquieu – separação tripartite – e defende que não pode haver liberdade se o poder de julgar não estiver bem separado do de fazer as leis e do de executá-las. (HAMILTON *et al*, 1993, p. 167-172)

À luz dessa perspectiva, constrói um modelo de Judiciário capaz de assegurar a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça. Para tanto, defende a inamovibilidade (vedação à transferência arbitrária do juiz para outro tribunal ou comarca), a vitaliciedade (garantia de que os juízes não perderão seus respectivos cargos senão por sentença que os declare indignos) dos juízes como características essenciais à garantia de independência e justiça das instituições judicantes.

Segundo Hamilton, a magistratura, pela própria natureza de suas funções, será sempre o poder menos perigoso para os direitos políticos da Constituição. Tal se dá porque ela é a que menos meios tem de atacá-la. Ao invés dos outros poderes, Executivo (depositário da força pública) e Legislativo (detentor da bolsa), ela não tem influência nem sobre a espada nem sobre o bolso: não pode dirigir a força ou a riqueza de uma sociedade e

não pode tomar nenhuma iniciativa. Sem força, sem dinheiro e sem poder de resolução ativa, resta-lhe apenas o juízo (julgamentos) e mesmo este, para a sua eficácia, necessita recorrer à força da espada executiva (uso legítimo da força – coação). (HAMILTON *et al*, 1993, p. 168)

Ante tal realidade, defende Hamilton que o Poder Judiciário é o mais vulnerável na configuração organizacional do Estado e, em virtude da sua fraqueza natural, está sempre em “perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais”, o que o torna inapto a atacá-los, razão pela qual conclui o autor que é necessário dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros poderes mais poderosos. (HAMILTON *et al*, 1993, p. 170)

Hamilton sustenta a importância da independência dos tribunais de justiça em defesa dos direitos individuais e de Constituições que estabeleçam freios às usurpações e à tirania do corpo legislativo, o que permite aos juízes o poder de declarar a nulidade de todos os atos manifestamente contrários ao núcleo substancial do texto constitucional. Nesse sentido, para evitar caprichos momentâneos, expressos em eventuais maiorias, que conduzam a leis injustas e parciais, é preciso que a firmeza dos juízes mitigue a severidade de semelhantes leis e lhes restrinja o seu efeito, o que não só diminuiria os inconvenientes das leis já produzidas, como também inibiria o corpo legislativo de fazer outras da mesma ordem, “forçando-o a ser mais circunspecto nas suas tentativas de injustiça, quando vir que os escrúpulos dos juízes lhes não de sempre dar cabo.” (HAMILTON *et al*, 1993, p. 170)

Com essas ideias, Hamilton apresenta o debate sobre o direito que os tribunais têm de declarar a nulidade dos atos legislativos por serem contrários à Constituição. Trata-se do questionamento acerca do poder que têm as cortes de decidir sobre leis formuladas por representantes eleitos e, conseqüentemente, de interferir em assuntos políticos através da interpretação e da declaração de (in) constitucionalidade da lei. Segundo o autor, tal tese poderia conduzir à inadmissível ideia de que restaria afirmada a superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo, eis que uma autoridade não poderia estar autorizada institucionalmente a declarar a nulidade dos atos de outra sem que seja necessariamente superior a ela.

Defende o federalista que o Judiciário não é superior em relação aos demais. Sustenta, sim, que todos os atos praticados por uma autoridade política que sejam

contrários aos termos da Constituição são plenamente nulos. “Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados tanta autoridade têm para o que estes poderes autorizam como para o que eles proíbem.” (HAMILTON *et al*, 1993, p. 168-169)

Segundo o autor, não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade. Mais razoável é a “suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições.” A Constituição é a lei fundamental e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles compete o dever de “determinar o sentido da Constituição, bem como de todos os outros atos do corpo legislativo”, donde defluiu-se que o poder atribuído ao Judiciário na configuração democrática decorre da supremacia da Constituição em relação à política cotidiana (como corolário, do próprio povo) e não da sua supremacia em relação aos demais poderes. (HAMILTON *et al*, 1993, p. 168-169)

Pondera o autor a importância dos juizes ante a evidência de um conflito de leis. Casos há em que estatutos legais distintos, no mesmo âmbito temporal de vigência, entram em colisão (contradição) entre si, sem que em nenhum dos dois contenha alguma cláusula ou expressão derogatória. Nesse caso, mesmo considerando certos critérios para a solução das antinomias legais (critério temporal e hierárquico) compete, sobremaneira, aos juizes determinar-lhes o sentido e o efeito do conflito legislativo. Isso não significa, com evidência, que estejam autorizados a emitir suas opiniões pessoais sobre o caso. Há parâmetros decisórios traçados no corpo legislativo, o que os autoriza a emitir julgamentos (juízos) dentro das balizas legais, e não, a pretexto de clarificar a aplicação das leis, julgar a partir de suas valorações pessoais (subjetivismo).

A assunção de tais responsabilidades por parte do Judiciário, conforme sustenta Hamilton, gera descontentamentos àqueles que mais prezam pelos seus interesses pessoais de poder. Não obstante, provoca a aceitação e a estima “em todos os homens desinteressados e virtuosos”, uma vez que gera na sociedade a certeza de que eventuais injustiças cometidas na arena majoritária serão repelidas, substituindo-se a desconfiança e o descrédito pela crença nas instituições públicas. (HAMILTON *et al*, 1993, p. 168-169)

Nota-se que a proposta federalista defende um importante papel a ser assumido pelo Poder Judiciário como órgão contra-majoritário capaz de preservar os direitos individuais e de neutralizar a ação das facções, declarando nulos os atos legislativos contrários à Constituição – proteção às minorias e defesa do controle de constitucionalidade. Trata-se de um mecanismo capaz de manter a política legislativa do Estado dentro dos limites traçados pela Constituição. Não se trata, como exposto, da superioridade do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, mas do controle e da submissão das leis à Constituição – proteção à tirania da maioria legislativa.

Ao defender a supremacia da Constituição na organização legislativa do Estado, em contraste com a política legislativa cotidiana, Hamilton reformula em seus elementos paradigmáticos a teoria tripartite da separação dos poderes sistematizada por Montesquieu. Em face dessa realidade, decisões oriundas de processos democráticos de formação da vontade política (maioria político-parlamentar) passam a ser controladas pelo Poder Judiciário. Tal ocorre porque uma irrestrita autonomia na condução da política de governo, sem o devido controle de constitucionalidade (ajuste das diretrizes políticas à Carta Constitucional), poderia representar um eventual enfraquecimento das instituições democráticas e da Constituição tida como documento supremo na ordem jurídica dos Estados Democráticos de Direito. Esse protagonismo constitucional (supremacia da Constituição), defendido pelos Federalistas Hamilton, Madison e Jay outorga ao Judiciário um realce, outrora negligenciado (em Montesquieu), na estrutura organizacional do Estado, o que o legitima a atuar como um impositor de freios ao poder opressivo da maioria.

Seguindo a tendência de atuação contra-majoritária do Judiciário, a Suprema Corte norte-americana projetou-se no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 ao estabelecer limites às decisões legislativas e facções majoritárias, a partir da ideia de supremacia constitucional. O caso teve como autor William Marbury e outros e foi proposto perante a Suprema Corte dos Estados Unidos contra o Secretário de Estado James Madison. Na ação, os autores requereram mandado judicial determinando ao Secretário que lhes entregasse os termos de nomeação para que pudessem tomar posse nos seus respectivos cargos de juiz de paz do Distrito de Columbia, uma vez que, nomeados para o cargo no final do mandato do Partido Federalista do Presidente John Adams, foram desconsideradas as nomeações pelo recém eleito Presidente Jefferson, pois as respectivas

posses não haviam ocorrido antes do final do governo do Presidente Adams. A Corte Constitucional entendeu que Marbury e seus colegas tinham o direito constitucional de tomar posse. Reconheceu-se, assim, a supremacia da Carta Constitucional ante os atos infraconstitucionais. (KLAUTAU, 2003, p. 105-139)

A decisão do juiz Marshall, no entanto, limita-se, ainda, a impugnar o ato político que havia sido produzido à margem das competências formais estabelecidas. O juiz não questiona o seu conteúdo, restringindo-se a detectar a sua desconformidade com os poderes estabelecidos pela Constituição. Tratou-se de uma análise puramente formal. (VIEIRA, 2006, p. 477)

Em *Lochner vs. New York*, em 1905, a Suprema Corte Norte-Americana avança e assume a responsabilidade de analisar se a legislação aprovada em conformidade com os procedimentos constitucionais viola ou não os valores protegidos pela Constituição. Essa decisão foi paradigmática ao expansionismo e ativismo da autoridade judicial e marcou o início da chamada era *Lochner*, ao cancelar atos legislativos que a Corte entendeu contrários ao conteúdo da Constituição, com base na doutrina do devido processo legal substantivo. A importância deste julgamento para a história do constitucionalismo norte-americano foi de tal monta que autores norte-americanos criaram a expressão *to lochnerize* para referir-se à política jurisprudencial ativista contrária às legislações sociais aprovadas pelos Estados.

No caso em comento, o Estado de Nova York aprova legislação social em 1895 limitando ao máximo de 10 horas diárias ou 60 horas semanais a jornada de trabalho dos padeiros. *Joseph Lochner*, proprietário de uma padaria, sancionado com multa pelo descumprimento da lei, recorreu ao Tribunal do Estado de Nova York. Vencido nesta instância, recorreu ao Tribunal Supremo. A Corte impugnou referida legislação social, justificando que ela interfere no direito de contrato entre empregadores e empregados (cláusula de comércio), gerando reflexos no direito à liberdade protegida pela XIV Emenda à Constituição Norte-Americana, que estabelece que nenhum Estado pode limitar o direito à vida, à liberdade, propriedade, sem o devido processo legal. Assim, para o Tribunal Supremo, o *common law* em seu sentido mais tradicional, bem como as garantias de propriedade e livre contratação impedem o legislador de intrometer-se na regulamentação das relações trabalhistas e na plena liberdade contratual entre as partes.

Neste caso, o controle de constitucionalidade não foi utilizado apenas para garantir um julgamento imparcial, em respeito às competências, garantias e formalidades legais, como no caso *Marbury vs. Madison*. Em *Lochner vs. New York*, o Tribunal analisou se o conteúdo da lei elaborada pelo Legislativo afetava ou não os valores da Constituição. Ao proferir esta decisão e adotar critérios substantivos para alterar decisões legislativas, a Suprema Corte Norte-Americana inaugurou o conceito de devido processo legal substantivo, assumindo uma postura contrária às reformas sociais e de afirmação do mais estrito *laissez faire* econômico. (FELIPE; GARCÍA, 2006, p. 172-185; VIEIRA, 2006, p. 478)

Importante destacar neste contexto, a decisão do juiz Holmes no caso *Lochner*. Holmes criticou o julgamento, manifestando-se contrário à decisão tomada pelos seus pares. Sustentou que o Judiciário não deve questionar as escolhas substantivas do legislador. Em suas palavras contrárias ao ativismo judicial, manifestou-se: “*Estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o mi desacuerdo es irrelevante en relación con el derecho de la mayoría de los ciudadanos a ver sus opiniones e ideales reflejados por las leyes.*” (FELIPE; GARCÍA, 2006, p. 183, 184)

Tal tendência da Suprema Corte em anular leis de conteúdo econômico-social, persistiu nos anos seguintes, não sem sofrer duras críticas. Na década de 30, uma nova conjuntura política se apresenta. O governo Roosevelt, ante a crise de 1929, adotou inúmeras medidas políticas e econômicas para amenizar os efeitos nefastos ocasionados pela quebra da bolsa de valores de Nova York. Esse conjunto de medidas anti-crise ficou conhecido por *New Deal*. Até então, sob a influência do liberalismo econômico, acreditava-se que os poderes políticos não estavam autorizados a criar medidas reguladoras ou interventoras das atividades econômicas privadas. A decisão do caso *Lochner* revela claramente essa compreensão. Com a depressão e a conseqüente necessidade de adotar medidas de combate ao colapso econômico, o Presidente Roosevelt, para fazer frente aos gravíssimos problemas sociais gerados pela crise, passou a adotar políticas Keynesianas de gasto, a regular os processos produtivos e a criar políticas de intervenção do Estado na economia. Para a implantação do necessário *New Deal*, precisava-se de um novo entendimento da Suprema Corte. O *New Deal* desafiou, assim, uma nova postura do

Tribunal Constitucional Norte-Americano até então embalado pelos princípios do livre jogo de interesses e forças do mercado.

Nota-se que as primeiras medidas do governo Roosevelt foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, seguindo a linha de entendimento do caso *Lochner*. Na campanha eleitoral à reeleição de Roosevelt, o Presidente apontou a existência de fortes entraves, leia-se, o ativismo judicial da Suprema Corte e o uso do devido processo legal substantivo, para alavancar a reconstrução econômica e social do país. Para superar esses obstáculos, seria necessário desconstruir o argumento contra-majoritário utilizado pelo Tribunal Constitucional. Segundo Roosevelt, a opinião de alguns poucos (“anciãos!”) juízes conservadores da Suprema Corte não poderia sobrepor-se a um plano de reconstrução do país e à vontade de 130 milhões de cidadãos norte-americanos. (FELIPE; GARCÍA, 2006, p. 230)

Após fortes pressões exercidas pelo governo Roosevelt, inclusive com ameaças de implementação de uma reforma no sistema jurisdicional norte-americano, a Suprema Corte começou a seguir uma tendência de diminuição do uso do devido processo legal substantivo. O caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, em 1937, foi paradigmático nesta passagem. (VIEIRA, 2006, p. 479)

Em *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, uma lei do Estado de Washington estabeleceu um salário mínimo para mulheres e crianças. Elsie Parrish, funcionária do *West Coast Hotel*, pleiteou o salário mínimo definido pela referida lei. Perdeu em primeira instância e obteve êxito em grau recursal. Vencido, o *West Coast Hotel* apelou à Suprema Corte com base na cláusula do devido processo legal, sob o argumento de que era uma intromissão indevida da lei no direito à liberdade contratual. Segundo o presidente da Suprema Corte à época, o juiz Hughes, a liberdade é sim suscetível de restrição pelo devido processo e eventual regulamentação razoável em relação ao seu objeto e que seja adotada no interesse da comunidade, é devido processo. A Suprema Corte adotou uma postura de deferência à decisão legislativa, declarando a constitucionalidade de uma lei intervencionista do Estado de Washington. Esta decisão representou verdadeiro ponto de inflexão da Corte em sua jurisprudência acerca do *New Deal*.

Com essa decisão, a Suprema Corte passou a adotar uma postura de deferência e respeito às decisões majoritárias, aplicando o que se denominou teoria da presunção de

constitucionalidade das leis. O ativismo judicial, no entanto, foi novamente resgatado nos anos 60 com o julgamento do caso *Griswold vs. Conecticut*.

Em *Griswold vs. Conecticut*, caso julgado em 1965, uma lei do Estado de Conecticut de 1879 tipificava como delito a utilização de medicamentos ou instrumentos destinados a impedir a concepção. Mesmo considerando a escassa aplicação da lei penal, dois médicos foram condenados como cooperadores por fornecer informações acerca de métodos contraceptivos a pessoas casadas. A Suprema Corte decidiu que a legislação que restringia a adoção de meios contraceptivos, bem como o aborto, era inconstitucional, pois violava o direito à privacidade e intimidade garantido pela Constituição. Esta decisão foi de considerável relevância para o controle de natalidade de pessoas casadas e abriu espaço para, em 1972, no caso *Einsenstad vs. Baird*, reconhecer o direito à utilização de métodos contraceptivos por pessoas não casadas e, em 1973, no caso *Roe vs. Wade*, reconhecer o direito ao aborto, partindo novamente do direito à intimidade e à liberdade que se encontra na cláusula do devido processo legal. A suprema Corte, nesta decisão, resgatou o uso da cláusula do devido processo legal substantivo, assegurando, novamente, o uso do Judiciário como órgão contra-majoritário, capaz de rever decisões do Legislativo com base em critérios substantivos. (FELIPE; GARCÍA, 2006, p. 350; NINO, 2003, p. 283-286; VIEIRA, 2006, p. 479-480)

Trata-se de decisões históricas que formularam paradigmas decisórios no interior da Corte Constitucional norte-americana e que a afirmaram como verdadeiro poder contra-majoritário capaz de, com variações de intensidade e descontinuidades inerentes à história das instituições e sob o argumento de controle do ímpeto faccionista e da tendência de ditadura da maioria, consolidar o fenômeno de expansão global do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, através do que se convencionou denominar judicialização da política, fenômeno esse que será mais a frente abordado.

### 2.3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS SOBERANIA DO POVO

Da análise da relação existente entre os direitos fundamentais (supremacia da Constituição) e a soberania do povo, decorrem distintas concepções sobre o papel da Constituição em face do seu sistema de direitos assegurados, com repercussão direta na forma de atuação e à importância atribuída ao Poder Judiciário.

Dependendo do modelo de Constituição adotado como referencial teórico, ter-se-á percepções distintas acerca da relação de prioridade e/ou supremacia entre maiorias participativas de deliberações políticas e a superioridade da Constituição. Gisele Cittadino faz uma reflexão acerca dos três principais eixos teóricos que enfocam a questão. Trata-se da análise acerca do debate contemporâneo entre comunitários, crítico-comunicativos (crítico-deliberativos) e liberais. (CITTADINO, 2004, p. 7)

Os comunitários privilegiam a soberania popular em face dos direitos fundamentais - participação ativa do povo nos assuntos públicos. Nesse sentido, a Constituição deve proteger, primordialmente, os valores da comunidade (o *ethos* social global) e apenas secundariamente os direitos individuais e fundamentais, com a abertura do processo interpretativo a toda comunidade.

Como consequência, concebem a Constituição como um “projeto social integrado por um conjunto de valores compartilhados, que traduz um compromisso com certos ideais” - sentido teleológico às normas e princípios constitucionais. Para eles, “os direitos constitucionais asseguram as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta.” (CITTADINO, 2004, p. 194-217)

Os comunitários acreditam, assim, que a concepção liberal de interpretação dos direitos fundamentais, bem como a defesa da revisão judicial, são incompatíveis com uma política de reconhecimento igualitário capaz de assegurar a sobrevivência das distintas entidades culturais, ao mesmo tempo em que cria obstáculos aos processos deliberativos democráticos nos quais se traduz o direito de autodeterminação cidadã. (CITTADINO, 2004, p. 194-217)

Os liberais defendem, incondicionalmente, a proteção aos direitos fundamentais, pautando-se nos princípios constitucionais como mecanismo de garantia das liberdades e dos direitos fundamentais.

Ronald Dworkin, representante do eixo liberal e de uma democracia fundada em bases liberais<sup>34</sup> - democracia estruturada em direitos pré-políticos - , confere supremacia aos direitos fundamentais frente à soberania popular.

Segundo ele, com essa relação de prioridade, protege-se certos núcleos de direitos ante eventuais interferências advindas de processos majoritários de deliberação. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem restringir a soberania do povo a fim de se resguardar os direitos e as liberdades individuais - crítica à democracia majoritária e à autodeterminação do povo que podem conduzir à degradação dos direitos fundamentais. (DWORKIN, 2001, p. 6-31)

De acordo com essa diretriz, deve-se, sobretudo, assegurar a garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, atribuindo-se respeitabilidade à Constituição e à dinâmica de direitos nela materializada. A Constituição tem, pois, como escopo primordial proteger as liberdades e os direitos fundamentais, que asseguram a autonomia moral dos indivíduos - sentido deontológico de validade das normas constitucionais. Isso significa que os direitos constitucionalmente assegurados devem ser interpretados como comandos impositivos, e não como simples valores que, em algumas hipóteses específicas, têm preferência em relação aos demais. (CITTADINO, 2004, p. 7)

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem estar garantidos nas Constituições, tanto por intermédio de regras como de princípios,<sup>35 36</sup> para que o Estado e a

---

<sup>34</sup> Duas são as teses primordiais do liberalismo enquanto filosofia política normativa: 1) "Estado deve proteger um conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos"; 2) o "Estado deve ser neutro no que se refere às condições de boa vida a que o cidadãos devotem lealdade e que se empenhem em realizar." (VITA, 1993, p. 12)

<sup>35</sup> Dworkin cita Raz, que, ao contrário de sua tese, argumenta que não são apenas os princípios que possuem dimensão de peso e importância, mas também as regras e, com isso, acredita Raz que esse fato solapa a distinção de Dworkin entre regras e princípios. Utiliza Raz como exemplo de sua tese a regra de direito penal que proíbe uma agressão e de outra que permite a legítima defesa. Aduz que ambas são regras jurídicas válidas, que estão em conflito entre si, devendo o juiz, para solucionar esse conflito, fazer uma ponderação entre as duas regras (dimensão de peso). Dworkin aduz, ao contrário, que esse aparente conflito retrata, na verdade, uma regra e uma exceção à regra. Segundo Dworkin, Raz parte de diferente pressuposto para a conceituação e diferenciação entre regras e princípios. Para ele, a distinção reside em que as regras prescrevem atos específicos e os princípios, atos inespecíficos. Mas, a verdade é que muitas vezes as regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduzir-se a quase uma questão de forma. (DWORKIN, 2002, p. 36-50).

comunidade respeitem a inviolabilidade das liberdades e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Dworkin aponta a insuficiência do simples modelo de regras do direito à afirmação dos direitos dos cidadãos, uma vez que ele nega a existência de outros padrões normativos imprescindíveis à compreensão do fenômeno jurídico. Nesse sentido, o autor defende outros padrões de normatividade, tais como os princípios, compreendidos como exigências “de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” Os princípios, que são normas jurídicas, devem ser tratados como padrões jurídicos obrigatórios - caráter deontológico de aplicabilidade dos princípios. (DWORKIN, 1999, p. 36-50)

Os princípios, que são normas relacionadas a valores morais que realçam a discussão acerca do conteúdo do comando normativo, possibilitam a inserção da sociedade no âmbito de produção das normas jurídicas (criação plural e espontânea do direito pela comunidade – pluralismo jurídico), o que repercute na atuação do Poder Judiciário, que passa a decidir, cotidianamente, os casos concretos apresentados, à luz dos preceitos constitucionais e da principiologia normativa que traz consigo exigências de equidade, justiça e de moralidade pública.

Segundo Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica - distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada - dimensão de validade. Podem elas apresentar exceções, mas devem essas exceções constar no próprio comando da regra, para que seu enunciado seja completo. Já os princípios, possuem uma dimensão de peso e importância, podendo ser ponderados com outros de mesma importância.

---

<sup>36</sup> Carrió sustenta, fazendo uma analogia à lei da vantagem no futebol, que existem máximas (princípios) que devem prevalecer na interpretação que se faça de um caso concreto, mesmo diante de uma regra em sentido contrário. Assim, sustenta que para além das regras estão as máximas, consideradas estas como princípios jurídicos. Carrió afasta o modelo de regras e o modelo de princípios apresentado por Dworkin e oferece seu próprio modelo: abraça o positivismo jurídico, rechaçando o modelo de regras de Hart, bem como o modelo antipositivista de Dworkin, sustentando, em síntese: 1) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras (regras específicas + princípios) = conceito + amplo de regras; 2) todas as regras possuem uma textura aberta - têm exceções que não são exaustivamente especificadas em seu comando; 3) não existe uma diferença lógica entre regras e princípios. Não é certo que as regras são aplicadas da maneira do tudo ou nada. Tampouco é certo que as regras permitem enumerar de antemão todas as suas exceções. A dimensão de peso não é exclusiva dos princípios; 4) em casos de lacuna, deve o juiz decidir com base em elementos meta jurídicos, o que não significa capricho do julgador; 5) as regras de um sistema são identificadas por referência a uma regra de reconhecimento, de textura aberta. Assim, só são albergadas pelo direito as regras de reconhecimento, incluindo-se os princípios, Daí a razão de uma textura aberta dessas regras; 6) princípios que não satisfazem os requisitos da regra de reconhecimento estão fora do direito. (CARRIÓ, 1979).

À luz da teoria de Dworkin, os direitos constitucionalmente garantidos preenchem o próprio conteúdo da democracia, bem como traçam os limites e contornos de atuação dos poderes estatais. Isso significa que o paradigma liberal de democracia concebido por Dworkin consagra que os direitos fundamentais são trunfos frente à maioria e sobrepõem-se frente ao governo e a eventuais grupos representativos de maiorias que participem de procedimentos de formação da vontade pública e tentem restringir as liberdades e direitos fundamentais.

A Constituição resguarda, assim, certos direitos fundamentais, da mesma forma em que impede interferências indevidas - fruto de eventuais procedimentos majoritários de formação da vontade política - nesse âmbito de proteção constitucional.

Esse paradigma liberal de compreensão dos direitos fundamentais é o modelo comumente utilizado para fundamentar a importância da atuação substancial do Poder Judiciário na esfera política.

Os crítico-deliberativos, por sua vez, defendem que há uma relação de co-originalidade entre os direitos fundamentais e a soberania popular - autonomia privada e pública

de vez que, nas sociedades pós-convencionais, os indivíduos são ao mesmo tempo autores e destinatários do seu próprio direito. Nesse sentido, a instituição do direito legítimo só é possível se, conjuntamente, estão garantidas não apenas as liberdades subjetivas que asseguram a autonomia privada, mas também a ativa participação dos cidadãos através de sua autonomia pública. (CITTADINO, 2004, p. 9, 194-217)

Assim, acreditam que a Constituição, “especialmente porque configura um sistema de direitos fundamentais, tem a função de contextualizar princípios universalistas e, desta forma, se transformar na única base comum a todos os cidadãos” - atribui, assim como os liberais, um sentido deontológico de validade às normas e princípios constitucionais.

Os crítico-deliberativos pretendem, dessa forma, compatibilizar o processo político-deliberativo com uma interpretação constitucional que parte do sentido deontológico das normas jurídicas. (CITTADINO, 2004, p. 9, 194-217)

Jürgen Habermas, representante do eixo crítico-deliberativo e defensor de uma atuação procedimental da Corte Constitucional, em que o Poder Judiciário deve proteger,

tão-só, o processo de criação democrática do direito, sem se preocupar com uma determinada ordem de valores substanciais, estabelece um nexos interno entre soberania popular e direitos humanos. (HABERMAS, 1999, p. 160-169)

Para ele, referido nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no alcance normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado por meio da formação discursiva da opinião e da vontade, não apenas através da fórmula geral de leis universais e abstratas. De acordo com Habermas, os discursos de entendimento mútuo constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional. A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, em um arranjo comunicativo – direito como sistema racionalmente justificável.<sup>37</sup>

Segundo o autor, as tradições políticas liberais e republicanas interpretam, respectivamente, os direitos humanos como expressão de uma autodeterminação moral<sup>38</sup> e a soberania do povo como expressão da auto-realização ética.<sup>39</sup> Nesta perspectiva, os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes.

Habermas expõe o pensamento de F. Michelman que observou na tradição constitucional uma tensão entre o domínio impessoal das leis, fundadas em direitos humanos naturais (concepção liberal) e a auto-organização espontânea de uma comunidade, a qual outorga suas leis por intermédio da vontade soberana do povo, sem a compreensão da existência de direitos pré-políticos ao Estado, uma vez que o direito só encontra a sua base de legitimidade e de sentido dentro do Estado, a partir de uma prática dialógica e discursiva (concepção republicana).

Entretanto, essa tensão, segundo Habermas, pode ser desfeita. Os liberais evocam o perigo de uma tirania da maioria; postulam o primado de direitos que garantem as liberdades pré-políticas e colocam barreiras à vontade do legislador. Os republicanos, por outro lado, dão destaque ao valor da auto-organização dos cidadãos, de tal forma que,

---

<sup>37</sup> Direito legítimo é o que se impõe racionalmente ante uma prática argumentativa. Assim, a substância dos direitos do homem reside no exercício de uma prática dialógica e racional.

<sup>38</sup> Autodeterminação moral no sentido de impessoalidade; de universalidade; de igual apreciação dos interesses do povo.

<sup>39</sup> Auto-realização ética no sentido de pessoalidade; de particularidade; de participação ativa dos sujeitos para a compreensão e formação da soberania do povo.

para uma comunidade política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente.

Nessa perspectiva, o direito deve ser fruto de procedimentos coletivos de deliberação. Cada geração deve estabelecer a sua própria Constituição. A liberdade e a autonomia individual significam que a todo momento os indivíduos podem deliberar sobre o governo e as regras fundamentais que o instituem e limitam.

Em oposição a essas ideias, Habermas resgata o pensamento de Rousseau e Kant, segundo uma concepção que parte da ideia de que os direitos humanos (fundamentais) e o a soberania do povo se interpretam mutuamente.

Mesmo assim, segundo Habermas, os dois filósofos não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos e ficaram aquém de suas próprias intuições. Em uma análise geral, Kant, segundo reflexão feita por Habermas, sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do ideal liberal - ênfase no indivíduo; ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano - ênfase na sociedade.

Segundo a interpretação que Habermas faz de Kant, o sistema de direitos privados subjetivos se legitima a partir de princípios morais, não dependendo da autonomia política dos cidadãos, a qual se constitui apenas a partir da vontade geral (contrato social).

Os direitos fundamentais, que protegem a autonomia privada dos homens, precedem a vontade do legislador soberano. Kant partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que contrariam sua autonomia privada garantida pelo direito natural.

Por isso, era preciso explicar a autonomia política a partir do nexos interno entre a soberania do povo e os direitos humanos. Entretanto, essa linha Kantiana de fundamentação da doutrina do direito, segundo Habermas, não valoriza o contrato da sociedade, afastando-se da inspiração de Rousseau.

A partir de uma leitura republicana da autonomia política, Rousseau parte da constituição da autonomia do cidadão e tenta introduzir um nexos interno entre a soberania popular e os direitos humanos. Assim, sustenta que o exercício da autonomia política não está mais sob a reserva de direitos naturais. O conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular.

Por intermédio de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. De acordo com esta ideia, o exercício da soberania do povo garante também a substância dos direitos humanos. Entretanto, segundo Habermas, a articulação intentada por Rousseau mostrou-se insuficiente, uma vez que ele não soube demonstrar a possibilidade de mediação, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares.

Segundo Habermas, para que isso acontecesse seria preciso um ponto de vista moral, a partir do qual poderia ser avaliado se o que é bom para todos é do interesse simétrico de cada um. Na versão ética do conceito de soberania popular, parece perder-se o sentido universalista do princípio de direito. Tudo indica que o conteúdo normativo do direito humano não pode surgir da gramática de leis gerais e abstratas.

A pretensão de que uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional. E isso apenas pode evidenciar-se sob as condições pragmáticas de discursos de inter-compreensão nos quais prevalece somente a coerção do melhor argumento.

O nexó interno entre soberania do povo e direitos humanos reside, assim, segundo Habermas, no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política - formação discursiva da opinião e da vontade. Nem Kant, nem Rousseau, segundo reflexões de Habermas, conseguem descobrir esse nexó. De acordo com ele, os discursos de entendimento mútuo (arranjo comunicativo) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional.

Por conseguinte, o almejado nexó interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá se o sistema de direitos apresentar as condições sob as quais as formas de comunicação podem ser institucionalizadas juridicamente.

O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos humanos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na

qual a soberania do povo assume figura jurídica. Nesse sentido, Habermas acredita que o liame constitucional seria suficientemente forte para unir os cidadãos de modo a não se estabelecer a oposição, falsa, segundo ele, entre direitos fundamentais pré-políticos, de um lado, e soberania popular, de outro.

### 3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Nas principais democracias contemporâneas, a expansão do Poder Judiciário está associada à consolidação do Estado Democrático de Direito e à propagação dos Direitos Humanos após a trágica experiência vivida na segunda guerra mundial. A partir de então, um novo constitucionalismo emergiu a fim de criar constrangimentos substantivos à arena majoritária, através da imposição de limites à regra da maioria e da ideia de supremacia da Constituição, e proteger os valores humanos e democráticos presentes na Carta Constitucional.

Assim, o Poder Judiciário projeta-se como importante alternativa institucional de proteção desses novos valores do constitucionalismo democrático, representando um tipo inédito e peculiar de espaço público contra-majoritário capaz de, com a ampliação de sua dimensão política, resguardar os ideais de igualdade, liberdade e dignidade humana.

O fenômeno da judicialização da política, que surge nesse contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política, está associado a uma participação mais intensa e ativista do Judiciário na realização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes políticos do Estado. Situações como: aplicação da Constituição a casos não expressamente contemplados em seu texto e independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário<sup>40</sup>; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de política pública<sup>41</sup>; a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em critérios menos rígidos do que os de evidente e

---

<sup>40</sup> O exemplo proposto na realidade brasileira por Luiz Roberto Barroso é o da Fidelidade Partidária, em que o STF declarou que a vaga do Congresso pertence ao partido político, criando, com isso, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar para além daquelas expressamente previstas na Constituição. No mesmo sentido, a extensão realizada pelo STF da vedação de nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, acenou ao ativismo da corte, uma vez que, em nome dos princípios da moralidade e impessoalidade, extraiu o STF uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa. (BARROSO, 2008, p. 7, 8).

<sup>41</sup> O exemplo mais contundente desta realidade é o da distribuição de medicamentos e realização de terapias mediante decisão judicial. Segundo Luis Roberto Barroso, a matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo STF, exceto em pedidos de suspensão de segurança. “Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplivam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.” (BARROSO, 2008, p. 8).

ostensiva violação da Constituição,<sup>42</sup> são exemplos de políticas que se judicializam, denotando a patente postura ativista do Poder Judiciário.<sup>43</sup>

Nos dias atuais, inquestionáveis são as transformações na configuração do sistema de justiça. Novas funções institucionais são desempenhadas pelo Poder Judiciário. As explicações para tal mudança envolvem tanto modificações políticas como sociais nos Estados Democráticos. A primeira tem como referencial a ideia de que o Estado passa por significativas transformações na contemporaneidade. Esta é a visão do autor português Boaventura de Souza Santos que analisa a crise do Estado Providência nos países centrais como o acontecimento que tem o condão de provocar mudanças substanciais no âmbito do Poder Judiciário. No caso dos países considerados periféricos, a crise seria percebida de maneira diversa, mas teria, igualmente, os mesmos componentes visualizados nos países centrais, como a diminuição da intervenção do Estado na esfera econômica e a perda de garantias sociais asseguradas originariamente pelo Estado. (SANTOS *et al*, 1996; WERNECK VIANA, 1999).

A segunda ideia tem como principal referencial as mudanças ocorridas na sociedade. De acordo com essa perspectiva, é a partir da interação e da organização dos homens na sociedade que surge o elemento propulsor de mudanças institucionais; é a partir da emancipação das forças sociais que surgem novas formas de organização judicial. O foco de análise desse referencial centra-se no âmbito dos indivíduos que se transformam em agentes de transformação e construção de novas formas de ação social. (SANTOS *et al*, 1996; WERNECK VIANA, 1999).

Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou conseqüências visíveis na democracia brasileira, que serão a seguir apresentadas.

---

<sup>42</sup> O caso da Verticalização, segundo Luis Roberto Barroso, é expressivo nessa hipótese. O STF “declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral o *status* de cláusula pétreia.” (BARROSO, 2008, p. 8).

<sup>43</sup> Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso considera que a judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos distintos. Segundo o autor, a judicialização é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado pelo Brasil, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o “ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, 2008, p. 6).

### 3.1 DEFINIÇÃO E CONDIÇÕES FAVORÁVEIS A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para uma melhor delimitação do tema, há a necessidade de se estabelecer um marco analítico a partir da distinção entre política e direito. Dworkin considera política como o padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado – em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade; e princípio o padrão que deve ser observado por corresponder a uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Nesse sentido, os argumentos de política justificam uma decisão que avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (sentido teleológico); enquanto que os argumentos (jurídicos, dotados de juridicidade) de princípio o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo (sentido deontológico). (DWORKIN, 2002, p. 36-50)

Partindo dos marcos teóricos dessa distinção, a judicialização da política é o fenômeno pelo qual questões políticas, deliberadas no âmbito do Legislativo ou Executivo, passam a ser decididas nas arenas judiciais a partir de argumentos jurídicos, ou na linguagem de Dworkin, a partir de argumentos de princípios. Com essa definição, delimita-se que a judicialização circunscreve-se tanto às políticas públicas, quanto ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma espécie de extensão da lógica racional-legal do mundo jurídico à política. A judicialização da política diferencia-se da politização do judiciário, que consiste na introdução de elementos e argumentos políticos no interior do sistema e do discurso judicial, através da extensão da lógica político-partidária ao processo de tomada de decisão judicial.<sup>44</sup>

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de

---

<sup>44</sup> Segundo J. A. G. Griffiths, jurista da *London School of Economics*, crítico da prática judicial britânica, apresenta o fenômeno da politização do Judiciário ao afirmar que os juízes, em muitos casos, decidem politicamente, a despeito do entendimento estabelecido de que não deveriam fazê-lo. Segundo o autor, muitas decisões recentes da Câmara dos Lordes foram tomadas a partir de argumentos políticos, apesar do esforço do tribunal para dar a impressão de que as decisões eram proferidas com base em argumentos e fundamentos jurídicos, e não em fundamentos políticos. Segundo ele, há casos em que os juízes nem sequer têm consciência de que estão impondo uma posição política e contrariando a visão oficial de sua função. Mas o fato é que, consciente ou inconscientemente, os juízes adotam uma postura de politização do Judiciário ao decidirem a partir de decisões políticas em muitos casos apresentados no tribunal. (GRIFFITHS, 1991)

intervenção dos tribunais na arena política (MACIEL; KOERNER 2002, p. 117), através da efetiva participação no processo referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas - a política se judicializa com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado.

Com o fenômeno da judicialização da política percebe-se uma certa aproximação entre o direito e a política, bem como uma mitigação ao conceito de legitimidade democrática, compreendida como representação originária do povo nas urnas capaz de legitimar a atuação dos poderes políticos constituídos, ampliando-se tal fundamento democrático para a realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o político passa a ser processado pelo jurídico com o pretexto de assegurar a respeitabilidade dos direitos fundamentais e da Constituição.

C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder definiram a judicialização da política como o fenômeno de transferência de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais (*“from without”*); bem como a propagação dos métodos judiciais de decisão para fora das cortes de direito propriamente ditas (*“from within”*). (TATE e VALLINDER, 1995).

Os autores, ao investigarem o expansionismo judicial na arena política, analisaram os fatores que impulsionaram o crescimento da dimensão política dos juízes. Segundo eles, a expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, resultado do desenvolvimento histórico das instituições democráticas, está associada ao fim do comunismo no leste europeu e à conseqüente queda da União Soviética; à hegemonia dos Estados Unidos da América, que propiciou a difusão do funcionamento institucional do sistema jurídico norte-americano de revisão judicial (*judicial review*).

Dessa forma, o modelo de revisão judicial contemplado neste país tornou-se o paradigma de controle judicial a ser seguido por outros países, especialmente, pelas novas democracias. Segundo os autores, na Europa os direitos humanos tiveram, também, um papel fundamental, por ter disseminado a judicialização nos mais diversos países da região, sendo a difusão do poder judicial entendida como um avanço na ideia de limites jurídicos impostos pelo Estado à sociedade, inclusive ao próprio Estado.

Neal Tate, ao analisar esse fenômeno, estabeleceu as condições necessárias ou facilitadoras ao surgimento do processo de judicialização da política. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 27-36),

São elas:

- 1- a institucionalização de uma ordem democrática;
- 2- a separação dos poderes do Estado e a independência do Judiciário;
- 3- a universalização do acesso ao sistema de justiça;
- 4- a existência de uma Constituição (política de afirmação de direitos) que explicita direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria;
- 5- o uso dos tribunais por grupos minoritários de interesse para a realização de seus direitos;
- 6- o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política;
- 7- a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política. Tal ineficácia tem-se materializado na ausência e/ou insuficiência das políticas públicas acertadas na arena política e na debilidade dos partidos políticos em governar com a maioria do Parlamento, gerando, com isso, uma espécie de crise de governabilidade e paralisa no processo decisório, o que culmina, quase sempre, em demandas ao Poder Judiciário;
- 8- as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, o custo político de uma decisão polêmica (trata-se de um ato de renúncia à prerrogativa de decidir a fim de evitar o enfrentamento direto com questões fortemente controversas e de grande magnitude e impacto à sociedade).

Mas, ressalta-se que esse fenômeno possui características diversificadas de acordo com as especificidades vivenciadas em cada país, não possuindo, pois, uma moldura inflexível ou fórmula genérica capaz de acolher todas as formas possíveis de manifestação da judicialização da política no interior de uma estrutura única, modular e hermética. Cada país possui as suas peculiaridades próprias (estrutura institucional, formação histórica, configuração da Carta Constitucional), não sendo capaz de seguir linear, simultânea e

sincronicamente o modelo de judicialização seguido por outros países de tradições espaço-temporal distintas. (VERBICARO, 2008a, p. 389-405)

Nos países anglo-saxões, em virtude da estruturação do sistema jurídico da *Common Law*, o ativismo judicial e a judicialização da política constituem prática corrente. Nesse contexto, o Judiciário é concebido como portador de um considerável poder de criação do direito, através dos precedentes, e como guardião dos direitos fundamentais. Já nos países cujo sistema jurídico tem origem no direito romano-germânico da *Civil Law*, (América Latina e Europa Continental), o papel atribuído ao Judiciário sempre foi mais restrito.

Essa origem (romano-germânica) gera uma tradição cultural essencialmente caracterizada por uma tendência à auto-restrição dos juízes, por um mecanicismo interpretativo e por uma concepção formalista da ciência jurídica. Por isso, fala-se em um juiz funcionário (burocrata estatal) que realiza, simplesmente, um mecânico processo de aplicação de normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos, a fim de garantir a certeza nas relações jurídicas.

Ocorre que há, segundo constata Cappelletti, uma tendência cada vez maior de convergência do sistema da *Common Law* com o sistema da *Civil Law*, aproximando as tradições da Europa Continental com as da cultura Anglo-saxã, secularmente distanciadas entre si.

Tal tendência associa-se ao crescimento do caráter legislado do direito anglo-saxão; à reformulação da teoria da separação dos poderes concebida por Montesquieu no sistema da *Civil Law*; à aproximação com o modelo de *checks and balances* dos federalistas americanos, que concebem os juízes como guardiões dos direitos fundamentais e não simples operadores das leis e da certeza jurídica. (CAPPELLETTI, 1999)

### 3.2 AS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

No contexto brasileiro, pode-se dizer que a Constituição de 1988 possibilitou o surgimento e a consolidação do fenômeno da judicialização da política, ao inserir o Judiciário em um contexto de protagonismo e de visível ampliação de suas responsabilidades institucionais. Ainda que no início do Estado Social no Brasil (1930) houvesse mecanismos de defesa judicial, os períodos autoritários limitaram o envolvimento do Judiciário na esfera política. Assim, o marco da judicialização da política no Brasil é a Constituição democrática e cidadã de 1988.

Nota-se que a judicialização da política, com distinções e singularidades próprias a cada realidade histórica, é um fenômeno empiricamente verificável nas democracias contemporâneas, comumente solidificada sob os argumentos de supremacia constitucional, necessidade de um controle judicial das leis a fim de garantir a manutenção de regimes democráticos, de um núcleo substancial de direitos intangíveis (os ditos direitos humanos) e do império do direito a partir do controle a ser exercido na arena majoritária.

No contexto brasileiro, grande parte das condições facilitadoras da judicialização da política pode ser identificada, especialmente, a partir do processo de redemocratização e reconstitucionalização do Brasil, após sucessivos períodos de autoritarismo.

Aliado aos fatores globais que contribuem à judicialização da política como fenômeno empiricamente verificável nas democracias contemporâneas, outros, decorrentes de condicionamentos e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social brasileira, bem como transformações sofridas pelo próprio sistema legal na função jurisdicional, propiciaram o surgimento e a consolidação desse processo de intervenção do Poder Judiciário em assuntos políticos. Dentre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras desse processo, destacam-se as seguintes:

- 1) A promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe mudanças valorativas ao direito; atribuiu crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a existência e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre os quais

destacam-se: a liberdade de expressão, a liberdade de associação, o pluralismo político, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o sufrágio universal, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o bem estar, a justiça e o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais e garantias a sua efetiva proteção jurídica por intermédio de novos instrumentos processuais (como: a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção).

A existência de uma Constituição social, democrática e compromissária que explicita direitos e valores a serem resguardados pelo Estado e que possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos sociais que se sintam lesados pelo descumprimento de seus direitos, é um marco a justificar um Judiciário capaz de inserir-se na arena política (jurisdicização dos conflitos sociais e políticos) a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional.

Uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos e uma prática jurídica que, reiteradamente, nega a efetivação de tais direitos, exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental realizadora dos valores substanciais presentes em seu texto e capaz de garantir o elo conteudístico de união da política (pública governamental do Estado) ao núcleo político e valorativo do contrato social expresso na Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais e cujo sentido só pode ser alterado a partir de uma ruptura institucional.

2) A universalização do acesso à justiça (CAPPELLETTI, 2002). A exata compreensão do acesso à justiça, que se transformou em direito fundamental do cidadão nas modernas democracias, deve abranger tanto a acessibilidade do sistema a todos os indivíduos que necessitem da tutela estatal, quanto o bom funcionamento da estrutura judiciária, proporcionando aos cidadãos a produção de resultados socialmente justos. O efetivo acesso à justiça é indispensável à materialização do fenômeno da judicialização da política.

Referida concepção de acesso à justiça vem sofrendo significativas transformações. Nos Estados Liberais, a sistemática adotada para a solução de conflitos surgidos em sociedade era essencialmente individualista. A justiça estatal, em pleno

liberalismo econômico e social, só podia ser disponibilizada àqueles poucos com capacidade econômica suficiente a enfrentar os seus custos.

À essa época, consagrava-se o acesso meramente formal à justiça, mas não o efetivo e esperado acesso. Visualizava-se, pois, um Estado passivo ante a violação de direitos e a sua consecutória reparação. Com isso, o sistema jurisdicional encontrava-se alijado dos reais anseios da maior parte da população.

A partir da crise dos Estados Liberais, com a conseqüente intervenção do Estado no domínio econômico e social, tornou-se imperativo que as sociedades modernas e inclusivas não mais adotassem a visão essencialmente individualista de direitos, mas uma concepção coletiva de acesso à prestação jurisdicional, de maior amplitude em relação aos interesses meramente individualistas. Para tanto, tornou-se necessária a atuação positiva do Estado para o asseguramento de todos os direitos fundamentais dos seres humanos.

Em decorrência dessa perspectiva, o direito ao efetivo acesso à justiça tem sido progressivamente elevado a patamar de importância fundamental no ordenamento jurídico das modernas democracias, a fim de assegurar condições necessárias a garantia de reparação de todas as espécies de direitos porventura violados.

O acesso à justiça pode, portanto, ser concebido como indispensável a um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, 2002, p. 12)

Ressalte-se que um verdadeiro acesso à justiça apenas pode ser concretizado ante a existência de mecanismos que preconizem a efetividade processual, concebida como a maior aproximação ou mesmo acoplamento mais perfeito entre o direito material e o direito processual, por intermédio de uma concepção mais humana e social do processo, em prol dos verdadeiros anseios da sociedade.

Como conseqüência dessa imperiosa necessidade de tornar a sistemática processual mais célere, em consonância com o acesso à justiça, e em razão do próprio modo de ser do processo, essencialmente formalista e introspectivo, é que se tem proposto, na doutrina processualista, novas perspectivas metodológicas ao direito processual,

pautadas na consciência da instrumentalidade<sup>45</sup> e na perspectiva publicista do processo. (DINAMARCO, 2002, p. 17-25)

A concepção instrumentalista do processo é marcada por uma verdadeira mudança de premissa metodológica. Afastou-se da concepção puramente introspectiva e essencialmente técnico-dogmática e aderiu-se a uma visão crítica, teleológica e deontológica, em prol de uma estrutura sistemática que preconize a universalização, celeridade e efetividade na entrega da prestação jurisdicional. O processo passou a ser concebido como instrumento de cunho eminentemente ético, influenciado agora, não apenas por valores metafísicos, mas por valores axiológicos, sociais e políticos sobre os quais repousa a dinâmica da sociedade.

A perspectiva publicista do processo é a tendência metodológica da atualidade, favorecida pelas influências constitucionais dos Estados Democráticos e pelo apuro técnico das instituições processuais que trata o processo como instrumento à serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial, em oposição ao intenso privatismo inerente ao estágio de sincretismo tradicional.

Importante aporte ao aperfeiçoamento dessa nova premissa metodológica da sistemática processual é a relação direito constitucional *versus* direito processual, denominada direito processual constitucional.<sup>46</sup> Essa interação preconiza uma análise

---

<sup>45</sup> A doutrina processualista defende a existência de três fases metodológicas na história do direito processual: sincretismo, autonomista e instrumentalista. A fase do sincretismo era marcada por uma visão plana do ordenamento jurídico. Caracterizava-se por uma verdadeira simbiose entre direito substancial e processual, sendo o processo considerado mero conjunto de formas destinadas a servir de meio para o exercício de direitos. Sob essa perspectiva, a ação era tratada como um instituto eminentemente privado, inerente ao direito subjetivo material que, uma vez lesado, estaria apto a favorecer a reparação da lesão sofrida em juízo. Consequentemente, não se vislumbrava a autonomia da relação jurídica processual ante a relação de direito substancial. Na segunda fase denominada autonomista chegou-se a autonomia científica do direito processual, sendo estabelecidos os conceitos, premissas metodológicas e estruturas do sistema processual. No entanto, prevaleceu nessa fase uma visão eminentemente introspectiva da sistemática processual, alheia à dinâmica da realidade social e às pressões axiológicas exteriores. O processo, nos moldes dessa concepção, era visto como simples instrumento técnico de realização do direito material, estranho aos influxos humanísticos da sociedade. Ante a insuficiência e tecnicismo dessa perspectiva processualista, chegou-se a terceira e atual fase metodológica do direito processual, a fase instrumentalista do processo. (DINAMARCO, 2002, p. 17-25)

<sup>46</sup> Essa relação entre processo e Constituição desenvolve-se de acordo com dois sentidos vetoriais, a saber: a) a tutela constitucional do processo que visa conformar os institutos e princípios processuais à ordem constitucional. No âmbito do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da jurisdição, garantia essa preconizada no texto constitucional e importada à sistemática processual. O processo precisa, sob a égide da tutela constitucional do processo, refletir as bases do regime democrático do Estado-de-direito; b) a jurisdição constitucional caracteriza-se pelo conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição para a prevalência dos valores que ela própria abriga; compreende, pois, o processo como meio necessário à garantia dos direitos assegurados constitucionalmente, incluindo-se o controle judiciário da legalidade e

constitucional dos institutos advindos da ciência processual, possibilitando, como conseqüência, a transformação do processo em verdadeiro instrumento à efetiva garantia constitucional do acesso à justiça, da liberdade e igualdade material.

Trata-se essa relação de uma posição instrumentalista, uma vez que dota o processo de garantias de respeito à ordem constitucional e o conduz à realização efetiva dos resultados que espelham a opção sócio-política e as linhas ideológicas eleitas pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional.

Assim, sob o prisma da instrumentalidade processual não há mais que se conceber o processo como um mero instrumento técnico e formal e o direito processual como uma ciência neutra em face das opções ideológicas do Estado. Essa neutralidade axiológica não mais tem espaço ante às atuais perspectivas metodológicas da ciência processual que preconizam o comprometimento axiológico das instituições processuais a fim de se garantir o acesso à justiça.

3) A estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), com o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento a cada um dos poderes, o que propicia maior respeitabilidade as suas decisões e/ou atuação. Nos regimes tripartites, o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do estado. Dessa forma, o Judiciário age tanto como um poder legislador negativo, quando suspende a eficácia da norma ou parte dela; como atua, também, como legislador positivo, quando interpreta, aplica e define o sentido e a abrangência do texto normativo.

4) A existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas (fatores de indeterminação do direito), em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica.

A expansão do poder judicante nas sociedades contemporâneas é um fenômeno que marcou o final do século passado, tendo o seu maior realce na Assembléia Constituinte, momento em que os representantes do povo elaboraram uma Carta Constitucional com

---

constitucionalidade das leis e dos atos normativos da Administração, em respeito à supremacia da Constituição. (DINAMARCO, 2002, p. 17-25)

textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas nas matérias mais palpitantes.

Isso se deu em virtude da ausência “de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo” e de dar um mínimo de unidade, certeza, univocidade e coerência à ordem constitucional. Como alternativa, recorreu-se a normas que permitissem ulteriores complementações e/ou valorações em seu sentido normativo. Como consequência, o Judiciário teve sua discricionariedade e seu protagonismo ampliados, “sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político (FARIA, 2003).”

Nesse contexto, percebe-se uma sensível diminuição do rigor e da estrita subsunção do juiz a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação. Verifica-se, pois, a ampliação das hipóteses em que os juízes são chamados a valorar autonomamente as normas constitucionais (e também as normas infraconstitucionais) e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao legislador.

Tal mudança enfatiza as especificidades, peculiaridades e singularidades do caso concreto, o que propicia condições de possibilidade para uma análise equitativa e fundada em preceitos de uma justiça social e distributiva; mesmo que em nome de um certo déficit de certeza, previsibilidade, univocidade e exatidão da ordem jurídica.

Seguindo essa tendência, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Carta Constitucional de 1988, depara-se com diversos modos de expressão legislativa que fazem com que o órgão aplicador do direito adquira certa autonomia em face da lei. São eles: os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as normas programáticas (ENGISCH, 1996, p. 208-231).

Com a existência desses fatores de indeterminação do direito, o órgão julgador passa a ser chamado a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente por meio da formal subsunção do fato à norma, mas através de valorações e da adaptação da norma à dinâmica da realidade social. Nesse sentido, o juiz fortemente vinculado à lei é substituído por um juiz modelador da vida social, com sensibilidade para captar e atender as múltiplas necessidades sociais.

Os tribunais desvinculam-se, assim, das garras da estrita vinculação à lei. Mas, é importante esclarecer que esses conceitos desvinculantes não permitem ao juiz uma total e irrestrita liberdade de julgamento. Há molduras e pautas normativas que devem ser respeitadas no momento da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto.

5) A crise do paradigma positivista e do modelo formalista de interpretação, comandados por rígidos cânones e por intérpretes dotados de especial autoridade. Tal crise proporcionou mudanças significativas na hermenêutica jurídica e passou a questionar a teoria da interpretação como dedução puramente lógica e formal do texto normativo. Tal mudança ampliou consideravelmente o poder e as responsabilidades do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas.

A partir da percepção da crise do formalismo interpretativo e da correspondente ruptura paradigmática no ato de compreensão e de interpretação do direito, o ato de criação normativa - positivação do direito - passa a ocorrer não apenas no momento de deliberação majoritária pelo poder institucionalmente constituído e democraticamente eleito para tanto (arena política do Legislativo), mas também pelo próprio Poder Judiciário, no instante em que se dá o julgamento do caso concreto submetido a sua apreciação (DWORKIN, 1999).

Isso conduz a uma relativização do momento de positivação do direito e uma conseqüente mudança nos tradicionais pressupostos da dogmática jurídica, que concebem o ato judicante como um simples ato conclusivo de aplicação do fato à norma previamente elaborada, e não como elemento de criação do sistema jurídico.

Com um papel mais participativo, o Judiciário não cria formalmente a lei, mas a interpreta construtivamente. Assim, não há que se falar em criação legislativa por parte do juiz. Fala-se em interpretação construtiva da lei, em processo interpretativo produtivo, não meramente reprodutivo, respeitada a devida separação de funções existente entre os poderes. (VERBICARO, 2008b)

Esse processo interpretativo, ao romper com o mito da neutralidade do intérprete outrora defendido como dogma pelo positivismo jurídico, sustenta a necessidade de se considerar a pré-compreensão do intérprete. O juiz interpreta a norma a partir de seus juízos pré-elaborados de conhecimento, a partir de seus valores, convicções elaboradas pela sua existência no mundo. O intérprete não é, pois, um ser neutro, a-histórico, a-existencial, a-temporal, a-social, a-cultural. O intérprete vive no mundo, ele está no mundo, ele

concebe/compreende o mundo por meio de lentes ideológicas. Ao interpretar uma norma ele não se afasta desse mundo existencial de conhecimento, ao contrário, ele associa-se à articulação hermenêutica da norma a partir de uma pré-compreensão, o que afasta, peremptoriamente, a ideia dedutivista de interpretação como simples subsunção do fato à norma; como operação lógica de subsunção do individual sob os conceitos do geral. O sentido da norma extrai-se a partir da vivência do intérprete no mundo no qual está inserido. Não há, pois, um sentido ontológico a priori de existência da norma. Seu sentido é um acontecer; é um incessante construir.

Acerca do assunto, Cappelletti analisa o grau de criatividade da função jurisdicional. A questão nuclear de sua obra é saber se o juiz é um mero intérprete-aplicador do direito ou se participa, efetivamente, da atividade de criação do direito. O autor parte do pressuposto de que qualquer interpretação do direito traz em si alguma medida de criatividade, o que não pode ser confundida com total liberdade do intérprete. (CAPPELLETTI, 1999, p. 76-92)

Segundo Cappelletti, a intensificação de tal atitude criativa do Poder Judiciário constitui um fenômeno típico do século XX, com a constituição do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), que alterou sensivelmente os princípios que regem a interpretação judicial, que passou a se utilizar de uma maior criatividade na interpretação e aplicação das leis, em detrimento de um comportamento conservador de apego à letra (fria) da lei.

Nesse contexto, o formalismo jurídico foi aos poucos cedendo espaço para uma maior criatividade dos juízes, ante os novos papéis assumidos pelo direito e pelo Estado. O Poder Judiciário, então, detentor de uma postura mais ativa e criativa no sistema democrático, passa a intervir em conflitos não apenas de natureza privada, mas também no controle dos poderes políticos.

Ronald Dworkin, ao abordar o tema, defende que os juízes exercem fundamental importância à construção e reconstrução do direito. Segundo o autor, à busca da racionalidade na aplicação do direito, deverá o julgador, mesmo nos casos difíceis, construir um raciocínio jurídico caracterizado por um exercício de interpretação construtiva.

Esta ideia de interpretação construtiva se explica através da analogia que Dworkin faz do juiz com o crítico literário que ao mesmo tempo é autor. Como autor ele

vai continuar a escrever uma história já iniciada por outro, mas, ao mesmo tempo, fazendo uma crítica na medida em que interpreta o que já fora escrito. Nesse sentido, deverá o juiz levar em consideração o passado ao mesmo tempo em que se projeta para o futuro para chegar à melhor justificação possível da prática jurídica como um todo. Essa atividade construtiva consubstancia o direito como integridade.

O Direito como integridade concebe o Direito como um modo de aperfeiçoamento da comunidade política, mediante o aprofundamento de seu fundamento moral e a reinterpretação construtiva de sua tradição jurídica. Recusa a ideia do Direito como convenção porque considera que a ordem de direitos e responsabilidades decorre da própria convivência social e política, e não de um estabelecimento arbitrário. Recusa o raciocínio pragmático-utilitarista, porque distingue claramente o raciocínio jurídico do político, não subordinando questões de moral política a considerações teleológico contextuais. Recusa, também, a dualidade entre descobrir (criar) um direito pré-existente (como no convencionalismo) e inventar um direito novo (como no pragmatismo), porque entende que a prática jurídica é mais bem compreendida quando se reconhece que as decisões judiciais fazem ao mesmo tempo as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 1999, p. 275-279)

À luz desse procedimento, o direito deve almejar a integridade, de modo a se formar um Estado ou uma comunidade que não seja regida apenas por regras, mas também por princípios que são exigências da moralidade política. Os princípios devem, assim, ser a base das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em nome da preservação dos direitos e garantias individuais contemplados nas democracias contemporâneas. Dworkin demonstra, assim, como obter racionalidade nas decisões jurídicas recorrendo aos princípios. Os princípios, segundo o autor, estão fundamentados no próprio conceito de interpretação construtiva. (DWORKIN, 1999, p. 271-331)

Ao conferir esse sentido de validade deontológico aos princípios jurídicos, Dworkin critica e afasta a função discricionária dos juízes defendida pelos positivistas,<sup>47</sup> uma vez que ela não resguarda, de forma ótima, o respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>47</sup> Dworkin, em uma das várias críticas efetuadas ao positivismo, demonstra sua discordância à tese da discricionariade judicial. Para os positivistas, caso não haja uma norma exatamente aplicável, o juiz deve decidir discricionariamente. Sustentam eles que o direito não pode oferecer resposta a todos os casos que se propõem. (DWORKIN, 2002, p. 46-50)

Enuncia, portanto, a tese da resposta correta ao direito - propugna que o sistema jurídico tenha uma função garantidora de direitos. Nega que os juízes tenham ampla liberdade para criar o direito através da edição de normas a serem aplicadas retroativamente aos casos concretos, em virtude da ausência de legitimidade democrática para tanto. Os juízes desenvolvem, segundo ele, uma interpretação construtiva; não uma interpretação absolutamente inovadora, criativa e subjetivista.

Destarte, caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos individuais ficam desprotegidos - à mercê (do arbítrio) dos juízes. Sendo assim, para a garantia dos direitos fundamentais, Dworkin defende, contrariamente ao positivismo que ante o caso difícil abandona o problema à irracionalidade e ao sentimento subjetivo do juiz, a certeza do direito por intermédio de uma busca de racionalidade - critérios objetivos de justificação do direito.

Através do Direito como integridade (e sua interpretação construtiva), chega-se, segundo Dworkin, a uma interpretação a ser aplicada ao caso concreto. Não aceitar a possibilidade de se chegar a uma interpretação correta do Direito significa a negação de sua força normativa, abrindo-se espaço a decisionismos e arbitrariedades, incompatíveis com a preservação e respeito aos direitos fundamentais contemplados pelos ideais democráticos.

6) A ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal, que passou a participar da arena política de resolução de conflitos constitucionais através do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Essa dimensão da capacidade dos tribunais em efetuar o controle de constitucionalidade das leis é de fundamental importância no que se refere à inserção do Poder Judiciário no sistema político (MAUÉS; LEITÃO, 2003, p. 7). Trata-se de um importante indicador da relevância atribuída ao Poder Judiciário no interior do sistema político de poder.

No Brasil, tanto os juízes de primeiro grau, através do controle difuso de constitucionalidade (de inspiração norte-americana), como o Supremo Tribunal Federal, com o controle concentrado de constitucionalidade (de inspiração austríaco-Kelsiana), estão autorizados, constitucionalmente, a intervir, quando solicitados, no controle das leis e no processo de elaboração e de implementação de políticas públicas, a partir de uma atuação limitadora da ação dos outros poderes do Estado.

O controle difuso de constitucionalidade, ou controle por via de exceção, é aquele em que todo e qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade das leis no julgamento do caso concreto. Nesse modelo de controle, a lei declarada inconstitucional tem eficácia *inter partes* e continua a integrar o ordenamento jurídico, sendo afastada, apenas, no caso específico submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Percebe-se o obstáculo que pode representar à ação intervencionista ou reformista do Estado a existência do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que atribui aos juízes de instâncias inferiores ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal como órgão de revisão de última instância, a prerrogativa de interpretar e controlar a constitucionalidade das leis. O controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, terá eficácia *erga omnes*, ou seja, validade universal, fazendo com que a lei declarada inconstitucional seja afastada do ordenamento jurídico.

Trata-se de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade que outorga ao Poder Judiciário, especialmente ao Tribunal Constitucional, uma posição de destaque à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, propiciando condições facilitadoras ao surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil.

A existência de um efetivo controle de constitucionalidade, inevitavelmente, favorece a existência de políticas judicializadas, na medida em que efetua um controle judicial das leis e de políticas públicas, à luz da Constituição e da interpretação que os juízes fazem de seu sentido normativo. A identificação desse fundamento constitucional atinente ao controle de constitucionalidade é, pois, critério fundamental à inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder, uma vez que permite que discussões de grande alcance político sejam trazidas para a análise do Poder Judiciário.

7) A permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias em situações de relevância e urgência, sem que haja o estabelecimento de limites claros e precisos quanto ao seu uso, estabelece um vasto campo de possibilidades para a produção legislativa por parte desse poder e amplas possibilidades para o descumprimento dos preceitos constitucionais (CAREY, SHUGART, 1998).

Ocorre que, como o texto constitucional impõe limites ao poder político e atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade para efetuar a fiscalização dos atos

deliberados pelos outros poderes (controle de constitucionalidade), garante-se a respeitabilidade às instituições democráticas e a abertura de um espaço institucional facilitador da judicialização dos conflitos políticos.

8) A ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e a agir em defesa de direitos coletivos em sentido lato (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito). As recentes reformas processuais estão cada vez mais permitindo o alargamento das hipóteses de legitimação para agir nas ações coletivas, possibilitando aos cidadãos amplo acesso à defesa de seus direitos individuais e coletivos.

A ampliação da legitimidade ativa à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade propiciou um considerável acréscimo na importância do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ampliação de legitimidade, especialmente à concedida aos partidos políticos para requererem o controle e a revisão de atos políticos deliberados na arena majoritária, proporcionou um processo de fiscalização na elaboração e na execução de políticas públicas pela oposição política ao governo.

Verifica-se, nesse contexto, a inserção do Poder Judiciário na arena política, na medida em que as oposições partidárias judicializam o processo legislativo e executivo a fim de limitar e/ou bloquear as políticas governamentais do Estado, incompatíveis com a Constituição.

Mas, essa atuação dos partidos políticos no controle de constitucionalidade dos atos normativos tem limites. Os partidos políticos são autorizados, constitucionalmente, a propor ADIn perante o Supremo Tribunal Federal contra atos do Executivo e Legislativo violadores da Constituição; entretanto, não estão autorizados a converter o Tribunal Constitucional em uma terceira “Casa Legislativa”, capaz de reverter as decisões tomadas na arena majoritária, mas não acatadas pela minoria parlamentar vencida.

Nota-se que a oposição judicializa o processo legislativo com a intenção de reverter o que outrora perdeu no processo político convencional. Esse comportamento seria um ato de violação à Constituição, uma vez que implicaria em desrespeito “à regra da maioria e uma tentativa de estabelecer limites às decisões do legislador democrático em matérias nas quais a Constituição não os impôs.” (MAUÉS; LEITÃO, 2003, p. 7).

9) Na realidade econômica brasileira, o capitalismo tardio e a veloz modificação da base econômica foram fatores que, em grande medida, favoreceram a dimensão política do Judiciário na democracia brasileira.

A veloz modificação da base econômica do Brasil foi resultante de processos de modernização e desenvolvimento econômico acelerados, que converteram, em 50 anos, uma sociedade predominantemente agrária em uma sociedade industrializada, complexa e urbana, caracterizada pela instabilidade institucional e pela crescente desigualdade social. Esse modelo se justifica pela forma tardia, mas intensa e acelerada, em que se deu o processo de industrialização e o desenvolvimento do capitalismo no Brasil.

O processo de modernização e industrialização da economia brasileira iniciou-se a partir da década de 40 do século XX e teve como principal agente indutor o Poder Público, ao contrário do que se verificou nos países europeus, em que a industrialização e o capitalismo foram incentivados pelo mercado. Tal forma de indução da industrialização e do capitalismo brasileiros se deu em virtude de uma somatória de fatores, entre os quais destaca-se: a incapacidade da sociedade brasileira em formar poupança interna e a falta de uma elite capaz de conduzir esse processo de transformação da base econômica do Brasil. Nesse sentido, o Estado brasileiro atuou diretamente a fim de desenvolver estímulos fiscais, garantias de captação de recursos externos, reformas estruturais na legislação brasileira, etc.

Apontam-se como conseqüências desse processo tardio, mas intenso e veloz, de modernização à (des) estruturação do Estado brasileiro: a veloz alteração da ocupação geooocupacional, que transformou o Brasil de um país essencialmente rural em um país urbano, mas que, em virtude da velocidade desse processo, incitou verdadeira desestruturação social pela ausência de políticas públicas e de logística nas cidades para adaptar-se ao ligeiro processo de industrialização, urbanização e migração; mudanças geo-econômicas; choques culturais; crise fiscal do Estado; crescentes crises e conflitos sociais; instabilidade institucional; crescente desigualdade social.

Tais conseqüências refletiram diretamente na formação da conflituosidade social e na própria demanda por justiça na sociedade brasileira, o que explica, em parte, o crescimento quantitativo e qualitativo de demandas sobre o Poder Judiciário e a maior percepção de sua importância e dimensão política no contexto de uma sociedade desestruturada social e economicamente.

10) O agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX constitui outro fator de destaque ao aumento de visibilidade política ao Judiciário. Tal se deu no período de recessão, estagnação e inflação galopante que o Brasil viveu a partir do governo Geisel em 74, após anos de milagre econômico proporcionado por um programa de intensificação do crescimento idealizado pelo economista, então Ministro da Fazenda, Delfim Netto (1967-1973), que possibilitou o crescimento do PIB a taxas de 10% ao ano nos Governos Costa e Silva e Médice. (SKIDMORE, 1988, p. 409-489)

O ciclo de crescimento econômico deveu-se, em grande parte, à conjuntura excepcionalmente favorável no plano internacional, que contava com um excesso de liquidez (muitos dólares a procura de mercados de aplicação). Com Geisel na Presidência, esse modelo de desenvolvimento deu sinais de esgotamento, indicando que a ditadura não poderia ser mantida amparada pelos elevados índices de crescimento econômico, dada a nova conjuntura internacional e a perda de legitimidade.

Alguns fatores ocorridos na ordem econômica internacional contribuíram para que o Brasil vivesse uma fase de desaceleração do crescimento. O alto custo provocado pela guerra do Vietnã aos Estados Unidos forçou o governo norte-americano a emitir moeda. Com a balança comercial deficitária e o excesso de dólares, houve uma sensível desvalorização da moeda. Assim, os investidores passaram a vender seus dólares em um evidente ato especulativo contra a moeda norte-americana. Em 1971, o Presidente Nixon anunciou o abandono da conversibilidade do dólar e desvalorizou o câmbio (com o câmbio flutuante, deixa-se o valor do dólar variar em relação às demais moedas).

Com isso, os EUA romperam unilateralmente com os acordos de Bretton Woods - acordo firmado em 1944, em que os países vencedores da segunda guerra mundial definiram uma série de regras e criaram instituições reguladoras do comércio mundial. Uma das medidas foi o estabelecimento de um preço fixo do ouro em dólar, transformado-o em moeda internacional. Essa relação invariável era essencial para a estabilidade das relações comerciais entre as nações.

Com a quebra do acordo, houve um forte impacto sobre a economia brasileira. Isso porque, com a valorização do dólar, os preços dos produtos e serviços cotados nessa moeda aumentaram. Como consequência, o Brasil viveu uma forte pressão inflacionária, um crescente déficit na balança comercial e um aumento da dívida externa. Soma-se a esse

evento, a crise do petróleo (1973-1979), que, igualmente, gerou impactos nas economias internacionais, especialmente com o aumento da dívida externa brasileira.

No âmbito econômico, o Ministro do Planejamento Mário Simonsen, assessor econômico de Figueiredo, diagnosticou a desaceleração da economia (alta taxa de inflação). Após 11 anos ininterruptos de crescimento, a sociedade não estava preparada para ouvir a notícia de que o milagre chegara ao fim. O Ministro manifestou-se no sentido de que a economia tinha que reduzir o seu ritmo para que o Brasil não fosse atingido por uma inflação galopante e por grave crise cambial.

Com essa medida impopular e ante o diagnóstico favorável anunciado por Delfim Netto, que defendeu a ideia de um novo milagre para manter o crescimento do país, Mário Simonsen renuncia o cargo. Delfim Netto o assumiu em 1979. Ao assumir o Ministério, elaborou o III Plano Nacional de Desenvolvimento. Prometeu crescimento econômico mesmo diante do quadro de estagnação internacional. Segundo Skidmore, o que surpreende dessa análise econômica é a suposição (ingênua) de que o Brasil poderia escolher entre aceitar ou recusar uma redução no ritmo de crescimento. (SKIDMORE, 1988, p. 409-489)

Em 1981, o PIB brasileiro acusou um declínio de 1,6%, a inflação cresceu à taxa de 95% e a dívida externa acusava 61,4 bilhões. Em 1984 o Brasil vivia o seu quarto ano sucessivo de declínio econômico. Seu PIB, em termos per capita, caíra 10% entre 80 e 83. Os anos de progresso foram devorados pela crise. Delfim apostou em um aumento ainda maior dos empréstimos externos para financiar o déficit em conta corrente.

Eram inúmeros fatores negativos com que o Brasil se defrontava. Pressionado pelos credores, o FMI impôs ao Brasil um duro ajuste da economia: desvalorização cambial, elevação da taxa de juros, estímulo à exportação, corte nos gastos públicos e arrocho salarial. Em 1983, o governo Figueiredo assinou uma carta de intenções com o FMI, pela qual o Brasil se comprometia a cumprir metas especificadas de política fiscal e monetária. O intenso crescimento econômico chegara ao fim.

Para tentar administrar a crise, inúmeras medidas de impacto foram adotadas em prejuízo dos direitos dos cidadãos. O desrespeito aos direitos constitucionais e a ineficácia dessas políticas macroeconômicas provocou intensa procura dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de restabelecer seus direitos fundamentais violados e/ou não

implementados pelo Poder Público, o que reforça o aumento da visibilidade política e institucional do Judiciário em um cenário de crise econômica e de violação aos direitos dos indivíduos.

11) A existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos, o que demonstra a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada, especialmente após a democratização do país.

Nota-se um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas, dos atores sociais no sentido de acionarem o Poder Judiciário na defesa de seus direitos e contra atos praticados pelos poderes públicos ou mesmo omissões dos poderes estatais na garantia dos direitos constitucionais.

Esse movimento de abertura processual do direito às demandas sociais acaba por estabelecer limites às ações estatais, por meio de ações populares, ações civis públicas, afim de estabelecer defesas aos cidadãos diante do Estado. Trata-se de novos instrumentos de defesa e aquisição de direitos, mais uma arena de participação política para os novos atores sociais.

12) A hipertrofia legislativa ou sobre-juridificação da realidade social, que decorreu da crescente ineficácia do sistema legal em face à crise econômica e social do país, o que impulsionou o Estado a legislar em ritmo intenso a fim de tentar restabelecer um ajuste no sistema jurídico que fosse compatível a conflituosidade que se apresentava.

No Brasil, a crise econômica das últimas décadas do século XX, as transformações tecnológicas em curso nas economias industrializadas e a dinâmica dos mercados cada vez mais integrados em escala planetária (SANTOS *et al*, 1996, p. 29) geraram grandes conseqüências ao direito positivo e ao sistema jurídico brasileiro, entre elas, destaca-se: a ineficácia crescente do sistema legal em face da nova dinâmica social, o que impulsionou uma tentativa de reformulação no paradigma jurídico.

Essa realidade de descompasso entre o sistema legal e os conflitos sociais obrigou o Estado a efetuar um ajuste em seu sistema legal para compatibilizá-lo à realidade sócio-político-econômica. Para tanto, passou a legislar desenfreadamente, por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas

programáticas, com o objetivo de coordenar, limitar e induzir o comportamento dos agentes produtivos. Ocorre que, ao invés de proporcionar o ajuste almejado, instalou-se um verdadeiro abismo entre a dinâmica das instituições político-jurídicas e a realidade sócio-econômica, bem como o fim da coerência e da unidade do sistema jurídico.

Segundo José Eduardo Faria (FARIA, 2003, p. 15), o resultado dessa tentativa de ajuste do sistema legal à nova conflituosidade foi paradoxal. Isso porque, quanto mais o Estado legislou visando à neutralização e/ou pacificação dos conflitos, mais ele os intensificou, os problematizou e os multiplicou, uma vez que essas normas, fruto da intensa produção legislativa, “se entrecruzam e criam intrincadas cadeias normativas, rompendo a unidade lógica, a coerência conceitual, a uniformidade doutrinária e a funcionalidade do próprio ordenamento jurídico,” gerando, com isso, incerteza, diminuição do potencial de eficácia da legislação, instabilidade legal, inflação jurídica, aumento da conflituosidade social, comprometimento da efetividade das políticas e programas de governo, dificuldade no cálculo racional entre os agentes produtivos, insegurança no sistema econômico, entre outras conseqüências.

A intensa produção de leis (hipertrofia legislativa), ao tentar atender aos mais contingentes, antagônicos e nunca conciliáveis conflitos e aspectos da vida em sociedade, ao invés de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídicas, resolve-se em um esvaziamento da eficácia da própria lei.

O problema resultante dessa excessiva edição de normas é o da coerência interna do ordenamento jurídico, que não consegue manter um padrão de logicidade, integração e coesão. Nesse contexto, “o direito atual rompe com os postulados de harmonia e homogeneidade da era ‘das grandes codificações’. A ideia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrossistema.” (CAMPILONGO, 2002, p. 40-42)

Rompe-se, assim, com a tradicional visão do direito que o concebe como um sistema fechado, hierarquizado, coerente e completo. Visualiza-se, então, um sistema que compreende o direito como múltiplas cadeias normativas capazes de apreender a complexidade da realidade sócio-econômica. Esse sistema se destaca pela multiplicidade de

suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingentes.

Diante dessa realidade, ampliam-se as tensões no âmbito do Poder Judiciário, uma vez que a excessiva e desenfreada produção legislativa conduz os tribunais a uma tentativa de restabelecer “um mínimo de coerência e unidade no sistema jurídico,” ampliando-se, dessa forma, a liberdade e a discricionariedade interpretativa no seio da magistratura, com a conseqüente fragilização das fundamentações de natureza puramente técnica e formal. Isso porque, como a ordem jurídica não consegue oferecer parâmetros “constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo” por parte dos juízes, que são chamados a decidir as questões que lhes são apresentadas, tornando-se um poder com atribuições, em parte, legislativas. Isso porque como o sentido definitivo da norma só pode ser “estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática, os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja: ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores”. (FARIA, 2003, p. 15)

Visualiza-se, nesse contexto de ineficácia da política macroeconômica do país; de tentativa do Estado de (re) estabelecer a ordem e a sintonia entre o sistema jurídico e a realidade sócio-político-econômica; de hipertrofia legislativa e de ineficácia do sistema legal em face da nova dinâmica social, a incapacidade da dogmática jurídica em oferecer critérios racionais, unívocos e previsíveis para a interpretação jurídica.

Conseqüência disso é ampliação no espaço de argumentação, interpretação, fundamentação e reconstrução da realidade por intermédio das decisões judiciais, o que reflete no protagonismo do Poder Judiciário na esfera econômica, política e social. Essa crescente juridificação decorrente do excesso de leis contribui ao surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil.

13) A desproporcionalidade da representação política (distorção da ideia de democracia representativa em virtude das dissintonias existentes na relação Estado x sociedade) e a crescente ineficácia do sistema político-decisório - crise de legitimidade das instituições democráticas - na implementação de políticas públicas, o que enseja a necessidade de uma atuação substancial do Poder Judiciário a fim de tutelar os direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos. É ao Poder Judiciário que os atores políticos e sociais crescentemente recorrem a fim de reivindicarem pelos seus direitos.

A discussão em torno da desproporcionalidade na representação política envolve tanto a representatividade popular (Câmara dos Deputados), quanto à representatividade territorial (Senado Federal), a julgar pelos percentuais da relação representantes x representados, a saber: os Estados do Norte, Nordeste e Centro-oeste, com 42% da população e apenas 38% do eleitorado nacional, possuem maior número de representantes parlamentares na Câmara (52%) e no Senado (74%). Os Estados do Sul e Sudeste, com 58% da população e 62% do eleitorado, possuem o diminuto percentual de 48% dos representantes da Câmara e 26% dos representantes do Senado Federal.

As distorções comumente apontados à representatividade popular referem-se, fundamentalmente: 1) ao estabelecimento de um número mínimo de representantes por unidade da Federação independentemente da sua população, o que conduz a uma sobre-representação de certas unidades da federação; 2) ao estabelecimento de um número máximo de representantes por Estado, o que leva a uma sub-representação de certas unidades da federação; 3) a não revisão periódica do número de representantes de cada Estado a partir do padrão de crescimento populacional.

Quanto à representatividade territorial, seus desequilíbrios são mecanismos criados pelo sistema político como forma de assegurar a igualdade política nas unidades federadas e compensar o atraso econômico por via do bônus na representação política (sobre-representação dos Estados menos populosos e mais pobres e sub-representação dos Estados mais populosos e mais ricos). Isso porque uma representatividade estritamente proporcional dos Estados na configuração eleitoral levaria a uma maior coincidência entre poder econômico e poder político, o que aumentaria o grau do desequilíbrio federativo (SANTOS, Wanderley Guilherme, 2003, p. 51-60)

Tal modelo político burla, essencialmente, a ideia de representação proporcional (um indivíduo, um voto). Segundo seus críticos (LIMA JÚNIOR, 1997, p. 110-128), o caráter proporcional da representatividade seria a tradução mais precisa do princípio igualitário da democracia. A desproporcionalidade dos Estados, ao contrário, a contemplação da desigualdade e restrição ao poder da *demos*, ao estabelecer que os votos de alguns cidadãos tenham maior valor do que os de outros (constrangimento à democracia e afastamento de decisões mais compatíveis com os interesses da maioria).

À luz dessa linha argumentativa, visualiza-se uma distorção da democracia representativa o que conduz, invariavelmente, a uma amoralidade no sistema político-partidário, uma vez que o chefe do Executivo Federal, para se eleger, precisa do apoio do eleitorado do sul e sudeste, mas, para buscar as bases de sustentação da sua governabilidade, tem que fazer acordos e concessões com os parlamentares do norte e nordeste.

A necessidade de tais acordos, alianças e concessões nem sempre possibilita a realização dos interesses do (povo) eleitorado que elegeu seus representantes a fim de tutelar e reivindicar pelas suas necessidades, direitos e anseios – ausência de uma relação de identidade entre representantes e representados.

Tal sistema representativo, com elevado potencial de ingovernabilidade, gera reflexos no empobrecimento das vias de representatividade popular e no crescente déficit de cidadania e inclusão social, o que desloca, ao Poder Judiciário, atribuições e responsabilidades próprias da arena política, a fim de propiciar uma via a mais de acesso às instâncias de poder, à cidadania, à inclusão e à igualdade.

Mesmo considerando a judicialização da política como fenômeno empiricamente presente das democracias ocidentais, cabe destacar a debilidade contra-majoritária do controle exercido pelos juízes, que atuam de forma monológica, em leis elaboradas no ambiente dialógico, representativo e legítimo de uma arena majoritária.

#### **4 A (i) LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

O fenômeno da judicialização da política, inevitavelmente, conduz a alguns questionamentos: Questões políticas podem, de fato, ser decididas por tribunais e não apenas pelos representantes eleitos pelo povo, sem prejuízo aos princípios democráticos? Conceder ao Judiciário a última palavra em questões que envolvam aspectos centrais de uma nação - inclusive os políticos - é o meio adequado para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos? A quem compete definir, delimitar, quantificar os direitos sociais? Ao processo democrático e/ou Poder Judiciário? Qual o papel que o Judiciário desempenha em uma Democracia? O presente capítulo analisará a legitimidade das decisões políticas, a partir do marco conceitual de dois eixos teórico-analíticos, o procedimentalismo e o substancialismo.

Na realidade contemporânea, vive-se em sociedades plurais marcadas pelo fato do pluralismo. O fato do pluralismo refere-se à circunstância de que estas sociedades são compostas por pessoas que possuem distintos planos de vida, distintos interesses e valores e que discordam acerca de que decisões coletivas são mais justas e acerca de como estabelecer que decisões são mais justas. (RAWLS, 2002)

As sociedades modernas vivem um profundo e persistente desacordo que atinge vários níveis da vida: um desacordo acerca de quais concepções de vida boa são mais valiosas; um desacordo substantivo acerca do que é a justiça; um desacordo epistemológico sobre como determinar o que é a justiça; um desacordo a respeito dos procedimentos legítimos para tomar decisões políticas coletivas e um desacordo jurídico a respeito de como interpretar os direitos aprovados pelos procedimentos legítimos. (LINARES, 2008, p. 30)

Considerando o fato do pluralismo e os profundos desacordos, cabe questionar as razões pelas quais as decisões coletivas merecem respeito e obediência por parte daqueles que se encontram em desacordo, ou em outras palavras, quais os critérios que outorgam legitimidade às decisões políticas? As principais teorias democráticas comumente apresentam dois critérios distintos que podem ser expressados nos seguintes questionamentos: 1) Quem e como as decisões políticas devem ser tomadas? 2) Qual o

conteúdo justo ou correto das decisões políticas? A primeira indagação é procedimentalista e a segunda, substancialista.

#### 4.1 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

De acordo com o procedimentalismo no seu sentido mais puro, os desacordos substantivos são tão amplos e profundos que resta apenas confiar nos procedimentos, sem qualquer referência a valores, para fundar uma teoria da legitimidade das decisões políticas. Este enfoque suscita o seguinte questionamento: se os desacordos substantivos são tão amplos e profundos, por que pensar que se pode chegar a um acordo acerca do procedimento? Por que não supor, então, que o fato do pluralismo e os amplos desacordos contaminarão também as concepções acerca de procedimentos legítimos? (LINARES, 2008, p. 31)

O radicalismo procedimentalista que exclui qualquer consideração substantiva não se sustenta, uma vez que o levando a plano institucional, resta evidente que o critério a ele subjacente, o direito de participação em pé de igualdade, honra o valor de igual dignidade e autonomia pessoal. A aceitação desses valores revela a dimensão subjetiva do procedimentalismo. Assim, eleger a primazia do procedimento democrático significa aceitar a correção de um critério substantivo a ele subjacente. (LINARES, 2008, p. 31-33)

Segundo Linares, nem mesmo Jeremy Waldron, o autor que melhor desenvolveu a ideia de primazia do procedimento democrático nas circunstâncias de desacordo foi capaz de defender o procedimentalismo radical. (LINARES, 2008, p. 32)

Segundo Waldron, nas circunstâncias do desacordo só cabe confiar no direito de participação em pé de igualdade, uma vez que este é o único direito que se pode defender legitimamente em circunstâncias em que se discute acerca dos direitos que as pessoas têm, bem como a acomodação e o alcance desses mesmos direitos. Assim, no jogo político, o direito de participação em pé de igualdade recebe o status de valor absoluto porque honra a igual dignidade e autonomia pessoal, valores essenciais à ideia mesmo de direitos que as pessoas têm. (WALDRON, 1999)

Nesse sentido, compreender a ideia de direitos em uma democracia pressupõe aceitar que os indivíduos são agentes livres e responsáveis, capazes de refletir, deliberar, eger planos pessoais de vida e participar dos rumos da coisa pública. Sem o reconhecimento prévio desses valores, a ideia mesmo de direitos deixaria de ter sentido e seria inaceitável que a confiança no valor de igual autonomia pessoal se desconstruísse ante a constatação da existência de desacordos acerca do conteúdo do direito que as pessoas tem. Defende o autor que os profundos desacordos não podem abalar a fé construída em torno dos direitos, mas para isso é necessário que se dê primazia ao direito de participação, uma vez que é o único capaz de determinar coletivamente os direitos dos cidadãos em um contexto de desacordo. (WALDRON, 1999)

Levando essas ideias a plano institucional, significa que o critério último de legitimidade deve residir no procedimento que honra da melhor maneira possível o direito de participação em pé de igualdade. E isso não se trata de outra coisa senão admitir que a regra da maioria, expressada em eleições e no procedimento legislativo, deve ter a última palavra em uma democracia. Nas palavras de Linares

La regla de la mayoría no sólo es una solución pragmática a las circunstancias de la política. Es la única que impide que una minoría obstaculice la reforma del status quo. Es decir, es la única que, visto los desacuerdos, es neutral al cambio o a la conservación del estado de cosas. (LINARES, 2008, p. 32)

O argumento de Waldron não acena ao procedimentalismo radical, antes o contrário. Pressupor o valor da igual dignidade e autonomia, bem como o valor de participação em pé de igualdade significa apresentar a dimensão substantiva do procedimento. Assim, a razão para se defender o procedimento democrático está baseada nos valores substantivos subjacentes ao procedimento de tomada de decisão política e por isso o procedimentalismo radical não se sustenta.

O substancialismo puro, por sua vez, parte da correção substantiva das decisões como único critério legítimo, sendo indiferente à questão procedimental. Para essa teoria, não importa quem sejam os atores e autores do processo de tomada de decisão, nem como as engrenagens institucionais estão organizadas para propiciar o consenso político. O único que importa para avaliar e valorar a legitimidade das decisões políticas é que estas estejam

de acordo com certos critérios determinados de justiça. O substancialismo puro, que aparentemente demonstra-se atrativo às teorias de justiça, revela-se débil ao tornar irrelevante a ideia de autoridade, procedimento e respeito às decisões políticas em uma sociedade marcada pelo pluralismo. (LINARES, 2008, p. 32)

Nesse sentido, se as decisões políticas são legítimas se e somente se são congruentes com aquilo que se considera justo, então, deixariam de ser respeitadas e obedecidas uma vez que não correspondam com certas concepções de justiça. Entretanto, considerando que nas sociedades plurais existem distintas concepções de bem e de justiça, não haveria ação coletiva e nem autoridade possíveis com base no critério exclusivamente substancial.

A dificuldade central do substancialismo radical, portanto, é desconsiderar o fato do pluralismo e, segundo John Rawls, a diversidade e o pluralismo são propriedades permanentes da cultura pública democrática. Para tanto, são necessários os procedimentos para estabelecer critérios legítimos para a condução e organização da sociedade. Assim, dados os desacordos típicos de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, o procedimento democrático permite a formação de consensos, ainda que persistam as divergências sobre o mérito substantivo das decisões. (RAWLS, 2002)

Nota-se que qualquer concepção plausível de legitimidade há que conceber o valor irrenunciável das considerações procedimentais e substantivas. Essa ideia expressa o que usualmente Habermas denomina de co-originalidade, é dizer, sustentar que ambas as classes de considerações são co-originais é aceitar que ambas se pressupõem mutuamente. (HABERMAS, 1999, p. 160-169)

## 4.2 SUBSTANCIALISMO FRACO *VERSUS* PROCEDIMENTALISMO FRACO E A PRIMAZIA À DIMENSÃO PROCEDIMENTAL

Entretanto, aceitar uma concepção mista de modo algum soluciona os problemas implicados na noção de legitimidade. Isso porque, uma vez que se aceite o valor irrenunciável das duas dimensões, deve-se, ainda, enfrentar a questão de como resolver as tensões que se suscitam entre elas. Dar prioridade à dimensão substantiva, mesmo considerando a importância do procedimento? Ou priorizar o procedimento, apesar do reconhecimento da relevância das considerações substantivas? O exemplo proposto por Linares é bem claro ao retratar essa tensão:

si yo estoy en contra de la pena de muerte y el parlamento de mi país há dictado una ley que consagra la pena capital para ciertos delitos graves, yo puedo admitir que la ley sigue siendo legítima aunque a mí me parezca injusta, y de ese modo doy prioridad a los criterios procedimentales aun cuando reconozca que los sustantivos son también relevantes. O bien puede afirmar que se trata de una ley ilegítima, puesto que considero injusta, y de ese modo estoy dando prioridad a los criterios sustantivos, aunque reconozca que los procedimentales también son importantes. (LINARES, 2008, p. 35)

Poder-se-ia supor que uma concepção plausível de legitimidade política deveria reconhecer que as considerações procedimentais e substantivas funcionariam como condições necessárias. Assim, uma decisão política seria legítima, se e somente se, fosse tomada através de um procedimento tido como legítimo e, ademais, respeitasse certos critérios substantivos. Essa ideia conduz ao absurdo de se exigir a unanimidade para a tomada de decisão política, “*algo que conduciría a la parálisis y concedería a una minoría la facultad de bloquear cualquier cambio si no se ajusta, siquiera minimamente, a sus creencias*” (LINARES, 2008, p. 35)

Percebe-se que não se pode deixar os dois conjuntos de valores em pé de igualdade. Essa tensão deve ser enfrentada, através do estabelecimento de uma relação de primazia entre as dimensões. Surgem, assim, duas concepções, o substancialismo fraco, que concede primazia à dimensão substantiva, em que pese aceitar o valor irrenunciável do

procedimento e o procedimentalismo fraco, que prioriza o procedimento democrático, ainda que reconheça a importância das questões substantivas.

O substancialismo fraco, corrente que mais adeptos possui no pensamento liberal, defende a proteção a um núcleo de direitos e liberdades fundamentais constantes na Constituição capaz de limitar o procedimento democrático. Tais ideias vão ao encontro do pensamento liberal de Ronald Dworkin que, por meio da concepção de Constituição como integridade, preserva a indisponibilidade dos direitos e das liberdades individuais, através do instituto da revisão judicial (*judicial review*).

Segundo Dworkin, a revisão judicial não afronta os ideais democráticos por atuar, em algumas ocasiões, até mesmo contra os processos majoritários de formação da vontade política, mas ao contrário, esse instituto garante a própria democracia ao efetuar o controle de constitucionalidade de normas que desrespeitam um espaço protegido constitucionalmente.

O autor conjuga, na verdade, a premissa majoritária com uma democracia constitucional, capaz de harmonizar os valores procedimentais com os substantivos. Concede, entretanto, primazia à dimensão substantiva ao defender a existência de um espaço protegido de direitos indisponíveis pelas maiorias legislativas. (DWORKIN, 2001, p. 102; VERBICARO, 2006, p. 223-224)

Nesse sentido, Dworkin recusa que o Poder Judiciário exerça um papel passivo nas democracias contemporâneas, ao concebê-lo como um poder estratégico capaz de afirmar e proteger os princípios democráticos, através da Suprema Corte, que atua como um importante fórum capaz de assegurar os direitos fundamentais. (DWORKIN, 2001)

Ao analisar a importância das decisões judiciais - em comparação às decisões legislativas - à construção do ideal democrático, sustenta que não há razão para se pensar que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, prejudicaria o ideal democrático da igualdade de poder político. Segundo ele, os legisladores não estão institucionalmente em melhor posição do que os juizes para decidir questões sobre direitos. Ao contrário, podem os juizes ser o elemento propulsor desse ideal. (DWORKIN, 2001, p. 25-32)

Para o autor, carecem argumentos para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos tenham mais probabilidade de serem corretas do que decisões judiciais.

Sustenta que a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes do que em legisladores e que em muitos momentos, os legisladores estão sujeitos a pressões políticas a que não estão sujeitos os juízes. Os magistrados, prescindindo de apoio político para a manutenção de seu poder, não temem a insatisfação popular gerada pelo seu desempenho, ao contrário do que ocorre com os membros do Poder Legislativo. (DWORKIN, 2001, p. 25-32)

Para o autor, numa democracia, sem dúvida, o poder está nas mãos do povo. Mas há imperfeições no caráter igualitário da democracia que são parcialmente irremediáveis - como as minorias que não são contempladas pelos processos democráticos de formação da vontade política. Para corrigir essas imperfeições, verifica-se a transferência de atribuições institucionais do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, conferindo-se, assim, poder político a alguns indivíduos outrora excluídos desse processo. Isso ocorre porque, numa democracia, os cidadãos têm o direito de exigir “um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. (DWORKIN, 2001, p. 25-32)

A transferência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário é, em regra, mais benéfica a setores pouco integrados à tradição democrática - os hipossuficientes econômicos (pobres) e as minorias. Segundo o autor

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2001, p. 26)

Normalmente, os ricos exercem mais poder - influência - sobre o Poder Legislativo, o que lhes proporciona maiores vantagens, em detrimento da camada social oposta; do mesmo modo, o viés majoritário do Legislativo funciona mais severamente contra as minorias e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum.

Assim, a via de acesso ao Judiciário contribui, segundo Dworkin, ao aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos minoritários a

possibilidade de reivindicar pela preservação dos seus direitos. Tal consideração baseia-se na ideia de que os direitos e liberdades são, em alguns momentos, desrespeitados pela vontade da maioria, ocasionando, assim, ameaças e prejuízos aos direitos das minorias.

Dworkin defende que o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento viável e que se tem mostrado eficiente na realidade norte-americana. Trata-se de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da legitimidade da democracia, não serão violados. (DWORKIN, 1997)

Segundo Dworkin, com o redimensionamento das funções do Poder Judiciário, o direito assume uma especial forma de resolver ou mesmo esclarecer controvérsias políticas. Trata-se da judicialização da política. É importante destacar que essa terminologia não é usada, de maneira explícita, por Dworkin. O autor fala em transferência de questões políticas ao Poder Judiciário; ou transferência de questões do campo da batalha política de poder para o fórum do princípio, o que nada mais é do que o fenômeno da judicialização da política. (DWORKIN, 2001, p. VIII)

Com esse fenômeno, segundo o autor, chegou-se a “um equilíbrio em que o tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal.” Sustenta que o melhor que se tem a fazer é

trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento racional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito. (DWORKIN, 2001, p. 103).

O fundamento desse processo de judicialização da política reside no próprio modelo de Constituição concebido por Dworkin - Constituição como integridade, que garante a indisponibilidade dos direitos e das liberdades fundamentais. Em nome da integridade da Constituição admite-se, assim, o instituto da revisão judicial, que autoriza os tribunais a declarar a inconstitucionalidade das normas - advindas de processos políticos

deliberativos - que sejam incompatíveis com os princípios contemplados na Constituição. Ao efetuar esse controle de constitucionalidade, em muitos momentos, os tribunais acabam por adentrar em questões eminentemente políticas. Isso porque a Suprema Corte “tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição.” (DWORKIN, 2001, p.4)

A partir dessa perspectiva, qualquer diretriz política ou objetivo social coletivo que porventura contrarie preceitos constitucionais, sofrerá o controle do Poder Judiciário. Entretanto, à luz da teoria de Dworkin, nem sempre os casos apresentados ao Poder Judiciário terão a sua apreciação. Isso ocorre especialmente em casos que envolvam objetivos coletivos da comunidade. Nessa hipótese, o Poder Judiciário será deferente à política, *i.e.*, aos processos majoritários de formação da vontade política. Segundo ele, o Poder Legislativo, eleito pelo povo, é o poder com melhores condições a traçar as diretrizes políticas gerais que o Estado deve seguir. Assim é o seu posicionamento:

Hércules não é um ativista. Ele vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação.

Nesse sentido, em algumas ocasiões, as cortes deverão ser deferentes à arena política, tal como defendem os passivistas. Segundo Dworkin, o juiz passivista só anula atos de outros poderes em último caso, uma vez que considera mais democrático deixar as questões de alcance concreto aos legisladores, que podem ser renovados a cada eleição, do que confiá-las à suprema corte. O passivismo supõe que a equidade é a principal virtude de uma prática constitucional e ignora que certas regras constitucionais têm precisamente a função de impedir que a maioria se faça valer contra a minoria em questões de justiça. (DWORKIN, 1999, pp. 441-453)

Ressalte-se que Dworkin repudia o passivismo. Isso porque, em muitas situações, o Judiciário não deve subordinar-se às autoridades eleitas. Para a proteção da democracia, irá atuar até mesmo em sentido contrário àquele que seria tomado pelos representantes do povo. Será sua função, assim, a proteção dos indivíduos e das minorias,

mesmo contra os representantes da maioria. Para tanto, Hércules não poderá adotar uma atitude passivista ante a violação desses bens que é de sua responsabilidade a proteção.

Não cabe, portanto, ao Poder Judiciário traçar ou impor diretrizes políticas gerais ao Estado, mas apenas garantir os direitos e as liberdades fundamentais presentes na Constituição. E, para a sua proteção, atuará até mesmo no sentido de evitar que a implementação de diretrizes políticas e/ou objetivos sociais coletivos sobreponham-se à sua integridade.

Eis os pressupostos do liberalismo democrático defendido por Ronald Dworkin: um modelo que contempla a proteção a um núcleo de direitos e liberdades fundamentais constantes na Constituição, mas que rejeita a interferência do Poder Judiciário no delineamento das diretrizes institucionais de atuação do Estado. Trata-se de um modelo reconhecedor dos direitos fundamentais, mas limitador de uma intervenção judicial na concretização dos direitos sociais coletivos. Isso porque, segundo Dworkin

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. (DWORKIN, 2001, p. 476)

Percebe-se, assim, que Dworkin, em que pese desenvolver uma concepção mista de legitimidade, estabelece a primazia das questões substantivas ao defender um espaço protegido de direitos indisponíveis pelas maiorias legislativas, bem como a necessidade de depositar a última palavra institucional em um procedimento não majoritário.

É interessante a crítica que Sunstein direciona a defesa de Ronald Dworkin acerca do papel de destaque reservado ao Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Segundo ele, Dworkin defende um papel ativo ao Judiciário a partir da teoria de que a Suprema Corte é o “fórum principal” para atuar em prol dos interesses de grupos políticos. Mas, segundo Sunstein, a Suprema Corte não é a única instituição fundada em princípios éticos e morais. Pelo contrário, a maioria dos reflexos de deliberações fundadas nos princípios na história norte-americana tem vindo do Congresso e do Presidente, e não das Cortes. A crença nas políticas deliberativas tem sido central ao

constitucionalismo americano desde seu início. Não há razão suficiente para abandonar essa crença agora. Para ele, uma Suprema Corte agressiva é o adicional de um produto sem ambigüidade. (SUNSTEIN, 1994, p. 145, 146)

Em consonância com o pensamento substancialista, comumente tem-se, assim, a defesa do Judiciário como guardião dos princípios e valores fundamentais da Constituição e dos regimes democráticos. Nesse sentido, cabe à Constituição a positivação de um ideal de Justiça, cuja implementação pelo Poder Judiciário transformaria progressivamente a sociedade e as instituições, conduzindo-as à concretização dos direitos dos cidadãos e ao exercício da democracia. (WERNECK VIANA *et al.*, 1999)

Para o substancialismo, a judicialização da política não seria uma invasão deletéria do direito na política, mas ao contrário, um reforço à lógica democrática, ao permitir novos instrumentos de defesa de direitos e uma nova arena para a democracia brasileira. A judicialização da política permitiria, assim, a ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder e a institucionalização de um espaço público alternativo às clássicas instituições político-representativas, tratando-se de um novo estatuto de proteção aos direitos fundamentais e um verdadeiro instrumento de *accountability* dos atos emanados dos poderes políticos. Nesse sentido, a judicialização não pretenderia ser uma via de colisão com a tradição republicana, mas antes uma defensora dos seus ideais, ao fazer do direito e de suas instituições um recurso de modelagem social.

O procedimentalismo fraco, por sua vez, reconhece o valor irrenunciável de ambas as dimensões, mas estabelece a primazia à dimensão procedimental. Segundo essa concepção, a regra da maioria, expressa em eleições e procedimento legislativo, é a única via que, considerando os desacordos, reconhece e leva a sério o direito de todos e cada um de participar do processo político em igualdade de condições. Assim, se o procedimento democrático tem primazia sobre as questões substantivas, é porque este se baseia no valor da igual dignidade e autonomia das pessoas. (LINARES, 2008, p. 37)

Segundo Habermas, um dos defensores mais célebres do procedimentalismo fraco, o procedimento democrático é o que serve para revisar as considerações de justiça, assim como os limites e alcance dos direitos fundamentais. Os valores substanciais devem permanecer nas mãos dos participantes no marco de um procedimento democrático. (HABERMAS, 1999, p. 160-169)

Há, nesse sentido, uma relação de co-originalidade entre os direitos fundamentais e a soberania popular, autonomia privada e pública

de vez que, nas sociedades pós-convencionais, os indivíduos são ao mesmo tempo autores e destinatários do seu próprio direito. Nesse sentido, a instituição do direito legítimo só é possível se, conjuntamente, estão garantidas não apenas as liberdades subjetivas que asseguram a autonomia privada, mas também a ativa participação dos cidadãos através de sua autonomia pública. (CITTADINO, 2004, p. 9, 194-217)

Para Habermas, referido nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no alcance normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não apenas através da fórmula geral de leis universais e abstratas. Os discursos de entendimento mútuo constituem, pois, o lugar no qual se pode formar uma vontade racional. A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, em um arranjo comunicativo – direito como sistema racionalmente justificável. Direito legítimo é o que se impõe racionalmente ante uma prática argumentativa. Assim, a substância dos direitos reside no exercício de uma prática dialógica e racional. (HABERMAS, 1999, p. 160-169)

A solução para o conflito entre a ideia de procedimento democrático e os direitos fundamentais depende, pois, do que decida a cidadania através de um processo democrático, fórum legítimo para estabelecer e revisar as considerações de justiça substantiva, assim como os limites e o alcance dos direitos fundamentais. Prioriza-se, nesse sentido, a dimensão procedimental, por mais que se considere a importância das considerações substantivas.

Resta indagar qual das duas concepções, o substancialismo fraco ou o procedimentalismo fraco, é a mais plausível. O trabalho apresenta uma defesa do procedimentalismo fraco, partindo do fato do pluralismo. Considerando o fato do pluralismo, tem-se pelo menos quatro dimensões de desacordo: 1) um desacordo acerca de quais concepções de vida boa são mais valiosas; 2) um desacordo substantivo acerca do que é a justiça; 3) um desacordo epistemológico sobre como determinar o que é a justiça; 4) um desacordo a respeito dos procedimentos legítimos para tomar decisões políticas coletivas.

As três primeiras dimensões de desacordo sem dúvida são as mais problemáticas. O procedimentalismo fraco foge às três primeiras dimensões, concentrando-se no desacordo a respeito dos procedimentos legítimos para tomar decisões políticas coletivas, tornando-se uma concepção mais plausível de legitimidade política, considerado o fato do pluralismo e a dificuldade de acordos substanciais acerca das concepções de boa vida e justiça.

O procedimentalismo fraco necessita apenas construir um acordo mínimo acerca dos valores que justificam um procedimento democrático, tais como a igual dignidade e autonomia. Pode-se imaginar perfeitamente uma sociedade que logre alcançar um consenso acerca dos procedimentos corretos para tomar decisões coletivas, sem pressupor acordo algum quanto aos demais aspectos. Não se pode, assim, consentir racionalmente com um conjunto de princípios substantivos contrários às crenças pessoais; mas pode-se racionalmente consentir com o procedimento que, apesar de não parecer apropriado aos olhos de alguns, dados os desacordos profundos, pode resultar aceitável. (LINARES, 2008, p. 40)

Deve-se, outrossim, apresentar os valores e/ou princípios que justificam a primazia do procedimento democrático. São eles: o princípio da igual dignidade que acenam à ideia de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual consideração e respeito nas circunstâncias do desacordo; e o princípio da igual autonomia, que afirma que as pessoas são agentes livres e responsáveis para

elegir, revisar y cambiar planes de vida, y para deliberar y participar en la vida política en pie de igualdad, especialmente – y con más razón – en las circunstancias de la política. Ambos valores, a mi juicio, justifican la prevalência del procedimiento democrático como critério último de legitimidad. Y una teoría de la legitimidad se proyecta necesariamente sobre una teoría de la autoridad final en un sistema político. (LINARES, 2008, p. 40)

Nesse sentido, justifica-se a prevalência do procedimento democrático como critério último de legitimidade. Institucionalmente, não se trata de outra coisa senão admitir que a regra da maioria legislativa deve ter a última palavra em uma democracia. Isso porque cada participante deve ter o direito de participar do processo democrático em pé de igualdade e que sua opinião conte com a mesma força que a opinião dos demais atores

sociais na tomada de decisão. Trata-se da primazia da deliberação democrática, expressa no imperativo pragmático de Ackerman:

Si usted y yo discrepamos acerca de la verdad moral, la única forma de que tengamos alguna oportunidad de resolver nuestros problemas de coexistência de un modo que ambos encontremos razonable es mediante el diálogo mutuo sobre dichos problemas. (LINARES, 2008, p. 42)

Tal ideia conduz ao reconhecimento da importância do procedimento democrático, bem como do diálogo democrático como critério para a legitimidade das decisões políticas.

De acordo com essa ideia procedimentalista, uma presença marcante dos tribunais no controle das decisões tomadas por procedimentos democráticos conduz à colonização do mundo da vida pelo direito, o que representa um sintoma de esvaziamento dos ideais e práticas republicanas, da democracia e da soberania popular.

Em defesa de um Judiciário - dessubstancializado - com poderes mais limitados em respeito aos processos democráticos, o procedimentalismo defende a ideia de que os tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca dos conflitos sociais; que o ativismo dos tribunais pode significar mais uma esterilização das iniciativas sociais do que a pretensão de emancipação social e que os canais políticos apresentam-se mais efetivos à necessidade de reformas sociais do que o Poder Judiciário. (WERNECK VIANA *et al.*, 1999)

Assim, as decisões políticas devem ser tomadas a partir de procedimentos previamente estabelecidos que assegurem relações dialéticas e dialógicas entre os participantes. Nesse sentido, quem tem que determinar o que tem que ser feito são os próprios afetados. Essa defesa impede o simples observador (terceiro sem legitimidade – Judiciário) de determinar a condução da vida dos cidadãos.

O Parlamento encontra-se, assim, em melhor condição para refletir o consenso plural e democrático. O Poder Judiciário não está autorizado a, monocraticamente, ser o guardião de uma suposta ordem de valores substanciais e imiscuir-se no mérito substantivo da opção política e nem tampouco a assumir uma responsabilidade que pertence aos processos majoritários de formação da vontade política.

Nesse sentido, o incremento do controle judicial prejudica o exercício da

cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista que favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica totalmente à mercê do Estado; torna-se um singelo cidadão-cliente do Poder Judiciário, e não um agente ativo capaz de participar na formação da vontade política do Estado - participação e comunicação democrática.

Dessa forma, ao se reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece-se a privatização da cidadania - a invasão da política pelo direito, mesmo que aparentemente reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da igualdade. O gigantismo do Poder Judiciário tem como conseqüências a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a sua judicialização, o que gera um desestímulo a um agir orientado por fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as únicas referências para os indivíduos. (WERNECK VIANA *et al.*, 1999, p. 24)

Assim, para que os cidadãos tornem-se autores e não meros destinatários do direito, não é necessária a mediação do Judiciário, mas antes a criação ou conquista de canais e procedimentos comunicativos que consagrem o poder democrático do povo. A Constituição deve, de acordo com essa perspectiva, garantir a existência de meios e procedimentos para que os indivíduos criem o seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática, em respeito a igual dignidade e autonomia.

Dessa maneira, o controle de constitucionalidade seria necessário apenas nos casos que tratem do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da vontade política – controle das regras e condições de existência do jogo democrático. Isso porque não caberia ao Judiciário dizer sobre o que decidir, mas apenas como decidir (garantia de procedimentos para a ampla deliberação democrática), para que os cidadãos, através da igual dignidade e autonomia, deliberem eles próprios o seu destino político. Nota-se que o procedimentalismo não renuncia a ideia de justiça constitucional, mas sim um modelo robusto de justiça constitucional que conduz a um governo de juízes.

Para o procedimentalista Antoine Garapon, a crescente influência que o Poder Judiciário tem exercido na sociedade contemporânea, aliada à crise de legitimidade que caracteriza as democracias ocidentais, têm provocado a invasão do direito a arenas antes exclusivas a outras instituições sociais.

Tal aumento da influência e da área de expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas relaciona-se, de acordo com o autor (GARAPON, 2001, p. 23-53):

1-ao enfraquecimento do Estado pelo mercado;

2- ao desmoronamento simbólico do homem (indivíduo perdido, isolado e sem raízes) e da sociedade democrática;

3- ao desmoronamento do mundo socialista que pôs fim à bipolarização geopolítica do mundo e implicou na solidificação de uma concepção individualista de mundo;

4- à desnacionalização do direito e a exaustão da soberania popular - crise da legitimidade representativa em virtude da apatia popular e da inércia do poder político, o que demonstram verdadeira patologia do mundo político;

5- ao processo de contratualização das relações sociais.

A consequência prática deste processo é que o simbolismo da democracia, caracterizada pelo mundo político, é repassado para a Justiça (Poder Judiciário), apresentada pelo autor como o mundo da burocracia – um mundo frio, formal, artificial, solene e distante da vida cotidiana. Isso provoca o desaparecimento da dimensão coletiva do político.

O ambiente judiciário individualiza as obrigações, possibilitando um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma de democracia, o cidadão acredita poder melhor controlar seus direitos, do que se estivesse em uma luta coletiva. Mas esse prestígio contemporâneo do Poder Judiciário decorre menos de uma escolha deliberada do que de uma reação “de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo.” (GARAPON, 2001, p. 26)

Com a judicialização, o que antes pertencia à esfera privada passou a ser regulado pelo Estado, através do Poder Judiciário. O fato tem alterado completamente a ideia de cidadania que, cada vez mais distante da ideia de liberdade, passa a incorporar a possibilidade de intervenção do Estado em questões concernentes à vida privada. Neste sentido, Garapon entende que, hoje, não se encontram mais cidadãos, e sim indivíduos fragilizados e temerosos, que buscam no Poder Judiciário uma saída para os mais singelos

conflitos cotidianos: são cidadãos clientes da justiça, reivindicando proteção diante da ameaça constante do outro.

Nesse sentido, o mundo político - processo majoritário de formação da vontade política - não pode ser substituído pelo jurídico. Garapon alerta para a nefasta conseqüência de um uso excessivo das prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário na garantia de valores substantivos dos regimes democráticos, qual seja, um possível “governo de juízes”. Dessa forma, defende a necessidade de redefinição da função social do Poder Judiciário e a sua limitação institucional na atuação em questões políticas, a fim de não propiciar substituições indevidas e impróprias do mundo político pelo jurídico.

Valorizando a perspectiva da liberdade, Garapon considera que a condição para o retraimento da intromissão do Poder Judiciário na vida social é o fortalecimento das instituições indispensáveis à vida democrática. Assim, defende que o afastamento do Estado deve ser compensado com a maior atribuição de responsabilidades aos próprios cidadãos, o que significaria o despertar do sentimento cívico que o assistencialismo e o bem-estar previdencial haviam feito adormecer. (GARAPON, 2001, p. 263)

Cass R. Sunstein, igualmente, defende a limitação do papel das cortes - minimalismo judicial. Segundo ele, o Poder Judiciário possui sérios limites institucionais que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador. Três problemas são de especial relevância:

1) Democracia, cidadania, compromisso: a dependência nas cortes reduz os canais democráticos de procura por mudanças, de duas maneiras: desvia energia e recursos da política, excluindo as conquistas alcançadas por parte dos próprios cidadãos, o que pode gerar prejuízos à democracia. Os processos democráticos de formação da vontade política mobilizam os indivíduos que passam a ser sujeitos ativos na condução das políticas públicas, aguçando, assim, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. Uma ênfase no Judiciário compromete esses valores;

2) Eficácia: segundo Sunstein, as decisões judiciais são geralmente ineficazes em promover mudanças sociais. Exemplifica o autor utilizando-se do caso *Brown v. Board of Education* (1954). Nesse julgamento ocorrido nos EUA, a Suprema Corte deu início às reformas anti-racistas ao julgar que a segregação de alunos negros nas escolas norte-

americanas, embora atribuindo-lhes condições e direitos iguais aos brancos, era intrinsecamente desigual e, por conseqüência, inconstitucional.

Essa decisão da Suprema Corte é aclamada por ter mostrado a habilidade do Judiciário em reformar grandes instituições sociais e de ter abolido, formalmente, o *apartheid* nos EUA. Mas, para Sunstein, esse caso confirma a fraca posição institucional do Judiciário. Segundo ele, anos após a decisão, poucas crianças negras no sul estudavam em escolas que haviam abolido a segregação. Para ele, é possível afirmar que as ações do Legislativo e do Executivo não teriam ocorrido sem a influência do caso *Brown*. Mas mesmo isto é altamente incerto. Existe pouca evidência de que o caso *Brown* tenha, efetivamente, dado um ímpeto à ação política; (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149)

3) Foco limitado da adjudicação: a adjudicação é um sistema pobre para se atingir uma reforma social em larga escala. O foco no litígio torna mais difícil que os juízes entendam a questão em toda a sua complexidade e abrangência.

Uma decisão requerendo despesas em transporte escolar pode, por exemplo, dirigir recursos de uma área com uma igual ou maior necessidade para outros setores, o que pode gerar desequilíbrio com os recursos destinados aos gastos sociais. Sustenta o autor que os procedimentos legais estão em maior conformidade com ideias desenvolvidas fora da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, que são precariamente adaptadas para o alcance da reforma social, razão pela qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política. (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149).

Apresentados esses três problemas na participação das cortes em políticas públicas, o autor afirma que o *status quo* deve, em regra, ser sujeito à democracia - não sendo afastado da deliberação democrática. Somente em raros casos é que as cortes devem interferir em políticas aprovadas por processos democráticos. Assim, as cortes devem ter um papel agressivo especialmente em dois casos:

O primeiro envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política. De acordo com o autor, a interferência governamental ao direito de voto e de expressão pede ativa proteção judicial para viabilizar as condições à cidadania, deliberação e igualdade política. Nestes casos, as cortes não devem adotar a atitude de deferência ao processo legislativo.

O segundo caso envolve grupos ou interesses que, pela natureza, são incompatíveis a uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias). Aduz o autor que se um grupo se depara com obstáculos para organização ou preconceito e/ou hostilidade – por exemplo, homossexuais – seria errado permitir uma comum suposição em favor dos resultados democráticos. As cortes devem, nesses casos, decidir sobre decisões governamentais. Tal exame é justificado no interesse da própria democracia. (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149)

Segundo Sunstein, deve-se desenvolver princípios interpretativos da Constituição a fim de que se garanta a realização bem sucedida da democracia procedimental deliberativa. De acordo com a sua teoria dos princípios interpretativos, os princípios podem ser semânticos, que são aqueles que têm como foco o simples sentido das palavras, a partir de uma interpretação formalista, sem entrar no mérito do conteúdo de justiça presente no caso; ou podem ser substanciais, que são aqueles que se pautam nos princípios da democracia deliberativa, atendendo a um critério de justiça substantiva. São esses os princípios:

1) Deliberação política: significa que os resultados políticos não devem ser reflexos de interesses próprios de grupos privados bem organizados, pelo contrário, devem ser produzidos a partir de um extenso processo de deliberação e discussão, nos quais novas informações e perspectivas são sempre relevantes - influência dos cidadãos, inclusive das minorias, nos destinos da comunidade.

2) Cidadania: procura garantir que os resultados políticos se beneficiem da ampla participação do povo - real representatividade dos atores sociais. O comprometimento para com a cidadania requer que as pessoas tenham um amplo grau de segurança e independência do Estado; e não uma postura de submissão e de comodismo em relação a um Estado grandioso e paternalista.

3) Acordos como ideal regulatório: consiste em um compromisso ou consenso entre cidadãos livres e iguais, acerca de um ideal de desenvolvimento social. Só após a formação do consenso é que se pode conceber a realização de um processo democrático.

4) Igualdade política: o compromisso com a igualdade política proíbe grandes disparidades na influência política detida por diferentes grupos sociais. Uma garantia da igualdade política não se traduz, porém, em garantia de total igualdade econômica

(igualitarismo). A rejeição ao Igualitarismo é baseada em três objetivos principais: promover a liberdade; prover incentivos para o trabalho produtivo e recompensar e reconhecer realizações e padrões de qualidade.

Essa insistência na igualdade política, como condição necessária à realização da democracia deliberativa, acaba tendo ligações com o que ocorre na esfera econômica. Essa ligação ajuda a identificar e fazer inteligível três concepções de igualdade.

A primeira concepção de igualdade é a crença em ser livre da miséria. Trata-se do mínimo de direitos que devem ser reconhecidos e assegurados para se garantir a cidadania. Assim, ninguém deve ser privado de adequada proteção policial, de comida, moradia, ou assistência médica - mínimo existencial. Em respeito a um ideal republicano e democrático, o mínimo existencial deve ser definido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, poderes que possuem legitimidade representativa e democrática.

Estas são necessidades humanas universais, a serem encontradas em qualquer sociedade justa. Este princípio é dificilmente igualitário, visto que ele permite uma grande variação nos padrões de vida. Mas ele protege as pessoas de existirem abaixo de uma condição mínima específica. Este compromisso está ligado à crença na democracia deliberativa e ao comprometimento com a cidadania.

A segunda concepção é uma oposição ao sistema de castas. Os sistemas de castas são tradicionalmente desfavoráveis e incoerentes com a democracia deliberativa. Negam os princípios da cidadania e da igualdade política.

A terceira e última concepção envolve aproximada igualdade de oportunidades. Tendo rejeitado o Igualitarismo, pode-se, todavia, insistir na ideia de igualdade de oportunidades. É inevitável que em uma sociedade liberal, diferentes famílias tenham diferentes recursos e educação, e essas diferenças imporão uma aguda restrição nos princípios básicos. Todavia, há muito que o governo possa fazer para ajudar, como por exemplo, garantir boa educação disponível para todos. (SUNSTEIN, 1994, p. 134-141)

O pensamento de Sunstein, voltado para a valorização de uma noção de democracia deliberativa, na qual a Suprema Corte deve assumir um novo papel, o de, por meio do minimalismo judicial, deixar questões abertas sem, contudo, ignorar o seu fundamental ofício de garantia do núcleo de compromissos democráticos - o Judiciário

deve adotar uma postura ativa à proteção procedimental da democracia deliberativa. (SUNSTEIN, 1994, p. 134-141)

Essa perspectiva de análise rejeita a ideia de judicialização da política. Mas nem por isso deixa de considerar o Judiciário como uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas. A ele é atribuído um papel de destaque à garantia aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas, a partir do engajamento da sociedade e da própria cidadania.

O Judiciário não deve, pois, ultrapassar a fronteira da adjudicação, é dizer, a função tradicional da jurisdição que estabelece ao Judiciário a função de dizer o direito em casos concretos conflituosos que se apresentem para sua decisão, sob pena de invadir as funções políticas do legislativo e/ou do executivo, em sério prejuízo à ideia de democracia e ao valor de igual dignidade e autonomia.

Nesse sentido, a autoridade final em um regime democrático deve fundamentar-se em uma teoria plausível de legitimidade capaz de resguardar o procedimento democrático e deliberativo, considerando que os diálogos estabelecidos em uma arena pública conferem o melhor valor epistêmico às decisões políticas. Assim, ainda que se reconheça a importância do Judiciário na realização de um certo controle acerca das decisões coletivas, não resta legítimo autorizá-lo a decidir, em última instância, acerca de questões políticas.

## CONCLUSÃO

A reação democrática na Europa em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial foi determinante para a consagração da democracia e à constitucionalização de direitos.

Sob a influência dessa diretriz, a política aliada do pós-guerra adotou como um de seus principais fundamentos a expansão do modelo constitucional democrático de governo, o que propiciou uma reorganização do sistema judicial aos países perdedores, a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo.

O surgimento do constitucionalismo democrático no segundo pós-guerra trouxe consigo a universalização do *judicial review*, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação da norma constitucional, com especial destaque ao Judiciário como poder estratégico capaz de garantir um núcleo mínimo de direitos fundamentais dos cidadãos.

No Brasil, após o processo de redemocratização e constitucionalização do país, inúmeros grupos e movimentos sociais impulsionaram crescentes reivindicações por cidadania, justiça, inclusão social e pela realização de direitos. Para tanto, passaram a recorrer ao Poder Judiciário a fim de que ele, suprimindo as constantes ausências e omissões do Legislativo e Executivo, interviesse diretamente na implementação de políticas públicas.

Nesse contexto, verificam-se significativas transformações no papel e na responsabilidade assumidos pelo Poder Judiciário na sociedade contemporânea, que o conduziram a assumir um modelo politizado e promovedor de direitos fundamentais, a despeito da sua evidente dificuldade contra-majoritária.

Nesse sentido, ao considerar a debilidade da atuação dos tribunais em demandas políticas, o trabalho centrou-se no desenvolvimento da perspectiva normativa da teoria deliberativa de democracia, ao defender que o centro moral de qualquer projeto

político de democracia deve basear-se na ideia de cidadão como agente principal de seu entorno político e social. Seguindo esse entendimento, a pesquisa desenvolveu a hipótese de que os tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca dos conflitos sociais e que a efetiva participação do Poder Judiciário pode significar mais uma esterilização das iniciativas sociais do que a pretensão de emancipação social, apresentando-se os canais políticos mais efetivos à necessidade de reformas sociais do que o Poder Judiciário.

Assim, apresenta o trabalho a hipótese de que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista que favorece a desagregação social e o individualismo, tornando o indivíduo um singelo cidadão-cliente do Poder Judiciário, e não um agente ativo capaz de participar na formação da vontade política do Estado.

O Parlamento encontra-se em melhor condição para refletir o consenso plural e democrático. O Poder Judiciário não está autorizado a, monocraticamente, ser o guardião de uma suposta ordem de valores substanciais e imiscuir-se no mérito substantivo da opção política e nem tampouco a assumir uma responsabilidade que pertence aos processos majoritários de formação da vontade política.

As decisões políticas devem ser tomadas a partir de relações dialéticas e não através de uma decisão monológica. Nesse sentido, quem tem que determinar o que tem que ser feito são os próprios afetados. Essa defesa impede o simples observador, terceiro sem legitimidade – Judiciário, de determinar a condução da vida dos cidadãos. Assim, para que os cidadãos tornem-se autores e não meros destinatários do direito, é necessária a criação ou conquista de canais comunicativos que consagrem o poder democrático do povo.

Sustenta-se a hipótese de que o procedimento democrático é o que serve para revisar as considerações de justiça, assim como os limites e alcance dos direitos fundamentais. Os valores substanciais devem permanecer nas mãos dos participantes no marco de um procedimento democrático, considerando-se a instituição do direito legítimo se, conjuntamente, estão garantidas não apenas as liberdades subjetivas que asseguram a autonomia privada, mas também a ativa participação dos cidadãos através de sua autonomia pública. A legitimidade do direito apóia-se, assim, em um arranjo comunicativo. Assim, a substância dos direitos reside no exercício de uma prática dialógica e racional.

A solução para o conflito entre a ideia de procedimento democrático e os direitos fundamentais depende, pois, do que decida a cidadania através de um processo democrático. Prioriza-se a dimensão procedimental, por mais que se considere a importância das considerações substantivas.

Nesse sentido, o trabalho apresenta a hipótese da dificuldade contra-majoritária da atuação do Poder Judiciário em questões políticas, ao considerar que quando a justiça ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, representando sério risco aos regimes democráticos.

Defende-se a necessidade de se construir um modelo de auto-contenção judicial, segundo o qual o Judiciário deve reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, evitando realizar o controle de constitucionalidade em situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa e abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas.

Renuncia-se, assim, a um modelo robusto de justiça constitucional que conduz a um governo de juízes. Essa perspectiva de análise, embora não renuncie a ideia de justiça constitucional realizada dentro de limites previamente definidos, rejeita a interferência do Poder Judiciário em questões políticas. Mas nem por isso deixa de considerar o Judiciário como uma importante instituição nas democracias contemporâneas. A ele é atribuído um papel de destaque à garantia aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas, a partir do engajamento da sociedade e da própria cidadania. O Judiciário deve, assim, interferir em lugares socialmente estratégicos, não em questões políticas, o que causaria uma desagregação do espírito associativo dos cidadãos e um visível prejuízo à ideia de cidadão como agente principal de seu entorno político.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Legal Argumentation as Rational Discourse**. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Roma: Giuffrè Editore, IV Serie – LXX, 1993.

APPIO, Eduardo. **A judicialização da política em Dworkin**. In: Sequência 47 – Revista do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Ano XXIV, n. 47, Dezembro, 2003.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução: Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BARNES, Jonathan. **Aristóteles**. Tradução: A. D. Sobral e M. S. Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: <http://www.conjur.com.br/legitimidadedemocratica>, 2008.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 10 ed., 1999.

BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. **A contribuição italiana para a formação do Brasil**. Florianópolis: NUT/ NEIITA/ UFSC, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANARIS, Claus.-Eihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2. ed., 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAREY, John m; SHUGART, Matthew (org). **Executive Decree Authority**. New York: Cambridge University Press, 1998.

CARRIÓ Genaro. **Notas sobre Derecho y language**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem**. In: Revista de Sociologia e Política, n. 23, Nov., 2004.

CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). **El Âmbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporâneo**. Barcelona: Crítica, 1994.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Considerações em torno da teoria da coerência narrativa de Ronald Dworkin.** In: <http://www.buscalegis.ufsc.br>.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder Político dos Juízes.** In: Justiça e Democracia – Revista semestral de informações e debates, n. 01, 1996.

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas.** In: Coleção Os Pensadores. Tradução Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Brasil Cultural, 1973.

\_\_\_\_\_. **Discurso sobre o Método.** São Paulo: Hemus, 1975.

\_\_\_\_\_. **Regras para a Direção do Espírito.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. **Law and market: the social and Professional stakes in the construction and definition of a regulatory competition and coordination.** Willian Bratton et alii orgs., Oxford: Clarendon Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Political crises as professional battlegrounds: technocratic and philanthropic challenges to the dominance of the cosmopolitan lawyer – statesmen in Brazil.** Chicago/Paris: mimeo, 1997.

\_\_\_\_\_. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order.** Chicago: The Chicago University Press, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOMINGUES, Ivab. **O Grau Zero do Conhecimento. O problema da Fundamentação das Ciências Humanas**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Juízes políticos e democracia**. In: O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia y Desconfianza**. Santafé de Bogotá: Universidad de los Andes, 1997.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Justiça no Século XXI: a Crise da Justiça no Brasil**. In: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria>, 2003.

\_\_\_\_\_. **Antinomias jurídicas e gestão econômica**. In: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. México, n. 13, 1993.

\_\_\_\_\_. **A inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil.** In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 42, dez, 1994.

\_\_\_\_\_. **O Supremo e a “judicialização da política.”** In: O Estado de São Paulo, 06/novembro, 1999.

FELIPE, Miguel Meltrán; GARCÍA, Julio Gonzáles. **Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Entre o Estado Social e o Estado de Direito.** In: Folha de São Paulo, 26/março, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Estado Social e seus dilemas.** In: Folha de São Paulo, 23/maio, 1989.

\_\_\_\_\_. **Poder Judiciário e decisão política.** In: Folha de São Paulo, 15/dezembro, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion: de la antigüidad a nuestros días.** Madrid: Trotta, 2001.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas.** Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2. ed., 2001.

GRIFFITHS, J. A. G. **The Politics of the Judiciary.** London: University Press. 4. ed., 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho entretanto términos de teoría del discurso.** Madrid: Editorial Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria y Práxis. Estudos de Filosofia Social.** 2. ed., Madrid: Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Justificação. Ensaio Filosófico.** São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HESPANHA, António Manuel. **Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime.** In: HESPANHA, António Manuel (org.). Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Coletânea de Textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

HESSE, Manuel Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

IANNI, Octavio. **Estilos de Pensamento: Explicar, Compreender, Revelar.** São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2003

IHERING, Rudolf Von. **La Jurisprudência de Conceptos.** In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.) El Âmbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporâneo. Barcelona: Crítica, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLAUTAU, Paulo. **A Primeira Decisão sobre Controle de Constitucionalidade: MARBURY v. MADISON (1803)**. In: SIMÕES, Sandro Alex de Souza; VELOSO, Bárbara Lou da Costa (org.) **Ensaio sobre Direito Constitucional: Estudos em Homenagem ao Professor Orlando Bitar**, Belém: Editora CESUPA, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUJAWSKY, Gilberto de Mello. **Descartes Existencial**. São Paulo: Herder, 1969.

KUNTZ, Rolf; FARIA, José Eduardo. **Qual o futuro dos Direitos? Estado, Mercado e Justiça na Reestruturação Capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. **Instituições Políticas Democráticas: O Segredo da Legitimidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LINARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre a Verdadeira Origem, Extensão e Fim do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 1999.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Judiciário, democracia, políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, abril/junho, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, nº 57, 2002.

MARX, Karl. **El Manifiesto Filosófico De La Escuela Histórica Del Derecho**. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). *El Âmbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporâneo*. Barcelona: Crítica, 1994.

MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto brasiliense de direito público - IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. **Política do Direito e juridicização da política**. In: <http://www.buscalegis.ufsc.br>

OLIVEIRA NETO. Francisco José Rodrigues de. **O Poder Judiciário na concretização do Estado Democrático de Direito após 1988**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Hécio. **Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

RÖD, Wolfgang. **O caminho da Filosofia**. Brasília: UNB, 2008.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. São Paulo: Record, 2005.

SANTIAGO, Homero. **Do Cartesianismo ao Espinozianismo: estudo de um axioma**. Cadernos espinosianos IX, São Paulo: Universidade de São Paulo.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Portugal: Centro de Estudos Judiciários e Edições Afrontamento, 1996.

\_\_\_\_\_. **A Judicialização da política**. In: <http://www.ces.fe.uc.pt/opinião/bss/078.php>, 2003.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Afrontamento, 14. ed., 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme. 2003. **O Cálculo do Conflito. Estabilidade e crise na política brasileira**. Rio de Janeiro: IUPERJ.

SARTRE, Jean-Paul. **Questão de Método**. São Paulo: Abril Cult, 1973.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **La Escuela Histórica Del Derecho**. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). El Âmbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporâneo. Barcelona: Crítica, 1994.

SKIDMORE, Thomas. 1988. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise - Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TATE, Neal & VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.

VECA, Sebastiano Maffettone e Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. In: Revista Direito GV, v. 4, n. 8, jul-dez 2008a.

\_\_\_\_\_. **As Transformações do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará. N. 18. Jan-Jun, 2008b.

\_\_\_\_\_. **O Poder Judiciário como órgão contramajoritário e o devido processo legal substantivo.** In: DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo (cord.) O Devido Processo Legal. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, Belém: Cesupa, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Judicialização da Política à luz da teoria de Ronald Dworkin.** In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Supremocracia.** In: Revista Direito GV, v. 4, n. 8, jul-dez 2008.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal.** São Paulo: Paz e Terra, 1993.

WALDRON, Jeremy, **Law and Disagreement.** Oxford: Claredon Press. Tradução: José Luis Martí y Aguéda Quiroga. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006.

WEBER, MAX. **A Ideia de Sociologia Econômica.** Tradução: Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.

WERNECK VIANA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

\_\_\_\_\_. **Poder Judiciário, "Positivção do Direito Natural" e Política.** In: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996. Editora Acadêmica, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 2005.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito.** São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.