

I. DA PERIFERIA PARA O CENTRO DO DEBATE POLÍTICO NACIONAL

Em um fenômeno que se reconhece como tendência mundial, reconhece-se a intervenção, cada vez maior, do Poder Judiciário na formatação dos direcionamentos estatais. O fenômeno cada vez mais presente do ativismo judicial, que se consubstancia na ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa, administrativa e, até mesmo da função de governo, vem demonstrando uma nova repartição dos poderes e funções estatais, assumindo o Poder Judiciário uma parte expressivamente maior, isto é, uma expansão de poder dos juízes.

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441-464) cunhou a expressão “supremocracia”, para simbolizar que a função de árbitro dos conflitos institucionais no Estado brasileiro, que segundo o mesmo já esteve no Poder Moderador, na época do Império; no Exército, na República Velha e nos períodos autoritários; a partir da Constituição de 1988 vem se fixando no Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o presente trabalho não visa à discussão acerca do conceito de ativismo judicial ou mesmo de sua legitimidade democrática, já tão exaustivamente debatido na doutrina pátria. O presente artigo tem por escopo analisar justamente quais as causas, jurídicas e extrajurídicas, que permitiram a ascensão institucional do Poder Judiciário dentro do Estado brasileiro, dando substrato para o início do movimento ativista.

Conforme nos reporta Luís Roberto Barroso (2010, p.3), no mundo contemporâneo, as principais discussões políticas, econômicas e sociais dos países ocidentais, que antes tinham seus parâmetros delimitados pelas instâncias políticas do Executivo e Legislativo, agora passam a ser discutidas no âmbito judicial. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

No Brasil não é diferente. O Judiciário brasileiro, em especial seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal, vem gradualmente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, de um Poder apagado e acuado no regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual, após a redemocratização e quase três décadas da Constituição Federal de 1988.

Somente na presente década, o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹; autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos²; definiu o rito do procedimento de impeachment da ex-Presidente da República Dilma Rousseff declarando inconstitucionais dispositivos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados³; determinou cautelarmente a suspensão do exercício das funções parlamentares do Presidente da Câmara dos Deputados⁴; reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional” com violação generalizando de direitos fundamentais dos presos, atribuindo ao próprio STF o papel de retirar os demais Poderes da inércia, podendo coordenar ações visando resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, levando a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas⁵.

Mas não só o STF vem assumindo o papel “moderador” da vida institucional brasileira, nas demais instâncias judiciais, cotidianamente são prolatadas decisões obrigando o poder público ao cumprimento das mais variadas políticas públicas, como vagas em creches e escolas, concessão de medicamentos e leitos hospitalares, sem se falar no campo da justiça criminal, como a operação Lava-Jato.

Tudo isso demonstra uma expansão no poder do Judiciário sem precedentes na história brasileira. Todavia, questiona-se: o que pode explicar a transformação do papel do Judiciário, em especial do STF – da periferia para o centro do debate político nacional – nessas três décadas?

Como forma de oferecer uma resposta adequada a esta questão, propõe-se um elenco fatores que, para melhorar a didática do trabalho, serão divididos entre aspectos formais (institucionais-positivos) e informais que conduziram a tal movimento.

Os aspectos formais, tratados no capítulo inicial, são aqueles que estão expressamente previstos no desenho institucional formal do ordenamento jurídico, isto é, estão positivados pela norma jurídica, entre eles serão analisados no capítulo: a) a redemocratização e o retorno das garantias institucionais e funcionais do Poder Judiciário com a CF/88; b) o redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, ampliando tanto os poderes e a forma de exercício da jurisdição constitucional, como também os diferentes

1 ADFP nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto

2 ADFP nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

3 STF - ADFP: 378 DF - DISTRITO FEDERAL 9037714-24.2015.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/12/2015, Data de Publicação: DJe-255 18/12/2015.

4 STF. Plenário. AC 4070, Rel. Min. Teori Zavascki.

5 STF. Plenário. ADFP 347 MC/DF, Rei. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

canais pelos quais esses poderes podem ser acessados pela sociedade; c) a “constitucionalização abrangente” já que o texto constitucional, por ser simultaneamente amplo e detalhado, facilita que debates políticos ou morais sejam considerados judicializáveis; d) a delegação de poder normativo/de decisão ao Poder Judiciário pelo próprio legislador através de textos jurídicos, inclusive a Constituição, eivados de normas abertas, como princípios e cláusulas gerais.

Por outro lado, existem aspectos que não constam do desenho formal das instituições nem positivados pela norma jurídica, mas que consistem em comportamentos dos atores sociais e institucionais, e que são fundamentais para a compreensão do atual papel do judiciário no Estado brasileiro, entre eles, serão apreciados: a) O comportamento estratégico de atores políticos que enxergam nos tribunais a oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados; b) A crise de representatividade a consequente canalização, das instituições políticas para os tribunais em geral, de expectativas sociais frustradas – o Judiciário como “guardião das promessas”; c) A adoção, por vezes acrítica e incompleta, de teorias pós-positivistas estrangeiras e o fascínio dos atores jurídicos nacionais com a redescoberta dos princípios.

Para toda consequência existem uma miríade de situações que podem ser indicadas como causa, em uma realidade contemporaneidade tão interligada. Sem embargo desta constatação, nas páginas seguintes pretendo discutir as razões de ordem institucional e mesmo não-institucionais que considero, precipuamente, terem favorecido a expansão dos poderes do Judiciário no Estado brasileiro.

II. FATORES INSTITUCIONAIS/POSITIVADOS DE EXPANSÃO DE PODER DO JUDICIÁRIO

1) Redemocratização e retorno das garantias institucionais e funcionais de juízes e tribunais

A redemocratização trouxe consigo o retorno das liberdades democráticas e das garantias institucionais dos Poder Judiciário e funcionais dos magistrados. Garantias e liberdades suprimidas no período do regime de exceção.

O regime militar perdurou de 1º de abril de 1964, com o golpe de estado que destituiu o Presidente João Goulart do poder, até 15 de março de 1985. As pouco mais de duas décadas do regime, foram marcadas por fases de maior ou menor repressão política, a incluir censura, prisões ilegais, tortura e mortes. Período no qual vigoraram as Constituições de 1946 e de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Não obstante tal fato, paralelamente à ordem constitucional foram editados os denominados “atos institucionais”, cujo símbolo maior foi o Ato Institucional nº 5, de 15.12.1968. Com base em tal ato, facultava-se ao Presidente da República decretar o recesso do Congresso Nacional, cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos, aposentar compulsoriamente juízes e membros do Ministério Público, demitir servidores públicos, entre outras arbitrariedades, estando excluídas de apreciação judicial as ações do Presidente nele fundadas. O regime militar proporcionou um Judiciário acuado⁶, que não teve força para fazer valer o Direito frente às arbitrariedades cometidas. Entre os juízes que ousaram combatê-las houve prisões e aposentadorias compulsórias, inclusive de ministros do STF que se posicionaram de forma contrária ao regime, como os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Por força do próprio Ato Institucional, essas aposentadorias compulsórias estavam excluídas de apreciação judicial. Tudo isso ocorreu durante a vigência da Constituição de 1967 e da emenda constitucional nº 1/69, que formalmente concediam garantias funcionais e institucionais ao Poder Judiciário.

Além da aposentadoria de juízes contrários à ideologia autoritária, o Ato Institucional nº 5 suspendeu a garantia constitucional do *habeas corpus* para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular. O que na prática impedia a apreciação judicial da legalidade das prisões políticas realizadas pelo regime.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988 as garantias funcionais da inamovibilidade e vitaliciedade efetivamente retornaram. Demais disso, a Carta Cidadã inovou, sendo a primeira a incluir em seu texto a autonomia institucional ao Judiciário, garantindo a autonomia financeira e administrativa dos tribunais, bem como a iniciativa

⁶ Nesse sentido nos reporta o ilustre advogado Sobral Pinto, em discurso: “Entra pelos olhos de quem quer ler com isenção que no Brasil destes dias só existe um Poder soberano: o Presidente da República. O Poder Legislativo, quer federal, quer estadual, quer municipal perdeu, de maneira clara, patente e absoluta, a sua soberania. O Presidente da República fecha o Congresso, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais quando bem entender, e passa ele a exercer as funções legislativas atribuídas a estes órgãos eletivos. **O Poder Judiciário desapareceu como poder, porque os seus membros, tanto federais quanto estaduais, podem ser demitidos ou aposentados pelo Presidente da República, por simples decreto de sua lavra.** A soberania deste Poder foi destruída pelo ATO INSTITUCIONAL N.º 5 que tirou a autonomia e a independência nas funções de seu cargo à vontade soberana do Presidente da República, que os aposentará, demitirá, removerá ou porá em disponibilidade sem prestar contas a ninguém deste seu ato. (...) **A Magistratura, provocada pelos lesados em seus direitos, não pode opor-se à vontade arbitrária dos órgãos do Poder Executivo. A correspondência pode ser violada, os jornais, as emissoras de rádio e as câmaras de televisão podem ser censurados sem que a Magistratura tenha meios de evitar estes atentados.** Os bens de políticos adversários podem ser confiscados, por simples suspeição, sendo vedado à Magistratura evitar tão brutal confisco. **Os Juízes, os militares e os funcionários adversários do Governo podem ser demitidos, aposentados, reformados ou postos em disponibilidade**, permanecendo a Magistratura alheia a todas estas lesões, de ordinário injustas. O Presidente da República, substituindo-se ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas Estaduais, e às Câmaras Municipais promulga leis federais, estaduais e municipais, na qualidade de legislador universal do País, estando todos obrigados a acatar, cumprir e executar semelhantes leis”.

privativa de sua proposta orçamentária, o que tende a fortalecer a independência institucional do Judiciário em relação a possíveis tentativas de retaliação orçamentária pelos demais Poderes.

Sendo assim, o retorno das liberdades democráticas e do postulado da inafastabilidade da jurisdição, aliado às garantias institucionais e funcionais conferidas ao Judiciário e do Ministério Público, são considerados fatores decisivos no papel de centralidade que estas instituições ocupam no cenário atual, visto que as tornam menos suscetíveis a retaliações de outros atores institucionais, possibilitando o Judiciário como um poder com uma face muito mais independente do que o visto no período anterior, e com capacidade de impor suas decisões em face das outras instâncias.

2) O redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 e ampliação dos canais de acesso

A Constituição de 1988 realizou uma ampliação, sem precedentes na história constitucional brasileira, dos canais de acesso pelos quais se provoca a atuação do STF e das ferramentas conferidas aos tribunais no exercício da jurisdição constitucional.

O controle de constitucionalidade surge no País com a Constituição de 1891, a primeira republicana, trazendo em seu corpo a nítida influência norte-americana, em razão do caráter incidental e de efeitos concretos do controle judicial.

A Constituição de 1934, por sua vez, inseriu no controle de constitucionalidade brasileiro a regra americana do *full bench*, ou cláusula de reserva de plenário, a possibilidade de o Senado Federal, por provocação do Procurador-Geral da República, suspender a execução do ato declarado inconstitucional e a vedação expressa de apreciação judicial de questões de natureza “política”.

A Constituição de 1937 por sua vez, autoritária e que ficou conhecida como “polaca”, trouxe a possibilidade de o Presidente da República submeter a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato à reapreciação do Parlamento, caso verificasse as abstratas hipóteses de “bem estar do povo” ou a “defesa do interesse nacional de alta monta”.

A grande alteração no sistema, que dá origem ao singular sistema misto de controle de constitucionalidade visto no Brasil se dá com o advento da emenda constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965. Com ela a alínea “k”, do inciso I, do art. 101 da CF/1946 passa a prever a possibilidade da representação de inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, a ser proposta unicamente pelo Procurador-Geral da

República. Dessa forma, é iniciado no Brasil a ação direta de inconstitucionalidade, de viés realmente abstrato, diferentemente da representação interventiva anteriormente prevista.

É importante ressaltar, todavia, que apesar da previsão constitucional de um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, sua utilização não tinha grande capacidade de confrontar o sistema político. Isto porque o único legitimado para a propositura da representação de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República, e este, diferentemente do modelo previsto na CF/88, não precisava ser um membro de carreira do Ministério Público Federal, sendo livremente indicado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República. Desta feita, a despeito do plano ideal e aproximando-se do mundo real, era o Presidente da República, que tinha poderes para livremente nomear e destituir do Chefe do Ministério Público da União, quem realmente detinha a atribuição de propor a representação de inconstitucionalidade. Dentro de um Congresso Nacional controlado pelo Poder Executivo, que não aprovaria atos normativos contrários à ideologia do regime, o controle abstrato de constitucionalidade trazido pela CF/88 representou, na grande maioria das vezes, um instituto natimorto.

Esse foi o cenário de controle de constitucionalidade que vigeu no período que antecedeu a redemocratização.

A Constituição de 1988 foi responsável por revolucionar o controle abstrato de constitucionalidade, permitindo ao STF se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer ato normativo, seja em grau de recurso (controle difuso), seja por via principal (controle concentrado). Neste sentido, a Constituição manteve e ampliou a combinação, existente no Brasil desde 1965, entre formas de controle de constitucionalidade típicas do sistema do americano e do sistema Europeu do pós-guerra. Em vez de escolher por um dos sistemas, o constituinte originário manteve e aprofundou o modelo híbrido da tradição brasileira recente.

O resultado dessa escolha é que esse modelo misto proporciona um grau extenso de abertura da jurisdição constitucional à sociedade. A apreciação judicial pode se dar tanto pelo controle abstrato, por via de ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem leis em tese, quanto em recursos ou outras ações em que litígios concretos são levados ao STF e lhe permitem anunciar e afirmar suas interpretações da Constituição. Todavia, houve um grande mudança: o rol de legitimados para a propositura de ações de inconstitucionalidade diretamente perante o STF sofreu grande expansão dentro da CF/88. Assim, dentro de uma Constituição extremamente abrangente e analítica, houve uma grande ampliação dos canais acesso direto ao STF, e não mais apenas o canal do Procurador-Geral da República demissível *ad nutum* pelo Presidente da República.

Conforme Arguelhes e Ribeiro (2016), nesse sentido, o art. 103 da Constituição de 1988 representa uma mudança revolucionária no papel do STF na vida nacional ao abrir inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda daquele tribunal. Essa ampliação de canais de acesso ao controle abstrato foi cumulada à manutenção das já tradicionais competências recursais. O resultado, na prática, é um tribunal com dezenas de portas de acesso diferentes que indivíduos ou instituições podem utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros. O 1º relatório do projeto Supremo em Números da FGV identificou 52 espécies processuais distintas dentro do STF logo após 1988.

A CF/88, outrossim, foi a responsável por criar no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade instrumentos para solução, inclusive, das omissões inconstitucionais, quais sejam: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

O mandado de injunção é o remédio constitucional que tem recebido uma sensível alteração na compreensão dos efeitos de sua procedência pelo STF. A CF/88 apenas prevê que o mandado de injunção será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, CF/88). Inicialmente, a corte constitucional brasileira conferia a este instrumento um caráter não concretista, cuja procedência simplesmente resultaria na comunicação ao Poder ou órgão responsável para que elaborasse a norma regulamentadora ausente, nos moldes da ADI por omissão⁷.

O STF nos mandados de injunção nº 712, 708 e 670 restou por alterar o seu entendimento anterior, passando a conferir ao mandado de injunção caráter concretista, com efeito *erga omnes*. No caso, diante da omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, o tribunal resolveu, até a cessação da omissão inconstitucional, que se aplicaria analogicamente aos servidores públicos a Lei de Greve aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada⁸. No MI 721, por sua vez, adotou a posição concretista individual, aplicando ao impetrante o direito de aposentadoria especial pelo exercício de trabalho insalubre a servidor público⁹.

7 “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.” (MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-3-1990, Plenário, DJ de 20-4-1990.)

8 MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.

9 MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 30-11-2007.

Com a lei nº 13.300/2016 o próprio Poder Legislativo parece ter apreciado o comportamento mais ativista do Judiciário, visto que a supracitada lei, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, permite expressamente ao juiz criar as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou das prerrogativas reclamadas, em uma clara delegação de função normativa ao Judiciário. E não é só, a própria lei permite que seja conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando for “inerente ou indispensável” ao exercício do direito (art. 9º, § 1º da lei nº 13.300/2016).

Para além de todos os instrumentos já aqui dispostos, a CF/88 previu também, em seu art. 102, parágrafo único, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), disciplinada pela lei nº 9.882/1999. A ADPF trata-se de uma ferramenta poderosa do controle de constitucionalidade em razão de sua natureza subsidiária em relação às demais. Assim, permite a conformação em face de preceito fundamental de qualquer lei ou ato normativo federal, estadual ou até mesmo municipal que não caiba nas demais ações diretas. Demais disso, a ADPF permite ainda a análise da recepção de normas pré-constitucionais, o que não se admite nas demais ações diretas do controle abstrato.

Em razão do caráter subsidiário da ADPF em combinação com a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é possível afirmar que no panorama normativo atual, virtualmente, qualquer ato normativo pode ser levado ao STF para apreciação em sede de controle concentrado.

Soma-se às supramencionadas engrenagens processuais a previsão do art. 11 da lei nº 9.882/1999 e art. 27 da lei nº 9.868/1999, denominada de modulação temporal¹⁰. A modulação temporal permite que o tribunal manipule os efeitos da decisão de procedência nas ações diretas, “em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

A modulação temporal dos efeitos permite ao tribunal considerar válidos e manter atos inconstitucionais de acordo com a interpretação do que o tribunal considerar como “segurança jurídica” e “interesse social”. Inequivocamente, diante da abertura semântica destes conceitos indeterminados, pode-se afirmar que no plano real o legislador autorizou aos tribunais analisar os custos e benefícios advindos de suas decisões, uma espécie de consequencialismo judicial. O tribunal, cujo método de análise deve ser jurídico, poderá fazer um juízo político,

10 Lei nº 9.868/1999: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

econômico e social de “conveniência e oportunidade” da manutenção temporal da norma que compreendeu inconstitucional¹¹.

As súmulas vinculantes constituem outra demonstração dessa expansão do judiciário. Estes enunciados criados apenas pelo STF vinculam não só o Poder Judiciário, mas a Administração Pública de todos os entes federados. Seu quorum de alteração ou remoção é de dois terços, superior ao quorum de maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica emanada pelo Legislativo ou Executivo.

O efeito que se pode observar dessa ampliação do acesso e engrenagens processuais introduzidas pela Constituição de 1988 e leis regulamentadoras é o aumento significativo das oportunidades para que o tribunal possa exercer o poder. O Poder Judiciário em sua função precípua é guiado pelos postulados normativos da inércia e da adstrição como forma de controle ao seu poder de dar a palavra final. Assim, ao contrário dos demais poderes do estado, o Judiciário só pode atuar se e quando provocado, e na medida do que foi pedido. A conclusão é lógica: quanto maior for o leque de atores que podem provocar a jurisdição do tribunal e meios processuais para tanto, mais favoráveis serão as condições para que essa instituição exerça o poder de que dispõe. Assim, a expressiva ampliação do acesso ao STF por meio das ações diretas faz com que os vários atores sociais possam acessá-lo. Como vivemos em uma ordem plural e dialética, a insatisfação de um qualquer desses atores pode levá-lo a questionar a norma promulgada diretamente perante o STF, fazendo com que este tribunal possa dar analisar a constitucionalidade de uma forma amplíssima, em uma Constituição deveras abrangente. O “se e quando provocado” converte-se em uma situação de “sempre provocado”, o que nos faz questionar a efetividade real do postulado da inércia e parece transformar o Supremo em uma Assembleia Constituinte Permanente.

3) Uma constituição abrangente/analítica combinada com uma tendência de judicialização

Ao lado das questões anteriormente pontuadas, outro ponto fundamental é a feição nitidamente analítica/abrangente da Constituição de 1988 combinada com uma tendência de judicialização. O ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de

¹¹ Merece citação, neste ponto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 248-249): “(...) A decisão pode “restringir os seus efeitos... Isto significa, por exemplo que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão do tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado. **O terceiro, insofismável, mostra que o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e que nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político. (...) Disto tudo decorre, em suma, a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal se torna (ou tende a se tornar) uma terceira Câmara do Poder Legislativo.**”

informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante os juízes.

A constitucionalização abrangente, termo utilizado por Luís Roberto Barroso (2010, p. 3-41), consiste no movimento que trouxe para a Constituição de 1988 inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Trata-se de uma tendência iniciada com a redemocratização e as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.

A CF/88 contém um texto analítico e ambicioso, que elenca uma série de direitos fundamentais, remédios constitucionais para garantia desses direitos, organização e garantias institucionais dos Poderes e funcionais de seus membros, repartição de competências tributárias e suas receitas, organização dos entes federados, servidores públicos e suas garantias, limites de remuneração e acumulação, finanças públicas, ordem econômica e financeira, até normas de seguridade social, esportes, cultura, ciência e tecnologia, da família, da criança, do idoso e dos índios.

A extensão do texto de 1988 é compreensível, em razão de o da travessia do período ditatorial para a democracia, é natural o desejo de colocar na norma fundamental do Estado o maior número de direitos e garantias possíveis, como forma de evitar um novo autoritarismo estatal. Todavia, tal movimento de constitucionalização abrangente possui consequências diretas.

Constitucionalizar uma matéria significa retirá-la do campo da discricionariedade política para transformá-la em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Uma Constituição abrangente, então, retira parte da discricionariedade política do Legislativo e do Executivo, de forma negativa visto que a validade de leis e até mesmo de emendas constitucionais será aferida à luz da Constituição originária, limitando os caminhos políticos do legislador à visão constitucional, e de forma positiva, visto que a omissão inconstitucional do legislador e do administrador também poderá ser controlada pelo Judiciário. O resultado direto de constitucionalizar é retirar a escolha fundamental do campo

da política e transferi-la para o campo do Direito posto, o que ocasiona uma expansão de poder do Judiciário enquanto guardião da Constituição e das leis.

III. ASPECTOS NÃO POSITIVADOS DE EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

1) O comportamento estratégico de atores políticos

O Judiciário pode atuar não apenas após a aprovação de uma política pelo Legislativo, por meio dos recursos de controle de constitucionalidade, como também antes, por meio de sinalizações em pronunciamentos públicos, reuniões formais com o Executivo ou Legislativo, ou ainda por meio do uso de mandado de segurança por parlamentares. A observação dos recursos de partidos políticos no STF desde 1988 parece corroborar o uso estratégico da Corte como ponto de veto: o PT ingressa com mais ações no STF durante o governo PSDB e vice-versa.

Isto sinaliza que o uso estratégico do Judiciário por atores políticos de oposição diante de uma derrota no processo legislativo, transformando o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça em um verdadeiro terceiro turno do processo legislativo diante de uma derrota.

Ademais, em inúmeras situações, o custo político da tomada da decisão pelo Legislativo é encarado como muito alto por membros do seu corpo, cujo objetivo principal em algumas situações é a manutenção do mandato nas eleições seguintes. Sendo assim, decidir acerca de temas polêmicos, que polarizam a sociedade, como casamento homoafetivo, aborto, redução da maioria penal, pode significar uma redução de votos no pleito seguinte, e, inclusive, a não reeleição.

Não aceitando correr o supracitado risco, o Parlamento se omite, canalizando o anseio social, que deve ser respondido, para o âmbito dos tribunais. Mais uma vez, o comportamento estratégico-eleitoral dos próprios agentes políticos fomenta o poder dos juízes.

2) Crise de representatividade das instâncias políticas

A crise de representatividade da política atual é fenômeno mundial. A relação muitas vezes não clara entre partidos políticos e grupos empresariais ligada diretamente ao alto custo das campanhas políticas, e conseqüentemente de alto custo de acesso a uma cadeira no Parlamento, faz com que só possa ter acesso a uma vaga parlamentar, ou quem tem dinheiro suficiente para arcar com o alto custo da campanha, ou quem é financiado por um grupo empresarial que possua tal possibilidade, todavia, esse financiamento nunca parece ser

gratuito. Percebe-se cada vez mais um descolamento da classe política e da sociedade civil, em uma relação marcada cada vez mais pela indiferença e ceticismo.

Fato é que a relação entre a classe política e grupos empresariais com interesse em favores estatais, sejam empreiteiras, sejam grupos interessados em financiamento a baixo custo por bancos públicos, subsídios ou benefícios fiscais, vem gerando um olhar da sociedade civil cada vez mais desconfiado em relação à classe política. O que é algo compreensível, mas que deve ser analisado com cuidado, afinal a política é gênero de primeira necessidade em uma democracia, e o discurso de sua criminalização muitas vezes está ligado a tendências autoritárias, como muitas vezes nos ensinou a história.

Por outro lado, em comparação com as demais funções do Estado, vem se assistindo a um aumento de prestígio das categorias jurídicas¹². O aumento de prestígio frente ao desprestígio atual da classe política pode ser facilmente aferida à luz de pesquisas eleitorais, nas quais alguns ex-membros ou atuais do Judiciário figuram com alta percentagem de votos.

O aumento desse prestígio, todavia, não pode ser enxergado de maneira positiva. Ele representa um efeito colateral, um sintoma da deficiência do nosso sistema democrático-eleitoral de produzir naturalmente lideranças políticas capazes de capitanear o Estado sem se descolar dos valores que devem conduzir a sociedade.

O fato é que o espaço simbólico da democracia vem emigrando silenciosamente da política para o Judiciário. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O contexto geral é de um Legislativo e um Executivo enfraquecidos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele mesmo não sabe dar: uma moral, um grande projeto.

Nesse sentido, na lição de Antoine Garapon (1999, p, 49) a Justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade

12 Neste ponto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho compreende a expansão da atividade judicial como sintomática a este fenômeno: “Várias são as causas (ou talvez melhor se dissesse os fatores) desse fenômeno. (...) Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos “políticos”, em face do prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral. Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é a auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 56).

de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. Em um cenário de descrédito da Política, a expansão de poder dos juízes é acompanhada de um deslocamento das expectativas sociais para o Judiciário, que vem a ocupar o espaço de último protetor do direito, o guardião das promessas.

3) Delegação de poder normativo através da promulgação de princípios e cláusulas gerais

Além da possibilidade de acesso cada vez maior ao próprio STF e a inafastabilidade da jurisdição enquanto mandamento constitucional, que faz com que todo tipo de controvérsia possa ser apreciada por um juiz, e do supracitado fenômeno de uma constitucionalização abrangente, a dispor uma direção constitucional para (quase) todos os ramos do ordenamento jurídico, retirando a discricionariedade da política e trazendo para o âmbito do Direito, fato é que a Constituição Federal de 1988 e textos legais que a seguiram são frutíferos em princípios e cláusulas gerais, isto é, normas de alto grau de abstração/baixo grau de especificidade, o que, em um sistema de amplo acesso jurisdicional permite que a criação de direito seja feita em larga medida pelos tribunais.

Para compreensão deste fenômeno, recorre-se ao instrumental teórico da análise econômica do direito como ferramenta metodológica para compreender a escolha legislativa entre a promulgação de princípios e cláusulas abertas, ou de regras altamente específicas.

Neste ponto, os teóricos Richard Posner e Isaac Ehrlich (1974, p. 261) estudaram inicialmente a relação entre o grau de especificidade e a eficiência do comando normativo. Para os dois teóricos, a escolha legislativa de se a promulgar uma norma aberta ou um conjunto de regras precisas é implicitamente uma escolha entre a regulamentação legislativa ou judicial. O tipo aberto cria uma demanda por especificação. Esta demanda é exercida sobre os tribunais através do processo judicial, que respondem criando regras que particularizam e especificam o tipo aberto promulgado. Assim, uma decisão legislativa de promulgar uma norma aberta exige uma avaliação da eficiência entre os custos e benefícios entre a especificação legislativa ou judicial (*judge-made rules*) da norma.

A regulamentação através de regras (regulamentação legislativa), em tese, facilita o controle social dos tomadores de decisão (legisladores), haja vista que esses estão submetidos à periodicidade do voto, o que não ocorre, em nosso ordenamento com os juízes, que gozam de vitaliciedade e cuja admissão se dá através de concurso público ou outros critérios de indicação que não o voto popular.

Por outro lado, são apontados, também, efeitos negativos relacionados à regulamentação exclusivamente *ex ante*, isto é, a regulamentação exclusivamente pela via legislativa. Hans-Bernd Schäfer (2001, p.1-28), teórico alemão, aponta duas principais críticas à exclusividade da técnica legislativa das regras em um ordenamento, quais sejam, (1) a falta de flexibilidade e rápida obsolescência das decisões parlamentares e (2) a suscetibilidade à corrupção e a grupos de interesse presente no Legislativo.

No tocante ao primeiro ponto, regras específicas promulgadas pelo Legislativo não conseguem abarcar todas as situações e não são tão flexíveis. Conseqüentemente, regras precisas ficam desatualizadas devido a mudanças econômicas, técnicas e sociais, assim, devem conduzir a uma agitada atividade parlamentar ou tornar-se-ão ineficientes e petrificadas ao longo do tempo. Neste último caso, a simplicidade e segurança jurídica prevalecem ao longo do tempo, mas outros efeitos adversos de regras ultrapassadas são agravados ao longo do tempo. Alguns campos estão sujeitos a mudanças frequentes como, por exemplo, normas de saúde e segurança, normas de auditoria ou regras que regulam indústrias e profissões. É improvável que o ativismo parlamentar possa criar um conjunto de regras que sejam fáceis de administrar e que possam ser frequentemente mudadas ao longo do tempo. Para estas áreas o centralismo parlamentar não é uma alternativa viável.

No tocante a suscetibilidade à corrupção e a grupos de interesse presente no Legislativo, é inegável que as normas expedidas pelo Legislativo nem sempre coincidem com o interesse público, visto que os grupos de pressão influentes podem induzir parlamentos a promulgar leis a seu favor. O mesmo seria verdadeiro para as agências reguladoras, cujas normas são muitas vezes tendenciosas em relação aos interesses dos grupos econômicos regulados. Assim, para o supramencionado autor, a legislação pode ser influenciada pela corrupção e pelos interesses da burocracia estatal.

O Judiciário, todavia, não poderia ser facilmente influenciado por grupos de interesse. Mesmo que partes do Judiciário sejam corruptas, é mais difícil de se influenciar as decisões do Poder Judiciário, em razão de sua estrutura de aprendizagem descentralizada, do que as emanadas pelo Parlamento.

Em sua obra, Schäfer defende que a criação da norma através dos tribunais (*judge-made-law*) poderia levar a soluções superiores em comparação com a norma criada pelo Legislativo, independente de todas as considerações sobre a divisão do trabalho entre o parlamento e do judiciário e do conhecimento diferente e especialização de juízes e membros do parlamento. A presente análise se dá de forma pragmática à luz da observação do funcionamento das democracias atuais, todavia, inegavelmente, não pode desprezar o papel

fundamental exercido pelo Poder Legislativo enquanto representante ideal das vontades populares.

Dessa forma, um sistema jurídico baseado em normas de baixo grau de especificidade, como cláusulas gerais e princípios, privilegia a densificação e construção normativa por parte dos órgãos jurisdicionais, enquanto um modelo de alto grau de especificidade normativa – formado majoritariamente por regras – concentra o poder de decisão no topo do sistema político. A opção por um sistema jurídico baseado em tipos abertos revela a preferência por um modelo *ex post*, que prioriza o juiz e não o legislador como produtor das normas jurídicas.

Percebe-se, então, que no tocante a este ponto, a expansão de poder do Judiciário dá-se diretamente por delegação do legislador, que, ao elaborar uma Constituição e leis densamente compostas de princípios e cláusulas abertas termina por abrir mão do poder de regulamentar a situação, promulgando princípios ou cláusulas gerais, para que o juiz, diante do caso concreto, densifique-os e concretize-os. O legislador, neste ponto, incentiva e estimula a discricionariedade judicial. A consequência inequívoca, é uma fronteira fluida entre o que é a tarefa de legislar e regulamentar e o que é a de julgar, aproximando política e direito, e permitindo-se diretamente a expansão da atividade judicial.

4) Adoção acrítica de teorias “pós-positivistas”

É possível afirmar, tendo por parâmetro a efetividade do texto constitucional, que o Brasil, em que pese as muitas cartas constitucionais que aqui vigoraram, teve, em relação aos países da Europa continental, o que se pode denominar de constitucionalismo tardio. Uma história de frustração do povo em relação a direitos que lhe foram enunciados, mas nunca verdadeiramente lhe concedidos.

A falta de efetividade das Constituições brasileiras é resultado do não reconhecimento da força normativa aos seus textos - a negação em dar-lhe aplicabilidade direta e imediata. A falta de vontade política e judicial de aplicar a vontade da Constituição.

A Carta de 1988 vem se demonstrando diferente das demais. Promulgada sob indiscutível critério democrático, é dotada de um lastro de legitimidade sem precedentes na história brasileira. Todavia, não obstante os inegáveis avanços políticos, jurídicos e institucionais trazidos pela Constituição de 1988, a doutrina começa a apontar excessos derivados, talvez, da incipiência e do deslumbramento causado com a redescoberta dos princípios pelo Poder Judiciário.

Ao longo da história do direito, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem da noção de Direito Natural para alcançarem uma leitura que lhes

atribuísse normatividade, expressando um conteúdo deontico (estabelecendo obrigações, permissões ou proibições de condutas). À luz do pós-positivismo, o conceito de norma jurídica torna-se gênero, composto por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos¹³.

Teóricos como Parisi, Fon, Schäfer, assim como Bobbio e Del Vecchio, passaram a defender que a generalidade/especificidade seria um critério suficiente para uma distinção, sendo os princípios normas dotadas de um grau de abstração e generalidade mais alto do que as regras. Por sua vez, Robert Alexy aponta tal tese como a “tese fraca” de separação entre regras e princípios, uma vez que se apoiaria em distinção meramente quantitativa (grau de abstração de cada espécie normativa).

A “tese forte” da separação entre regras e princípios, também denominada tese qualitativa, toma o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação. Para esta tese o critério da generalidade não é suficiente para aferir a distinção posto que incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. Para Alexy, a questão está em assentar a distinção por meio dos modos de aplicação de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de conflito normativo.

Regras seriam diferentes dos princípios porque são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Destarte, a aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, não dando margem a maiores especulações teóricas. Regras são relatos objetivos e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. A subsunção é o enquadramento dos fatos na previsão abstrata da norma, que produzirá o resultado jurídico.

Desta feita, a aplicação das regras se opera na modalidade tudo ou nada, isto é, ou regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.

13 Como forma de distinção dessas duas espécies de normas jurídicas, Canotilho nos apresenta uma excelente síntese de diferenciação entre princípios e regras: “Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador ao juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (CANOTILHO, 2003, p. 1159-1162).

Os princípios, como visto, possuem maior grau de abstração, não especificando diretamente a conduta a ser seguida, posto que constituem uma decisão política relevante a indicar a direção e não o caminho. Todavia, um ordenamento jurídico democrático se caracteriza por uma ordem pluralista a adequar em seu corpo valores e fundamentos contrapostos, resultados das influências e do poder de grupos de pressão consolidados ou em luta por sua consolidação. Dessa forma, a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema, em razão de sua dialeticidade. O intérprete deve reconhecer aos princípios uma dimensão de peso e importância e à luz do caso concreto, devendo fundamentadamente, e preservando o máximo de cada um, aferir a vontade do texto. A aplicação dos princípios dar-se-á, em geral, pela técnica da ponderação.

Por isso, Alexy (2008, p. 90) afirma existir uma dimensão de peso entre princípios nos casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”. Assim, em face de uma colisão de princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha no caso concreto maior peso relativo, sem que isso signifique invalidação ou descarte do princípio compreendido como de peso menor. O que garantiria a racionalidade da decisão, evitando que a aplicação do direito se torne mera preferência subjetiva do julgador, decisionismo.

A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas em sequência: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A sequência deste procedimento teórico, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, seria capaz de conduzir a decisões judiciais dotadas sempre de racionalidade. A racionalidade alexyana possui, no entanto, inúmeros problemas irresolvidos, essencialmente no que diz respeito à flexibilidade conferida pelos princípios ocasionando uma amplíssima discricionariedade judicial.

O grande problema é que a doutrina nacional adotou a tese de Robert Alexy de forma quase religiosa, desenvolvendo a “crença” de que o método da ponderação a partir do critério da proporcionalidade seria capaz de assegurar decisões dotadas de racionalidade, de modo a evitar o decisionismo, bem como a incerteza e insegurança.

Assim, a adoção das teorias pós-positivistas no Brasil, em especial a racionalidade alexyana, vista com fascínio pela majoritária e acrítica doutrina nacional começa a apontar para a possibilidade de abertura a decisões resultado de puro arbítrio, e dotadas de preferências pessoais dos juizes.

Neste sentido, Fernandes (2014) elenca, então, as seguintes críticas, em síntese, ao postulado da proporcionalidade: a) desnaturação do princípio da separação dos poderes; b)

limitação da supremacia constitucional pela transformação dos Tribunais Constitucionais em verdadeiras Assembleias Constituintes (poder constituinte originário permanente); c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo/benefício sociais; e) abertura para decisões dotadas de puro arbítrio; f) abertura para decisões dotadas de preferências pessoais dos juízes (com a diluição da positividade-juridicidade da Constituição); g) irracionalidade metodológica.

De fato, temos que entender o poder que os princípios conferem a quem os interpreta, visto constituírem cláusulas com conteúdo aberto e extremamente dependente da realidade subjacente. O princípio passa a demarcar uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades interpretativas.

O direito brasileiro vive hoje um cenário em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. Um ambiente de geleia geral que promove a deterioração da qualidade do debate jurídico, afastando o Direito ao trazer a arbitrariedade, o que também contribui diretamente para uma expansão de poder dos juízes, que como último intérprete do Direito, consegue manipular o sentido do texto jurídico, extraindo uma norma jurídica que muitas vezes extrapola os limites semânticos do mesmo, e que resulta em uma dilatação de poder do Judiciário.

O risco mais grave dessas técnicas hermenêuticas é à ampla discricionariedade judicial que conferem, sendo um convite ao exercício indiscriminado de ativismo judicial, deturpando o Direito. A arbitrariedade judicial que subverte a própria democracia.

Assim, percebe-se que o postulado normativo da proporcionalidade, metodologia de aplicação dos princípios, utilizado em um ordenamento jurídico cada vez mais formado por normas abertas, como cláusulas gerais e princípios, permite um agigantamento da função jurisdicional, tornando fluidas as fronteiras entre a interpretação judicial de uma norma e a própria criação judicial do direito, fator decisivo para compreender a ascensão de poder dos juízes no cenário institucional brasileiro atual.

IV. CONCLUSÃO

No presente artigo, discutiram-se os fatores institucionais positivados e não positivados no ordenamento a favorecer a expansão de poder do Judiciário brasileiro. Todos eles devem ser compreendidos em conjunto, pois possuem influências recíprocas. A redemocratização e o retorno das garantias institucionais do Judiciário, e funcionais de seus membros, permitiu a tomada de decisões que viessem a ir de encontro com os interesses de

instâncias políticas desinteressadas na efetivação de direitos, sem medo de futuras represálias institucionais. Por outro lado, uma Constituição extremamente analítica e desconfiada do legislador, a abranger quase todos os ramos do direito, aliada a um sistema de controle de constitucionalidade que talvez seja o mais amplo do mundo em ferramentas instrumentais e modalidades de acesso, permitiu a ampla judicialização, isto é, o Judiciário pode ser chamado a dar a última palavra sobre praticamente qualquer assunto.

Os fatores acima se aliam a uma delegação normativa inconsciente do legislador, constituinte e ordinário, a promulgar cada vez cláusulas abertas e principiológicas nos textos normativos, delegando o poder de criação da norma específica diretamente ao Judiciário, e ao comportamento estratégico dos atores políticos, transformando o Poder Judiciário em um terceiro turno do processo legislativo ou se omitindo em situações de alto custo político da tomada de decisão.

Somados a esses fatores, adicione-se a adoção pela doutrina nacional de uma nova teoria dos princípios, que permite um agigantamento da função jurisdicional, tornando fluidas as fronteiras entre a aplicação judicial de uma norma e a própria criação da mesma, conjugados a uma percepção latente de uma disfuncionalidade e baixa representatividade das instâncias políticas tradicionais.

Garapon (1999, p. 49), ao refletir sobre o papel do juiz na democracia, proclamou que “(...) A justiça é guardiã do direito, quer dizer, dos pactos anteriores aos quais somos ligados. Ela garante a identidade da democracia (...)”. O fato é que o espaço simbólico da democracia vem migrando silenciosamente da política para o Judiciário.

Todavia, o descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de representatividade e insatisfação que é marca das democracias contemporâneas, não deve conduzir à conclusão de substituição da política e discussão pública por juízes e argumentos jurídicos. A Justiça garante a identidade da democracia, mas só a política pode lhe dar alma. Urge corrigir a democracia, e não solapá-la.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. Ribeiro, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista de Direito da GV**. São Paulo, v. 12, n. 2: Mai/Aug. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, pp. 24-51, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1. 1974.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Shoud Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics**. v. 20, pp. 1-28, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul-dez, 2008.