

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS: O ATIVISMO JUDICIAL COMO VOZ DA CIDADANIA E CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS AND SOCIAL RELATIONS: THE JUDICIAL ACTIVISM AS THE VOICE OF CITIZENSHIP AND CONSOLIDATION OF DEMOCRACY

Ana Isabella Bezerra Lau

Resumo

O novo arranjo que ganha movimento no cenário nacional, denominado judicialização da política e das relações sociais, responsabiliza o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no encargo de solucionar embates cruciais, definindo os ditames da Carta Constitucional nas questões mais relevantes da vida política e social do País. Na resolução de tais embates, muitas vezes a Suprema Corte atua de forma significativamente proativa, seja inovando práticas interpretativas a fim de expandir o significado de enunciados normativos vagos; seja afirmando direitos sociais quando desrespeitados em prol de interesses privados ou mesmo interferindo na formulação e aplicação de políticas públicas. Essa nova postura do Judiciário é denominada de ativismo judicial. Sua legitimidade não é, com unanimidade, vista de forma positiva. Entretanto, dentre os contornos que envolvem o tema, este texto irá se debruçar não apenas sobre a legitimidade, mas sobre a necessidade sistêmica do Supremo Tribunal Federal, diante de alguns embates, agir de forma proativa e categórica a fim de efetivamente alcançar os fins constitucionais e consolidar a própria democracia.

Palavras-chave: Judicialização, Ativismo judicial, Supremo tribunal federal, Democracia, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The new arrangement that makes movement on the national scene, called judicialization of politics and social relations, blames the Judiciary, especially the Supreme Federal Court, in charge of solving crucial clashes by setting the dictates of the Constitutional Charter on the most relevant issues of the social and political life of the country. In the resolution of such conflicts, many times the Supreme Court acts to significantly proactive, is innovating interpretative practices in order to expand the meaning of normative statements vague; affirming social rights when disregarded in favor of private interests or even interfering in the formulation and implementation of public policies. This new attitude of the Judiciary is called judicial activism. Its legitimacy is not unanimously, viewed positively. However, among the contours surrounding the theme, this text will focus not only on the legitimacy, but about the systemic necessity of the Federal Supreme Court, in front of some clashes, act proactively and categorical in order to effectively achieve the constitutional purposes and consolidate democracy itself.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Judicial activism, Federal supreme court, Democracy, Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A ascensão do ativismo judicial nas Cortes Brasileiras, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, é uma realidade incontestável, principalmente diante do atual arranjo sociopolítico brasileiro. De fato, as mudanças decorrentes da redemocratização do Brasil pós ditadura militar produzem seus efeitos até os dias atuais. A intensa constitucionalização de direitos, o abandono ao positivismo formalista e a abrangência da atuação jurisdicional transformam o Direito em um verdadeiro instrumento de transformação social e consolidação democrática.

Diante de um Estado Social de Direito, ficou fora de forma a atuação do Juiz como mera boca da lei, postura advinda do individualismo liberal garantidor de interesses privados. O novo paradigma estatal requer que o Judiciário acompanhe os avanços sociais e hermenêuticos da nova era. Essa desneutralização do Poder Judiciário repercute, inegavelmente, na clássica fórmula de separação de poderes de Montesquieu, sobretudo nos países filiados ao sistema jurídico do *civil law*, vez que o Judiciário emerge como uma nova esperança à uma democracia efetiva e à uma proteção substancial dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 reavivou na sociedade o civismo e a busca por uma cidadania ativa. A incorporação dos princípios constitucionais acarretou uma considerável expansão das interpretações construtivistas do texto legal, bem como da ação judicial, surgindo um movimento denominado de judicialização da política e das relações sociais, confirmando a inegável fluidez entre justiça e política no mundo moderno.

O protagonismo do Judiciário, percebido tanto nos países de *civil law*, como nos de *common law*, advém da exigência de efetivação do papel de julgador de casos concretos à luz dos princípios constitucionais e direitos sociais, rompendo as lacunas e incertezas do texto legal. Contudo, a postura ativista não é positivamente enxergada de maneira uniforme, pois há quem entenda que representa uma crise ao modelo democrático estabelecido. O presente estudo, por meio dos métodos de pesquisa monográfico e histórico, analisará os posicionamentos conflitantes acerca da legitimidade do ativismo judicial e os contornos com os quais o tema se debate na busca pela consolidação da democracia e efetivação do Estado Social de Direito.

2 O WELFARE STATE E A DESNEUTRALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

As transformações no campo da hermenêutica jurídica estão cada vez mais latentes. De fato, diante de um Estado Social e Democrático de Direito e, sobretudo, diante da complexidade das relações sociais e do próprio fenômeno jurídico, não há como se admitir a figura do Juiz como mera boca lei (*la bouche de la loi*).

Inegavelmente, as transformações sociais e culturais demandam uma nova estruturação do direito, de sua interpretação e aplicação, bem como uma nova postura por parte dos magistrados. Relembre-se que o princípio dispositivo foi concebido em uma época liberal-individualista em que era imprescindível para a burguesia dominante “amarrar” os juízes, garantindo, assim, a trivialidade do jogo dos interesses privados. Segundo Paulo Bonavides:

[...] a Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política (BONAVIDES, 2011, p.43).

Aplicava-se a regra sem qualquer reflexão sobre a justiça no caso concreto. A lei mostrava-se como única fonte do Direito, contendo os juízes a atuar nos limites impostos por uma moldura inteiramente delineada pela atuação legislativa e pelos interesses do hegemônico estado de direito burguês. Em outras palavras, não havia Direito antes do legislador o criar e o ato jurisdicional era um mero processo de subsunção do fato à norma, neutralizando o juiz de qualquer atuação ética, ainda que teleologicamente fundada. Thomas Hobbes, contemporâneo a este paradigma de Estado Liberal, assim aduziu:

Nossos juristas concordam com a ideia de que a lei nunca é contrária à razão, e de que essa mesma lei não é a letra (isto é, cada uma de suas frases), mas a intenção do legislador. [...] Portanto, o que faz a lei não é a jurisprudência, ou a sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão desse homem artificial, o Estado, e suas ordens. [...] Em todos os tribunais de justiça, quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença esteja em conformidade com ela e, nesse caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a sua sentença e, portanto, injusta (HOBBS, 2009, p. 191-192).

Em reação ao positivismo jurídico, o paradigma do *Welfare State*, com seus princípios constitucionais aspirantes de uma igualdade substancial entre os indivíduos,

representou uma mudança na hermenêutica jurídica. Mostrava-se latente a necessidade de adequar as leis aos referidos princípios como um limite e uma complementação da própria democracia, uma vez que os direitos constitucionalmente estabelecidos representavam um verdadeiro freio aos poderes da classe dominante. As concepções individualistas tradicionais mostravam-se ultrapassadas, “como vestidos que se tornam demasiado apertados para um corpo que, de repente, cresceu” (BOBBIO, 2007, p.11).

O Judiciário passa, então, a ter o dever de acompanhar os avanços sociais e, segundo Tercio Sampaio F. Júnior, “torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial” (FERRAZ JR., 1994). Aduz ainda que “o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva” (FERRAZ JR., 1994).

Em outras palavras, com o advento do Estado Social, rompeu-se com a arquitetura do Estado de Direito kelseniano, uma vez que o Direito, por meio de uma avaliação prospectiva, passou a ser visto como um instrumento de transformação social, o que eclodiu em uma fase de “socialização processual”, nas palavras do doutrinador Dierle José Coelho Nunes (NUNES, 2009, p.124).

Os ideais de justiça incorporados pelo constitucionalismo moderno, no entanto, carecem, na maioria das vezes, de eficácia normativa, o que passou a exigir uma desneutralização do Poder Judiciário com vista a concretizar os conclamados direitos sociais. Segundo Ferraz Jr:

Isso altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles [os direitos sociais] ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza) (FERRAZ JR., 1994).

A busca pela institucionalização dos direitos sociais, visando uma certeza jurídica de efetivação dos mesmos, criou o que Mauro Cappelletti denominou de “*Welfare* de estado legislativo” (CAPPELLETTI, 1993, p.39), a fim de introduzir na legislação tal sentido promocional prospectivo advindo do Estado de Bem Estar Social. Ocorre que as introduções legislativas, sobretudo no tocante aos direitos sociais, foram

incorporadas de forma vaga e imprecisa, pugnando por uma interpretação do juiz. Acentua Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que somente se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais (CAPPELLETTI, 1993, p.42).

Segundo Luiz Verneck Viana:

A desneutralização do Judiciário seria, então, um dos efeitos do novo tipo de articulação, resultante da imposição do *Welfare State*, entre a esfera do público e do privado, repercutindo sobre a clássica fórmula da separação entre poderes nos países de *civil law*, caudatários da Revolução Francesa e da sua concepção daquele poder como a “boca inanimada da Lei” (WERNECK VIANNA, 1996).

O capitalismo contemporâneo vem provocando intensas transformações nas relações entre o Estado e a sociedade civil, o que acentua, ainda mais a referida desneutralização do Judiciário. As mudanças neoliberais em questão repercutem, sobretudo, na clássica fórmula canônica da separação dos poderes, acentuadamente nos países de *civil law*, sobretudo no que tange às matérias de ordem econômica, pugnando uma postura mais firme do Executivo, a fim de garantir o controle social e a própria reprodução do sistema capitalista, evitando conjunturas adversas. Aduz Werneck:

Nesse novo contexto, o papel do Estado não se vê mais contido no modelo de normas gerais, formais e universais, estando referido a regulamentações particulares, respostas contingentes às variações conjunturais da imediata realidade econômico-social (WERNECK VIANNA, 1996).

Ao passo que o Executivo passou a mostrar-se hipertrofiado, acumulado de funções, exigiu uma nova postura também do Poder Judiciário, pois confirmá-lo em seu papel neutro faria dele um “poder anacrônico, voltado para o tempo passado em que a lei foi produzida e, como tal, limitado à função de arbitragem dos conflitos privados,

sem exercer jurisdição sobre o novo tipo de contencioso social” (WERNECK VIANNA, 1996).

Quanto à postura do Judiciário nas sociedades atuais, a teoria constitucional se depreende em duas correntes opostas: a procedimentalista e a substancialista.

Os principais mentores do paradigma procedimentalista são Habermas e Antoine Garapon, que concluem ser prejudicial à própria cidadania a interferência estatal na vida social, uma vez que a sociedade torna-se demasiadamente dependente do Estado provedor. Para eles, a normatização contínua dos direitos sociais “esfria” a sociedade civil criando uma cidadania passiva, quase clientelista, representando uma abdicação do fazer político pela sociedade, que deixa, assim, de lutar por seus direitos. Segundo Garapon:

O excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear a tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de decisão ilimitada. [...]. Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto a escassez de direito (GARAPON, 1998, p.51).

Por outro lado, encontra-se a teoria substancialista defendida por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin. Segundo eles, a inclusão de princípios normativos permitiu uma nova reestruturação de todo o sistema, invocando ao Poder Judiciário uma função de guardião do texto constitucional. Em outras palavras, o Judiciário é o responsável por interpretar a legislação iniciada no Congresso de acordo com o contexto que a envolve. Trata-se, na realidade, de uma perspectiva pragmática, ao passo que, conforme afirma Dworkin, “[...] o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas” (DWORKIN, 1999, p.9). Segundo Lênio Luiz Streck:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maioria eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e no Ocidente (STRECK, 2004, p. 45).

Na realidade, a confiança depositada por Habermas e Garapon na sociedade civil requer que esta seja razoavelmente equilibrada, fazendo com que todos os cidadãos participem do debate político. Ocorre que a sociedade contemporânea está longe de ser equânime, fazendo com que tanto o Legislativo quanto o Executivo sejam controlados

pela imposição de grupos economicamente mais fortes. O próprio Habermas reconheceu a discrepância entre o Estado e o povo, em meio à crise econômica europeia de 2008. Segundo ele:

Em algum momento após 2008, eu compreendi que o processo de expansão, integração e democratização não avança automaticamente por conta própria, ele é reversível e, pela primeira vez na história da União Europeia, estamos experimentando um desmantelamento da democracia. Eu nunca pensei que isso seria possível. Nós chegamos em uma encruzilhada¹.

O Poder Judiciário emerge, então, como uma nova esperança à democratização adquirindo uma função contramajoritária de tutela das minorias e dos direitos fundamentais. Segundo Dirley da Cunha Júnior:

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático (CUNHA JR., 2010, p.61).

Na verdade, diante de um cenário pós ditadura militar, pode-se afirmar que foi depositado no Poder Judiciário a função de despertar na sociedade o civismo e a esperança da cidadania. Na visão de Wachleski:

No final da década de 80, e com a redemocratização do país, viu-se uma sociedade apática, que olhava com estranheza e indiferença para as preocupações públicas. O esfacelamento da cultura cívica cidadã, chegou ao máximo da alienação social, de modo que não havia crença numa justiça capaz de garantir direitos frente ao poder. Não bastasse o esgarçamento do sentimento individual de preocupação com o comum, o período de ditadura desestruturou todas as instituições políticas capazes de litigar publicamente por garantias à sociedade. [...] Nesse quadro de estagnação democrática, o Poder Judiciário é chamado como poder de coalizão, capaz de resgatar a solidariedade social e o consenso mínimo, perdido com o abatimento político (WACHELESKI, 2007).

Em outras palavras, visando combater as mazelas ditatoriais, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, representou uma tradução da

¹ “Sometime after 2008, I understood that the process of expansion, integration and democratization doesn't automatically move forward of its own accord, that it's reversible, that for the first time in the history of the EU, we are actually experiencing a dismantling of democracy. I didn't think this was possible. We've reached a crossroads”. DER SPIEGEL. **Habermas, the last European: A philosopher's mission to save the EU**. 25 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/europe/habermas-the-last-european-a-philosopher-s-mission-to-save-the-eu-a-799237-2.html>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

mobilização social da nova era passando a “[...] veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais” (BARROSO, 2010, p.89), bem como passou a conferir ao Poder Judiciário a difícil incumbência de zelar pelas recentes conquistas sociais.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS: POR UMA CIDADANIA ATIVA

A mobilização social judicializada, iniciada sobretudo a partir da década de 1980, corresponde a um fenômeno denominado judicialização da política. De fato, a incorporação de princípios pelos textos constitucionais acarretou em um novo comportamento institucional caracterizado pela expansão da ação judicial e interpretações construtivistas do texto legal.

A judicialização diz respeito a um processo por meio do qual o Poder Judiciário interfere em questões de larga repercussão política ou social, ganhando um espaço que antes era ocupado apenas pelas instâncias políticas tradicionais, ou seja, pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo. Em outras palavras, os tribunais estão alargando seu raio de ação em busca de uma efetiva e eficaz prestação jurisdicional. Não se trata, por óbvio, de substituir a ação legislativa, nem tampouco ferir o princípio da separação de poderes, mas, ao contrário, trata-se de interpretar a Constituição sob uma lógica que atenda às demandas sociais. Em relação a esse papel dos Juízes como representantes indiretos da vontade popular, afirma Barroso:

Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito (BARROSO, 2008).

Inegável a fluidez da fronteira entre justiça e política. Inegável, outrossim, que o processo em análise comprova a decadência do constitucionalismo liberal positivista que privilegiava garantias privadas. Nas palavras de Cittadino:

O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da

política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política” – ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracia mais jurídicas, mais reguladoras-, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político (CITTADINO, 2004).

A expansão da ação judicial pode ser observada tanto nos países filiados ao sistema jurídico da *common law*, quanto nos países de sistema continental (*civil law*). Tal protagonismo do Judiciário, de certo, foi mais favorecido nos países do *common law*, devido ao processo de criação jurisprudencial do direito. Nos países do *civil law*, ao contrário, segundo Werneck Viana:

[...] criou-se a figura do magistrado como membro da burocracia do Estado, concebendo-se o Judiciário como personagem sem rosto da ordem racional-legal do Estado de direito, capaz de garantir previsibilidade à reprodução do mundo mercantil e certeza jurídica na administração do direito (WERNECK VIANNA, 1996).

Entretanto, devido à constitucionalização e seus princípios, a imobilização do Poder Judiciário vem sendo superada também nesses países, de forma que se observa um diálogo construtivo entre os dois sistemas jurídicos, conforme esclarece Viana:

Daí que, nos países de *civil law*, a crescente valorização dos institutos da *common law* se faça associar – como inevitável – ao abandono da concepção da teoria de separação entre os Poderes segundo a tradição Montesquieu-Rousseau, visando-se a uma aproximação com o modelo de *checks and balances* dos federalistas americanos, terreno de onde se originaria a figura do juiz herói – em oposição ao juiz funcionário da *civil law* -, guardião dos direitos fundamentais e não simples operador da doutrina da certeza jurídica. Esse processo de convergência entre os sistemas de *civil law* e de *common law* teria a sua mais forte indicação na irreversível tendência à decodificação e à constitucionalização da ordem legal entre os países daquele primeiro sistema, mutação institucional que estaria na base das postulações por autonomia dos Judiciários formados em sua tradição (WERNECK VIANNA, 1996).

Paradoxalmente, inclusive, o Poder Judiciário tem virado protagonista no sistema político de forma mais forte nos países de *civil law* do que nos de *common law*, uma vez que tem sido exigido, cada vez mais, dos magistrados, efetivar seu papel de julgador de casos concretos à luz dos princípios constitucionais e direitos sociais. De fato, pode-se citar duas causas para esse fenômeno. A primeira diz respeito, como já mencionado, à ampliação dos poderes do Judiciário na busca pela concretização de direitos, como verdadeiro mediador entre a Constituição e a realidade social. A segunda,

por sua vez, refere-se às constantes lacunas metodológicas e incertezas no texto legal, pugnado por uma postura pragmática e eficaz do magistrado.

No Brasil, por exemplo, a política tem passado claramente por um processo de judicialização decorrente das falhas no funcionamento dos demais poderes, o que pode ser claramente ilustrado pelo excessivo número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante os Tribunais Superiores. De fato, segundo Werneck Viana ((WERNECK VIANNA, 1999, p.149), “a incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça” transferiu, estrategicamente, ao Judiciário a esperança da real concretização democracia e da cidadania. Na visão de Marcus de Castro:

Do ponto de vista do processo político como um todo, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes (epitomizado no conflito entre tribunais constitucionais e o Legislativo ou Executivo), que não é necessariamente deletério da democracia. A ideia é, ao contrario, que democracia constitui um requisito da expansão do poder judicial. Neste sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser visto como um desdobramento das democracias contemporâneas (CASTRO, 1997).

No tocante ao caso brasileiro, Barroso atribui o fenômeno da judicialização a causas múltiplas, dentre elas: a redemocratização do país, a abrangente constitucionalização e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em relação à redemocratização do país, com a promulgação da Carta Magna de 1988, houve o fortalecimento do Poder Judiciário, com ênfase no Supremo Tribunal Federal, bem como o aumento exponencial das demandas por justiça social. Segundo Barroso:

Com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (BARROSO, 2008).

A constitucionalização abrangente, por sua vez, diz respeito a confiar à Magna Carta matérias que outrora eram confiadas à legislação ordinária e seu trivial processo

político, o que, ressalte-se, não foi exclusividade do sistema brasileiro, vez que o fenômeno foi percebido em escala mundial. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira:

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador (VIEIRA, 2008).

Passou-se a buscar, na realidade, a consagração do Judiciário como guardião da Constituição Federal, conferindo aos outros dois poderes a função de implementação da vontade constituinte, conforme percebeu Canotilho (CANOTILHO, 2001). Segundo Luiz Roberto Barroso, ao constitucionalizar uma questão, transforma-se Política em Direito, uma vez que, quando “[...] uma questão é disciplinada em norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial” (BARROSO, 2008).

Quanto à última causa do processo de judicialização analisada nesse estudo, qual seja, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tem-se que, diante de sua heterogeneidade, qualquer questão política – ou moralmente relevante – acaba tendo espaço de discussão perante o Supremo Tribunal Federal. Explique-se. O sistema brasileiro combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu. O primeiro, por meio de seu controle difuso, permite que, diante de uma demanda incidental, qualquer Juiz ou Tribunal deixe de aplicar uma norma ao considerá-la inconstitucional à luz do caso concreto. O europeu, por sua vez, concentra a discussão de constitucionalidade das leis em um único Órgão especializado, via ação direta. Em tese, portanto, ao abraçar os dois sistemas, o controle de constitucionalidade brasileiro acaba alastrando, consideravelmente, a legitimidade da Suprema Corte no tocante a conflitos eminentemente políticos. Ademais, o espaço constitucional cedido a determinados atores sociais - sobretudo atores políticos -, decorrente das diversas ações cabíveis em sede de controle de constitucionalidade (ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental) lhes possibilitou interpor um enorme número de demandas perante a Suprema Corte, o que contribuiu para a formação do papel de agente político dos tribunais.

A fim de ilustrar controvérsias de grande relevância social e política dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal pode-se citar a discussão acerca do fornecimento de medicamentos e o direito à vida e à saúde, o caso emblemático da Lei da Ficha Limpa, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a discussão acerca da extradição de Cesare Battista, dentre diversas outras.

Frise-se, todavia, que a extensão da legitimidade do Supremo Tribunal Federal não advém apenas de mandamento constitucional. É resultado, sobretudo, de um forte movimento democrático e cidadão em busca do reconhecimento e tutela de direitos que vão além da representação política tradicional. Segundo Oscar Vilhena Vieira, vivemos hoje no Brasil uma verdadeira supremocracia.

Supremocracia tem aqui duplo sentido. [...] Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. [...] Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008).

De fato, a Constituição Federal de 1988 deslocou a Suprema Corte para o centro do arranjo político, agravando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo pós moderno. Para Werneck Vianna:

É de ver que a democratização da vida republicana, tal como consagrada na Constituição de 1988, após inédita mobilização social e política em favor das liberdades civis e políticas, em princípio, um momento propício a rupturas, longe de apartar a política do Direito, levou a resultado oposto: a opção do constituinte (a “aranha”) foi a de aproximá-los, aprofundando, aperfeiçoando e democratizando as relações entre eles. Sobretudo, instalou a sociedade civil como novo e importante personagem na trama entre essas duas dimensões, tal como nas ações de controle da constitucionalidade das leis, nas ações civis públicas, nas ações populares, entre tantos outros instrumentos relevantes (WERNECK VIANNA, 2012).

Torna-se mais fácil promover o debate político nas Cortes do que no Parlamento e, diante das inúmeras ferramentas de inserção comunicacional (dentre elas, a Internet e a própria transmissão direta dos julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal pela TV

Justiça), aumenta-se a participação da sociedade civil na construção das decisões judiciais. Por um lado, Tercio Sampaio Ferraz Jr. entende que tal expansão acaba por transformar a política em um bem de consumo, vez que, para o autor:

Não há mais apenas atos políticos, interesses políticos, objetivos políticos, mas um verdadeiro marketing de manipulação política da própria política. Este marketing serve-se dos meios de comunicação e provoca uma hipertrofia do poder que acaba por atingir o próprio Judiciário de forma paradoxal: sua neutralização torna-se, ela mesma, política, isto é, ela é politicamente contaminada, passando a sustentar-se por meios políticos, como a busca de apoio da opinião pública, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz “progressista”, a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio etc. O risco, nisso tudo, fica, no entanto, por conta de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo (FERRAZ JR., 1994).

Para Barroso, por outro lado, apesar das inconveniências, o ganho é maior do que a perda, pois “[...] a visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia” (BARROSO, 2008).

Na realidade, o impacto político das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal promove uma interação entre os Poderes, o que é construtivo para o processo democrático. Conforme já dito oportunamente, “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios” (CASTRO, 1997).

A alegação de que a judicialização da política enfraquece a democracia por usurpar o poder emanado do povo (por não ser o Judiciário composto por representantes eleitos) não merece colhida, tendo em vista que o Juiz, como primeiro argumento, desempenha suas funções institucionais administrando a justiça em nome do povo. Ademais, não há como se negar a legitimidade e importância da Corte Constitucional na efetividade de proteção às minorias, diversas vezes esquecidas ou desprezadas no Legislativo. Frise-se que a democracia nem sempre deve ser vista como a expressão e vontade da maioria, mas sim como a democracia que ouve a todos, sem distinção. O controle exercido pelos Tribunais, da mesma forma, não enfraquece o princípio da separação de poderes, diminuindo o poder do legislativo e do executivo. Na verdade, tem-se um fortalecimento da autoridade desses poderes, sendo a judicialização um fator positivo da defesa dos interesses sociais e da própria Constituição.

O próprio Estado clama aos Tribunais certa intervenção em questões nas quais as atuações do executivo e o legislativo mostram-se insatisfatórias, o que não torna o judiciário um órgão usurpador de função, nem tampouco fere o princípio democrático.

Relembre-se que, mesmo quando o órgão jurisdicional atua suprimindo alguma omissão legislativa, ele segue um processo próprio, motivando racionalmente sua decisão e cumprindo comandos constitucionais. Ou seja, não há intrusão das atividades políticas do legislador, como bem entendeu André Ramos Tavares (TAVARES, 2008), uma vez que os fundamentos utilizados pelo Tribunal Constitucional são calcados nas leis e no ordenamento jurídico em sua totalidade, e não em suas vontades subjetivas. O Supremo Tribunal, na realidade, não tem apenas competência, como também o dever de exercer sua função no sistema de freios e contrapesos, na fiscalização dos demais poderes, salvaguardando preceitos constitucionais.

Nas últimas décadas do século XX, ganha relevo a tese denominada de democracia deliberativa, visando suprimir a escolha de elites governantes como meio de garantir interesses particulares. Segundo Barroso:

[...] para a democracia deliberativa, o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. Muito além disso, a democracia deve envolver a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas, numa troca de argumentos que viria a racionalizar e legitimar a gestão da *res publica* (BARROSO, 2007, p.43).

Para Habermas, a teoria do discurso, como também denomina a democracia deliberativa, é um procedimento democrático que “cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto entendimento e discurso sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos” (HABERMAS, 2004, p.286). Sendo assim, o controle político exercido pelo Supremo Tribunal Federal é pautado por uma noção material de democracia baseada no bem comum e na cidadania. Em outras palavras, esse fenômeno jurídico-político é, na verdade, uma referência no tocante à jurisdição constitucional como área da democracia deliberativa que almeja, em suma, responder efetivamente às crescentes necessidades sociais.

Ainda, sobre a atuação dos Tribunais Constitucionais, Barroso afirma, oportunamente que não há que se falar em democracia quando não há respeito aos direitos fundamentais. “Quando as cortes constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização” (BARROSO, 2007, p.43).

4 O ATIVISMO JUDICIAL, A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA E A SUPREMACIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao lado do processo de judicialização da política, ganha fortes contornos o fenômeno do ativismo judicial. Segundo Barroso (BARROSO, 2008), “a judicialização e o ativismo judicial são primos”, ou seja, não obstante as convergências que possuem, são, definitivamente diferentes entre si. Ao passo que a judicialização da política, no contexto brasileiro, decorre de diversos fatores advindos do próprio sistema jurídico-constitucional adotado, o ativismo pressupõe uma atitude proativa do juiz na interpretação da Constituição, alargando seu sentido e alcance, sobretudo no tocante a direitos sociais. Segundo Oscar Valente Cardoso:

O ativismo judicial pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc) (CARDOSO, 2011).

O ativismo judicial, historicamente, remonta da Suprema Corte norte-americana, considerada o berço do movimento ativista. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, movimento pelo qual o Poder Judiciário reduz sua atuação nas ações dos outros Poderes, evitando, por exemplo, aplicar a Constituição em situações em que expressamente a norma não determine, eximindo-se de interferir em questões de políticas públicas e utilizando critérios formalistas na declaração de inconstitucionalidades. Segundo Barroso:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem conduto invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2008).

No cenário brasileiro, principalmente nos últimos anos, a busca pela consolidação da democracia vem aumentando consideravelmente a participação cívica que, desacreditada, cada vez mais, das instituições políticas, busca amparo nas Cortes

Constitucionais. Em outras palavras, mostra-se latente o abismo entre a sociedade civil e o sistema político. O Poder Judiciário emerge, assim, como uma nova esperança de concretização dos ideais democráticos, participando de forma mais ampla e intensa das relações político-sociais. De acordo com Barroso, o ativismo judicial "normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva" (BARROSO, 2008).

A redemocratização do País, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, delegou ao Judiciário um relevante papel de guardião dos fins constitucionais, rompendo com o engessado positivismo jurídico. Pós-ditadura militar nascia uma nova era, caracterizada pela reverência à Carta Magna e aos direitos fundamentais. Nas palavras de Barroso:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2003, p.325-326).

No mesmo sentido, Lenio Streck:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse 'sensível deslocamento' antes especificado (STRECK, 2004, p.54).

Em outras palavras, a Constituição de 1988 atribuiu competências de cunho social ao Judiciário despidendo-o da figura de mera "*bouche de la loi*" e ultrapassando, segundo Cardozo, "[...] o estágio primitivo do formalismo em que o termo exato da Lei era o talismã soberano e que cada deslize era fatal" (CARDOZO, 2004, p.73). Rompe-se, em passos lentos, mas em caminhadas contínuas, "a concepção de que a ação

judicial ou é um problema matemático ou um jogo para esportistas” (CARDOZO, 2004, p.73). Nesse cenário:

[...] o Poder Judiciário tem adotado medidas com a finalidade de distribuir justiça a todos e em tempo. Se atingir a pacificação social ao solucionar conflitos e fazer valer todas as normas existentes para todos já é tarefa árdua, cumprir essa tarefa de modo célere é tarefa hercúlea. Não é de hoje que a morosidade assombra o Judiciário. Uma de suas medidas mais efetivas tem se dado na área processual, por meio de uma redução das formalidades, como é o caso dos Juizados Especiais. Por outro lado, a criação desses meios para assumir a posição de disseminador da democracia abriu a possibilidade de preenchimento do vazio que havia e, de uma hora para outra, todos tinham, de fato, acesso à cidadania (SCHMIDT, 2011).

No cenário brasileiro, demandas transindividuais estão cada vez mais sendo levadas ao Supremo Tribunal Federal, distanciando-se dos litígios tradicionais, de cunho individual e privatista, e pugnando, muitas vezes, por uma atitude mais proativa e ativista do Órgão Supremo, em nome, sobretudo, da superioridade dos direitos fundamentais. Segundo Barroso, a postura ativista pode ser verificada por algumas condutas, dentre elas:

[...] a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008).

De fato, inegavelmente alguns fatores podem ser estabelecidos como estimulantes do ativismo judicial. Inicialmente, podemos citar a aproximação entre os ideais de Ética e Direito, na busca por um modelo efetivo de justiça. Nesse sentido, um julgamento não se reduz a uma mera instrumentalização normativa. Ao contrário, é resultado de uma série de fenômenos sociais e valores éticos e morais interpretados à luz dos consagrados direitos fundamentais. Em segundo lugar, pode-se citar a estruturação do Estado Democrático de Direito, sedimentado na dignidade da pessoa humana. Este, ao abraçar classes tradicionalmente excluídas da sociedade, faz com que o Direito apresente-se como um mecanismo importante na luta social, fortalecendo a participação popular e instrumentos processuais coletivos, como Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular e Ação Civil Pública. Por fim, como outrora já mencionado, o alastramento da participação democrata redimensionou o caráter privado dos conflitos

levados ao Judiciário, os tornando cada vez mais transindividuais. Nas palavras de Luiz Werneck Viana:

De esfera especializada na regulação social e na arbitragem entre conflitos, o direito deveria, então, convocar para si o estatuto de uma filosofia em ato, expressiva de um programa de reforma social, as interpretações dos juízes, narrativa que se desdobra inventivamente ao longo do tempo, na forte metáfora de R. Dworkin, consistindo em momentos moleculares de afirmação da justiça e da equidade em cada fragmento da realidade submetido ao seu julgamento. O Judiciário, quer como ator coletivo, quer por meio da ação heroica e compadecida do juiz individual, abandona seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação (WERNECK VIANNA, 1996).

A título de ilustração, o comportamento ativista do Supremo pode ser identificado no julgamento de diversas questões como distribuição de medicamentos, direito de greve, fidelidade partidária, pesquisa com células tronco, quotas em universidades, união estável homoafetiva, aborto de anencefálicos, esquema do mensalão, entre tantas outras.

É fato que, diversas vezes, a atuação ativista dos órgãos jurisdicionais ganha contornos contramajoritários, em nome dos fundamentos constitucionais e direitos fundamentais. A função contramajoritária do Poder Judiciário ganha relevo, assim, na consolidação da própria democracia, vez que esta possui limites que impedem que a maioria se tirenize oprimindo as minorias. Em outras palavras, não obstante a democracia seja o "governo da maioria", cabe ao Judiciário impedir que esta maioria exceda os limites estabelecidos impostos pela Constituição, fazendo uso, para isso, do princípio contramajoritário. Na visão de Barroso:

[...] A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais (BARROSO, 2010, p.89).

Corroborando com Barroso, Dirley da Cunha Jr.:

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático (CUNHA JR., 2010, p.61).

A objeção ao ativismo judicial alegando que este representa um risco para a legitimidade democrática merece respaldo. Principalmente porque não há que se falar em democracia quando parcelas da sociedade são sequer escutadas, em nome de uma “maioria” que busca, acima de tudo, garantir seus próprios interesses privados. Nesse sentido, Barroso: “[...] a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número” (BARROSO, 2008). Em outras palavras, a democracia não representa apenas o governo da maioria que circunstancialmente tem mais votos. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário “[...] proteger a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)” (CLÈVE, 2003).

Em outra perspectiva, pode-se dizer que o ativismo judicial reforça o sistema democrático haja vista que responsabiliza os Tribunais a dar voz e visibilidade à sociedade. Diante de sistemas políticos burocráticos e inacessíveis, abre-se espaço para um procedimento jurisdicional, segundo Cappelletti:

[...] em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Nesse sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade política (CAPPELLETTI, 1993, p.100).

O papel do Judiciário como intérprete maior da Constituição não supre, certamente, as regras do jogo democrático, nem visa suprimir as atribuições do Legislativo e do Executivo. Porém, uma jurisdição constitucional ativista, se exercida de forma séria e comprometida, não representa um risco para a democracia. Ao contrário, representa uma garantia de sua efetividade ao maximizar direitos sociais e concretizar fins constitucionais, verdadeiras condições de existência de um Estado Democrático.

5 CONCLUSÃO

A judicialização da política e das relações sociais é um fenômeno que vem sendo claramente vislumbrado no cenário brasileiro. Suas causas são diversas. Dentre elas, podemos mencionar a própria promulgação da Carta Constitucional de 1988 e o

consequente deslocamento do Supremo Tribunal Federal para o centro do arranjo político nacional, agravando a fluidez da fronteira entre justiça e política e potencializando seus raios de ação.

Ao resolver questões de larga repercussão social e política, que se distanciam dos tradicionais litígios de cunho individual e privatista, a Corte Constitucional não pode permanecer impávida diante da complexidade com a qual se depara, sendo inevitável um posicionamento ativista e proativo na resolução de tais questões. O ativismo judicial, então, ao lado da judicialização, é fato inegavelmente presente no cotidiano nacional.

Alegar que o ativismo enfraquece a democracia por usurpar o poder emanado do povo é, no mínimo, leviano. Primeiro porque a função precípua do juiz é administrar a justiça em nome deste mesmo povo. Além disso, busca-se uma efetiva proteção das minorias, tantas vezes esquecidas e desprezadas pelo Legislativo. Nesse cenário, entra em destaque a função contramajoritária do Poder Judiciário, vez que a democracia não deve ser vista como a mera expressão e vontade de uma maioria detentora de votos, mas sim como uma democracia que ouve e atende a todos, sem distinção.

Alegar, por outro lado, que o ativismo judicial agride o princípio da separação de poderes também não merece respaldo. O Poder Judiciário não tem apenas competência, mas também o dever de agir diante das inércias do Executivo e da insuficiência das atuações do Legislativo, fiscalizando esses Poderes na salvaguarda dos preceitos fundamentais. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal detém o título de guardião da Constituição. Logo, quando suas normas não veem sendo cumpridas, nem direitos que a Carta estabelece veem sendo implementados, verifica-se um poder-dever do Órgão Supremo de atender a demandas sociais que não puderam ser satisfeitas no Parlamento e concretizar garantias e valores constitucionais.

O ativismo judicial não deve ser a regra. Não se busca romper com os procedimentos do jogo democrático. Ao contrário, busca-se garantir sua efetividade. Diante de sistemas políticos burocráticos e inacessíveis, ganha destaque um procedimento jurisdicional que, se bem exercido, representa uma garantia para o sistema democrático e não um risco. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Constituição e agindo em nome dela, deve velar por uma democracia qualificada, por uma cidadania ativa e pelo respeito, acima de tudo, aos direitos fundamentais e fins constitucionais, inclusive em face de outros Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, p. 1- 29, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 16 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo Manle, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?** **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v.12, n.34, p.147-156, 1997. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361>. Acesso em 19 mar. 2015.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. ALCEU – Vol. 05, nº 09, pp. 105-113 – julho/dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Brasília, 2003. Disponível em:

<<https://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DER SPIEGEL. **Habermas, the last European: A philosopher's mission to save the EU**. 25 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/europe/habermas-the-last-european-a-philosopher-s-mission-to-save-the-eu-a-799237-2.html>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, n. 21, p. 18-19, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>> Acesso em 11 mar. 2015.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. Portugal: Instituto Piaget, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. Edições Loyola: São Paulo, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHMIDT NETO, André Perin. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Uniritter, v. 10, p. 83-86, 2011. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, vol.4, n.2, pp. 441-463, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005#ntb>. Acesso em 17 mar. 2015.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas**. Santa Catarina, 2007. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063596.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A aranha, sua teia e a judicialização da política.** O Estado de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/aranha-sua-teia-e-a-judicializacao-da-politica>>. Acesso em 19 mar. 2015.

_____. **A judicialização das relações sociais.** In WERNECK VIANNA, Luiz et aliii, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

_____. **Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política.** In: **Estudos Históricos**, vol. 9, nº 18, 1996. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewFile/2033/1172>>. Acesso em 12 mar. 2015.