

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E OS LIMITES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

THE JUDICIALIZATION OF POLICY AS A
PHENOMENON OF NEOCONSTITUTIONALISM AND
THE LIMITS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY

CAMILA LEONARDO NANDI DE ALBUQUERQUE¹
SANDRO LUIZ BAZZANELLA²

RESUMO

O presente artigo tem como tema a imbricada relação entre judicialização da política e democracia e tem como objetivo geral analisar, à luz do direito brasileiro, de que maneira as decisões políticas migraram para o âmbito judicial intensificando o processo de judicialização da política no Brasil após a redemocratização. A hipótese aventada é a de que no âmbito do neoconstitucionalismo, houve uma amplificação da interpretação subjetiva das cartas constitucionais, o que culminou na expansão do poder de decisão do campo jurídico frente aos demais poderes, corroborando assim para a ascensão do fenômeno da judicialização política. Ainda, acresce como causa explicativa ao fenômeno da judicialização a crise de representatividade dos poderes políticos o que acarretou o protagonismo do poder judiciário a partir do fenômeno da judicialização. A pesquisa utilizou o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada, e como técnica de pesquisa a bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir da Constituição Federal e normas esparsas e da literatura disponível atinente à questão. Constatou-se que a judicialização da política é um fenômeno mundial, do qual o ativismo judicial é um de seus desdobramentos. Se por um lado questões políticas urgentes estão tendo uma resposta mais célere por parte do Poder Judiciário, por outro há que se pontuar que essas decisões possuem um déficit democrático.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Judicialização da política. Democracia representativa.

1 Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), com taxa Prosuc/CNPq. Especialista em Direito Empresarial. Graduada em Direito pela Unisul. Vinculada ao grupo de pesquisas Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano – Unesc. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3466-6209>. E-mail: camilanandi@hotmail.com.

2 Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Dom Bosco, Santa Rosa (RS); Mestre em Educação e Cultura pela UDESC; Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-9430-8684>. E-mail: sandroluizbazzanella@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; BAZZANELLA, Sandro Luiz. *A judicialização da política como fenômeno do neoconstitucionalismo e os limites da democracia representativa*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 151-171, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8175>.

ABSTRACT

This article has as its theme the imbricated relationship between the judicialization of politics and democracy and its general objective is to analyze, in the light of Brazilian law, how political decisions migrated to the judicial sphere, intensifying the process of judicialization of politics in Brazil after the redemocratization. The hypothesis suggested is that in the context of neoconstitutionalism, there was an amplification of the subjective interpretation of the constitutional charters, which culminated in the expansion of the decision-making power of the legal field in relation to the other powers, thus corroborating the rise of the phenomenon of political judicialization. Furthermore, the crisis of representativeness of political powers adds to the phenomenon of judicialization, which led to the protagonism of the judiciary from the phenomenon of judicialization. The research used the deductive method, which starts from a generalization for a particularized question, and as a research technique the bibliography, which is developed from primary and secondary sources, that is, from the Federal Constitution and sparse norms and from literature available regarding the issue. It was found that the judicialization of politics is a worldwide phenomenon, of which judicial activism is one of its consequences. If, on the one hand, urgent political issues are getting a faster response from the Judiciary, on the other hand it must be pointed out that these decisions have a democratic deficit.

Keywords: Neoconstitutionalism. Judicial activism. Judicialization of politics. Representative democracy.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objeto central a análise dos fatores atinentes à judicialização da política e do ativismo judicial, após a redemocratização das instituições e, da sociedade brasileira com a saída dos militares do poder em 1984 e, que contribuíram e contribuem para o agravamento da crise da democracia representativa, do Estado de direito social, ou também nomeado de estado de bem-estar social sob a égide do estado de exceção. A justificativa para o estudo se dá pela importância acerca do conhecimento das nuances presentes na imbricada relação entre judicialização da política e democracia representativa.

Nesse sentido, dialoga-se com a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben para verificar se essa crise, decorrente da sobreposição de um poder de Estado em detrimento dos demais, poderia estar relacionada ao início de um estado de exceção permanente, no qual a exceção se torna a regra.

O contexto de judicialização da política expressando aspectos de um estado de exceção encontra no contexto brasileiro especificidades circunscritas no âmbito de sua democracia representativa, bem como de suas instituições e, sobretudo, em relação às demandas, senão imposições do capital financeiro em relação às garantias contratuais por parte do Estado brasileiro, de modo que o fenômeno da decisão contrária à constituição, materializado em decisões ativistas, teve vazão por meio de sua configuração jurídica, política e econômica.

No contexto jurídico, aquilo que se definiu como neoconstitutionalismo teve como característica a possibilidade de integrar elementos dotados de subjetividade à interpretação das cartas constitucionais, de modo a viabilizar ao Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição, maior autonomia decisória. Essa conjuntura, pensada a partir da possibilidade de efetivação de direitos e políticas públicas não viabilizadas pelos outros poderes por meio de decisões judiciais, teve como resultado secundário a proeminência desse poder de estado em relação aos demais.

Quanto ao aspecto político, os limites da representatividade do poder legislativo em relação às demandas da sociedade brasileira e, por extensão, a ausência substancial de credibilidade em relação aos cidadãos bem como até mesmo sua esquivia estratégica, inerente ao jogo político, em legislar sobre temas considerados polêmicos, contribuíram para que o poder judiciário fosse demandado para resolver questões políticas que deveriam ser instrumentalizadas por lei.

A hipótese do presente artigo é a de que a democracia se apresenta desvinculada, senão desqualificada e, por decorrência lógica, deslegitimada de sua condição representativa. Reduzida sua condição institucional, apresenta-se instrumentalizada como mera técnica de governo num contexto emergencial, de crise política, o que permite ao poder soberano agir em estado de exceção sob o argumento de defesa da democracia. Esse contexto seria um reflexo do fenômeno do neoconstitucionalismo, que promoveu a amplificação da interpretação subjetiva nas constituições, aumentando o poder de decisão do campo jurídico frente aos demais poderes, corroborando assim para a ascensão do fenômeno da judicialização política. Soma-se a esse fator a crise de representatividade dos poderes políticos o que acarretou o protagonismo do poder judiciário a partir do fenômeno da judicialização.

Sob tais pressupostos a questão política se desdobra na delicada questão da representatividade. Esse traço marcante do Estado moderno, pautado pela eficiência e eficácia da gestão dos recursos naturais e humanos indivíduos e populações (biopolítica) tem como resultado o esvaziamento da política, resultando na limitação, senão na debandada dos cidadãos da ágora pública e no insulamento dos indivíduos restritos às demandas da plena produção e do consumo cuja finalidade última é mera sobrevivência.

Para a discussão da temática ora proposta, estruturou-se o artigo da seguinte forma: O primeiro tópico busca compreender o fenômeno do neoconstitucionalismo e seu desdobramento no direito brasileiro. O segundo tópico tece algumas considerações sobre democracia representativa e seus limites, de modo a consubstanciar argumentos para que, no terceiro tópico, se possa discorrer sobre a relação entre democracia representativa e a expansão da atuação do poder judiciário no cenário político brasileiro. A presente pesquisa utilizou o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada, e como técnica de pesquisa a bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir da Constituição Federal, e normas esparsas e da literatura disponível atinente à questão em análise.

2 .NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SEUS EFEITOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O termo 'neoconstitucionalismo' incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido" (STRECK, 2013, p. 12).

Por isso se deve ter ressalvas com a nomenclatura³. Neoconstitucionalismo⁴ em alguma medida pode ser lido em paralelo com o pós-positivismo e, portanto, podem ser agrupados, apesar de suas diferenças, numa mesma categoria no que diz respeito à algumas de suas características que são comuns, quais sejam, aquelas relacionadas ao postulado da normatividade dos princípios. E é nesse ponto em comum que a reflexão se concentrará.

O neoconstitucionalismo é abordado na doutrina jurídica em sentidos variados. Denomina a nomenclatura dada a um novo movimento no direito constitucional composto por pensamentos que num dado momento coincidem, em outro destoam. Por isso que Carbonell (2003), ao tratar do tema, o faz de forma plural: "neoconstitucionalismo(s)". Para o jurista:

[...] cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte [...], a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se há llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, com el término <neoconstitucionalismo>; se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que há propugnado em el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos normalmente em términos bastante positivos o incluso elogioso (SÁNCHEZ, 2003, p. 8-9).

Essa característica plural perpassa toda a dinâmica do neoconstitucionalismo, posto que não existe um consenso acerca desse movimento. O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Nesse sentido, o lugar da Constituição foi redefinido. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia fez com que surgisse uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, ou ainda Estado constitucional democrático.

O novo direito constitucional possui como marco filosófico o pós-positivismo, que tem em seu debate central a confluência das duas correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO, 2005). Nesse sentido, argumenta Sarmento:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo

3 "A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo" (STRECK, 2013, p. 12).

4 O termo foi amplamente difundido por meio da obra organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell denominada Neoconstitucionalismo(s).

representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX. (SARMENTO, 2009, p. 113-146).

Ou seja, a centralidade das Constituições veio como uma resposta às atrocidades cometidas no contexto da segunda guerra mundial. Por esse motivo, o retorno dos valores e da ética se perfectibilizaram na positivação de princípios e direitos fundamentais nas constituições no segundo pós-guerra, e a Constituição passou a ser percebida como a representação de um ideal moral universal que dá sustentação ao sistema jurídico (POZZOLO, 2010). Dito de outra forma, "ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal," dentro do contexto das constituições europeias do 2º pós-guerra "ênfatisa-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência" (SARMENTO, 2009, n.p.).

Tal condição se delineou a partir do fato de que começaram a ser inseridos nas Constituições valores e opções políticas por meio dos princípios que paulatinamente ganharam o reconhecimento de seu caráter normativo. Nesse sentido, houve uma abertura para a introdução de princípios constitucionais e os limites entre a moral e o Direito se tornaram imprecisos. Nesta perspectiva, o neoconstitucionalismo confronta a leitura positivista do direito.

Nesse contexto, a criatividade na interpretação judicial é ensejada na medida em que uma significativa parcela das normas mais relevantes destas constituições são marcadas pela abertura e indeterminação semânticas, uma vez que são formadas por princípios e não regras. Por esse motivo, a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário ensejou a "adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção" (SARMENTO, 2009, n.p.).

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas (SARMENTO, 2009, n.p.).

Dentro dessa nova ordem, ganha espaço o Poder Judiciário, pois "com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e, sobretudo por cortes constitucionais" (SARMENTO, 2009, n.p.).

É por esse motivo que, conforme argumenta Sarmento, sob o paradigma do neoconstitucionalismo, "a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais" (SARMENTO, 2009, n.p.).

No Brasil, o marco do neoconstitucionalismo foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Conforme Barroso, a Constituição de 1988 "foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito" (BARROSO, 2005, p. 3). Sob sua égide, o direito constitucional brasileiro passou de relativa

insignificância ao apogeu em menos de uma geração (BARROSO, 2005). A justificativa para essa ascensão política é explicada por Barroso da seguinte forma:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. [...] Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis (BARROSO, 2005, p. 37).

Para Barroso (2005), apesar de ser um poder contra majoritário, o poder político dos juízes e tribunais ainda tem como característica a representatividade, posto que é exercido em nome do povo e, nesta condição necessita prestar contas à sociedade. Foi com base nessas prerrogativas que, a partir da redemocratização, os juízes brasileiros se sentiram mais à vontade para julgar de forma desvinculada ao sistema normativo positivado, utilizando-se para tal expediente o embasamento de suas decisões em princípios.

Segundo Dimoulis (2009) esse fortalecimento do judiciário, pode acarretar abusos ou desequilíbrios. Segundo o autor “essas teorias permitem que o Supremo Tribunal Federal aproprie-se indevidamente de competências que a Constituição reconheceu ao Senado Federal, aos legisladores de vários entes federativos e aos tribunais que realizam o controle difuso” e, que por esse motivo, essas opções teóricas se traduzem numa “tentativa de *monopolizar* o controle de constitucionalidade, sucumbindo à ambição que a doutrina estadunidense crítica como exclusivismo judicial” (DIMOULIS, 2009, p.10).

Em sentido semelhante, Sarmento (2009) aponta que o pendor judicialista é antidemocrático, uma vez que “os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo” (SARMENTO, 2009, n.p.).

Esta crítica democrática se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar (SARMENTO, 2009, n.p.).

Para Sarmento, a questão central não reside na mera divisão dos poderes ao longo do tempo, mas sim no reconhecimento de que, “diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação” e, portanto, os juízes teriam uma “espécie de poder constituinte permanente” (SARMENTO, 2009, n.p.). Essa característica acarretou, segundo Sarmento, a rejeição da jurisdição constitucional, ou pelo menos do ativismo judicial no seu exercício, “dos revo-

lucionários franceses do século XVIII, passando por Carl Schmitt, na República de Weimar", já que esse poder permitiria moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito (SARMENTO, 2009, n.p.).

Ainda sobre o neoconstitucionalismo, o referido autor critica a preferência por princípios e ponderação em detrimento de regras e subsunção.

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui - só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão - com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese (SARMENTO, 2009, n.p.).

Sob tais pressupostos, o problema residiria no fato de que, para um sistema jurídico funcional e estável, consonantes com os valores de um Estado Democrático de Direito, é necessária tanto a aplicação de regras como de princípios. As regras, aduz Sarmento (2009), são indispensáveis, pois, dentre outras razões, geram maior segurança jurídica e previsibilidade para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.⁵

Por fim, Sarmento assevera para o fato de que a constitucionalização exacerbada do direito constitucional pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, isto é, frente à constitucionalização arbitrária do Direito, a liberdade do legislador resta prejudicada (SARMENTO, 2009). Conforme explica Sarmento:

Uma das características do neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do Direito. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. (SARMENTO, 2009, n.p.)

Essa conjuntura conferiria margem para que o intérprete pudesse, além de aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, reler todos os institutos e normas do Direito à luz da Constituição, fornecendo-lhes o sentido que mais se coadune com a axio-

5 Importante destacar que quanto ao aspecto ora tratado, Sarmento faz uma ressalva: "Não pretendo sustentar com isso que se deva retroceder no tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juizes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção" (SARMENTO, 2009, n.p.).

logia da Carta (SARMENTO, 2009). É justamente no desdobramento desse ponto que Sarmento aventa o caso das teses extremadas sobre este processo, "que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia". Contudo, o autor expõe que pelo menos no Brasil é positiva e até bem-vinda alguma constitucionalização do Direito, por dar-lhe os valores humanitários da Constituição. É por isso que, para Sarmento, o cerne da questão diz respeito aos excessos, posto que "o excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto de um viés antidemocrático" (SARMENTO, 2009, n.p.).

Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido na Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento de sua história, realizar suas próprias escolhas (SARMENTO, 2009, n.p.).

Ainda com relação as questões em análise, não se poderia deixar de mencionar as abordagens e críticas do jurista Streck (2014), para quem o termo "neoconstitucionalismo" conforma, desde sua origem, uma ambiguidade teórica, ou até mesmo mal-entendidos. Para referido jurista, a importação do termo e de algumas de suas propostas teve importância estratégica para o Brasil e para a América Latina como um todo, na medida em que esses ingressaram no "novo mundo constitucional" tardiamente. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo significava ir além de um constitucionalismo com características liberais "[...] que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – na direção de um constitucionalismo compromissório que possibilitasse [...] a efetivação de um regime democrático" (STRECK, 2014, n.p.).

Porém, de acordo com Streck (2014), frente às especificidades do direito brasileiro, o neoconstitucionalismo acabou por provocar condições que contribuíram para a corrupção do próprio texto constitucional. Portanto, frente à adoção de posturas voluntaristas viabilizadas por esse novo desenho no Brasil, passou a utilizar o termo com ressalvas, entre parênteses ou entre aspas, posto que, o autor entende o termo neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra, esse desvinculado de ativismos ou práticas discricionárias. Portanto, o autor passou a designar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo.

Isso porque, sob a bandeira do neoconstitucionalismo, bem como a moralização do direito, defende-se "[...] ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento" (STRECK, 2014, n.p.). Isso tudo porque, conforme Streck acreditou-se que era atribuição da jurisdição incorporar os supostos verdadeiros valores, isto é, aqueles definidores de um direito justo, alçando a jurisdição.

É uma questão paradoxal que se põe à luz da teoria do direito: para que não seja prejudicado pela política, pela economia e pela moral, é necessário que o direito tenha autonomia, que é condição de sua possibilidade. Por outro lado, frente a textos constitucionais cada vez mais analíticos, e maior abertura à jurisdição constitucional (o que enseja maior controle de constitucionalidade), o espaço de liberdade do legislador diminui, o que pode "representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito" (STRECK, 2010, p. 163).

Conforme argumenta Streck (2010, p. 164), "autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente", pois isso deixaria a democracia exposta a um constante risco, uma vez que a substituição da autonomia pelo pragmatismo político em seus mais variados aspectos vem colocando o direito em permanente estado de exceção, o que, para Streck, significa o próprio declínio do Império do Direito.

[...] o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do consequente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente (STRECK, 2010, p. 164).

Essa discussão é o cerne do presente texto, e por meio dela se pode elencar algumas das contradições da democracia liberal. Essas contradições e esses impasses serão abordados no tópico subsequente.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Cabe, preliminarmente, tecer alguns comentários sobre a representação política, posto que uma das mais contundentes críticas acerca da judicialização da política diz respeito justamente à essa questão, de modo que se aventa até mesmo uma "juristocracia"⁶. O objetivo do tópico é demonstrar, em linhas gerais, a polissemia que permeia o conceito de democracia e fornecer subsídios teóricos e conceituais para refletir acerca da relação entre judicialização da política e democracia.

Na definição de democracia estão inseridos os termos *povo* e *poder*. Portanto, o povo sempre desempenhará um papel fundamental quando se fala de democracia.⁷

O conceito de democracia vem se alterando ao longo da história. Para Santos e Avritzer (2002), de fato o século XX foi um século de intensas disputas no que diz respeito à questão da democracia. Segundo os autores, ao final de cada uma das guerras mundiais e ao longo do período da guerra fria o debate acerca da desejabilidade da democracia se tornou central, e foi resolvido em seu favor enquanto forma de governo. Porém, a proposta que se tornou

6 Termo oriundo do artigo "Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism", de Ran Hirschl, publicado em 2004.

7 A ideia da democracia teve origem na Grécia antiga. Foi lá que a ideia de democracia se desenvolveu de forma mais profunda. A característica marcante desse período, isto é, o que distingue o convívio dos homens na pólis de todas as outras formas de convívio é, segundo Hannah Arendt, algo bem conhecido para os gregos: a liberdade (ARENDR, 2012). Porém, isso não significa que a coisa política ou mesmo a política seria condição necessária para possibilitar aos homens a liberdade (ARENDR, 2012). Isso porque ser-livre e viver-numa-pólis eram, segundo Arendt, a mesma coisa num certo sentido, pois para viver numa pólis, o homem deveria ser livre, ou seja, não estar subordinado como escravo à coação de outro nem como trabalhador à necessidade do ganha-pão diário (ARENDR, 2012). Ou seja, a política no mundo grego orbita em torno da liberdade, entendida negativamente como o não-ser-dominado e não-dominar, e também positivamente como um espaço que só pode ser produzido por muitos, no qual cada um se move entre iguais (ARENDR, 2012). Cabe destacar que, conforme Ferreira (2020), os Atenienses se consideravam livres porque eram iguais perante a lei, da qual se sentiam autores, e apenas a ela obedeciam. Contudo, eram apenas os cidadãos que gozavam de referidas prerrogativas e possuíam direitos políticos, e isso caracterizava uma pequena parcela da população de Atenas (FERREIRA, 2020).

hegemônica ao final das duas guerras mundiais ensejou a “[...] restrição das formas de participação e soberania ampliadas em favor de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 39-40).

Após a Segunda Guerra Mundial ganhou força um debate específico em torno da democracia, desta vez sobre as suas condições estruturais, e, portanto, o debate também orbitou a compatibilidade ou não entre democracia e capitalismo (SANTOS; AVRITZER, 2002). Essa tensão foi resolvida a favor da democracia, que tendeu a colocar limites à propriedade o que implicou em ganhos distributivos para setores sociais desfavorecidos.

Porém, a partir da década de 1980, com o desmonte do estado de bem-estar social e o corte das políticas sociais a discussão sobre o significado estrutural da democracia foi reaberto, principalmente no que diz respeito aos países em desenvolvimento, ou países do Sul (SANTOS; AVRITZER, 2002). Nesse contexto, Joseph Schumpeter argumentou que o problema da construção democrática deriva dos problemas na construção da democracia na Europa no período entre guerras. Essa resposta fundou o que Santos e Avritzer (2002) definem como concepção hegemônica de democracia, que tem como alguns de seus pressupostos a valoração positiva da apatia política, a concentração do debate democrático na questão dos desenhos eleitorais das democracias, o tratamento do pluralismo como forma de incorporação partidária e disputa entre as elites, dentre outros aspectos.

Todos esses elementos podem ser apontados como constituintes de uma concepção hegemônica de democracia, que não consegue dar conta de seus problemas, ensejando a situação paradoxal de que a extensão da democracia trouxe consigo uma enorme degradação das práticas democráticas (SANTOS; AVRITZER, 2002). É por esse motivo que Santos e Avritzer (2002) expõem que a forma hegemônica da democracia, que é a democracia representativa elitista, propõe estender ao resto do mundo o modelo de democracia-liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério norte, ignorando as experiências, bem como as discussões decorrentes dos países do Sul.

É notório que os sentidos acima aventados como concepção para a palavra democracia têm em comum a noção de que a democracia é um terreno fértil para o seu próprio desmantelamento. Democracia demanda constante zelo, pois pode facilmente guinar para a instauração do estado de exceção, como comprovam os fatos históricos como o totalitarismo, que surgiu no seio das democracias liberais. À guisa desse argumento, cabe verificar o papel do poder judiciário na democracia representativa brasileira.

Conforme aponta o filósofo italiano Giorgio Agamben (2007), há uma íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo. De início, cabe ressaltar que, ao apontar a cumplicidade entre democracia e totalitarismo, Agamben não pretende desvalorizar as conquistas e as dificuldades da democracia. O intento do filósofo é tentar demonstrar como que a democracia, no momento em que parecia estar no seu apogeu, demonstrou-se incapaz de salvar de uma ruína sem precedentes aquela *zoé*⁸ para o qual havia enveredado todos os seus esforços (AGAMBEN, 2007).

8 Os gregos definiam vida a partir de dois termos: *zoé* e *bíos*. Essa separação se dá porque os gregos não possuíam uma única definição para exprimir o conceito de vida. A *bíos* indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. A *zoé* referia-se ao simples fato de viver comum a todos os seres vivos (AGAMBEN, 2007). Ou seja, a *zoé* se refere à vida não qualificada, a mera existência biológica, e, por esse motivo, “a simples vida natural é, porém, excluída, no mundo clássico, da *pólis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *oikos*”

A democracia é regime político que tem como premissa que todo poder emana do povo e é por ele exercido, seja de forma direta, seja de forma indireta, dá-se como barreira que tenta afastar opressões de toda sorte. Seus ideais e princípios tem como mote a liberdade e a igualdade. Conforme aponta Agamben, a política ocidental moderna deve ser lida a partir daquilo que Foucault denominou de biopolítica. Isso porque para o filósofo as teorias que versam sobre política possuem em seu bojo a ideia do cálculo e a manipulação sobre a vida, ou seja, técnica de administração e gestão da vida nua⁹. É a partir desse prisma que se reflete sobre a ideia de democracia a partir de Giorgio Agamben:

Usamos esse conceito como se fosse a mesma coisa na Atenas do século V e nas democracias contemporâneas. Como se estivesse em todos os lugares e sempre bem claro de que se trata. A democracia é uma ideia incerta, porque significa, em primeiro lugar, a constituição de um corpo político, mas significa também e simplesmente a tecnologia da administração – o que temos hoje em dia. Atualmente, a democracia é uma técnica do poder – uma entre outras. Não quero dizer que a democracia é ruim. **Mas façamos esta distinção entre democracia real como constituição do corpo político e democracia como mera técnica de administração** que se baseia em pesquisas de opinião, nas eleições, na manipulação da opinião pública, na gestão dos meios de comunicação de massa etc. A segunda versão, aquela que os governantes chamam democracia, não se assemelha em nada com aquela que existia no século V a.C. Se a democracia for isso, simplesmente não me interessa (Grifo nosso) (AGAMBEN, 2014, n.p.).

O filósofo italiano aponta uma íntima cumplicidade entre democracia e totalitarismo na medida em que ambas possuem em comum o exercício do poder político por meio de uma biopolítica. Isso porque a democracia nos moldes contemporâneos, segundo Agamben, é mera técnica de administração governamental, os quais se afirmam por meio das narrativas das infundáveis crises. Crise esta que nada mais é que “[...] o modo normal em que funciona o capitalismo do nosso tempo” (AGAMBEN, 2014, n.p.). Nesse sentido, a crise é, para a democracia contemporânea, necessária e até mesmo desejada, pois se constitui em técnica de governo.

Os argumentos que “justificam” essa desaplicação da norma estão, via de regra, relacionados às medidas de urgência ensejadas por situações excepcionais. Desse modo, a crise é terreno fértil para o exercício do poder soberano que instaura a exceção. Em outras palavras, é como se a situação periclitante demandasse uma decisão fora do direito para a preservação da ordem, ordem essa em cujo seio se instaurou a referida situação periclitante. As crises cíclicas e cada vez mais intensas da economia financeirizada ensejam um estado de emergência que passa a justificar medidas excepcionais, a efetivação do estado de exceção¹⁰.

(AGAMBEN, 2007, p. 10), a casa. Por seu turno, a *bios* diz respeito à vida ética, à vida política, a forma qualificada de vida e, por isso, se constitui no âmbito da *polis*, da cidade-comunidade.

9 O conceito de vida nua na acepção agambeniana, refere-se à vida humana em sua apreensão meramente biológica, de modo que a insegurança decorrente dessa situação é a obscura ameaça de morte que transforma o viver em mero sobreviver “[...] que equivaleria a exterminável, no sentido de que a vida do homo sacer podia ser eventualmente exterminada por qualquer um, sem que se cometesse uma violação” (AGAMBEN, 2007, p. 195).

10 Aquilo que Giorgio Agamben define como estado de exceção permanente decorre da prática dos Estados contemporâneos de criação voluntária de um estado de emergência permanente que justifique as medidas excepcionais, mesmo frente aos ditames da democracia constitucional. Esse fenômeno se apresenta como “[...] paradigma de governo dominante na política contemporânea” (AGAMBEN, 2004, p. 12-13).

Trata-se justamente de “[...] deixar que os eventos se produzam para depois orientá-los na direção mais oportuna. É neste sentido que hoje tudo pode ser governado, gerido e normalizado” (AGAMBEN, 2014, n.p.). É dessa situação que decorre o primado da economia e do direito sobre a política, pois “onde tudo é normalizado e tudo é governável, o espaço da política tende a desaparecer” (AGAMBEN, 2014, n.p.).

Essa lógica tem como pressuposto a concepção de que no interior das democracias ocidentais contemporâneas convive o Estado de exceção como uma pertinência biopolítica, que tende a tratar amplos contingentes da população como “vida nua”. Acerca do conceito de estado de exceção,

Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha e contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna? (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Agamben aponta que o sistema legal no interior das democracias do século XX não se fundamenta numa suspensão legal da lei, mas simplesmente na anomia. Na sua concepção, o estado de exceção está inserido numa zona de indiferença, no qual dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. Logo, a suspensão da norma não significa a sua abolição, bem como “[...] a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretender ser) destituída de relação com a ordem jurídica.” (AGAMBEN, 2004, p. 39).

A politização da vida e, conseqüentemente, a exceção transformada em técnica de governo dão azo ao aparecimento de uma estrutura designada por Agamben como campo¹¹, que se caracteriza como espaço de manifestação da anomia no qual a vida humana é destituída do direito, lançada para fora do ordenamento jurídico que se constitui e se legitimou a partir da promessa da proteção da vida, “[...] a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável” (AGAMBEN, 2015, p. 43). Portanto, quem ocupa a cadeira do soberano institui a exceção por meio da suspensão da norma como forma de preservar uma determinada ordem que preserve os interesses que conferem sustentabilidade ao poder soberano. Eis, portanto, o imbricamento entre o conceito de democracia em Agamben e a discussão acerca da judicialização da política e o ativismo judicial.

11 Os campos de concentração nazistas são a expressão brutal da lógica anômica do campo com pleno estado de exceção no interior do qual se produz vida nua, bem como “[...] tanto o estádio de Bari, no qual, em 1991, a polícia italiana amontoou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses antes de devolvê-lo a seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os judeus antes de entregá-los aos alemães; tanto o campo de refugiados na fronteira com a Espanha, [...] quanto as zonas d'attente nos aeroportos internacionais franceses, nas quais foram mantidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto do refugiado. Em todos esses casos, um lugar aparentemente anódino [...] delimita, na realidade, um espaço no qual o ordenamento normal é, de fato, suspenso e no qual o fato de que sejam cometidas ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do sentido ético da polícia que age provisoriamente como soberana [...]” (AGAMBEN, 2015, p. 45).

4. O OCASO DOS PODERES POLÍTICOS E A AURORA DO PODER JUDICIÁRIO

A ampliação das esferas de composição da democracia representativa, sobretudo quanto aos pressupostos sociais e institucionais democráticos dos pós-guerra, alcançou no contexto do fim do regime militar (1964 a 1984) e, de abertura política nacional a Assembleia Constituinte de 1988 e se apresentaram como expressão legal na própria Carta Constitucional.

No entanto, ao se observar com maior atenção, a partir de meados dos anos 90 do século XX, no contexto de implementação de demandas do receituário neoliberal nos governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC) e, sobretudo após a crise de 2008 e, o aprofundamento dos pressupostos da economia financeirizada, percebe-se que a democracia representativa brasileira enfrentava dificuldades, bem como vai sendo enfraquecida por vários fatores, entre eles: a desarticulação dos movimentos sociais que passam a ser incorporados pela institucionalidade do Estado deixando de ser movimento; o esvaziamento do debate político no interior dos partidos políticos, atenuando aquilo que se define como ideologia partidária, o que transformou os partidos em meras agremiações eleitoreiras; cada vez mais o Congresso Nacional para ser composto por bancadas vinculadas a defesa de interesses de grupos privados. Ainda nesta direção, some-se a esse cenário, o fato de o Poder Executivo utilizar-se, senão governar a partir do emprego de medidas provisórias (MP's), para além daquilo que é apregoado pela própria Constituição Brasileira, isto é, sem que estejam presentes os requisitos de relevância e urgência da matéria abordada¹². Desse modo, pautas políticas que deveriam ser debatidas com amplos setores da sociedade civil organizada, com movimento sociais, passam a ser decididos por medidas provisórias, por decretos leis, cabendo ao legislativo a chancela de tais medidas e imposições. Esses fatores contribuem para o esvaziamento do poder legislativo. E é nesse vão político que o Poder Judiciário é chamado para atuar. Todos estes aspectos, bem como outras situações e variáveis que podem ser arroladas neste contexto demonstram de forma inequívoca o esvaziamento da democracia representativa no seio da sociedade brasileira.

Sob tais pressupostos, conforme o jurista Campos (2014) vivenciam-se os momentos constitucionais e infraconstitucionais de maior oportunidades formais para a judicialização da política e o ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal. Porém, cabe pontuar de início que existe enorme debate jurídico acerca dos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial e seus efeitos.

Para a presente análise, adota-se a perspectiva de judicialização da política como um fenômeno amplo no qual há uma transferência de poder do Legislativo para Tribunais e outras instituições jurídicas. Ativismo judicial, por sua vez, pode ser considerado como um fenômeno mais estrito que corresponde ao “[...] exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos (CAMPOS, 2014, p. 164). Em sentido semelhante, o jurista Ramos (2015, p. 119) apregoa que ativismo judicial se refere “[...] à ultrapassagem das linhas demarcatórias

12 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias (BRASIL, 1988).

da função jurisdicional, em detrimento, principalmente, da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo".

A judicialização da política, demarcada por um arranjo constitucional que alçou o Poder Judiciário à posição de cerne da política, tem como consequência o desempenho de um papel político que se relaciona ao exercício do poder soberano.

Após a Constituição de 1988 o sistema jurídico brasileiro passou por um processo de juridicização que impactou no funcionamento do Estado e da sociedade brasileira. Esse processo elevou o poder judiciário ao cerne do debate político.

O contexto neoconstitucional, abordado anteriormente, ensejou um rearranjo no modelo constitucional, na medida em que possibilitou a irradiação da norma constitucional para a política governamental. Desse modo, o Poder Judiciário assume um espaço de concretização de direitos constitucionais não adimplidos pelos demais poderes. Soma-se a esse fator a complexificação social e seu decorrente aumento de litigiosidade, o qual desembocam no Poder Judiciário. Essa perspectiva é descrita na obra "Judicialização da política e das relações sociais", de Luiz Werneck Vianna, publicada no ano de 1999.

De acordo com o jurista Vieira (2008), a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral é um fenômeno global, sobre qual existe uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos.

Para Vieira (2008), o processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou contornos ainda mais acentuados no Brasil, pois a ambição do texto constitucional de 1988 somada à paulatina concentração de poderes jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal ensejou um desequilíbrio no sistema de separação de poderes no Brasil.

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/1993, e no.45/2005, bem como pelas leis no.9.868/99 e no.9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes (VIEIRA, 2008, p. 444).

Essa conjuntura foi denominada por Vieira (2008), como Supremocracia. Essa terminologia ampara dois sentidos: o primeiro diz respeito à autoridade do supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado em 1891, o Supremo Tribunal Federal sempre teve dificuldades em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. Isso por causa da inexistência de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do STF. Isso tornou a Corte fragilizada. Porém, em 2005, com a adoção da súmula vinculante, houve uma concentração de poderes no âmbito do Supremo. Assim, visou-se sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Desse ponto de vista, Oscar Vilhena Vieira (2008) aponta que o termo "supremocracia" refere-se, em primeiro plano, à autoridade adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o poder judiciário no Brasil.

Em um segundo sentido, o jurista indica que o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do supremo em detrimento dos demais poderes. Com a constituição de 1988 o Supremo deslocou-se para o centro do arranjo político brasileiro, de modo que, em vistas à enorme tarefa de guardar tão extensa constituição, sua posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva. Desse modo, o aumento dos instrumentos dados para a jurisdição constitucional fez com que o Supremo não apenas exercesse uma espécie de poder moderador, mas também se tornasse responsável por “[...] emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias” (VIEIRA, 2008, p. 446).

O caso brasileiro se torna único por razão de escala e de natureza. Escala por causa da quantidade de assuntos que, no Brasil, têm natureza constitucional e que, portanto, são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; e de natureza, pois não há qualquer obstáculo para que o Supremo Tribunal Federal aprecie atos do poder constituinte reformador (VIEIRA, 2008, p. 446).

Nesta direção, é fundamental observar que o Supremo Tribunal Federal não apenas exerce, na atual quadra histórica, uma função política, mas também exerce, mesmo que subsidiariamente, a função de “criação de regras”. Ou seja, acumula exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder reservado à órgãos representativos (VIEIRA, 2008).

Esse fortalecimento e expansão da autoridade dos tribunais pode ser lido, como por exemplo, em Hirschl (2009), como uma consequência da expansão global do sistema de mercado, de modo que os tribunais constituiriam, aos olhos dos investidores, um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, uma vez que esses estariam premidos por demandas “populistas” e, portanto pouco eficientes, à luz de uma perspectiva econômica (VIEIRA, 2008). Nesse sentido, o jurista israelense constata “[...] o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas” (HIRSCHL, 2009, p. 140).

Uma outra corrente argumenta que a ampliação do protagonismo do poder judiciário é uma consequência da retração do sistema representativo bem como de sua deficiência no cumprimento de promessas de igualdade e justiça, decorrentes do ideal democrático e inseridos nas constituições contemporâneas (VIEIRA, 2008). Essa perspectiva, exposta na obra “O Juiz e a Democracia”, de Antonie Garapon (1999), qualifica o judiciário como guardião dos ideais democráticos, ensejando uma situação paradoxal, uma vez que ao se buscar suprir as lacunas do sistema representativo, o judiciário vem a contribuir para a ampliação da crise de autoridade da democracia.

Ainda nesta direção, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, para muitos constitucionalistas, uma consequência das constituições rígidas que possuem sistemas de controle de constitucionalidade, pois esse fenômeno se torna mais agudo quando na perspectiva de constituições ambiciosas em detrimento das liberais, e nesse contexto o judiciário atua como guardião da constituição.

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, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição (VIEIRA, 2008, p. 443).

Em sentido similar, o jurista Roberto Barroso define o fenômeno da Judicialização como a situação em que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, de modo que se verifica uma “transferência de poder para as instituições judiciais”, em detrimento dos poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2016).

Para o referido jurista, essa expansão da jurisdição opera uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico, porém até mesmo nos países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês é possível verificar esse fenômeno (BARROSO, 2016). Como causas, Barroso (2016) elenca o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, o que ensejou uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, bem como uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Também é apontado pelo jurista como causa o fato de que, muitas vezes, os atores políticos preferem eleger o Judiciário como instância decisória de questões em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, de modo a evitar o próprio desgaste na deliberação de temas que dividem opiniões, como por exemplo: uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas (BARROSO, 2016).

Para o referido jurista, o fenômeno assumiu tamanha proporção no Brasil em função da constitucionalização abrangente e analítica, uma vez que constitucionalizar é, em última análise, tolher um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis, bem como em função do sistema de controle de constitucionalidade vigente no país, que fornece amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (BARROSO, 2016). A consequência disso é que “quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2016, p. 386). Como exemplo dessa afirmação, Barroso aventa uma série de questões políticas que já foram judicializadas:

(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367-DF); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952-SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130-DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1.085-Itália e MS 27.875-DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101-DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3.937-SP). Merece

destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS) (BARROSO, 2016, p. 386).

Porém, para Vieira (2008), a hiper-constitucionalização da vida contemporânea não se dá por causa da democracia, mas por causa da desconfiança em relação a ela. De acordo com o autor, a opção institucional pela ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais contribui para o amesquinamento do sistema representativo.

Ainda, o jurista Cappelletti (1993) em sua obra "Juizes Legisladores?" (1993) aventa como hipótese para o caso o declínio na confiança nos parlamentos, bem como o fato de que o "terceiro poder" não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, de modo que o controle judiciário da legitimidade constitucional das leis é um dos aspectos dessa responsabilidade. E uma característica dessas novas responsabilidades "[...] foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do exercício e de seus derivados" (CAPPELLETTI, 1993, p. 46).

Para Tate (1995), judicialização da política é a expansão do campo de atuação das Cortes ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou administradores, bem como a disseminação de métodos de decisão judicial fora do campo judiciário propriamente dito. Para o sociólogo e jurista estadunidense Ferejohn (2012, p. 63), judicialização da política é "uma profunda transferência de poder do Legislativo para Tribunais e outras instituições jurídicas ao redor do mundo".

A discussão acerca do caráter democrático dentro desse arranjo institucional é intensa. O protagonismo do Poder Judiciário induz, de certa forma, a uma construção do Direito por via judicial e não pautado por critérios jurídicos (TASSINARI, 2012). De acordo com a jurista Tassinari (2012), não se deve negar a concepção democrática que inclua a premissa contra majoritária, na qual a atuação das cortes e tribunais atua na proteção de direitos assegurados constitucionalmente frente à existência de maiorias eventuais. Porém, mesmo frente a essa conjuntura, não era previsto que se fosse vivenciar no contexto político de forma tão intensa o apelo permanente à jurisdição e a apatia política (TASSINARI, 2012).

De outro lado, tem-se que a judicialização da política deu efetividade à direitos fundamentais, com a possibilidade de dar conteúdo aos direitos humanos. As juristas Estefânia Maria De Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012) argumentam que a despeito das críticas tecidas à atuação política do poder judiciário brasileiro em ofensa ao princípio da separação dos poderes, a transferência de decisão do parlamento para o judiciário decorre em virtude do fenômeno da judicialização da política. Ainda, apregoam as juristas que a Constituição Federal de 1988 deu um novo papel ao judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos fundamentais. Desse modo, o princípio da separação dos poderes deverá ser analisado a partir da Constituição, "[...] com a ideia de controles recíprocos entres os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos" (BARBOSA, KOZICKI, 2012, p. 80). Ainda, argumenta que a Constituição se apresenta como um documento político, de modo que "[...] caberá sim, ao Judiciário, tomar algumas opções polí-

ticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte" (BARBOSA, KOZICKI, 2012, p. 80).

Cabe pontuar que, conforme as juristas, é difícil encontrar uma única causa para justificar a judicialização da política e que "[...] muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político" (BARBOSA, KOZICKI, 2012, p. 65). A constatação das autoras é a de que o poder judiciário tem sido utilizado como outra arena política, na qual as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar possuem a possibilidade de ter resguardados seus direitos.

Ainda, Andrei Koerner (2013) argumenta que após 2003 houve importante renovação no Supremo Tribunal Federal, de modo que os incentivos externos encontravam renovação interna para facilitar uma nova orientação jurisprudencial. Assim, esse novo tribunal "[...] com juízes com outra formação e concepção sobre o papel da justiça constitucional e a interpretação da Constituição, atuou de forma convergente com o governo em questões relativas à maior efetividade de direitos e promoção de políticas sociais" (KOERNER, 2013, n.p.). Portanto, pode-se promover a efetivação da Constituição, por meio da concretização de princípios da Constituição de 1988 não realizados por omissão do legislador, conformando um novo regime jurisprudencial (KOERNER, 2013).

Em sentido semelhante, o jurista Anderson Teixeira argumenta que para além do debate acerca da definição conceitual de ativismo judicial, cabe reconhecer que "[...] se trata de uma patologia constitucional cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado" (TEIXEIRA, 2012, p. 52). O jurista indaga sobre o possível cenário que decorreria se o judiciário decidisse abandonar uma postura ativista e passasse a se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais que muitas vezes são perpetradas pelo próprio Estado (TEIXEIRA, 2012)

O que se percebe é que frente a essa transferência de poder para o judiciário, ou mesmo expansão do poder judiciário, muitas são as críticas tecidas. Se para alguns a expansão dos poderes auxilia na efetivação de políticas públicas e concretização de direitos sociais, para outros essa configuração aponta para um viés democrático.

Os argumentos aventados até o presente momento não consideraram a lógica econômica¹³ e seu impacto no poder político e, especificamente, no poder judiciário. Justiça, democracia e neoliberalismo são eixos que se complementam na busca para respostas à perene crise. No limite, paira o questionamento se a crise de representatividade ensejou uma

13 O que é cristalino é que o modelo econômico vigente possibilita a tomada de decisões contrárias aos anseios democráticos. Ao tratar do modelo econômico vigente, seja ele aqui denominado como neoliberal (relacionado à autores como Friedrich Hayek, Milton Friedman, F. Knight, Ludwig Von Mises, enfim, àqueles que fizeram parte da sociedade Mont Pèlerin), ou mesmo o modelo denominado pós neoliberal, conhecido por seu caráter mais "progressivo", (este modelo relacionado ao pensamento de autores como Emir Sader, Atilio Borón, Carlos Fiqueroa Ibarra), o que fica claro é que a judicialização da política e, conseqüentemente, o ativismo judicial, são espectros de um processo político que não visam a construção de uma sociedade equitativa (ou uma igualdade substantiva, conforme István Mészáros), mas uma sociedade meramente "mais equitativa", que na prática significa uma sociedade não equitativa (MÉSZÁROS, 2015). Na atual democracia neoliberal, a participação popular se limita às escolhas entre nuances do neoliberalismo, pois é uma democracia cujo fito não é o bem comum, mas o mercado e sua liberdade de exploração. Porém, o mercado não visa a simetria de oportunidades e o bem comum, mas justamente a assimetria, de modo a poder abusar cada vez mais aqueles excluídos dessa lógica, os desposuídos. A judicialização da política, que poderia ser um atalho para a realização de políticas públicas que visassem o bem comum, torna-se um cada vez mais um elemento central na destituição da norma em prol do mercado.

invasão de competências por parte do poder judiciário ou se a invasão por parte do poder judiciário ensejou uma crise de representatividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O rearranjo institucional nacional pode ser lido como uma reorganização em função dos interesses internacionais na garantia de contratos, dos interesses da economia financeira, de circulação ilimitada e segurança, dos limites do Estado em garantir os direitos fundamentais, dentre outros. Porém, o que se pode constatar é que a judicialização das relações sociais, por meio das inovações que forneceram à Corte Suprema um novo papel institucional, também implicou em judicialização da política. Ou seja, houve a transferência de poder que pertence ao poder legislativo, munido de representação política, para um poder sem revestimento representativo que é o poder judiciário.

Se por um lado questões políticas urgentes estão tendo uma resposta mais célere por parte do Poder Judiciário, por outro há que se pontuar que essas decisões possuem um déficit democrático. Ou seja, se para alguns a expansão dos poderes auxilia na efetivação de políticas públicas e concretização de direitos sociais, para outra essa configuração aponta para um viés totalitário, já que houve a transferência de poder que pertence ao Poder Legislativo, munido de representação política, para um poder sem revestimento representativo que é o Poder Judiciário.

Frente a essa conjuntura, colocou-se em análise a crise do Estado democrático e do Estado de direito, uma vez que, frente à essa estrutura, a íntima relação entre democracia e totalitarismo no conceito de Giorgio Agamben aparece no enfraquecimento da lógica democrática que, nesse sentido, tenderá ao totalitarismo.

Para tanto, o presente artigo apontou o decisionismo, isto é, o fenômeno da decisão contrária à constituição materializadas em decisões ativistas, como um exercício privado de poder arbitrário, pois retira do debate público questões centrais atinentes ao jogo político democrático. No contexto jurídico, aquilo que se definiu como neoconstitucionalismo, teve como característica a possibilidade de integrar elementos dotados de subjetividade à interpretação das cartas constitucionais, de modo a viabilizar ao Supremo Tribunal Federal, interprete último da Constituição, maior autonomia decisória. Essa conjuntura, pensada a partir da possibilidade de efetivação de direitos e políticas públicas não viabilizadas pelos outros poderes por meio de decisões judiciais, teve como resultado secundário a proeminência desse poder de estado em relação aos demais.

Quanto ao aspecto político, o descolamento do poder legislativo em relação à sociedade brasileira, sua deficiência em relação a representatividade, e por extensão ausência substancial de credibilidade por parte dos cidadãos, bem como até mesmo a esQUIVA estratégica do jogo político para não pautar sobre temas considerados polêmicos, contribuiram para que o poder judiciário fosse demandado para viabilizar os direitos assentados na Constituição Federal de 1988. Essa transferência da atuação política para o poder judiciário afasta a população do debate democrático, de modo que as leis, plurais e aplicáveis a todos, são substitu-

ídas por decisões, que valem para um ou alguns. Portanto, o aspecto social da democracia perde espaço para um espaço privado, individualizado e segmentado.

Ainda, as mudanças econômicas ensejaram mudanças jurídicas. E dentro dessa lógica o constitucionalismo é visto como um entrave ao desmonte do Estado social. Portanto, a judicialização da política vem para driblar os direitos sociais de forma a estar em consonância com aquilo que é demandado pelo mercado internacional. Acontece que as demandas do mercado e as demandas da população dificilmente coincidem.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- AGAMBEN, G. *Estado de exceção: Homo Sacer, II, I*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- AGAMBEN, G. A democracia é um conceito ambíguo. *Blog da Boitempo*, 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-um-conceito-ambiguo/>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- AGAMBEN, G. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. 136 p.
- ARENDT, H. *O que é Política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 1-42, abr., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL, Senado Federal. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CARBONELL, M. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CAPPELLETTI, M. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993.
- DIMOULIS, D. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, D. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FEREJOHN, J. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, L. (Org.). *Judicialização da Política*. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-97.
- FERREIRA, José Ribeiro. Atenas, uma democracia? *Revista da Faculdade de Letras-Línguas e Literaturas*, v. 6, 2020.
- GARAPON, A. O juiz e a democracia. *O guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai., 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 05 out. 2020.
- HIRSCHL, R. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos CEBRAP*, n. 96, p. 69-85, 2013.

MÉSZÁROS, István. *A montanha que devemos conquistar: reflexões acerca do Estado*. São Paulo: Boitempo, 2015.

POZZOLO, S. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, E. O. R.; POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2010.

RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÁNCHEZ, M. C. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Espanha: Trotta, 2003.

SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

SARMENTO, D. A. de M. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, D. A. de M. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11 - 28, dez., 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>. Acesso em: 03 ago. 2020.

STRECK, Lênio. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, Itajaí, v. 15, n. 1, p.158-173, jan., 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 10 jul. 2020.

STRECK, Lenio. *Eis porque abandonei o "neoconstitucionalismo"*. *Revista Consultor Jurídico*, mar., 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 10 jul. 2020.

TASSINARI, C. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiros e norte americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 out. 2020.

TATE, C. N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 27-37.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, v. 8, n. 1, p. 037-057, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista de Direito FGV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.441- 464, jul., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

Recebido/Received: 03.08.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.