
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 39	p. 1-256	jan./mar. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR. Professora de Direito Constitucional da UniBrasil. Visiting Scholar da Osgoode Hall Law School, York University, Canadá, 2008-2009.

Resumo: O presente artigo busca analisar o fenômeno da judicialização da política, demonstrando que não se trata apenas de um fenômeno brasileiro. Em contraponto, este fenômeno tem sofrido severas críticas, especialmente dos juristas. Faz-se, desta forma, um paralelo com a doutrina da autorrestrição judicial, que defende a deferência de questões políticas para que sejam enfrentadas pelos poderes eleitos. Por fim, procura-se demonstrar, através de dados concretos que a judicialização da política no Brasil, com a conseqüente transferência das decisões políticas para o Supremo Tribunal Federal, têm sido feita pelos próprios atores políticos, como trunfos das minorias políticas.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Judicialização da política. Constitucionalismo. Poder Judiciário. Atores políticos.

Sumário: Introdução - 1 Judicialização da política - 2 Teoria da autorrestrição judicial - 3 A judicialização da política enquanto um fenômeno político - 4 Considerações finais - Referências

Introdução

Nas últimas décadas o Brasil e o Mundo vêm experimentando a transferência do poder político para os Tribunais, ou seja, o poder político tem saído das esferas de representações parlamentares para o âmbito do Judiciário.

A ideia de supremacia constitucional que foi adotada na Constituição Americana de 1787 é agora compartilhada entre vários países, especialmente após a 2ª metade do século XX quando se começa uma preocupação mundial em torno dos direitos humanos, que por sua vez passam a influenciar o direito interno destes países.

Nos países da América Latina, do Leste Europeu e África do Sul a adoção do constitucionalismo se deu após a adoção de regimes democráticos após longo tempo de governos ditatoriais. A adoção de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares implicou num novo modo de interpretar e aplicar o Direito, o que, por sua vez, implicou num aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste Poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, trazendo esta questão ao centro

do debate jurídico e político atual, levando a notáveis consequências no plano da compreensão e da operacionalização da teoria jurídica, que por sua vez deve ser repensada para dar conta desta nova realidade.

Até países com tradição de common law adotaram Cartas de Direitos Fundamentais¹ que passaram a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis com elas incompatíveis.

Desta forma as Cortes Constitucionais de diversos países têm sido cada vez mais demandadas a resolver diversos litígios, desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade), a questões relacionadas a biodireito, aborto, políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva, etc.

O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais os Tribunais vêm se manifestando sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O presente artigo buscará analisar o fenômeno da judicialização da política, demonstrando que não se trata apenas de um fenômeno brasileiro.

Em contraponto, este fenômeno tem sofrido severas críticas, especialmente dos juristas. Far-se-á, desta forma, um paralelo com a doutrina da autorrestrição judicial, que defende a deferência de questões políticas para que sejam enfrentadas pelos poderes eleitos.

Por fim, procurar-se-á demonstrar, através de dados concretos, que a judicialização da política no Brasil, com a consequente transferência das decisões políticas para o Supremo Tribunal Federal têm sido feita pelos próprios atores políticos, como trunfos das minorias políticas.

1 Judicialização da política

A judicialização da política pode ser estudada sob diversos aspectos. É possível afirmar que a própria ideia de constitucionalismo e de previsão de questões políticas na Constituição permitiriam que o Judiciário acabasse enfrentando qualquer questão política como sendo uma questão constitucional.²

Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas,

¹ Como exemplo recente, pode ser citado o caso da Nova Zelândia, que adotou recentemente um Bill of Rights, passando este a servir como parâmetro do controle de constitucionalidade das demais leis.

² Neste sentido: There is hardly a political question in the United States which does not sooner or later turn into a judicial one (TOCQUEVILLE. *Democracy in America*).

morais, religiosas, centrais tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, no sentido de que veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar estas questões.

Werneck Vianna explica de modo apropriado esta mudança:

O boom da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema de representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao welfare, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das class actions generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

Não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo de judicialização de mega política (ou de macropolítica) para distinguir-se da judicialização da política genérica.

Ran Hirschl vai apresentar três categorias de judicialização: i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre

legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.³

Em relação a primeira categoria, Hirschl afirma que a judicialização é inerente à captura das relações sociais e culturais pelas leis, o que se deve ao aumento da complexidade e diversidade das modernas sociedades, bem como da expansão de Estados modernos de bem-estar social, com suas inúmeras agências regulatórias.⁴

No âmbito supranacional também se verifica uma judicialização, na medida em que se torna necessário adotar normas-padrão (universais) numa era de globalização econômica.

Um outro aspecto da judicialização da política é o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões de direitos garantidos constitucionalmente,⁵ o que acaba por redefinir os próprios limites dos demais poderes políticos.

Em relação à judicialização da política pura, ou da macropolítica, pode-se entender a competência dos tribunais para decidir a respeito de questões morais ou de questões políticas críticas, centrais para a sociedade. Ou seja, muitos dilemas morais e políticos acabam por ser transferidos das esferas políticas ao Judiciário.

Ran Hirschl traz diversos casos de Tribunais de outros países que demonstram como vem ocorrendo a judicialização de questões efetivamente políticas, e como os Tribunais têm assumido esse novo papel.

Países como a Nova Zelândia que tinha grande tradição do common law e era baseada no princípio da supremacia do Parlamento, assim como acontecia na Inglaterra, sofreram grandes transformações em seu sistema em virtude da adoção de um modelo de controle de constitucionalidade.

Até pouco tempo a Nova Zelândia era um dos poucos exemplos de adoção do sistema inglês de common law, tendo o Parlamento como autoridade suprema a determinar a legislação, desta forma até os anos 80, a Nova Zelândia apenas reproduzia o sistema britânico da common law.⁶

Assim, a adoção, em 1990, pela Nova Zelândia do New Zealand Bill of Rights Act marcou uma mudança, equilibrando os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo naquele país.⁷

³ HIRSCHL. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, p. 723.

⁴ *Ibid.*, p. 724, 725.

⁵ No Brasil, o maior exemplo diz respeito a questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde.

⁶ HIRSCHL. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism, p. 24.

⁷ Disponível em: <www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/bill-of-rights-guidelines/index.html>. Acesso em: 22 fev. 2008.

A Declaração de Direitos Fundamentais da Nova Zelândia garante direitos à vida e à segurança, direitos civis e democráticos, direito a não discriminação, direitos das minorias e direitos processuais, além de estabelecer que a Declaração foi adotada para afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades individuais.

O NZBORA (New Zealand Bill of Rights Act) protege os direitos dos cidadãos de duas formas: i) As Cortes podem reconhecer os direitos, mas devem contrabalançar eventuais colisões de direitos, bem como a contraposição entre direitos individuais e direitos de toda a comunidade; ii) exige que o Procurador-Geral (the Attorney General) reporte ao Parlamento se algum projeto de lei parece inconsistente com a Declaração de Direitos, neste caso o governo terá que justificar a necessidade da lei em questão.

Curiosamente, a NZBORA é uma lei ordinária que formalmente não dá força às Cortes de anular a legislação inconsistente com suas previsões. A Seção 4 não permite que as Cortes possam deixar de aplicar uma lei inconsistente com o Bill of Rights, não obstante, na Seção 5 há a previsão de que os direitos e liberdades contidos neste documento só podem ser sujeitos a razoáveis limitações pela lei, na medida em que se demonstrar justificável numa sociedade livre e democrática. Destarte, o NZBORA acabou por permitir que as Cortes possam interpretar o que seria razoável numa sociedade livre e democrática, ampliando desta forma sua competência e permitindo o controle de constitucionalidade das leis.

Além disso, houve a criação em 2002 do Human Rights Review Tribunal,⁸ com competência para declarar leis inconsistentes com o NZBORA, devendo o Tribunal reportar os casos de leis incompatíveis com os direitos fundamentais ao Parlamento, no sentido de que o Governo promova ações para implementar e respeitar a Declaração de Direitos Fundamentais.⁹

Ran Hirschl ressalta que tendo em vista a tradição de restrição judicial e de supremacia do Parlamento, a judicialização da política na Nova Zelândia aconteceu de maneira mais moderada do que em outros países, de modo a equilibrar sua própria tradição.¹⁰

No Canadá, Hirschl ressalta que a questão de secessão do Estado do Québec — não obstante ser uma questão política, e relativa a própria identidade do Canadá — chegou a Suprema Corte do Canadá, para que esta se manifestasse se seria constitucional a separação do Québec se a maioria da população fosse favorável. A Corte, neste caso, manifestou-se

⁸ Para saber mais a respeito, ver: <<http://www.justice.govt.nz/human-rights-review-tribunal/legislation.html>>.

⁹ HIRSCHL. *Towards Juristocracy*, op. cit., p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

no sentido de que seria necessária uma Emenda Constitucional prévia, pois a Constituição não permite a separação do Québec da Federação.¹¹

Também, a Suprema Corte de Israel foi provocada a decidir sobre quem é judeu, aparentemente uma questão religiosa ou política ou, ainda, relativa a própria identidade do povo judeu. A questão chegou à Suprema Corte de Israel, uma vez que o fato de ser ou não judeu implicaria na aquisição da cidadania e de todos os direitos a ela inerentes.

No Brasil, podem-se verificar decisões do STF sobre questões políticas no que diz respeito à fidelização partidária, políticas públicas de saúde, desarmamento, pesquisa em células-tronco, mensalão, etc.¹²

Veja-se que este aumento de deferência do Legislativo para o Judiciário aconteceu em várias Nações ao redor do Mundo, transformando as Supremas Cortes no mais importante corpo de tomada de decisão política.

O Judiciário brasileiro tem sofrido severa crítica, assim como sofreu a Suprema Corte Americana, no sentido de que não é órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo, e portanto, por não ter legitimidade democrática.

Verificar-se-á no próximo tópico a teoria da autorrestrição judicial, que busca limitar o papel do Judiciário para se abster de decidir sobre questões políticas.

2 Teoria da autorrestrição judicial

A doutrina que se preocupa em limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício do judicial review “importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento”,¹³ é conhecida como doutrina da self-restraint ou doutrina da autocontenção judicial.

Conforme Canotilho, o princípio da autolimitação judicial consiste no fato de que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”,¹⁴ o que significaria dizer que certas questões políticas não estariam sujeitas a um controle jurisdicional.

Numa concepção procedimental de Constituição, deve-se ter confiança na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas, o que justificaria a limitação da jurisdição

¹¹ HIRSCHL. The new constitutionalism and the judicialization..., op. cit., p. 742.

¹² A respeito, confira-se a seção de notícias no site: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

¹³ MELLO. Democracia constitucional e direitos fundamentais, p. 205.

¹⁴ CANOTILHO. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1224.

constitucional sobre os assuntos deliberados, “não a desconfiança em relação ao conflito de poderes ou ao abuso do Poder Judiciário”,¹⁵ ou seja, numa concepção procedimental, a jurisdição constitucional deve estar limitada a proteger os direitos de participação política que garantam a higidez do processo democrático.

O problema que se enfrenta é a definição de quais direitos fundamentais que protegem o processo democrático poderiam ser tutelados pela jurisdição constitucional, o que abriria um rol maior de direitos que serão objeto de proteção e de valoração substantiva pelo Judiciário.

Por outro lado, a concepção substantiva¹⁶ de Constituição não defende uma autolimitação judicial, mas, ao contrário, defende um ativismo judicial que determine e proteja os valores substantivos calcados na Constituição, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Cláudio Ari Mello constata que existem vários métodos de autorrestrrição judicial: (i) os limites processuais, por meio de “instituição de barreiras formais nos processos judiciais da jurisdição constitucional”,¹⁷ (ii) os limites hermenêuticos, em que prevalece o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, “sempre que for possível reconhecer nela uma compreensão adequada ao sentido normativo da constituição”,¹⁸ (iii) os limites funcionais que se desdobram em discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador; (iv) os limites temáticos, consistentes na doutrina da “injusticiabilidade das questões políticas”.

Christopher Wolfe, de forma clara, aponta que os limites para um judicial review moderado seriam os seguintes: (i) os limites inerentes ao Poder Judiciário; (ii) a deferência legislativa; e (iii) a doutrina das questões políticas.¹⁹

Wolfe aponta como um dos limites inerentes à natureza do Poder Judiciário o fato de que o judicial review deveria ser visto mais como um problema de interpretação (associado a julgamento por Hamilton) do que legislação (associada à intenção). O papel dos juízes não seria o de determinar o que é melhor para o país, ou qual regra geral é melhor para a nação e para seus cidadãos quando se depara com um problema específico de política. Também entende não ser tarefa do juiz valorar se uma lei é

¹⁵ MELLO, op. cit., p. 211.

¹⁶ Ver, a respeito: BARBOZA. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia.

¹⁷ MELLO, op. cit., p. 218.

¹⁸ Ibid., p. 220.

¹⁹ WOLFE. The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law, p. 101 et seq.

prudente ou justa. No exercício do judicial review, caberia ao juiz determinar, não se a lei é boa ou prudente, mas se é constitucional ou não.²⁰

Outro limite natural ao Poder Judiciário consiste no fato de que suas decisões só produzem eficácia no caso concreto, diferente das leis que são pensadas e aplicadas para toda a sociedade.²¹

Wolfe destaca, também, a diferença feita por Marshall em *Marbury v. Madison* entre atos judiciais e atos não judiciais, isto é, a questão sobre se alguém tem um direito é, por sua natureza, uma questão judicial, e deve ser tratada pela autoridade judicial. Não obstante, Marshall reprovava a interferência do Judiciário em atos políticos ou discricionários do Poder Executivo.²²

Afora isso, Wolfe salienta que o judicial review é um poder derivado do poder de decidir casos que chegam ao Judiciário, podendo uma questão constitucional nunca chegar ao Judiciário, e, portanto, nunca ser apreciada por este Poder.²³

Por outro lado, a defesa clássica do judicial review sempre foi fundamentada no fato de que o mesmo não implicaria a superioridade dos juízes em relação aos legisladores, mas na superioridade do desejo do povo sobre ambos. Entretanto, esta afirmativa só é verdadeira se o judicial review se restringir à interpretação, ou à determinação da intenção do povo prevista na Constituição, não podendo o juiz legislar ou defender seus próprios anseios.

Se houver erro na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poder-se-ia ter o Judiciário legislando, eis que, mesmo de boa-fé, estaria a extrapolar os poderes do judicial review, razão por que o princípio da deferência ao legislativo significa que o judicial review não deve ser utilizado em caso de dúvidas.

Deste modo, em caso de dúvidas sobre a própria interpretação da Constituição, os juízes deveriam submeter a questão ao Legislativo, para que este emita sua opinião sobre a constitucionalidade da lei.²⁴ Mas não é

²⁰ *Ibid.*, p. 101.

²¹ *Ibid.*, p. 102

²² *Ibid.*, p. 103. "In a later case, Marshall noted that the courts have jurisdiction when any questions respecting them [the constitution, laws, and treaties of the United States] shall assume such a form that the judicial power is capable of acting on it. That power is capable of acting only when the subject is submitted to it by a party who asserts his rights in the form prescribed by law. It then becomes a case, and the constitution declares that the judicial power shall extend to all cases arising under the constitution, laws, and treaties of the United States". "Em um caso posterior, Marshall notou que as cortes têm jurisdição quando quaisquer questões respeitando-os [a constituição, as leis, e dos tratados dos Estados Unidos] devem assumir tal forma que o poder judicial é capaz de agir. Esta força é capaz de agir somente quando o assunto é submetido ao judiciário por um partido que afirma seus direitos na forma prescrita pela lei. Então se torna um caso, e a constituição declara que o poder judiciário deve ser estendido a todos os casos submetidos à constituição, às leis e aos tratados dos Estados Unidos".

²³ WOLFE, *op. cit.*, p. 103-104.

²⁴ *Ibid.*, p. 104.

qualquer dúvida que ensejaria esta deferência legislativa, sendo necessário se estar frente a uma dúvida que persiste mesmo após certo esforço interpretativo de tentar compatibilizar a lei à Constituição.²⁵

Ressalta-se que nenhum dos autores que defende a autocontenção judicial enfrenta como isso seria feito na prática, nem se seria viável, por exemplo, suspender o julgamento judicial e submeter a questão ao Legislativo (tal como um incidente “substantivo”) para se decidir a respeito do conteúdo substantivo constitucional, ou quem sabe submeter a questão a um plebiscito. Não se traz como este tipo de autocontenção pode se realizar na prática.

Outro componente, segundo Christopher Wolfe, de um judicial review moderado, consistiria na doutrina das questões políticas. Desde que a revisão judicial seja um poder estritamente judicial, não deveria ser aplicada para rever atos discricionários de outros poderes,²⁶ sendo, portanto, uma decorrência lógica do princípio da separação de poderes.

No que diz respeito à discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador, e mesmo na questão de injusticiabilidade de questões políticas, em alguns casos, a Suprema Corte americana opta por não se manifestar sobre o assunto.

Quando se trata do princípio federativo, há, em geral, uma deferência à manifestação pelos Estados,²⁷ do mesmo modo, a Suprema Corte tem tido permanentemente “uma orientação no sentido de prestar grande deferência às decisões tomadas pelo Presidente ou pelo Congresso, quando estão em jogo problemas de segurança, ou às orientações das organizações militares.”²⁸

Ainda, sobre a matéria de homossexuais nas Forças Armadas, “a Suprema Corte se recusa a apreciar a política denominada do not ask, do not tell, presente nas organizações militares norte-americanas”,²⁹ fundamentando que os homossexuais não são considerados como uma minoria isolada e prejudicada, demonstrando, assim, a ampla deferência às decisões militares.³⁰

Não obstante, a própria história do judicial review demonstra que a doutrina do judicial self-restraint não se solidificou, posto a história demonstrar uma verdadeira expansão dos poderes do Judiciário, inclusive em matérias de políticas públicas e sociais, como visto no tópico anterior.

²⁵ Importa salientar que o Supremo Tribunal Federal já admite a “interpretação conforme a Constituição”, bem como a “interpretação sem redução de texto”, por meio das quais se busca dar uma interpretação à lei que seja compatível com a Constituição.

²⁶ WOLFE, op. cit., p. 106.

²⁷ BARACHO JÚNIOR. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, p. 329.

²⁸ Ibid., p. 330.

²⁹ Ibid., ibidem.

³⁰ Ibid., ibidem.

Ratificando o acima exposto, Canotilho expõe sobre o princípio da autolimitação judicial da seguinte forma:

No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de controle. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma recusa de justiça ou declinação de competência do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o problema não reside em, através do controle constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do 'político'. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples 'jurisdição política', pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Conseqüentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros.³¹

No Brasil, em geral, encontra-se uma "resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária",³² que não se sujeitam ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Como exemplo de atitudes exageradas de autorrestrição judicial, tem-se a recusa do Supremo Tribunal Federal em "controlar os pressupostos constitucionais da edição de Medidas Provisórias pelo Governo Federal (art. 62, CF)",³³ bem como a negativa de criar norma in concreto nos casos de mandado de injunção.³⁴

Não obstante os casos acima relatados, é possível afirmar que cada vez mais o Judiciário brasileiro tem assumido a tomada de decisões políticas em questões centrais para a sociedade. E mais, a teoria da autorrestrição judicial é difícil de ser implantada também porque muitas vezes são os próprios atores políticos que preferem que as decisões políticas sejam tomadas pelos tribunais. Ou seja, os tribunais ou cortes constitucionais acabam funcionando como trunfos para minorias políticas que não conseguem aprovação dos seus objetivos na arena política.

Passa-se, agora, a abordar de que forma o Judiciário vem funcionando como um aliado da política e especialmente das minorias políticas.

³¹ CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

³² KRELL. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado", p. 87.

³³ Ibid., p. 87-88.

³⁴ Ibid., ibidem.

3 A judicialização da política enquanto um fenômeno político

É difícil encontrar uma única causa para justificar a judicialização da política. Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais ou são por partidos políticos ou por grupos de interesses, e, portanto, não pode ser vista como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.

Neste sentido, Ernani Rodrigues de Carvalho explica que:

A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos.³⁵

O que se verifica é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como uma outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar tem possibilidade de ter protegido seus direitos.

Keith Whittington explica que mesmo no contexto americano, a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder de controle constitucional das leis é um projeto político avançado. Para que haja o ativismo judicial, no senso de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo do Legislativo ou do Executivo, para se sustentar, as cortes devem operar numa política de desenvolvimento favorável. Juízes devem achar razões que levantem objeções aos atos do governo, e políticos eleitos devem achar razões para parar de sancionar ou criticar juízes que levantam estas objeções.³⁶

Whittington ressalta que as maiorias políticas podem efetivamente delegar um número de questões para o Judiciário porque as cortes podem ter mais capacidade de agir efetivamente ou com mais confiança do que os políticos eleitos podem, agindo diretamente.³⁷

No mesmo sentido, afirma Howard Gillman, ao estudar o período de 1875 a 1891 nos Estados Unidos, que o aumento do poder, da jurisdição das cortes federais durante este período foi devido a esforços do Partido Republicano de promover uma política econômica nacional,

³⁵ CARVALHO. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política.

³⁶ WHITTINGTON. "Interpose your friendly hand": political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, p. 583.

³⁷ *Ibid*, p. 584

durante um período no qual o tema estava vulnerável em relação aos partidos políticos.³⁸

O exercício do controle de constitucionalidade por um judiciário ativo e independente, apesar de ser visto aparentemente como contra o interesse dos atuais políticos, que presumivelmente preferem exercer o poder sem interferência é, ao contrário, apoiado pelos detentores dos poder. Quando políticos eleitos não conseguem implementar sua própria agenda política, eles devem favorecer um ativo controle de constitucionalidade por um judiciário simpático a superar os obstáculos e romper com o status quo. Na visão de Whittington, isto justificaria o porquê os políticos eleitos toleram um judiciário ativista.³⁹

No Brasil, Werneck Vianna ao fazer um estudo aprofundado da judicialização da política no Brasil, ressalta que, além das ADIns funcionarem como instrumento de defesa das minorias, também funciona como um recurso institucional estratégico de governo.⁴⁰

Das ADIns propostas no período de 1988 a 2005, 60% trataram do tema de Administração Pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil.⁴¹

Das ADIns propostas por governadores, 87,1% foram propostas contra leis estaduais, demonstrando que os governos, quando não ganham na arena política buscam o Judiciário para garantir suas pretensões.⁴²

O alto índice de litigação contra normas dos legislativos estaduais se justifica, segundo Werneck Vianna porque o executivo não detém maioria nas assembleias estaduais, bem como porque “essas instâncias de poder, expostas às pressões de grupos de interesses particularistas, eventualmente produzem uma legislação casuística e sem escopo universalista”,⁴³ acabando o STF por desempenhar o papel de um conselho de Estado

Werneck demonstra, através de dados estatísticos concretos, que as ADIns têm sido utilizadas como instrumento de afirmação de interesses minoritários, tanto que as ADIns propostas por partidos políticos, no período do governo Fernando Henrique Cardoso em sua maioria foram propostas por partidos de esquerda, tendo caído a atuação destes partidos significativamente após o governo Lula.⁴⁴ A análise das ADIns, segundo

³⁸ GILLMAN. How political parties can use the courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875 – 1891. *American Political Science Review*, p. 511.

³⁹ WHITTINGTON. “Interpose your friendly hand”..., op. cit., p. 583.

⁴⁰ VIANNA; BURGOS; SALLES. Seventeen years of judicializing politics. *Tempo Soc.*

⁴¹ *Ibid.* Tabela 4.

⁴² *Ibid.* Tabela 6.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* Gráfico 9.

Vianna “aponta para o fato de elas se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício da oposição, mais utilizadas pela esquerda, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita”⁴⁵

Veja-se, ainda, que questões políticas importantes como a fidelização partidária foram remetidas ao STF justamente pelos partidos políticos (PPS, PSDB e DEM), o que demonstra, mais uma vez, que a judicialização da política com a consequente manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre questões políticas se faz por vontade dos próprios partidos políticos, e, portanto, enquanto um fenômeno político.⁴⁶

Neste sentido, Ran Hirschl deixa claro que the judicialization of megapolitics, and the transition to juristocracy more generally, is first and foremost a political, not a juridical, phenomenon.⁴⁷

4 Considerações finais

Não obstante as críticas que o Judiciário brasileiro vem sofrendo, no sentido de que está se imiscuindo em questões políticas, em ofensa ao princípio da separação dos poderes, e, ainda, que por não ser um poder eleito pelo povo não poderia interferir nestas questões, o que se verifica no presente artigo é que esta transferência de poder político ao Judiciário é provocada pelos próprios detentores de poder.

Assim, a judicialização da política é um fenômeno da política, que permite que, através de um Judiciário forte, as minorias parlamentares também tenham vez, não havendo que se falar, portanto, em usurpação de poder.

Um ativismo judicial sustentado politicamente deve ser entendido não como algo antidemocrático, mas, ao contrário, como um veículo a favor do próprio regime democrático.

Judicialization of Politics: a Political or a Juridical Phenomenon?

Abstract: The objective of this article is to analyse the judicialization of politics, showing that it is not just a Brazilian phenomenon. Besides that, this phenomenon is being very criticized, especially by academic scholars. In order to accomplish that, the article analyses the judicial restraint theory, which defends a deference of political questions, that should be decided by the elected Powers. Nevertheless, it is demonstrated, with the statistics, that the judicialization of politics in Brazil, with the transference of the political decisions to the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal), is caused by the political actors, as political minorities.

Key words: Constitutional jurisdiction. Judicialization of politics. Constitutionalism. Judicial power. Political actors.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ No mesmo sentido confira-se VIANNA et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, p. 103.

⁴⁷ HIRSCHL. The new constitutionalism and the judicialization..., op. cit., p. 754.

Referências

- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 fev. 2008. Doi: 10.1590/S0104-44782004000200011.
- GILLMAN, Howard. How political parties can use the courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875 – 1891. *American Political Science Review*, v. 96, n. 03, p. 511-524, sep. 2002. Doi: 10.1017/S0003055402000291, Published online by Cambridge University Press, 15 nov. 2002.
- HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 723, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. 10. ed. New York: Vintage Books, 1961.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Seventeen years of judicializing politics. *Tempo Soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 fev. 2008.
- WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583, 2005.
- WOLFE, Christopher. *The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 113-126, jan./mar. 2010.

Recebido em: 19.11.09

Aprovado em: 22.02.10