

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL COMO INIMIGOS
ÍNTIMOS DA DEMOCRACIA

MESTRANDA: VERBENA DUARTE BRITO DE CARVALHO - 71953116

SÃO PAULO

2021

VERBENA DUARTE BRITO DE CARVALHO

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL COMO INIMIGOS
ÍNTIMOS DA DEMOCRACIA

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Área de concentração: A cidadania modelando o Estado.

ORIENTADORA: Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná

São Paulo

2021

C331j Carvalho, Verbena Duarte Brito de.
A judicialização da política e o ativismo judicial como inimigos íntimos da democracia. / Verbena Duarte Brito de Carvalho.
120 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

Orientadora: Zélia Luiza Pierdoná.

Referências bibliográficas: f. 113-120.

1. Democracia. 2. Populismo. 3. Judicialização da política.
4. Ativismo judicial. I. Pierdoná, Zélia Luiza, *orientadora*. II.
Título.

CDDir 341.223

Bibliotecária Responsável: Jaqueline Bay Inacio Duarte - CRB 8/9509

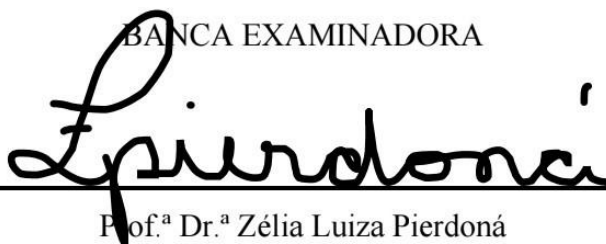
VERBENA DUARTE BRITO DE CARVALHO

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL COMO
INIMIGOS ÍNTIMOS DA DEMOCRACIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Direito Político e Econômico.

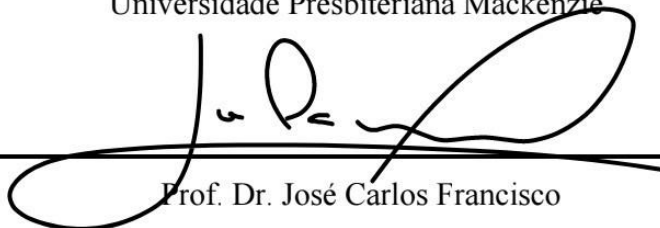
Aprovada em 19 de março de 2021.

BANCA EXAMINADORA



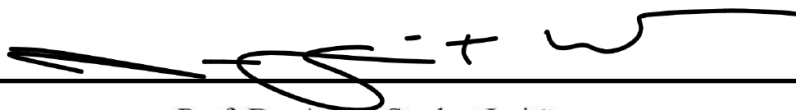
Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná

Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. José Carlos Francisco

Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. André Studart Leitão

Centro Universitário Christus

Ao Walmir Andres Blanco (*in memoriam*), cuja ausência se faz presença neste trabalho.

À professora Zélia Pierdoná, por me incentivar a acreditar na alquimia da transformação.

Aos meus filhos, Amanda e Pedro, pelo entusiasmo ao abraçar meus novos projetos.

RESUMO

A presente pesquisa contextualiza a evolução histórica da jurisdição em um regime democrático, à luz das teorias de Alexis de Tocqueville e Teodor Todorov sobre democracia e populismo. Primeiro, apresenta-se um panorama da filosofia e da prática democrática, destacando-se algumas de suas principais ideias e contradições, e analisam-se os desafios lançados pelo populismo ao regime democrático. Posteriormente, apresentam-se algumas teorias sobre o papel da jurisdição na história, traçando um panorama do Poder Judiciário no Brasil, o que subsidia uma conclusão sobre a desconformidade de fenômenos jurisdicionais conhecidos como judicialização, judicialização da política e ativismo judicial, com os princípios democráticos. Com base na pesquisa efetuada, defende-se que distorções da atividade jurisdicional, ainda que escudadas por objetivos democráticos, podem levar ao desequilíbrio entre os pilares da democracia.

Palavras-chave: DEMOCRACIA. POPULISMO. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. ATIVISMO JUDICIAL.

ABSTRACT

This study contextualizes the historical evolution of jurisdiction in a democratic regime in light of Alexis de Tocqueville and Teodor Todorov's theories on democracy and populism. First, the study presents an overview of democratic philosophy and practice, highlighting some of its central ideas and contradictions, as well as the challenges opposed by populism to the democratic regime. Subsequently, the study exposes some theories about the role of jurisdiction in Brazil, reflecting on the compatibility of some of its practices (judicialization of politics,

judicial activism, etc.) with democratic principles. Based on the research, it is argued that distortions of jurisdictional activity, notwithstanding their democratic objectives, may lead to an imbalance between the pillars of democracy.

Keywords: DEMOCRACY. POPULISM. POLICY JUDICIALIZATION. JUDICIAL ACTIVISM.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | |
| 8 1 A DEMOCRACIA E SEUS INIMIGOS | 10 |
| 1.1 Origem, conceitos, princípios e evolução | 10 |
| 1.2 Os pilares da democracia | 17 |
| 1.3 Os inimigos da democracia | 24 |
| 1.4 O populismo | |
| 28 2 JURISDIÇÃO E SUAS FUNÇÕES | |
| 36 | |
| 2.1 A evolução da prestação jurisdicional | 36 |
| 2.1.1 Estado de Direito e liberalismo | 37 |
| 2.1.2 Estado do bem-estar social e socialismo | 39 |
| 2.1.3 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo | 41 |
| 2.1.4 Pragmatismo Jurídico | 54 |
| 2.2 O Poder Judiciário como mecanismo de contrapoder e a separação dos poderes como mecanismo da democracia. | 56 |

| | |
|---|--------------------------------------|
| 3 JUDICIALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA | Erro! Indicador não definido. |
| 3.1 Conceitos e diferenças entre judicialização, judicialização da política e ativismo | 62 |
| judicial..... | 62 |
| 3.2 Princípios democráticos no Poder Judiciário | 72 |
| 3.3 Retrato do Poder Judiciário brasileiro | 80 |
| 3.4 Exacerbação da atividade jurisdicional e lesão aos princípios democráticos decorrentes da judicialização da política e do ativismo judicial. Populismo judicial?.... | 87 |
| CONCLUSÕES | 108 |
| REFERÊNCIAS | 113 |

INTRODUÇÃO

No presente trabalho objetiva-se analisar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial no contexto do regime democrático. O tema é de interesse atual, tendo em vista que o papel do Poder Judiciário tem crescido sobremaneira, especialmente a partir do século XIX, em todo o mundo, mormente no Brasil, ao ponto de se cogitar de interferências deste poder nos demais poderes, com possíveis desdobramentos na própria estrutura do regime democrático, quiçá trazendo-lhe efeitos deletérios, como ocorre quando o populismo se insere nas estruturas do poder político, utilizando um discurso dúbio, de defesa da democracia.

A hipótese é a de que tais desdobramentos existem e o regime democrático no Brasil tem se ressentido dos seus efeitos.

Para confirmar a hipótese, utilizou-se o método dedutivo, com o instrumental da pesquisa bibliográfica, tendo como premissa maior a conceituação da democracia, seus contornos, os principais pilares e o instrumento que dá suporte aos mesmos, que é a separação dos poderes, investigando quando há desequilíbrio e os efeitos que daí advém, qual seja, o avanço do populismo.

A premissa menor é a atuação exacerbada do Poder Judiciário, pela prática da judicialização da política e do ativismo judicial, fenômenos que arranham um dos instrumentos que equilibram os pilares da democracia, que é a separação dos poderes.

Inicialmente, analisa-se a democracia: sua origem, os conceitos diversos ao longo do tempo, os princípios que a guiam, e a evolução do regime democrático. Enfoca-se quais os seus pilares fundamentais e como as democracias solapam pela ação dos seus eternos inimigos, pelo desequilíbrio entre eles. Adentra-se, depois, no exame do eterno e íntimo inimigo da democracia, o populismo, assim considerado porque veste as roupagens desta, alegando defendê-la, mas colocando em desequilíbrio seus pilares fundamentais.

Após a análise da democracia e do populismo, parte-se para o estudo do Poder Judiciário, analisando-se a evolução das teorias jurídicas a partir do período em que começam a surgir os primeiros sinais de sua maior atuação, no contexto da evolução do ideário político no século XIX.

No mesmo capítulo examina-se também o exercício da jurisdição como mecanismo de contrapoder bem como seu papel contramajoritário. Em item específico, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, seus conceitos e diferenças, os princípios democráticos que balizam o Poder Judiciário, traçando-se um retrato do mesmo, no Brasil, a partir de pesquisas efetivadas pelo Tribunal de Contas da União e pela Fundação Getúlio Vargas.

Após, analisa-se o fenômeno da exacerbação da atividade jurisdicional, partindo-se então para a confirmação da hipótese definida, o que se faz na conclusão, com a confiança de que a presente dissertação possa contribuir para, de alguma forma, dar um pouco de luz aos debates acadêmicos sobre o tema.

1 A DEMOCRACIA E SEUS INIMIGOS

Primeiramente, importante frisar que o escorço histórico aqui desenvolvido sobre a democracia não tem a pretensão de estudá-la de forma paralela, e temporalmente, aos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política. Até porque não se tem notícia da ocorrência de tais fenômenos anteriormente ao século XIX, quando foi julgado o caso *Marbury versus Madison*, pelo Judiciário norte-americano, com a fixação das bases da *judicial review*.

No entanto, justifica-se lançar alguma luz sobre a origem e conceitos da democracia, já que os fenômenos aqui estudados, do ativismo judicial e da judicialização da política, quase sempre ocorrem, o que se verá a seguir, sob justificativa de proteção da democracia, tornando-se indispensável conhecê-la para aquilatar até que ponto a proteção é efetiva e em que momento se torna prejudicial. Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho traça um panorama histórico sobre a democracia, abordando ao final dele, os fenômenos que a solapam.

1.1 Origem, conceitos, princípios e evolução

A ideia de democracia é antiga. Desde a Grécia de Péricles já existia e era praticada. Os gregos idealizaram essa forma de administrar a sociedade quando deixaram de acreditar que o poder dos governantes derivava dos deuses e passaram a se sentir verdadeiramente órfãos. Os atos desses não mais eram vistos como sendo a essência do bem e da justiça.

É um modelo original na medida em que ali nasceu. Por isso, a posição do cidadão é também a de uma condição original, na qual o homem perde a referência divina, modelo de poder anterior. Assim, a democracia nasceu rompendo paradigmas. Ao apartar os deuses dos homens, estes tiveram que assumir a condução da própria vida. Bem por isso, o conduzir a própria vida é o primeiro sentido de liberdade, conforme Platão em seus diálogos apócrifos e suspeitos VI e VII (2010 e 2017, respectivamente). A liberdade, portanto, é o pilar inaugural da democracia.

Foi essa a ideia político-jurídica de democracia, que nasceu na Grécia e floresceu no séc. V. Sem uma figura divina que indicasse o caminho, saídas definitivas não mais existiam. Daí o eterno anseio do povo: alguém que aponte essa saída.

Na visão de Platão (2019), surge a idealização da cidade administrada por leis, que então seriam a luz e o Norte para os governantes, papel outrora dos deuses. O que, todavia, não quer dizer que atendessem aos anseios do povo e que fossem boas e tampouco que promovessem igualdade social. Eram aceitas, como outrora aceitaram os governantes, pela simples legitimação divina. Frise-se que nem todos eram considerados cidadãos na Grécia e em Roma antigas. Conforme Chevalier (2009) a cidadania era uma qualidade que conferia a quase todos (o conceito excluía mulheres, crianças, escravos e estrangeiros) o direito à participação na administração da *polis*, elemento de demarcação espacial, podendo intervir diretamente, em igualdade de posição, nas decisões coletivas.

A democracia é um regime no qual o poder pertence ao povo. No modelo ateniense, conforme Ferreira Filho (2012), o poder supremo era atribuído a todos os cidadãos. Todos tinham o direito de participar, usar da palavra e votar em assembleia na qual se tomavam as decisões políticas fundamentais.

O modelo foi considerado inviável em Estados maiores, razão pela qual foi menosprezado até o século XVIII, quando surge a ideia de democracia representativa. Nesta, a população de um determinado país escolhe seus representantes, para legislarem e governarem por um determinado período previamente estabelecido, distinguindo-se das sociedades tradicionais, que se submetiam a princípios distintos, seja por direito ancestral, seja por direito divino, como aconteceu com as monarquias absolutas.

Para Montesquieu (2000) o amor à república equivaleria ao amor à democracia e que o amor a esta equivaleria ao amor à igualdade. Sua obra, inspirada na filosofia de John Locke, tem como legado principal a introdução de mais um ingrediente no conceito de democracia: a divisão e separação das funções do Estado em três, Executiva, Legislativa e Judiciária, como forma de limitar o poder do Estado, impedindo que o absolutismo se instalasse pelas mãos de um governante que se colocasse acima das leis.

Note-se que a despeito de abordar a democracia como o amor à igualdade, Montesquieu (2000) coloca esse último como uma aspiração, e o seu legado principal, a teoria da separação de poderes, é dirigido principalmente para o pilar da liberdade. Para ele, como nos Estados despóticos e nas monarquias não há luta ainda pela igualdade, é preciso que se impeça o Estado de se transformar em um Estado despótico, o que se logra com a separação das funções do Estado entre três poderes. De forma que é pela separação dos poderes que se limita o Estado despótico, viabilizando ao indivíduo sua própria expressão, que traduz a liberdade, o que torna possível aspirar a igualdade.

Caggiano (2011) conceitua democracia como sendo o padrão maior da civilização ocidental, com tendência à universalidade. Aduz que os vários conceitos doutrinários apontam os elementos liberdade e igualdade como os norteadores do regime, lembrando, no entanto, que fatores como participação política e oposição na configuração democrática, servem de controle sobre o poder, pela imposição de limites.

Para ela, em razão da complexidade de seus elementos, a democracia é classificada em diferentes espécies: a democracia formal, a procedimental, a democracia pelos partidos, a política, a social, a industrial, a econômica, a eleitoral, a referendária, a participativa, a consociativa e a democracia deliberativa.

Ferreira Filho (2012) por sua vez, registra que a democracia é o princípio de atribuição do poder adotado pelo constitucionalismo. É do constitucionalismo moderno, advindo das revoluções americana e francesa, que se originam os variados poderes e seus limites, em balizas estreitas, por intermédio do mecanismo de freios e contrapesos, como um desenrolar, inicialmente tímido, de vários estágios do constitucionalismo dos períodos anteriores. Porém, adverte o autor: “A chave da democracia representativa é obviamente a representação” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 86).

A democracia representativa foi objeto de reflexão nas obras de John Rawls (1997) e Habermas (2002), para os quais a ideia de participação na tomada de decisões coletivas, envolvendo o debate e a deliberação, é de suma importância para a democracia, especialmente diante dos novos espaços via *web*, ágoras atuais, de modo que o mero direito de votar já não satisfaz os anseios democráticos.

Para além do conceito, democracia é também um método para tomada de decisões de forma coletiva, com a participação dos interessados, direta ou indiretamente, e com o respeito às normas e às instituições, que são os elementos vitais para sua existência, de forma que os

regimes democráticos, segundo os mencionados autores, estão sempre em dinâmica transformação.

Para Bobbio (1986), em uma comunidade global diversificada, que alberga variadas democracias e não democracias, formando sistemas poliárquicos, é possível identificar a presença de uma democracia por oito critérios: 1) a liberdade de associação; 2) liberdade de expressão; 3) o direito de voto; 4) elegibilidade para cargos públicos; 5) direito de os líderes políticos disputarem o respaldo popular; 6) a existência de fontes alternativas de informação; 7) eleições livres e competitivas e 8) instituições hábeis a assegurar a política governamental, com ressonância no âmbito do corpo eleitoral.

Registra o mencionado autor que a democracia se caracteriza por um conjunto de regras primárias ou fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas. Para ele, o Estado liberal assegura o funcionamento da democracia, já que são necessárias certas liberdades para o exercício do poder democrático, que inexistem em um Estado não liberal. Ao abordar o liame existente entre liberalismo e democracia, é importante apontar a figura de John Locke, considerado o pai do pensamento liberal, que indicava a tolerância como fundamento do liberalismo.

De se frisar que no período histórico do filósofo, a tolerância se associava à religião. Locke vivenciou os horrores da guerra religiosa entre protestantes, fiéis da recém-criada religião protestante, e católicos, conhecida como guerra dos 30 anos, que devastou quase toda a Europa e que findou apenas em 1648, com a assinatura do Tratado de Westfalia. Considerado o marco do nascimento do Estado Moderno, o referido Tratado estabeleceu que um Estado Soberano não podia submeter os súditos de outro Estado Soberano.

Locke (1994) estendeu o conceito de soberania para a esfera privada, dentro de um mesmo Estado, no que se conhece como secularização ou laicização das religiões. A religião passou a ser assunto da esfera privada. Assim, a política moderna e o liberalismo têm suas origens na exaustão das guerras religiosas. A evolução do pensamento de Locke despreendeu-se da religião e passou para a defesa do espaço privado de liberdade do indivíduo.

Foi com Locke que o indivíduo, e a sua esfera privada, veio para o centro das atenções no espaço político, e o pensamento liberal surge como uma proteção contra o Poder Soberano. É, nesse sentido, uma posição política progressista.

Daí a ideia evoluiu mais ainda e foi com Adam Smith que se introduziu a proteção da esfera econômica do indivíduo, no que se conhece por liberalismo econômico. Também aqui se tem o componente moral e de limitação do poder do soberano, de forma que o liberalismo, que muitos

identificam apenas pelo seu lado econômico, é antes de tudo, pela sua própria origem, moral e religioso.

Sempre se faz o contraponto entre liberalismo e democracia, como se um excluísse a outra. Todavia, isso ocorre quando se conceitua democracia, não do ponto de vista de um processo, de estabelecimento e respeito a regras do jogo democrático, mas sim pelo seu conteúdo substancial, de querer enxergar uma sociedade democrática como uma sociedade igualitária, dando ênfase maior a apenas um dos pilares da democracia.

Na verdade, a concepção do que seja uma sociedade democrática dependerá do peso e sobre qual dos pilares fundamentais da democracia recairá. Daí a existência de vários conceitos de democracia.

Para Bobbio (2000), se o conceito de democracia for estabelecido a partir de uma visão procedimental de ambos os fundamentos, pode-se considerá-la, na idade moderna, como consequência do liberalismo. Afinal de contas, foi com o liberalismo que se conseguiu uma carta de direitos fundamentais de primeira geração, que são os direitos civis e políticos, ligados ao valor liberdade, tais como os direito de associação, de reunião, da liberdade de imprensa, de opinião, etc.

Por outro lado, o pilar da igualdade, em especial a substancial, pelo critério da necessidade (e não pelo critério do mérito), é o conteúdo da democracia social e um dos pontos mais debatidos no socialismo.

Nesta vertente, na busca da sociedade igualitária, terá mais peso o critério da necessidade do que o critério de mérito: dar mais para quem mais precisa, segundo o socialismo utópico, conforme defendido pelo igualitarismo absoluto, bandeira dos denominados socialistas oitocentistas, tais como os Marxistas, Buonarrotti e Babeuf, respectivamente, seguidores da filosofia de Marx; revolucionário e teórico socialista italiano que viveu na França entre 1790 e 1837; e jornalista que participou da Revolução Francesa.

A questão da igualdade, todavia, sempre traz o confronto entre a democracia real e a democracia ideal, conforme Bobbio (1986). Até porque o questionamento acerca dos efetivos interesses é de difícil resposta, na medida em que, mesmo na democracia real, é possível que os interesses individuais ou de um pequeno grupo se estenda e transforme-se em interesses corporativos, de forma que os seus delegados estarão lutando, não pelo interesse de toda a nação, em representação política efetiva, mas apenas pelos interesses de determinado grupo social, em representação de interesses.

Daí surge o perigoso “mercado político” e sua moeda de troca, o voto, que pode degenerar em corrupção. O voto deixa de ser instrumento de representação política efetiva e se transforma em moeda de interesse. O que não deixa de trazer um empobrecimento da política e, em consequência, da democracia.

Por outro lado, esta deve se submeter à conjuntura, à combinação de acontecimentos sociais, já que os elementos ideológicos da liberdade e da igualdade e do bem-estar cedem lugar à conjuntura. Exemplos disso são as reformas estruturais pelas quais passa uma determinada sociedade e que implicam no reconhecimento de que valores antes adotados devem ser mudados.

De regra, essas reformas indicam a necessidade de a democracia estar sempre se renovando, em nome da conjuntura, onde, geralmente, os conservadores querem conservar o que existe. Mas nem sempre é assim, e por isso deve ser analisada com uma certa cautela, pois a conjuntura vivida por cada país é distinta, e é necessário ficar atento aos princípios que são a base das transformações. Até porque a luta entre a ação política e as ideias muitas vezes acontece nos dois planos, que se encontram em momentos raros.

Por exemplo, as recentes reformas e alterações constitucionais no Brasil mostram que foi a bandeira do liberalismo, e não a do socialismo, que predominou, a começar pela reforma trabalhista, seguida da reforma da previdência, estando agora em debate, ora sustado em razão da pandemia, a reforma administrativa, a tributária e a do pacto federativo.

A pedra da abóbada da democracia é, na verdade, o pluralismo de ideias, de forma que por mais legítimos que sejam os poderes, nunca devem ser confiados às mesmas pessoas e tampouco concentrados nas mesmas instituições, fazendo com que a relação do cidadão com o Estado seja uma via de mão dupla: o indivíduo não pode impor sua vontade à comunidade e esta não deve interferir na liberdade das pessoas, de forma a respeitar o delicado equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, de que trata Tocqueville (2005).

Consequentemente, a democracia exige que se aceite a pluralidade, porque a vocação do homem é viver em sociedade, razão suficiente para que se tempere o zelo reformador, em todos os Poderes. A tarefa da política é reconciliar os interesses divergentes dos diferentes elementos da sociedade, propondo compromissos razoáveis para uns e para outros, sem avançar na esfera individual de cada cidadão, e contornando a tendência do homem de ser o lobo do próprio homem.

Conforme Todorov (2012), essa dicotomia é inerente ao homem, que perderia a humanidade se perdesse esse traço que lhe é característico. Para ele, o bem e o mal brotam da mesma fonte,

e “o humanismo (...) tem a dupla característica de participar simultaneamente do voluntarismo e da moderação: o melhor é possível, mas o Bem está fora do nosso alcance” (TODOROV, 2012, pos. 436).

Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), o suporte mais efetivo da democracia encontra-se na legalidade, na amplitude de direitos políticos e na existência de alternativas de escolhas e liberdade de ideias, andando de mãos dadas com o liberalismo, especialmente quando se trata da democracia representativa, uma vez que o socialismo não tem o ideal democrático como elemento constitutivo, já que o sufrágio universal é apenas um ponto de partida que deve ser objeto de crítica e controle pelo aparelho estatal.

Quanto à dinâmica da transformação, Bobbio (1986) esclarece que a democracia já assumiu vários modelos na sua caminhada histórica, em especial a partir do séc. XVIII. No início, o modelo social (grego) era centrípeto e passou a ser centrífugo. O ideal, segundo ele, seria o centrípeto, pois há a participação popular concentrada no processo decisório, o que aproxima o indivíduo do eixo de poder. Já no modelo centrífugo, vivenciado atualmente, denominado de democracia real, existem vários eixos de poder.

Para ele, a democracia melhor se coaduna ao sistema de representação fiduciária, pelo qual a confiança e o voto se dirigem às ideias, que devem ser múltiplas, pois o melhor ambiente democrático exige a pulverização de ideias.

O lugar que o povo ocupa também é diferente na democracia ideal. Nesta, o povo quer participar e ocupa os espaços decisórios, dando fim ao que Bobbio (1986) denomina de “poder invisível”, que é aquele exercido por grandes grupos de interesses, representados no Parlamento.

Outro ponto importante no pensamento bobbiano é o fator educação. Na democracia ideal a educação é voltada para a cidadania, pela qual o povo conhece seu papel. Conhece não apenas seus direitos, mas também os seus deveres e o seu papel na sociedade, enquanto na democracia real não há essa preocupação com a educação e o que se vê é uma verdadeira apatia política.

De se registrar que em um determinado Estado pode existir uma democracia política sem que essa extrapole para outras congregações decisórias civis, inexistindo, assim, a democracia social. A democracia ideal cede lugar à real. São vários os exemplos nesse sentido, inclusive no seio de partidos políticos, sindicatos e fábricas.

Algumas vezes, até existem regras que asseguram, em tese, a participação do grupo social. Mas nem sempre essas regras são observadas na prática, no que diz respeito à tomada de decisões coletivas.

Além disso, para ele, a ética faz parte do conceito de democracia, e deve ser observada sob enfoque negativo, no sentido de prescrever o que alguém não deve fazer, apresentando-se como ponto de harmonia entre a normatividade e a liberdade.

Bobbio (2004) registra que o reconhecimento dos direitos do homem, bem como a luta pela paz, acima do próprio Estado, é um dos momentos necessários e obrigatórios na história. Nesse sentido, define a democracia como sendo a sociedade dos súditos que se tornam cidadãos, o que só acontece quando se tornam detentores de direitos humanos reconhecidos e protegidos pelo Estado, e que só assim a humanidade caminha para a paz.

De todo o exposto, é possível concluir que vários são os conceitos de democracia. Todos indicam o povo, diretamente ou por representação, como sendo o detentor do poder e partem de princípios fundamentais para que se a reconheça, em especial o da liberdade e o da igualdade. Um Estado democrático é aquele onde os cidadãos detém o poder, gozam de liberdade e são tratados como iguais.

Modernamente, novos elementos foram apontados como necessários ao conceito de democracia, entre outros, a separação dos poderes, a justiça e o respeito aos direitos fundamentais. Todos eles com o objetivo de garantir que o poder permaneça sendo do povo, sendo imprescindível para tal que se assegure o equilíbrio entre os princípios da liberdade e da igualdade, o que se abordará nos tópicos seguintes do trabalho.

1.2 Os pilares da democracia

Tocqueville (2005), um historiador e pensador político liberal que viveu entre 1805 e 1859, período de grande efervescência na Europa, com revoluções e contrarrevoluções, tinha, justamente por isso, grande apreço pela democracia, tendo pesquisado sobre o seu funcionamento nos Estados Unidos da América. Acreditava que esta existia naquele país, a despeito de ainda se tratar de um Estado escravocrata. Com base nessa experiência escreveu sua obra magna intitulada “A democracia na América”, livro lançado pela primeira vez em 1835 e considerado fundamental até hoje para se entender a democracia moderna e contemporânea. Concluiu ele em seus estudos que a democracia exige um delicado equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, pois do contrário se transforma em tirania, em um Estado autoritário e despótico. Essa transformação decorreria do excesso de individualismo, que afastaria as pessoas do espaço político, e o vácuo seria preenchido pelo Estado, que se transformaria em autoritário, tendente

a diminuir as liberdades individuais. A solução, portanto, seria uma participação política constante e consciente e a descentralização das funções.

Nesse ponto, quanto à necessidade de limitar o poder pela descentralização de funções, sob pena de o Estado se transformar em um Estado autoritário, é possível vislumbrar que a teoria de Tocqueville tem algo em comum com a teoria de Montesquieu, contida na obra “Do espírito das leis”, publicada bem antes, em 1748, que afirmava a necessidade da separação de poderes como forma de limitar o poder, máxima reconhecida como um dos direitos do homem e do cidadão, conforme o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹. Para Tocqueville (2005), os maus democratas pensam que os problemas sociais podem ser resolvidos apenas com o investimento e o esforço dirigido a determinado resultado. No entanto, observa que o envolvimento das pessoas é o fundamental.

Tampouco se pode confundir a democracia com a submissão à tirania da maioria porque esse aparente acordo entre todos é fictício e decorre do fato de ninguém se atrever a contradizer a opinião pública. Na democracia há o perigo do paradoxo da tirania da maioria: tiraniza-se a si mesmo, porque se vive a ilusão de que temos independência em opinar, e nem sempre isso acontece.

Reflete ele que as tiranias mais antigas, justamente porque não havia liberdade, eram de caráter material e havia uma solução para resolver os problemas dos sistemas políticos. A partir dos períodos revolucionários, a grande dificuldade da democracia reside no equilíbrio necessário entre a liberdade e a igualdade.

Tocqueville (2005) afirma que, se o Estado foca seu sistema político exclusivamente na igualdade, descuidará a liberdade e estará voltado para a solução de problemas materiais, de solução mais imediata. Esse é um mal modelo de democracia, segundo ele, porque estabelece uma mesma medida econômica para toda a sociedade, desconsiderando as desigualdades intrínsecas, próprias dos seres humanos, debilitando as relações sociais e até familiares, e fazendo desaparecer a política.

¹ O art. 16 da declaração original de 1789 tem a seguinte redação: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição; Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-daSociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao1789.html> . Acesso em 11.ago.2020.

Nesse modelo, não existe mais a política, porque esta cuida de problemas políticos, que são aqueles não tem solução fácil, rápida ou definitiva, justamente porque instáveis. Por exemplo, a fome e a discriminação social não são problemas que desapareçam facilmente, pois se geram continuamente e os sistemas políticos não são estáveis para resolvê-los.

Aduz ele que não existe a efetiva estabilidade na política. Por isso, para que exista a liberdade é preciso que se busque mínimas estabilidades diuturnamente, ou pelo menos essa sensação de estabilidade, o que se consegue apenas quando se transforma o cidadão em político. O paradoxo da democracia representativa é que isso só acontece a cada X anos, nas datas de eleições, quando se vota. Também é no momento do voto, quando universal, que se exercita de forma mais clara a igualdade democrática. No intervalo, entre uma eleição e outra, é necessária a diuturna participação política para retroalimentar o processo democrático.

No mesmo sentido, Harari (2019), para quem garantir a liberdade total para cada indivíduo compromete a igualdade (e vice-versa) e que toda a história política do homem, desde a Revolução Francesa, pode ser resumida como sendo uma série de tentativas de superar essa contradição. O conflito, que exemplifica com a política estadunidense, para ele continua sem solução:

A política contemporânea dos Estados Unidos também gira em torno dessa contradição. Os democratas querem uma sociedade mais igualitária, mesmo que isso signifique aumentar os impostos para financiar programas para ajudar pobre, idosos e enfermos. (...). Os republicanos, por outro lado, querem ampliar a liberdade individual, mesmo que isso signifique que o abismo entre a renda dos ricos e a dos pobres aumentará (...). (HARARI, 2019, p. 225-226)

Tocqueville (2005) era temeroso em relação à fragilidade da democracia, que considerava sempre sob enormes riscos, de difícil controle, caso entrasse em rumo equivocado, pois revoluções, como as que derrubaram as tiranias de outrora, já não seriam mais suficientes para recuperar uma democracia em inanição.

Os sistemas políticos democráticos, se não estiverem bem estruturados e controlados, degradingolam em autoritarismo, podendo atingir o estado da natureza como definido, em 1651, por Hobbes (2019) em seu *Leviatã*: um Estado que desconhece as leis e a ideia de Justiça, um Estado de guerra de todos contra todos, onde cada um cuida de salvar a si mesmo, sob desordem, caos, agressividade, perigo e medo. No entanto, a democracia é o contrário disso. É instabilidade dentro do diálogo, debates e concertação política.

Quando Tocqueville (2005) começou a fazer a pesquisa sobre a democracia tinha em mente tentar descobrir uma fórmula para evitar mais revoluções, contrarrevoluções e todo aquele

cenário conturbado vivenciado na Europa, mas se deu conta de que o perigo na época contemporânea não seriam as revoluções, e sim a falta da liberdade e que seria melhor viver em um mundo onde as revoluções fossem possíveis do que em um mundo onde nada se pudesse fazer. Porque quando em uma sociedade tudo está em ordem e com tudo funcionando, certamente nessa sociedade não se terá liberdade.

Bem por isso, Harari (2019) vaticina que contradições continuarão a existir sempre, já que são inerentes a toda cultura humana e que são elas que impulsionam o desenvolvimento e dinamismo da sociedade. O que para os terapeutas é falha na psique humana (a dissonância cognitiva, que traduz a contradição entre valores), no grupo social é uma qualidade, sem a qual é impossível construir uma democracia.

A democracia é viva e instável, sofre mudanças e transformações a cada momento, como se fossem pequenas revoluções diurnas justamente para que não aconteçam as grandes revoluções.

Aliás, explica-se a ideia que fazia Tocqueville (1997) sobre o tema da revolução: ele era um grande crítico da Revolução Francesa, revolução esta que teve como foco principal o ideal da igualdade (enquanto o foco da Revolução Americana foi a liberdade), germinado nos corações e nas cabeças pelas ideias anteriormente propagadas por pensadores iluministas do século XVIII, entre outros, Locke, Voltaire, Montesquieu e Rousseau, que defendiam o uso da razão (luz), em contraposição às trevas, que identificavam com o antigo regime.

No entanto, conforme Tocqueville (1997), os teóricos da política não viviam a política e não detinham o poder político. Suas ideias estavam afastadas da realidade e a única maneira de fazer com que as teorias se encaixassem na realidade seria por meio da revolução e da violência. Foi justamente esse o papel da Revolução Francesa: adaptar o mundo da realidade ao mundo utópico.

Para Tocqueville (1997), quando as ideias estão apartadas da realidade social, são elas que devem mudar, por intermédio da política, e que a única maneira de ser democrata é praticando a política. Do contrário, conforme ele, seria necessário em algum momento o emprego da violência política que descambaria para a revolução, na tentativa de que a realidade se coadunasse à imagem ideal.

Para o mencionado autor, a estabilidade total e absoluta traduziria a morte da sociedade, o que não se coaduna com o regime democrático. Daí porque a necessidade de extremo e diuturno equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, para que se a mantenha afastada do autoritarismo.

Todavia, a democracia não se esgota apenas nos seus dois pilares principais. Outros elementos devem ser trazidos à baila: a justiça, porque é um elemento de equilíbrio e síntese entre todos os demais elementos; a separação de poderes, porque fortalece a liberdade, e os direitos fundamentais, porque elevados à categoria de razão de ser de uma democracia e do próprio Estado.

O conceito de justiça não é fechado e tampouco definitivo, tendo evoluído ao longo dos séculos. Para Platão (1994), cuja preocupação fundamental foi a política, justo seria aquele que exercia seu lugar na polis, respeitando sua aptidão. A essência da justiça seria a retribuição, seguindo o princípio de Talião “olho por olho, dente por dente”.

Defendia ele que a justiça podia ser resumida no princípio *suum cuique tribuere*, o que significa dar a cada um o que é seu, o que implica o reconhecimento de que cada um deve cumprir a sua função, e é da realização de cada um que surge a justiça.

Muniz e Muniz (2006) mencionam que para Aristóteles, que viveu entre 384-322 a.C., a justiça encerrava todas as virtudes, e uma ação justa seria aquela ação louvável socialmente, identificando-a com o direito e as leis, enquanto a injustiça seria o somatório de todos os vícios. Tendo recebido o legado de Platão, considerou o viver na *polis*, o ambiente no qual se realizaria a justiça integral.

Todavia, o filósofo grego não adjetivou a justiça como sendo distributiva, com o mesmo sentido de justiça distributiva de hoje, sob o primado do Estado Democrático de Direito. Atualmente se invoca o Estado e o regime democrático como sendo instrumentos de distribuição de bens e direitos, de modo que todas as pessoas carentes possuam, com a distribuição gerida pelo Estado, um nível básico de recursos materiais e acesso a direitos considerados fundamentais. A justiça distributiva de Aristóteles, no entanto, exigia que a distribuição de recursos se desse como recompensa por méritos.

Já Hobbes (2019), considerava que o Estado nasce para que se faça justiça e subsiste por meio dela, sendo a lei seu instrumento. Para ele, a justiça era regida sob a mesma máxima platônica, do *suum cuique tribuere*, de forma que o atributo de conformidade com a lei, mesmo quando esta se originasse do poder absoluto do soberano, era essencial no conceito de justiça, sendo irrelevante se as leis por ele outorgadas fossem efetivamente justas ou não, pois a ninguém era dado o direito de desobedecê-las.

Rousseau (2007), por sua vez, aduzia que a justiça decorre do direito natural, considerando o homem como bom, razoável e justo e que a injustiça ocorre como que por fatalidade. Para ele, fazer justiça nada mais é do que estabelecer a verdade.

No século XIX surge Kelsen (2006), que sustentou que a justiça era um valor decorrente da norma fundamental: é justa a conduta que dela decorra. Conforme Muniz e Muniz (2006), Kelsen fez um paralelo entre justiça e felicidade, aduzindo que a justiça seria justamente o anseio do homem pela felicidade, e que esta, garantida pela ordem social, seria a expressão da justiça.

Coube a Rawls, um filósofo político americano do século passado, professor da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, criar uma teoria de justiça de grande impacto na atualidade.

Rawls (1997), partindo do estado da arte das teorias da filosofia política, advindas das experiências históricas do século XVIII e das transformações do mundo contemporâneo, apontou a liberdade e a igualdade como valores principais na concepção da sua teoria de justiça. Uma sociedade justa, para ele, e partindo do conceito da justiça como equidade, exigiria a conjugação desses dois valores. O mencionado filósofo construiu a teoria da justiça como equidade. Os princípios de justiça deveriam ser obtidos a partir de um consenso na sociedade, nos moldes do contratualismo clássico, pela prevalência de concepções comuns, em consenso equitativo. Ao invés de focar na justiça, sua teoria ressaltava o conceito de sociedade justa, sendo que as instituições sociais tinham como primeira virtude justamente a perseguição da justiça

Salienta-se aqui que a abordagem da teoria de Rawls decorre da constatação do uso, pelo filósofo, dos mesmos valores nominados no presente trabalho como pilares da democracia, do que se extrai que o regime democrático é aquele que persegue a justiça e que esta é a síntese do equilíbrio entre a igualdade e a liberdade.

Rawls (1997) reconhece que a igualdade não significa que todos possam ter todos os bens, pois sua teoria parte de um pressuposto básico: o reconhecimento do fato concreto e inelutável do conflito entre a limitação dos bens, que decorre até da própria natureza, e o desejo ilimitado de cada um, e de todos, de possuírem os referidos bens. Distribuir de maneira justa os bens significa reconhecer primeiramente a existência desse conflito entre a escassez dos bens e o desejo de cada um de possuí-los.

Outro pressuposto fundamental na teoria da justiça como equidade é o reconhecimento do pluralismo decorrente do desacordo profundo e intransponível entre as concepções defendidas pelos indivíduos que compõe uma sociedade moderna, onde cada um quer defender suas próprias aspirações.

Para resolver esse problema na sua teoria, o filósofo idealizou uma situação hipotética, na qual os representantes de uma sociedade deveriam estar em *posição original*, sem que conhecessem sua efetiva posição na sociedade, cobertos pelo que denominou de *véu da ignorância*. O desconhecimento das respectivas posições no grupo social, por quem vai desenhar os rumos da vida coletiva, é o que viabiliza a criação de um sistema justo.

Outra teoria de justiça atualmente bastante difundida é a de Amartya Sen, que nasceu na Índia, e é atualmente professor na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América e conviveu de perto com a diversidade cultural e violência, pelas divisões sociais internas na Índia.

Sen (2011) apresentou em sua teoria de justiça uma reflexão sobre a questão ética da igualdade, questionando a sua *razão de ser*, e do *por quê ser*, uma vez que reconhece o fato de os homens serem distintos uns dos outros, não apenas externamente ou circunstancialmente, mas até no que diz respeito aos respectivos ambientes naturais e sociais, o que faz com que nem todos possam desenvolver a mesma habilidade, ainda que tenham a mesma renda e recebam idênticos estímulos.

O mencionado autor valorizou na sua teoria de justiça o pilar da liberdade, e apesar da sua grande preocupação com a erradicação da fome e da miséria, é um liberal. Sua teoria de justiça é pautada na diversidade e nas capacidades diferenciadas. Por isso, questiona se é possível existir instituições perfeitamente justas ou uma justiça perfeita.

Sen (2011) faz também a distinção entre concepções de justiça baseadas em arranjos contratualistas, que denomina de institucionalismo transcendental, e as que se baseiam nas realizações humanas, que denomina de comportamentais. Para ele, a justiça, mais do que uma tentativa de alcançar um ideal de uma sociedade perfeitamente justa, ou arranjos sociais justos, deveria se preocupar com a prevenção de injustiças manifestamente graves.

Já se mencionou no início do presente tópico que novos elementos foram incorporados ao conceito de democracia, sendo a justiça um deles, registrando-se que esta será novamente abordada, em capítulo próprio, e em aspectos distintos dos até aqui expostos, tal sua importância para o tema objeto do presente trabalho.

Outros elementos mencionados e não menos importantes, como a separação de poderes e os direitos fundamentais, que também se incorporaram ao conceito de democracia, serão tratados em itens próprios. Todos eles são elementos positivos à democracia, no sentido que a reforçam, e aos seus pilares da liberdade e da igualdade.

Todavia, há também aqueles elementos negativos, que solapam a democracia, seja desequilibrando um dos pilares, ou ambos, seja agindo de forma negativa em relação aos elementos positivos agregados ao conceito de democracia. São eles os aqui denominados de inimigos da democracia.

1.3. Os inimigos da democracia

A abordagem sobre os inimigos da democracia na presente dissertação decorre do reconhecimento de que são eles os que a fragilizam. É preciso reconhecê-los e estar atentos à presença nefasta, ainda que travestidos de argumentos louváveis e de alegada defesa da democracia.

O título da presente seção foi inspirado em Todorov (2012), cuja obra analisa os paradoxos da democracia e dissecar os seus inimigos, externos e internos. Para Todorov (2012), a democracia está sempre em transformação e é constantemente espreitada pelo descomedimento, que os gregos denominavam *húbris*, e que consideravam como a pior falha da ação humana, traduzida pela confiança excessiva, arrogância e presunção.

Os perigos surgem quando os ingredientes da própria democracia são isolados e tornados absolutos, transformando-se em ameaça, o que ocorre com o populismo, o ultraliberalismo e o messianismo. Ameaça-se a democracia, solapando a liberdade ou a igualdade, seja porque subtraídas total ou parcialmente, gerando desequilíbrio, seja afetando diretamente seu elemento de síntese, a justiça.

O desrespeito à separação dos poderes é uma dessas formas, uma vez que o equilíbrio entre os poderes é imprescindível em uma democracia, como forma de limitação do poder do Estado e reforço à liberdade individual, sem o que a democracia corre riscos.

A visão da democracia de Todorov (2012) reforça as grandes linhas traçadas por Bobbio (2000). Para ele, as democracias modernas são ditas liberais e seu princípio fundamental é o da liberdade dos indivíduos, liberdade essa que engloba todas as dimensões do homem, em especial a liberdade da palavra, falada e escrita, que é essencial à liberdade de expressão e instrumento vital em uma democracia. Para que todos tenham o mesmo quinhão de liberdade, é preciso que também a igualdade esteja sob proteção e vice-versa.

Todorov (2012) conhece de perto essa realidade, pois viveu durante 24 anos em um país de regime totalitário, a Bulgária comunista, e valorizava a possibilidade de escrever sobre seu país,

o que só podia fazer em linguagem quase cifrada, se utilizando de fábulas atemporais para driblar a censura.

Observa ele que a palavra “liberdade” é paradoxal, na medida em que tem sido até utilizada por vários partidos de extrema esquerda e direita, nacionalistas e xenófobos. De fato, dela se utilizam desde o Partido da Liberdade, nos Países Baixos, ao Partido Austríaco da Liberdade, da Áustria, à Liga do Norte, de Umberto Bossi, na Itália, que apresenta seus candidatos às eleições italianas sob o nome de Liga do Povo da Liberdade, juntando-se assim ao Povo da Liberdade de Berlusconi, ou o Partido Svoboda, que significa liberdade em russo, da Ucrânia. Em suma, todos os matizes de pensamentos políticos se utilizam do ideal da liberdade.

Ao mesmo tempo em que a liberdade é valor essencial à democracia, parece ser também bandeira de muitos partidos extremistas, do que se pode concluir que o uso das palavras liberdade e igualdade pode ser visto como um perigo para a democracia, especialmente quando os fundamentos de cada um desses pilares atuam em desequilíbrio.

De fato, os principais acontecimentos políticos do século XX foram os que decorreram do embate travado entre o espírito democrático e o espírito totalitário. Aliás, nesse aspecto, Todorov (2012) chega a ver os extremismos como uma espécie de mal que acontece para corrigir os defeitos da democracia, que nunca será perfeita, apresentando-se o segundo como um corretivo dos defeitos da primeira.

De todos os extremismos, no entanto, Todorov (2012) alerta que nenhum pode ser comparado ao que o império comunista encarnou, assim como o nazismo e o fascismo, que exigiram a movimentação de um exército poderoso, ocasionando a morte de milhões de pessoas, e abrindo a porta para a aceitação legal da tortura, da discriminação das minorias ou das restrições impostas às liberdades civis.

Os regimes totalitários são diferentes uns dos outros. No entanto, todos têm algo em comum: o de ver o indivíduo como massa que pode ser moldada a um esquema rígido desenhado pelo detentor do Poder.

Arendt (2012) revela a desnecessidade de guerras para que países vizinhos entrem em conflitos, que podem se desenvolver apenas no campo ideológico. Não sem perigo ulterior para a paz mundial, pois somente uma convivência supranacional, como a das nações europeias, impediria o surgimento de Estados totalitários. É possível, inclusive, medir o grau do que chamou de “infecção totalitária de um governo”, pelo grau em que seu soberano usa o poder de desnacionalização. Para ela,

Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem-intencionados, que persistem teimosamente em considerar “inalienáveis” os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum”. (ARENDDT, 2012, p. 383)

Como salienta Todorov (2012), esses “inimigos externos” já não são tão fortes desde a queda do muro de Berlim. No entanto, a democracia continua a correr perigo. Novos inimigos surgem, e agora dentro da própria democracia, engendrados por ela, travestidos com a aparência de legitimidade e sempre invocando o espírito democrático, tornando-se de difícil embate e neutralização. A democracia cria seu próprio demônio.

Os inimigos externos são classificados pelo mencionado autor como movimentos em “ondas”, caracterizados pelo messianismo político e suas guerras: na primeira onda, as Guerras Coloniais; na segunda, a Revolução Comunista; na terceira onda, a “imposição da democracia” pelas bombas, como ocorreu nas recentes Guerras do Iraque, do Afeganistão e da Líbia.

Invocando sempre o ideal da liberdade e da igualdade, “o messianismo político tem um objetivo final que lhe é próprio (estabelecer o equivalente do Paraíso na Terra), assim como meios específicos para alcançá-lo (Revolução e Terror)” (TODOROV, 2012, pos. 486).

Os inimigos internos, no entanto, são mais difíceis de enfrentar, uma vez que nascem no seio da própria democracia, silenciosos e nefastos dentro de cada Estado, e a palavra democracia é sempre o *leitmotiv* do agir de determinado grupo detentor do poder político, registrando-se aqui que o poder político, que em uma democracia representativa estaria no Parlamento, hoje não mais lá se encontra em sua inteireza.

Os inimigos da democracia quase sempre travestem-se, de forma oculta, em toda e qualquer expressão de poder, pelo comportamento na manutenção de privilégios, na corrupção, no nepotismo dos poderosos e no arbítrio da polícia, apesar de proclamar, ao mesmo tempo, impulsionado por movimentos sociais, preocupação, verdadeira ou não, com a economia e com as liberdades individuais básicas.

Também Montesquieu (2002) condenava o despotismo, mas o princípio que lhe opunha era a moderação, um equilíbrio dos poderes, e não o reinado da virtude:

[...] Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se

estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2002, p. 168)

Os principais filósofos iluministas, entre eles Bacon, Descartes, Locke e Spinoza, que contribuíram com as respectivas teorias para a evolução do Estado e sua relação com o cidadão, estavam de acordo ao proclamar o direito do homem de decidir livremente sobre sua própria conduta. Todavia, afirmavam que a liberdade é sempre limitada, e que esse limite deve ser respeitado, tanto pelos homens como pelas instituições.

O equilíbrio das liberdades pressupõe, portanto, o reconhecimento dos limites à própria liberdade. Mesmo o humanismo buscava isso, ao propor simultaneamente o voluntarismo e a moderação, reconhecendo que o melhor é possível, mas o Bem está fora do alcance. Todorov (2012) narra que durante a Revolução Francesa, em debate público entre SaintJust e Condorcet (que foram, respectivamente, político da ala do terror durante a revolução, e filósofo, no mesmo período), foi ressaltado o papel maior da Assembleia: “o legislador comanda o futuro; de nada lhe serve ser fraco; cabe-lhe querer o Bem e perpetuá-lo; cabe-lhe tornar os homens o que deseja que eles sejam” (TODOROV, 2012, pos. 471). O mesmo que buscavam os gregos do séc. V a. C.

Todavia, a Revolução Francesa, tão imbuída de bons propósitos, se transformou. Conforme o autor: “o passo seguinte será a transformação desse meio em fim: o Terror e as instituições de Estado de que ele necessita absorverão todas as forças do poder, a guilhotina já não pode ser detida (...)”. (TODOROV, 2012, pos. 484-485).

Para evitar as turbulências revolucionárias faz-se necessário o equilíbrio entre liberdade e igualdade. O equilíbrio está cada dia mais distante no Brasil, como constata Carvalhosa (2019), ao afirmar que falar em relativização do exercício da liberdade no bojo de uma sociedade de consumo imposta pelas grandes corporações, adultera a liberdade como pensada pelo liberalismo.

Com efeito, na medida em que seus fundamentos, traduzidos pelas liberdade de iniciativa econômica, da livre concorrência e da plena liberdade política, são substituídos por outros, bloqueia-se o real desenvolvimento das pessoas, especialmente considerando que a sociedade brasileira não possui nenhum valor que a congregue e dê o sentido de pertencimento social de cada um, o que apenas acontece com a participação política do povo, cujo canal principal é, ou deveria ser, o Parlamento.

Para Carvalhosa (2019),

a profunda alienação do Estado em um país subdesenvolvido como o nosso, cria as condições perfeitas para o surgimento do populismo de direita e de esquerda (...) No viés da direita, as “políticas públicas” de segurança adotadas em 2018 têm caráter meramente repressivo, não atacando as causas da violência. (...) Dessa contraviolência das autoridades, resulta uma divisão social ainda mais acentuada entre os favelados e a classe média. A população das favelas é generalizadamente percebida como suspeita (...) e exacerbam os sentimentos de medo e de ódio, prestigiando o discurso eleitoral populista (CARVALHOSA, 2019, p. 43).

As reflexões de Todorov alertam para o perigo da ação dos inimigos internos da democracia:

A democracia está doente de seu descomedimento: a liberdade torna-se tirania, o povo se transforma em massa manipulável, o desejo de promover o progresso se converte em espírito de cruzada. A economia, o Estado e o direito deixam de ser meios destinados ao florescimento de todos e participam agora de um processo de desumanização (...). Viver numa democracia continua sendo preferível à submissão a um Estado totalitário, a uma ditadura militar ou a um regime feudal obscurantista. Mas, corroída assim por seus inimigos íntimos, engendrados por ela mesma, a democracia já não está à altura de suas promessas. Seus inimigos têm uma aparência menos assustadora do que os de ontem, que a atacavam de fora: não projetam instaurar a ditadura do proletariado, não preparam um golpe de Estado militar, não cometem atentados suicidas em nome de um deus impiedoso. Eles usam os trajes da democracia, e por essa razão podem passar despercebidos. Nem por isso deixam de representar um verdadeiro perigo: se não lhes for oposta nenhuma resistência, um dia eles acabarão por esvaziar esse regime político de sua substância (...) (TODOROV, 2012, pos. 2659).

Os inimigos externos, que decorrem do messianismo político e respectivas guerras, já não são os mesmos. Aos poucos vão se apropriando do discurso democrático, ao ponto de usá-lo como justificativa em recentes guerras (Iraque, do Afeganistão e da Líbia), do que se pode concluir que os piores inimigos da democracia se utilizam de roupagens democráticas, tornando-se íntimos dela, porque se apropriam do discurso democrático, com práticas políticas ancoradas no apelo ao povo, mas com desprezo pelos canais típicos da democracia representativa. Tornam-se íntimos e atuam também internamente, como inimigos da democracia dentro do próprio Estado, assumindo a feição do populismo.

1.4. O populismo

Não existe um conceito específico do fenômeno “populismo”, mas sim indicações dos prováveis ingredientes da fórmula, estando sempre na receita a referência ao povo. É um conceito que, da mesma forma que a democracia, se altera, introduzindo novos ingredientes, dependendo do lugar e da sociedade onde o fenômeno se reproduz e até do significado que determinado ingrediente ganha.

Por exemplo, na Rússia, a representação do povo estava no homem rural, o *mujik*; na Argentina de Perón, o *descamisado*; na Itália de Mussolini, o *ardito* ou *combatente*; na Espanha, o *chulo*, entre outros exemplos, e sua concepção não se baseia em luta de classes. Não há no populismo uma agregação de classes para representar o que seja povo, havendo apenas a divisão da sociedade em “povo” e “não-povo”, considerando este último sob o ponto de vista territorial, traduzindo uma espécie de rejeição ao globalismo. O que não significa que preconize uma sociedade estática e imóvel.

Bem por isso Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998) o definem como sendo diversas formas políticas que se inspiram e fazem referência ao povo, dos quais se arvoram como exclusivos depositários. Salientam os autores que o populismo é uma espécie de democratismo romântico, e que para bem entender o fenômeno faz-se necessário primeiramente estabelecer o que se entende por “povo”, pois é com a variação deste elemento que diversos tipos de populismos, de direita e de esquerda, se espalharam pelo mundo.

Kaiser e Álvarez (2016), aduzindo que a anatomia da mentalidade populista está na idolatria ao Estado, explicam que o fenômeno, na América Latina, atualmente, restringe-se à ideologia de esquerda. Mas não que necessariamente tenha sido sempre assim ou que não possa ser diferente.

Para Carvalhosa (2019),

Trata-se de um movimento de manipulação das frustrações coletivas (...) intrinsecamente oportunista, ora utilizando o discurso da direita, ora o da esquerda, (...) e que nos países subdesenvolvidos pode incitar a luta dos pobres contra os ricos, prometendo o poder para os primeiros e a destruição do segundo segmento, ou pode propor a luta da classe média contra os bandos de criminosos que ameaçam a segurança pessoal e a propriedade. O fundamento do populismo é intrinsecamente dialético: “nós e eles”. Há sempre um inimigo a combater e a eliminar. Diante da nítida divisão entre ricos e pobres em nosso país e a falta de legitimidade das instituições, o perigo do populismo é muito grande. (CARVALHOSA, 2019, p. 44 e 45).

Frise-se que no populismo as relações entre os poderes sempre estão em constante tensão. Essa tensão é explicada, desde os primórdios, pelo clientelismo, gênero que consiste na troca de bens ou serviços por apoio político, o popular “toma lá, dá cá”, que abarca o corporativismo, e pode ter forte ligação com a corrupção. Sempre houve, desde que o homem passou do isolamento para viver em grupos, uma relação clientelista entre seus membros: alguns exerciam autoridade e forneciam algo em troca: a sobrevivência, seja pela distribuição de alimentos, seja pela segurança.

O clientelismo sempre esteve presente nas relações sociais. Apenas para exemplificar, registra-se que nas comunidades agrícolas incas, conforme Fernandes (2010), o alimento funcionava como moeda de troca na relação clientelista. Na Roma antiga, os *parásitos*, adutores que viviam na dependência dos que detinham posição social, faziam parte da clientela que se alimentava sempre na casa do senhor.

As coisas mudaram com a Revolução Industrial, especialmente no que diz respeito às expectativas dos que atuam na política, bem como sua base de legitimidade. Mesmo assim continuou a existir a necessidade de proteção e as lutas para definir quem teria o poder de dar essa proteção.

Antes do iluminismo, o paradigma do poder era legitimado pela Igreja, justificando a delegação divina do poder político aos reis, conferindo-lhes autoridade ilimitada e incontestável, e o mercantilismo, entre os séculos XV e o XVIII, dava suporte para esse tipo de relação clientelista rei x súditos, justificando, inclusive o despotismo.

A partir do século XVII começa o movimento filosófico-cultural do iluminismo. Com Locke, as regras passam a ser estabelecidas no Contrato Social.

Com a Revolução Americana, novos paradigmas surgiram para construir a legitimidade nas relações de poder na democracia naquele país: a meritocracia e o mercado. A partir de então um americano não admitia que alguém estivesse acima dele na relação de poder se não lhe fosse superior por mérito ou por riqueza. A meritocracia e o mercado afastam hierarquias construídas por origem e pelo sangue e dificultam a ação do clientelismo e, em consequência, o surgimento do populismo.

North (2018), que foi o ganhador do prêmio Nobel de economia de 1993 e um grande estudioso das instituições, observou que as sociedades, em relação ao acesso na escala de hierarquia social, podiam ser classificadas como de acesso aberto ou de acesso limitado.

Para o referido autor, alguns poucos Estados no mundo são de acesso aberto, seguindo o modelo americano, que tem como principais características a adoção do império da lei, que defende, com resguardo da liberdade, a igualdade de e entre todos perante a lei. A posição hierárquica política dentro do Estado deve ser sempre galgada por meritocracia, tendo como lastro a economia de mercado.

No entanto, e aqui se entra na questão do populismo, nas sociedades de acesso limitado, a posição de hierarquia e de igualdade de acesso aos direitos não se dá pela meritocracia e pelo império da lei, mas em função de ajustes ocultos e corrupção. Esses elementos são o caldo de cultura do populismo.

De fato, a corrupção, o distribucionismo² e os programas de transferência de renda têm sido pretensamente instrumentos do populismo, buscando uma espécie de legitimação no poder pela distribuição de bens. Foi o que aconteceu no final do século XIX na América Latina, a partir da Constituição mexicana de 1917, com flagrante flerte de muitos governantes latinoamericanos com o populismo.

Lembo (2019b) relata a grande dificuldade para a identificação clara de um populista, que será sempre um demagogo que, com palavras, conquista o povo e solapa as instituições. Nem sempre se faz à revelia da democracia, pois quase sempre conquista votos e torna-se presente a cada dia e em toda a parte, avançando em todos os espaços. O autor reproduz o decálogo do populismo, formulado por Krauze (2018):

1. O populismo exalta o líder carismático.
2. O populista usa e abusa da palavra: se apodera dela.
3. O populismo fabrica a verdade.
4. O populista, em sua variante latino-americana, utiliza do modo discricionário os fundos públicos.
5. O populista, uma vez mais em sua variante latino-americana, reparte diretamente a riqueza.
6. O populista promove o ódio de classes.
7. O populista mobiliza permanentemente os grupos sociais.
8. O populismo busca um “inimigo exterior”.
9. O populismo despreza a ordem legal.
10. O populismo mina, domina e por último domestica ou cancela as instituições e liberdades democráticas. (KRAUSE, 2018, apud LEMBO, 2019b, s/p)

Kaiser e Álvarez (2016) afirmam que os populistas se apegam à ideia de que atuam refundando o Estado, sempre salientando que nos respectivos governos será diferente. Para eles, o populismo de cada Estado é parte de uma estratégia maior, na América Latina. Aqui, o grande símbolo populista é a refundação da ordem econômico-institucional completa, com uma nova Constituição, ou sua reforma. Segundo eles, o modelo político liberal não se coaduna com o populismo na América Ibérica.

² O distribucionismo, também denominado de distributismo, é um sistema econômico baseado na doutrina social da Igreja católica, articulada pelo papa Leão XIII na Encíclica Rerum Novarum, do ano de 1891, que propõe uma terceira via econômica, entre o socialismo e o capitalismo. Disponível em https://eur05.safelinks.protection.outlook.com/?url=http%3A%2F%2Fwww.vatican.va%2Fcontent%2Fleoxiii%2Fpt%2Fencyclicals%2Fdocuments%2Fhf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html&data=02%7C01%7C%7Cb53f1582d56a463368b208d86eb62976%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637381075937284095&sd=jAjwnLqdVB%2BbGs5TvtKTsWWoKX3zATzDxdpE3ur%2BG04%3D&reserved=0. Acesso 10 set. 2020

De se salientar que o populismo era visto, inicialmente, como algo positivo, expressão política do grupo que ficava fora do que denominavam “política tradicional” e a favor do povo, que tinha como único objetivo o bem do povo, o de ser a sua voz.

Para Kaiser e Álvarez (2016), a anatomia da mentalidade populista passa pela idolatria do Estado e pela obsessão igualitária, a manipulação e o discurso de ódio, alimentado entre grupos e classes sociais². Além do que se apresenta neste trabalho, com maior ênfase, como um dos grandes perigos para a democracia: o desprezo pelo Parlamento.

A conexão com a democracia é resultado da apropriação do poder do povo, sem que haja a respectiva representação democrática. De se ressaltar que o papel que o povo ocupa é diferente na democracia ideal. Nesta, o povo quer participar e ocupa os espaços decisórios, dando fim ao que Bobbio (1986) denomina de “poder invisível”, que é aquele exercido por grandes grupos de interesses, representados no Parlamento.

Na democracia ideal a educação é voltada para a cidadania, pela qual o povo desempenha seu papel, conhecendo não apenas os seus direitos, mas também os seus deveres e a sua função na sociedade. Na democracia real não há essa preocupação com a educação e o que se vê é uma verdadeira apatia política, facilitando a ação de pessoas e instituições, de se arvorarem de defensores da democracia, ocupando os espaços decisórios, o que pode culminar no populismo. Para o professor Wolfgang Streeck, Diretor do Instituto Max Planck, na Alemanha, a democracia é essencialmente um instrumento de redistribuição de riqueza, de oportunidades de vida. Aí reside a grande dificuldade, mas não a impossibilidade, de persegui-la em um país capitalista.

A afirmação de que a democracia tem como papel essencial o de ser instrumento de redistribuição de riqueza remete ao conceito de justiça distributiva, que permeou o pensamento filosófico desde Aristóteles até a atualidade, sob a análise ética da igualdade de Amartya Sen, do que se tratou acima.

² O discurso de ódio, que traduz toda a forma de comunicação que inferiorize uma pessoa ou um grupo com características próprias, como raça, gênero, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual ou quaisquer outras. Tem sido objeto de grande preocupação em todo o mundo, ao ponto de o Papa Francisco tê-lo mencionado, lamentando a perda de sentido social, na recente Carta Encíclica denominada *Fratelli Tutti*. Disponível em http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratellitutti.html. Acesso 10 jan. 2021.

Em entrevista à RAI cultura, por ocasião do Congresso sobre o Populismo, neoliberalismo e crise da democracia, em Nápoles, Itália, em 08/10/2019³, em livre tradução, o mencionado professor asseverou que o capitalismo é um enorme gerador de desigualdade, uma máquina que produz disparidades, razão pela qual uma política democrática em uma sociedade capitalista, deve ser capaz de corrigir os resultados da grande loteria do mercado.

Assevera ele que após a Segunda Guerra Mundial, houve um tempo em que democracias parlamentares, com sindicatos, partidos políticos de esquerda fortes e às vezes partidos políticos comunistas, foram capazes de garantir que os benefícios do método de produção capitalista fossem redistribuídos de maneira mais justa. Assim, todos contribuiriam para o crescimento e a acumulação do capital e poderiam, com o passar do tempo, acreditar que seu padrão de vida e oportunidades melhorassem lentamente e as desigualdades diminuíssem.

De fato, a partir do final da década de 1970, testemunhou-se uma reviravolta no comportamento das instituições e forças políticas, que tornaram possível a coexistência entre o capitalismo e uma democracia igualitária.

Para o referido professor, apesar de nos últimos 20 anos da reforma estrutural imposta pela União Europeia, quando todos os Estados que aderiram ao pacto tiveram que rever seus próprios sistemas de bem-estar social e a introduzir uma economia de mercado mais flexível, aumentando lucros e ao mesmo tempo ampliando as diferenças sociais, ainda assim é possível a coexistência entre o capitalismo e a democracia.

No entanto, para o professor, a esquerda parece ser incapaz de responder ao mundo de hoje, cujas transformações trouxeram mudanças na própria democracia, que passou a ser uma democracia liberal, sem ambição maior no papel de redistribuição, como outrora.

Já a professora de Teoria Política da Universidade de Westminster, Londres, Chantal Mouffe, também entrevistada por ocasião do mesmo Congresso Populismo, Neoliberalismo e Crise da Democracia, organizado pelo Instituto Italiano para Estudos de Filosofia e da Universidade Suor Orsola Benincasa, tem um ponto de vista diverso, que sintetiza, tendo como ponto fulcral o ideário político do Estado ⁴.

³ Entrevista dada pelo Professor Wolfgang à RAI cultura, por ocasião do Congresso sobre o Populismo, neoliberalismo e crise da democracia, acontecido em Nápoles, na Itália, em 08 out. 2019. Disponível em <https://www.raicultura.it/filosofia/articoli/2020/02/Wolfgang-Streck--de7a7e53-f398-4b55-86ce267bf9ddd303.html>. Acesso 07 jul. 2020

⁴ Entrevista dada pela Professora Chantal Mouffe à RAI cultura, por ocasião do Congresso sobre o Populismo, neoliberalismo e crise da democracia, acontecido em Nápoles, na Itália, em 08 out. 2019. Disponível em <https://www.raicultura.it/filosofia/articoli/2020/02/Chantal-Mouffe-Populismo-neoliberalismo-e-crisi-dellademocrazia-83f239f2-0b9c-49d7-b8a7-588723bd5099.html>. Acesso 07 jul. 2020.

Assevera ela, em síntese e em tradução livre, que hoje se vive uma conjuntura crucial para a democracia, pois a Europa ocidental vive um momento populista, que nada mais é do que a expressão de um sentimento de resistência à condição pós-democrática, que por sua vez é resultado de anos de hegemonia neoliberalista. Tal situação pós-democrática é uma consequência da pós-política ⁵.

Aduz Mouffe que por um longo período não existia para o cidadão qualquer possibilidade de escolhas eleitorais, porque os partidos de centro-direita e de centro-esquerda buscavam substancialmente o mesmo tipo de político, convencidos de que não existiam alternativas à globalização neoliberalista. Esta realidade, nos últimos 10 anos, segundo a professora, foi colocada em xeque, com o consequente nascimento de muitos movimentos de resistência.

Tais movimentos são chamados de populistas porque colocam em debate o *status quo*. De uma certa maneira, conforme a visão dela, trata-se de um desenvolvimento positivo para a democracia, porque é o retorno da política, ou da possibilidade de uma escolha eleitoral efetiva pelos cidadãos. O problema é que este tipo de resistência pode se articular de forma diversa e degradingolar para um dos dois tipos de populismo: o de direita e o de esquerda.

O populismo de direita, para ela, é um problema, porque apesar de indicar um retorno à democracia, traz implícito, concomitantemente, o objetivo de limitá-la, sob alegação de ser pelo “bem da nação”, e isso gera um sistema mais autoritário, que terminará atuando como limitação à democracia. Por outro lado, acredita ela que o populismo de esquerda dará voz ao cidadão, porque procurará realizar a democracia plenamente, a de reconhecimento dos direitos fundamentais, sem limitá-la.

Evidentemente, o catálogo populista referido anteriormente se refere ao populismo político. No presente trabalho defende-se que não importa se o populismo é de direita ou de esquerda e se é exercido por um político ou instituição política. Em ambas as situações haverá o perigo para a democracia, porque se apropriam da vontade do povo, sem que se permita a sua efetiva manifestação,

⁵ O prefixo “pós” é usado para atribuir um juízo de valor negativo, desvalorizando o conceito ao qual está ligado, e não com o sentido de evolução. Matheus (2018), professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, resenhando a obra de Rubens Casara, cujo título é “Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis”, esclarece que o termo “pós-democracia” foi cunhado pelo cientista político inglês Colin Crouch, em razão da constatação de que a dinâmica e os valores democráticos estão desaparecendo, a despeito de as instituições democráticas estarem em pleno funcionamento (a prova seriam as eleições periódicas). Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n4/2179-8966-rdp-9-4-2575.pdf>. Acesso 27 jan. 2021.

Tal assertiva é ainda mais forte quando se cogita da apropriação dessa vontade em espaço institucional que inviabiliza o exercício da democracia representativa, que é o que ocorre, na prática, com a contaminação política do Poder Judiciário sob os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

O prognóstico de tal contaminação é observável no bojo da presente dissertação quando se analisa a atividade precípua do Poder Judiciário, e seu liame político com os princípios democráticos, razão pela qual se analisa no próximo capítulo a jurisdição e sua evolução histórica, bem como os novos papéis assumidos pelo referido Poder e a visão que a sociedade tem dele.

2 JURISDIÇÃO E SUAS FUNÇÕES

A jurisdição é a expressão de um dos poderes de um Estado. Atividade pela qual o Estado, por intermédio de instituição própria, realiza a paz social, impedindo que cada um promova a justiça privada, na medida em que apenas o próprio Estado pode oferecer a solução do conflito entre os cidadãos.

Essa é a função típica e clássica da jurisdição. No entanto, à tal função se agregam outras, às denominadas funções atípicas. A começar pela possibilidade de o Poder Judiciário fazer executar sua própria decisão.

Todos os demais Poderes também têm atribuições típicas e atípicas. Porém, as atribuições do Poder Judiciário têm se ampliado. No Brasil, a Constituição de 1988 alargou sobremaneira a função jurisdicional, conferindo ao Judiciário o poder de controlar os demais, por intermédio de instrumentos próprios para tal, elencados na própria Constituição. O presente capítulo abordará essa evolução, tendo presente as teorias que a informam.

2.1 A evolução da prestação jurisdicional

Ferrajolli (2006) resume a evolução do direito e, em consequência, a da prestação jurisdicional, o que denomina de revolução institucional, classificando-a em conformidade com as respectivas culturas e adoção do conceito de validade da norma. Aduz o autor que, após o *ancien régime*, passou-se por dois estágios evolutivos: o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito.

No Estado Legislativo, o marcador jurídico trouxe uma primeira revolução institucional: existência e validade do direito separam-se da sua justiça e o juiz está vinculado à aplicação da lei.

No Estado Constitucional, acontece a segunda revolução institucional, que afirmava que a própria lei deveria se vincular a princípios substanciais de justiça. A partir de então, a existência do direito separa-se da sua validade, e sua dimensão substancial, eliminada no positivismo, volta a ser introduzida, com o juspositivismo ampliado do Estado Constitucional de Direito, sob a forma de limites e vínculos impostos ao legislador, pela positivação destes como normas constitucionais.

Dito isso, analisa-se a seguir cada uma das fases envolvidas nessa evolução jurídica e jurisdicional, registrando-se que teorias mais específicas sobre o tema do presente trabalho serão enfocadas nos itens posteriores, quando se exemplifica situações mais concretas sobre o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial.

2.1.1 Estado de Direito e liberalismo

O Estado de Direito, também denominado de Estado Liberal de Direito ou Estado Legislativo de Direito, é o lado jurídico do liberalismo econômico, cuja ideologia surgiu entre os séculos XVII e XVIII, com o iluminismo. Considerado o pai do liberalismo, John Locke afirmava a necessidade da limitação do poder e a não intervenção do Estado na economia. É importante frisar que há uma forte ligação entre a forma de Estado, e em consequência, da teoria jurídica que dá suporte à prestação jurisdicional que lhe é correspondente, com a realidade política e socioeconômica desse mesmo Estado, especialmente a partir do século XVII.

O Estado de Direito é o que existe para proteger e promover os direitos fundamentais de primeira geração, ligados ao valor liberdade, até como uma espécie de repúdio ao Estado pré-moderno, assim denominado o Estado da Antiguidade e a Idade Média, quando o poder se legitimava na origem divina dos reis.

O direito pré-moderno era preponderantemente jurisprudencial e doutrinário. Na Idade Média, por exemplo, não existia um sistema unitário e formal de fontes positivas, apesar de existirem fontes estatutárias (ordenações, decretos etc.), advindas de várias origens (império, igreja, príncipes, corporações). Com o Iluminismo, o fundamento do poder é buscado na razão (na lei), como perseguiram os gregos desde o século V, guardadas as diferenças históricas. Sob a visão do Estado de Direito, a normatividade dirigia-se ao indivíduo. O foco era o indivíduo e o Juiz era chamado tão somente para dirimir conflitos, devendo fazê-lo com observância do ordenamento jurídico.

Esse Estado dominou o cenário por bastante tempo, durante o qual a justiça formal era a resposta jurisdicional. A aplicação da lei válida era corolário, e a validade era buscada não no seu conteúdo, e sim perquirindo-se se foi estabelecida na forma, autoridade e rito previstos anteriormente. Isso não deixou de ser uma ideia que visava proteger o cidadão frente a arbitrariedade dos governantes e se escorava, em tese, na legalidade do positivismo.

Francisco (2012) registra que a noção de validade das normas se dissociava, no Estado de Direito, da noção de justiça ou da verdade. Uma norma é válida não porque é intrinsecamente

justa ou verdadeira, mas porque proclamada em forma de lei, por sujeitos habilitados por lei. A norma se separou da moral, afetando a natureza da ciência jurídica, que deixa de ser uma ciência normativa para ser uma disciplina cognitiva e explicativa do direito positivo, autônomo. Evidentemente, tal concepção afeta o próprio exercício da jurisdição, que no Estado de Direito se escorava no princípio da legalidade como fonte de legitimação da atividade jurisdicional. O juiz examina fatos previstos e nomeados pela lei. Daí porque os grandes princípios do Estado Legislativo de Direito são a igualdade *perante a lei*, a liberdade contra o arbítrio, a independência e imparcialidade do juiz ao ônus da prova, a carga da acusação e aos direitos de defesa.

Ramos (2010) propõe ajustes na teoria da interpretação positivista, para compatibilizá-la com as recentes teorias de interpretação, flanco que considera o elo mais frágil do positivismo, desde que delas se excluam as referências externas ao sistema jurídico. Para ele, é ainda o positivismo jurídico o mais adequado aos ordenamentos jurídicos de perfil democrático.

Afirma o mencionado autor:

O positivismo jurídico continua a ser o modelo teórico mais adequado à compreensão conformadora de ordenamentos de perfil democrático, edificados sobre os princípios do Estado de Direito, com ou sem a presença de Constituições dotadas de supremacia formal. Longe de estar superada, a Dogmática positivista apenas se renovou e se fortaleceu a partir da intensa, extensa e contínua reflexão crítica que em torno dela se desenvolveu nas últimas duas centúrias. (RAMOS, 2010, p. 305).

Ferrajolli (2006), no entanto, aduz que o Estado de Direito entrou em crise em razão da inflação legislativa e da disfunção da linguagem legal, como resultado da crise da capacidade reguladora e condicionante da lei. O resultado dessa inflação foi o crescimento exponencial da produção legal, trazendo o declínio das codificações e a ingovernabilidade de todo o sistema jurídico.

O mencionado autor traz exemplos da Itália: código Rocco, de 1930, ainda em vigor, ineficiência da legislação antidrogas, pacotes de segurança etc, que revelam, além da inflação legislativa, o uso de uma linguagem da lei imprecisa, obscura e ambígua.

Sem o fôlego de outrora (século XVIII até o século XX), o Estado de Direito ainda subsiste, concomitantemente a conflitos ideológicos, políticos e econômicos, dos quais o positivismo procurou isolar, defendendo a desvinculação entre o direito, a política e a moral, justamente para protegê-lo das ideologias e sistemas econômicos.

Ao mesmo tempo, a atuação legislativa exacerbada redundou em normas que se valiam cada vez mais de princípios, outorgando-se ao Poder Executivo a tarefa de especificar as leis, em normatividade subordinada. Em relação à citada normatividade, alerta Cappelletti (1999, p.39) que “originalmente um estado legislativo, transformou-se, assim, e continuou se transformando, em estado administrativo, na verdade em estado burocrático, não sem o perigo de sua perversão em estado de polícia.”

Ao Estado de Direito correspondeu, até o século XX, do ponto de vista econômico, o Estado liberal, que foi paulatinamente substituído pelo Estado do bem-estar social, no pós-guerra (Segunda Guerra Mundial), com o crescimento do neoliberalismo econômico e a ampliação do ideário socialista, e pelo constitucionalismo, seguido do neoconstitucionalismo, no mundo jurídico.

Todavia, o Estado de Direito não está de todo superado, uma vez que cada Estado vive suas fases em conformidade com as respectivas condições históricas. Como decorrência dos efeitos das guerras mundiais, deixou à ribalta, cedendo hegemonia ao denominado Estado do bem-estar social e ao Estado Democrático de Direito, cujos conteúdos teóricos são semelhantes, havendo doutrinadores, como Ferreira Filho (2012), que ressaltam se tratar o último de mera evolução do Estado de Direito em um regime democrático.

2.1.2 Estado do Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito

O Estado do Bem-estar Social, também denominado de *welfare state*, ou Estado Providência, foi em sua origem um Estado Legislativo que se transformou e é também denominado como Estado Social e democrático (ou social democrático), não se confundindo com o Estado Socialista, ainda que pretenda a ele convergir.

A principal característica desse tipo de Estado é a intervenção direta no domínio econômico, para produção de bens e serviços à população, com forte tendência à socialização, em razão das crescentes demandas sociais. Dirige-se à preocupação com o bem comum, em substituição ao individualismo que dominava na concepção do Estado de Direito.

Surgiu diante de pressões decorrentes de políticas públicas insuficientes, dirigidas aos problemas coletivos, e passa a atuar com foco na concretização de políticas públicas e até de sua definição, sob alegada visão institucional e organizacional, passando o Poder Judiciário a atuar cada vez mais como o foro para tal desiderato.

Assim, começa a haver uma mudança de paradigma em relação à validade e existência das normas jurídicas, que antes estavam ancoradas na afirmação do princípio da legalidade e no monopólio do Poder Legislativo na produção das leis do Estado.

O Estado Social e o Estado Democrático de Direito passam a serem vistos como modelos de organização complexa do poder em torno das instituições públicas que exerçam o monopólio legal e legítimo da coerção, e vincula-se à plena garantia das liberdades, dos direitos individuais e sociais e pela busca da realização da justiça social (que agora implica igualdade substancial, e não mais apenas formal), da soberania popular e a integralidade dos direitos humanos.

Nas democracias ocidentais, a noção de Estado Social de Direito está ligada cada vez mais à prestação de serviços à população, em grande escala. O catálogo de direitos sociais se ampliou e, em consequência, o papel do Estado também.

Ferrajoli (2006) aduz que o Estado Liberal de Direito começa a se transformar em meados do século XIX, após a Segunda Guerra Mundial, em razão das condições de miserabilidade e profunda desigualdade social, consequências da guerra, e a sociedade exige maior interferência do Estado na ordem econômica e social, consolidando o Estado Social de Direito.

O Estado Social de Direito, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, transforma-se, evoluindo para o Estado Democrático de Direito, estribando-se no neopositivismo, também denominado por Bobbio (1990) de positivismo lógico.

Com respaldo nas constituições e no controle jurisdicional de constitucionalidade sobre leis ordinárias e na adoção de uma nova visão sobre a cientificidade da linguagem da jurisprudência, a jurisdição não mais é considerada como mero instrumento manejado pela ciência do direito. O estudo jurídico, mas do que um instrumento, passa a pertencer ao âmbito da ciência, e cuja concepção ajuda o jurista a se dar conta da natureza do seu próprio trabalho. Com a crise do Estado Social, e mesmo concomitantemente, a depender do contexto histórico de acolhimento e desenvolvimento de novos direitos sociais, surge no cenário políticojurídico o Estado Democrático de Direito ⁶, consagrando direitos sobre os quais o cidadão ou o

⁶ Segundo Oliveira (2016, p. 1201), “a expressão Estado Democrático de Direito foi criada pelo espanhol Elías Díaz para expressar aquele estado que visa à transição para o socialismo. Logicamente o constituinte de 1988, ao definir que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito (art. 1o, caput, CF/88), não tinha isso em mente, porém, segundo constitucionalistas como Jorge Miranda, Estado Democrático de Direito e Estado Social não passam de sinônimos”.

Estado detém a titularidade. No entanto, obrigam a ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito das minorias.

Com efeito, Barbosa e Saracho (2018) aduzem que tanto o Estado Liberal quanto o Estado Social são redutores da complexidade da relação entre o público e o privado e que o último não teria cumprido suas metas por completo, enfraquecendo-se após a guerra fria.

2.1.3 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo

Caggiano (2011), analisando as conquistas da democracia no séc. XX aduz que novos contornos foram dados ao constitucionalismo, especialmente pela ideia de inserir na Constituição os direitos fundamentais de segunda geração (o poder de exigir do Estado determinadas prestações positivas), que depois caminhou para os da terceira e quarta gerações, que englobam o direito à autodeterminação dos povos, o direito à paz, à segurança, o de solidariedade, o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que deve ser preservado para as futuras gerações.

De outra banda, o desenho das Constituições mudou bastante nos últimos 60 anos, trazendo preceitos abertos, não auto executáveis, com outorga ao legislador ordinário da tarefa de implementá-los. Assim, normas, por sua natureza incompletas ou programáticas, passam a ocupar o espaço constitucional.

A mencionada autora explica a relação existente entre Democracia e Constitucionalismo. Na fórmula democrática, afirma Caggiano (2011), a decisão política tem origem nos destinatários do poder (do povo, pelo povo e para o povo, conforme Abraham Lincoln), e traduz um resultado contingencial de conflitos, na medida em que é fundada, graças à estabilidade e credibilidade institucional, na incerteza eleitoral. Daí a necessidade de se pensar na democracia com um novo olhar, o olhar do constitucionalismo, que se expandiu nos dois últimos séculos, concomitantemente à expansão da democracia.

Para ela, foi o constitucionalismo que permitiu o florescimento das democracias, na medida em que garantiu a presença e perpetuidade das instituições, especialmente com o estabelecimento de um contorno fixo na constituição: as ideias de limitação do poder, de preservação dos direitos humanos e de prefixação da decisão política fundamental, a despeito de críticas no sentido de que engessariam decisões futuras.

Ferreira Filho (2012), por sua vez, lembra que foi do velho constitucionalismo que foram modeladas as entranhas do liberalismo setecentista.

Caggiano (2011) analisa esse caminhar do constitucionalismo, que cada vez mais se alinha e reclama um corpo sistemático de norma, a cúpula dessa ordem (a lei suprema), a necessária veiculação em documento escrito e solene, e que trate sobre a organização política basilar de um Estado, organização essa estabelecida pelo povo, por representantes extraordinários (poder constituinte originário), cuja finalidade é a limitação do Poder, tendo por objetivo a preservação dos direitos do homem, e que plasma o constitucionalismo moderno desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A doutrina jurídica tem se dedicado ao estudo do constitucionalismo desde o primeiro pós-guerra, mas a agregação de novos direitos sociais, que determinaram objetivos ao Estado, aumentou a densidade normativa da constituição, passando a influir diretamente na política governamental.

Nas reflexões de Bobbio (2004), todavia, os direitos do homem, por mais que se os considerem fundamentais, são direitos históricos, e por isso devem ser exigidos quando nascem determinadas necessidades, que o autor denomina de *carecimentos*, em função da mudança das condições sociais vivenciadas. Assim, questiona ele se a afirmação do direito precede temporalmente à do dever, ou se ocorre o contrário, especialmente quando se constata que a evolução dos direitos decorreu de eventos históricos.

Salienta o autor que a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel em muitos Estados. O mesmo acontece em relação aos direitos de terceira e quarta geração. Apesar de constarem em quase todas as constituições democráticas modernas, conforme Bobbio (2004, p.11), “(...) a única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza”. Acrescenta ele:

Proclamar o direito dos indivíduos não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de quem fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de quem fala a segunda são aqueles que a esmagadora

maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados). (BOBBIO, 2004, p. 11).

Não se pode desprezar o fato de que em relação a muitos direitos sociais, conforme Tassinari (2013), o Poder Judiciário passou a ser o próprio instrumento de concretização.

Afirma a mencionada autora:

Tudo isso já seria suficiente para (...) ensejar um ambiente de maior procura do Judiciário, que passou também a ser caracterizado como “locus” de concretização dos direitos previstos, mas não cumpridos pelos demais Poderes. Contudo, as transformações ocorridas não ficaram restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho político-jurídico (...).(TASSINARI, 2013, pos. 701).

Ao mesmo tempo, a luta pelos direitos sociais passou a exigir que o rol dos direitos sociais fundamentais também abrigasse o direito de acesso à Justiça. Várias teorias surgiram para identificar os elementos desse direito fundamental, entre outras a de Cappelletti e Garth (1998).

Os mencionados autores aduzem que os Estados, a partir do séc. XIX, passaram a reconhecer como direitos fundamentais, não apenas os individuais, mas também os sociais, razão pela qual era de vital importância também reconhecer o correlato direito de acesso efetivo à justiça.

Francisco (2012) registra que as expressões constitucionalismo e Constituição já existiam na antiguidade, e se referiam às regras de estrutura de governos e de atribuições de poder a governantes. Foi na Idade Moderna, no entanto, com o iluminismo e o surgimento de ideologias políticas e econômicas liberais burguesas, que ganham força como instrumentos de garantia de direitos e controle do poder.

Aduz o autor que sob tal viés é possível concluir que se trata de múltiplos conceitos, cunhados a partir das experiências vividas, tais como a das Cidades-Estados, a dos Estados Nacionais e as concepções supranacionais, como a União Europeia. Existem, inclusive, conceitos divergentes em função dos momentos históricos, da realidade de um país, forma e conteúdo de sua constituição, aspectos políticos e socioeconômicos, inclusive a predominância do sistema jurídico em que se insere (*civil law* ou *common law*).

Bobbio e Matteuci (1998) aduzem, no respectivo verbete, que constitucionalismo significa momentos de reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história desde o mundo antigo, representando uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário.

Do que se pode concluir que não há um conceito unitário do que seja constitucionalismo, nem mesmo quanto aos direitos que lhe servem de conteúdo. Daí porque conceituações

analíticas de constitucionalismo devem ser compreendidas em seus vários significados históricos.

Ferrajoli (2006), ao tratar sobre o Estado Constitucional de Direito, afirma que este surgiu no último meio século, com a subordinação da própria lei a uma lei superior, a Constituição. Daí resultam as alterações no Estado Legislativo de Direito, entre as quais a da separação de conceitos jurídicos como validade e vigor da lei bem como seu plano da interpretação, o que trouxe mudanças no papel do juiz e na ciência jurídica.

Além disso, o constitucionalismo rígido, fez profundas transformações no positivismo jurídico, conferindo à legalidade uma dupla artificialidade: a existência (ser) e o dever ser, ambos requisitos de validade da norma.

O mencionado autor explicita as mudanças institucionais e culturais decorrentes da mudança de paradigma, que traduziu uma verdadeira mudança estrutural em relação ao princípio da legalidade. Sob o constitucionalismo jurídico, o princípio (antes formal) passa a ser examinado sob dois enfoques: legalidade formal (norma válida) e a legalidade substancial. A aferição desta última se dá no cotejo de seu conteúdo com os princípios que circundam os direitos fundamentais estabelecidos nas constituições de cada Estado.

Ferrajoli (2006) salienta que as condições substanciais de validade, que existia anteriormente, no paradigma pré-moderno, identificados com os princípios de direito natural, penetram novamente no sistema jurídico, agora como princípios positivados na constituição, formando os fundamentos do chamado Estado Constitucional de Direito, alterando, inclusive o paradigma jurídico da democracia.

Registra ele que toda essa mudança não decorreu apenas de revoluções políticas ou de inovações jurídicas e institucionais, mas também de fatos culturais, de revoluções teóricas que mudaram a concepção do direito no imaginário dos juristas e até do senso comum.

Aduz o mencionado autor que as premissas institucionais já estavam presentes nas modernas constituições europeias (a austríaca, de 1920, obra de Hans Kelsen, previa uma especial jurisdição constitucional), por intermédio da previsão de procedimentos especiais para revisão e introdução do controle de constitucionalidade sobre as leis, assumindo importância no contexto histórico o caso *Marbury x Madison*, nos Estados Unidos da América, em 1803. No entanto, o mencionado autor aduz que nada disso impediu Mussolini de rasgar o estatuto sem que nenhum jurista protestasse, e nem mesmo, em 1950, que o Supremo Tribunal de Justiça Italiano afirmasse que os princípios de direitos, ainda que constitucionais, tinham a natureza apenas programática. Na Itália, segundo o autor, a Constituição hibernou na Suprema Corte

Italiana, de forma que apenas a partir da primeira metade do século XIX o constitucionalismo entrou no horizonte dos juristas italianos.

Ferrajoli (2006) menciona que somente depois da Segunda Guerra Mundial, no dia seguinte à derrota nazifascista, é reconhecida e sancionada a introdução de garantia jurisdicional de anulação das leis inconstitucionais, e não pela sua simples não aplicação no caso concreto, como no modelo americano, o que implica reconhecer a rigidez da constituição. O neoconstitucionalismo por sua vez é um fenômeno que caminha de mãos dadas com o globalismo, sendo este último de natureza política e econômica e o neoconstitucionalismo, seu reflexo jurídico. O objetivo seria justamente impregnar de força normativa, no âmbito de cada Estado, os novos catálogos de direitos, estabelecidos no âmbito internacional, por organismos globais.

Assim, novas teorias surgem, agora tendo como suporte o globalismo, ou internacionalismo, ocasião na qual os direitos humanos ganham contornos universais, correspondendo ao que se conhece como neoconstitucionalismo, com a concomitante busca de um novo tipo de estrutura estatal, derivada da globalização, pela qual os Estados cedem espaços de soberania a organismos internacionais, em nome da paz social e do esforço mundial de concretização dos direitos humanos.

De se frisar que sob o neoconstitucionalismo, o princípio da segurança jurídica já não mais repousa apenas sobre a ideia do prévio conhecimento da lei e do tratamento ao qual os fatos são submetidos quando da sua aplicação, mas aloja em si a convivência de outros princípios, tais como a confiança legítima, a legalidade e a qualidade da lei.

Francisco (2012) ressalta que o neoconstitucionalismo é um fenômeno contemporâneo, surgido na segunda metade do século XX, e que acontece ao lado, e não como sucedâneo, do constitucionalismo, colocando a Constituição como centro do ordenamento jurídico, e acrescentando os direitos fundamentais consagrados internacionalmente como norteadores de toda e qualquer interpretação do direito.

Assevera ele que, caso se adote um conceito mais amplo de constitucionalismo, fugindo do conceito clássico (pelo qual o fenômeno se refere apenas a regras de organização e limitação do poder), constitucionalismo e neoconstitucionalismo tratam de um mesmo fenômeno: a transferência das grandes decisões do Estado ao Poder Judiciário, deixando o Poder Legislativo e o Executivo de ocupar o centro do processo, inclusive no que diz respeito às decisões políticas.

Não se cuida de evolução ou superação do constitucionalismo, mas de uma visão diferenciada, lastreada em fatos históricos que fortaleceram os valores refletidos nos princípios

fundamentais positivados nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Para alguns, no entanto, mais do que evolução, cuida-se de uma verdadeira revolução jurídica.

Nesse sentido, esclarece Garapon (1999):

A introdução de um nível jurídico superior à lei nacional provocou uma verdadeira revolução jurídica, no próprio sentido da palavra, quer dizer, uma rotação ao final da qual os elementos passam a ocupar posições exatamente opostas. O soberano, que ainda ontem era o último recurso, viu-se subordinado a uma instância superior, diante da qual todos os seus atos são passíveis de serem revistos. A justiça, que era um órgão do Estado, passa subitamente a encarnar o foro de legitimidade do qual procede o Estado. (...) O direito não mais está, portanto, à disposição da vontade popular. A soberania de representantes do povo vê-se freada por princípios encontrados nesses diferentes textos de enunciado claro e conciso, e de forte densidade moral. A lei tem agora dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que a sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica. Não se trata de uma oposição entre o soberano e um inimigo externo, mas entre duas condições da vontade do soberano, expressas por titulares diferentes. (GARAPON, 1999, p. 43).

O pressuposto vital, além do fortalecimento da Constituição, é a afirmação da força normativa de princípios fundamentais porque seriam eles os efetivos suportes de proteção dos direitos humanos.

Como o manejo dos princípios constitucionais geralmente escoam no Poder Judiciário, fortalece-o como instituição fundamental, segundo o movimento neoconstitucionalista. Assim, a judicialização da política e o ativismo judicial são instrumentos de expressão do neoconstitucionalismo ao mesmo tempo em que são retroalimentados pela referida teoria.

No entanto, na prática, os conflitos entre as fontes que dão legitimidade às expressões de poder (e do conceito da própria soberania) só foram resolvidos pelo predomínio de uma instituição pelas demais, pela sistematização doutrinária e jurisprudencial de origem romana, trazendo à tona a teoria da validade.

Assim, passa-se a identificar as normas de reconhecimento do direito existente, que testa não só a fonte formal, mas também a justiça substancial. É a verdade, e não a autoridade, que faz a lei – *veritas, non auctoritas facit legem*. A verdade, aqui, considerada em sentido amplo, de racionalidade ou de conformidade aos antecedentes e à tradição ou ao senso comum de justiça. Todavia, a verdade sempre é relativa e será diferente, dependendo a quem está servindo. Ferrajolli (2006) aponta a alteração do que se reconhece como jurisdição: não se trata mais da simples aplicação de um direito dado ou pressuposto, mas de a própria jurisdição produzir o direito, o que repercute em enorme discricionariedade dos juízes e, como consequência, a desigualdade e a ausência de garantias contra o arbítrio.

Além disso, a jurisdição nesses moldes pode ser vista como desconsideração da teoria da separação de poderes preconizada desde Montesquieu (2002), que afirmava que a simbiose do Poder Judiciário com o Executivo transformava o juiz em algoz, e com o Poder Legislativo, em juiz arbitrário.

As transformações ocorreram no séc. XX, pela superação do Estado Legislativo de Direito e até do constitucionalismo formal (que davam proeminência ao legislador ordinário no cenário normativo), em favor do Estado Constitucional de Direito e do constitucionalismo material, com a maximização da efetividade dos comandos constitucionais, sobretudo os que dizem respeito a direitos fundamentais.

Daí surge o que a doutrina denominaria de plasticidade ou flexibilidade necessária para que a constituição atinja a sociedade contemporânea de forma dinâmica, em um ambiente líquido, técnico, pluralista e internacionalizado, no qual se coloca em maior relevo o Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais, que buscam construir soluções, dentro da Constituição, que entendem justas.

Para isso foi preciso, então, incorporar definitivamente os princípios como fonte normativa principal no ordenamento jurídico, o que trouxe como consequência o fortalecimento do Poder Judiciário, tendo em vista ser seu principal instrumentador.

O neoconstitucionalismo é uma teoria do direito que valoriza a aplicação dos princípios em detrimento de regras, exigindo do aplicador mais do que uma ponderação por subsunção, revelando a onipotência da Constituição em relação a todas as áreas jurídicas. O movimento indica o abandono da cultura da lei como fonte principal do Direito, quando então a Constituição tinha um papel mais restrito, e se resumia a programas políticos que inspiravam o legislador.

O constitucionalismo, e depois o neoconstitucionalismo, fez nascer uma nova teoria de direito que abraça configurações distintas no jogo de poder, que refletem a globalização, fazendo uma fusão entre o modelo norte-americano e o modelo europeu-continental.

Do primeiro modelo, pelo uso dos estudos de casos, força dos precedentes e mecanismos jurídicos efetivos que dão primazia aos Tribunais Constitucionais; enquanto a configuração do segundo modelo, europeu, com a transformação do seu catálogo de direitos fundamentais em dogma, de constitucionalismo forte e rígido e de controle de constitucionalidade abstrato das leis.

De se observar que o neoconstitucionalismo não se firmou sequer nos países nos quais foi idealizado inicialmente. No Brasil, no entanto, entusiasmou segmentos acadêmicos e vem

sendo objeto de reflexões e de moderações sobre o ativismo, fenômeno que resulta do pensamento neoconstitucional. Como adverte Francisco (2012):

Ainda que o pensamento neoconstitucional não tenha se afirmado em países europeus e mesmo que o entusiasmo por parte da doutrina brasileira tenha gerado algumas pretensões exageradas, há fatos históricos que causaram o fortalecimento de valores refletidos em princípios fundamentais (positivados em ordenamentos jurídicos contemporâneos nacionais e internacionais), ao mesmo tempo em que é a abertura semântica desses princípios fundamentais que proporciona a compreensão das regras sob a perspectiva valorativa que marca cada realidade, e também permite ponderações, ajustes tópicos, plasticidade e provisoriedade em face da diversidade e dinamismo dos casos concretos na sociedade de risco e na modernidade líquida da atualidade. Esses fatores nos levam a aceitar uma concepção moderada de neoconstitucionalismo, sujeito a limites e métodos de aplicação (FRANCISCO, 2012, p. 83)

De fato, conforme Teixeira e Sparemberger (2016), o pensamento neoconstitucional não se firmou na Europa, pelo menos não nos mesmos moldes que na América Latina. No entanto, foi abraçado pela doutrina brasileira, especialmente como fundamento teórico dos adeptos da potencialização de poderes do Judiciário.

Os mencionados autores, inclusive, denominam o neoconstitucionalismo da América do Sul de “novo constitucionalismo latino-americano”, registrando que o movimento propõe a refundação da teoria constitucional, aproximando-a de um modelo de compreensão da realidade derivada da multiplicidade e do pluralismo, citando as experiências decorrentes da adoção de constituições pluralistas, pelo Equador e pela Bolívia, respectivamente em 2008 e 2009, onde foram criados Tribunais Constitucionais Plurinacionais, cujos integrantes são eleitos pelo voto popular.

Apesar de não haver uma definição única do que seja neoconstitucionalismo, é possível extrair fundamentos comuns às várias definições: o fundamento normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional.

Como registra Francisco (2012), é o fundamento normativo do neoconstitucionalismo que dá preferência, ou até exclusividade, aos princípios em detrimento das regras. Depois, o fundamento metodológico, que afirma o uso da ponderação, ao invés da subsunção, usada no positivismo; o fundamento axiológico, que traduz a busca da justiça em cada caso particular, ao invés de uma concepção generalizada ou padronizada de justiça e o organizacional, que implica na maior participação do Poder Judiciário, inclusive para a efetiva criação do direito, diminuindo os papéis dos Poderes Executivo e Legislativo.

O conceito de neoconstitucionalismo vai depender da associação do termo a determinados movimentos, todos no sentido de aplicação direta de princípios constitucionais aos casos concretos e fortalecimento do controle de constitucionalidade, sob alegação da busca de justiça na aplicação do direito, bem como das novas relações entre direito positivo e moral, com o uso da ponderação e o manejo da teoria da argumentação jurídica de Alexy, que retirou o princípio da dignidade humana do campo das postulações filosóficas, elevando-o à condição de princípio jurídico.

Alexy (2011) criou a ferramenta fundamental do neoconstitucionalismo: a teoria da argumentação jurídica, uma nova forma, pós-positivista, de interpretação constitucional, pela técnica da ponderação, que confere ao intérprete a possibilidade de fazer escolhas entre princípios e regras, quando impossível compatibilizá-los, para solução do caso concreto, ferramenta que vem sendo diuturnamente utilizada pelo Poder Judiciário no Brasil, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Os defensores do neoconstitucionalismo, entre eles Ferrajolli (2006), ressaltam que o movimento surgiu a partir de fatos históricos, como os reiterados desrespeitos, inclusive por leis, dos direitos humanos, como ocorreu na Alemanha, na Itália, na Espanha, e em países que estiveram sob o domínio totalitário, onde tudo foi feito sob o amparo formal de leis, tidas como válidas porque cumpriram as regras procedimentais de elaboração.

A existência de um descompasso entre a justiça formal e os valores sociais e padrões éticos vividos na realidade concreta é uma realidade. Certamente os problemas se exacerbaram após a Segunda Guerra Mundial, que redundou em crises sociais e econômicas sem precedentes. Foi justamente pensando na fragilidade dos Parlamentos em regimes totalitários e em face da crescente preocupação com a paz mundial, que surgiram novos modelos de alianças entre os países, nascendo daí instituições supranacionais com poderes de verdadeiros Estados, que deram origem à União Europeia.

Hoje, o reconhecimento das diversidades internas de cada país-membro, em razão do pluralismo, permite comportá-las como um novo parâmetro de relações sociais, e o uso de termos jurídicos amplos ou abertos, que proporcionam flexibilidade em suas interpretações, facilitam sua introdução no âmbito de cada Estado.

É o que vem sendo praticado no Brasil, ainda que aqui não se vivencie idêntica situação, de formação de uma unidade globalizada com os demais países da América Latina, por exemplo. Os princípios ganham força cada vez maior, especialmente quando se cuida de aplicação de matéria constitucional que se refira a direitos fundamentais, sejam eles de quaisquer gerações.

Tavares (2006) lembra que o manejo de princípios se introduziu paulatinamente no Brasil, podendo-se caracterizar três fases distintas: até o século XVIII, não tinham imperatividade alguma e sequer eram considerados como normas jurídicas. No século seguinte tornam-se fontes secundárias do Direito, de aplicação subsidiária, conforme a antiga Lei de Introdução ao Código Civil⁷. A partir de 1950 assumem papel determinante em todo o ordenamento jurídico, passando da normatividade programática à normatividade máxima. Porém, foi a partir da Constituição de 1988 que essa normatividade máxima começou a se instalar efetivamente no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, o uso intensificado de princípios, de conteúdo vago e passíveis de interpretações subjetivas, comporta críticas. Entre outros, Sundfeld (2017) critica o uso exacerbado dos princípios, afirmando:

Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. (...) O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito” (SUNDFELD, 2017, p. 60-61).

Conforme Francisco (2012), o neoconstitucionalismo nem sempre conduz à judicialização da política e ao ativismo judicial, pois a teoria deveria ser manejada tão somente na hipótese de inexistir regra expressa e objetivamente útil para a solução do caso concreto. No entanto, não se pode negar que o movimento ampliou sobremaneira o papel do Poder Judiciário, registrando-se que os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial têm direta relação com isso. De fato, como o poder é um só, repartido em três papéis ou funções, a ampliação de um deles repercutirá na diminuição do outro. Ao fim e ao cabo, o Poder Judiciário ampliou seu papel justamente retirando dos demais poderes uma parte dos respectivos papéis.

Ademais, pela concepção neoconstitucionalista, ao se permitir ao intérprete rejeitar a norma, deixando de lado a aplicação mecânica da subsunção do fato à norma, perde-se em segurança jurídica e em objetividade, princípios primordiais à jurisdição em uma democracia.

Ao mesmo tempo que rechaça a jurisprudência dos interesses, corrente do positivismo jurídico decorrente da interpretação teleológica, mas ainda presa à lei e ao legislador, o

⁷ Art. 4 da LICC -Decreto-Lei 4.657/1942 – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

neoconstitucionalismo parece buscar a transição entre os conceitos, tentando fazer uma síntese dos interesses e da jurisprudência dos valores fundamentais de sociedades pluralistas, muitos ainda abstratos, sem definição concreta de seus conteúdos.

De se salientar que o neoconstitucionalismo é uma teoria neutra do ponto de vista da filosofia do direito, pois não se pode classificá-la como jusnaturalista ou como positivista, apesar de sua proximidade com o pós-positivismo, pela tentativa de fazer a ligação entre direito, política, sociedade, ética e moral universal, e partindo do pressuposto de que a hermenêutica é o instrumento para tal aproximação.

Barroso (2006) identifica o neoconstitucionalismo como um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, que classifica em marcos: o histórico, que teria ocorrido ao longo das últimas décadas do século XX; o filosófico, pela centralização do debate nos direitos fundamentais e pela reaproximação entre direito e ética; e o marco teórico, caracterizado pela expansão da jurisdição constitucional.

Isso justificaria a preponderância do Poder Judiciário, que tenta abarcar todos esses aspectos, pela via da escolha de princípios mais abertos, e onde o aplicador detém maior discricionariedade, conforme ressalta Hart (1994).

Todavia, mesmo entre os adeptos do neoconstitucionalismo, reconhece-se que deva haver controle do Poder Judiciário, para que se respeite a democracia e para que não represente subtração de competências confiadas a outros poderes democráticos e desrespeito às fontes do direito, o que pode gerar insegurança e desigualdade, agindo cada juiz como se tivesse um ordenamento jurídico próprio.

Por outro lado, na União Europeia, sob o Estado Constitucional de Direito, a concentração do monopólio da produção jurídica se quebrou, tendo se deslocado para fora das fronteiras do Estado, e a estrutura piramidal das fontes passou a ser um amontoado de fontes pertencentes a ordenamentos diversos, decorrentes do processo de integração europeia. Isso aconteceu não apenas em matéria econômica e monetária, mas também em questões de relações comerciais, de imigração, de defesa dos consumidores, de proteção do ambiente e de políticas sociais.

Ferrajoli (2006) registra que 80% da produção legislativa nos países europeus, membros da União Europeia, é de origem comunitária. Assim, ao mesmo tempo que relativiza o conceito de soberania westfaliano, diminuindo o poder de cada Estado em prol dos organismos internacionais, o neoconstitucionalismo, no plano interno, serve de suporte teórico para que o papel do juiz seja ampliado.

Atualmente, novas mudanças surgem no horizonte, em um processo de integração econômica mundial, denominado de “globalização”. Na falta de instituições à altura das novas relações, o direito da globalização vai se amoldando cada vez mais nas formas privadas do contrato, em lugar das formas públicas, gerais e abstratas das leis.

Ferrajolli (2006) vaticina sobre a evolução do Estado Legislativo, asseverando não ser possível prever o resultado dessa evolução: se o desfecho terá característica destrutiva, sob a égide do primado da lei do mais forte, ou se se cuida apenas de uma crise de transição do paradigma legislativo para o constitucional, ou ainda se de transição para um terceiro modelo, que seria o Estado de Direito ampliado. A resposta aos desafios que surgirem dependerá de como será tratado o princípio da legalidade, ordinária e constitucionalmente, supraestatal e estatalmente.

De fato, ainda resta conferir se o princípio da estrita legalidade pode se reinventar em dimensão diferente de outrora, do Estado Liberal de Direito, seja como um princípio taxativo no plano dos conteúdos, seja como produto de uma correta relação entre as atribuições de legislar e de jurisdicionar, à luz da separação de poderes e da prerrogativa constitucional da reserva absoluta de lei.

Outra hipótese é a de que a legalidade seja restaurada apenas quando estiver em consonância com os princípios constitucionais explícitos, que servem de condicionante e vinculação do Judiciário. Todavia, cabe indagar se princípios constitucionais, de conteúdo vago, ainda que explícitos, terão esse condão.

O panorama de refundação do princípio da legalidade pode ser problemático, especialmente quando se cuida do Estado social, com a progressiva expansão dos aparelhos públicos, de aumento dos seus espaços de discricionariedade política e da acumulação desordenada de leis especiais, medidas setoriais, práticas administrativas e intervenções clientelistas, nos moldes corporativistas.

Apesar de tudo, Ferrajolli (2006) entende que a reforma do Estado Social se conjuga perfeitamente com o princípio do fortalecimento da mera legalidade, desde que se atente para o fato de que o fornecimento de serviços públicos intermediado por burocracia, degenera em ineficiência e custos altos, e que estes têm mais custos quando se cuida do Estado Liberal de Direito, crença essa quiçá moldada na experiência italiana.

O autor registra a necessidade de reformas, de modo a haver a possibilidade de “satisfação *ex lege*, de forma universal e generalizada, dos direitos sociais à subsistência e à

assistência mediante o fornecimento de um salário-mínimo garantido a todos, a partir da maioria” (FERRAJOLI, 2006, p. 452).

O futuro do Estado Constitucional de Direito é um constitucionalismo sem Estado, já que o grande desafio reside justamente na perda da soberania, que induz a um enfraquecimento do papel garantista das constituições nacionais, e caminha para a necessidade de desenvolvimento de um constitucionalismo europeu e de um constitucionalismo internacional.

Um passo já foi dado nesse sentido, com o Tratado de Roma, de julho de 1998, para julgamentos de crimes contra a humanidade. No entanto, o projeto jurídico de um constitucionalismo mundial, que já foi delineado pela Carta das Nações Unidas, em 2015, ainda se ressent de uma política das grandes potências disposta a levá-lo a sério⁸.

Ferrajoli (2006), considera mais realista a aprovação, em Nice, na França, em dezembro de 2000, da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, que estabelece, ao lado dos tradicionais direitos civis e de liberdade, os direitos sociais.

A mencionada Carta, para a implementação de direitos ali referidos, invoca a aplicação dos princípios gerais do direito comunitário, trazendo as tradições constitucionais comuns como fonte substancial, salientando que a integração jurídica decorre da superposição de fontes comunitárias e fontes estatais, agravando a crise do princípio da legalidade em sua dimensão formal e substancial.

O panorama atual indica um caminhar do Estado de Direito para um nível supranacional, mas que conserva a estrutura constitucional articulada (plano formal e plano substancial), da legalidade ampla (formal) e estrita (substancial), apesar de não ter mais nada da antiga forma do Estado, já que desenhado pelas cartas supranacionais dos direitos. Em tal Estado faltaria um povo, uma sociedade civil e uma esfera pública europeia, que representam, afinal, os pressupostos indispensáveis do constitucionalismo e do Estado de Direito.

Bem por isso, Ferrajoli (2006) aduz que o fundamento de legitimidade para esse tipo de Estado tem que ser buscado em um valor mais importante e prévio: a igualdade de todos nas

⁸ A Organização das Nações Unidas elaborou, por ocasião do seu aniversário de setenta anos (70), em 2015, uma Carta, a ONU 70, considerada uma Constituição do Mundo, que se assenta em pilares essenciais: paz e segurança, direitos humanos e desenvolvimento, que são as grandes linhas de ação da Organização, além de cuidar da reforma do Conselho de Segurança. O ponto jurídico considerado mais importante reside na dificuldade no procedimento de mudança na Carta, que exige dois terços de maioria. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2015/10/1529571-onu-70-carta-das-nacoes-unidas-e-como-constituicao-do-mundo>. Acesso 12 jan.2021.

liberdades fundamentais e nos direitos sociais, que seriam os direitos vitais conferidos a todos e limite às leis e aos atos de governo, expressos pelas maiorias. Afirmar ser imprescindível a formação de uma identidade coletiva que mereça ser perseguida, principalmente pela unificação política, buscada principalmente na unificação jurídica, mais do que na econômica e monetária.

Afirma ele que há perspectiva de surgir um Estado Internacional de Direito, que dependa unicamente da política, e precisamente da vontade dos países econômica e militarmente mais fortes. Dependerá da política e do direito essa nova ordem: se o Ocidente se fecha, aumentam as desigualdades e a miséria e se desenvolvem novos fundamentalismos, guerras e violência. Se abraça a ideia, no sentido de criar uma comunidade internacional, o projeto racional de uma ordem constitucional gerará paz e segurança no mundo.

Ramos (2010) aduz que o neoconstitucionalismo no Brasil é um movimento antipositivista, e não pós-positivistas, em que pese os doutrinadores e juristas que o pregam assim afirmarem, como mera estratégia deslegitimadora do positivismo, empregando o discurso fluido do moralismo jurídico, para que prevaleça valores, como uma espécie do que o autor denomina de justanaturalismo mitigado.

O mencionado autor, citando Dimoulis, afirma que “na prática, a rejeição ao positivismo jurídico oferece uma espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considere mais adequado”. (DIMOULIS, 2006, p. 60, apud RAMOS, 2010, p. 286). O que torna o neoconstitucionalismo um instrumento efetivo da politização da justiça e do ativismo judicial.

2.1.4 Pragmatismo Jurídico

É a teoria que, em tese, mais se prestaria para dar suporte à judicialização da política e ao ativismo judicial, uma vez que afirma que é a própria decisão judicial que confere validade jurídica às normas, à medida em que o juiz a aplica. O direito torna-se positivo após ser aplicado, e não quando a lei é promulgada pelo Parlamento. Antes disso, é mero recurso, como o são muitos outros, para que o juiz lance mão quando vai decidir.

Por essa teoria, o juiz pragmatista faz o direito. São verdadeiros criadores do direito, razão pela qual a atividade jurisdicional não diz respeito à interpretação, sendo, ao contrário, a que busca a melhor decisão, que seria aquela que corresponda às necessidades humanas e sociais, verdadeira intervenção na realidade social, criando as políticas públicas para enfrentá-la.

Ramos (2010) considera que “se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao passivismo judicial, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador”. (RAMOS, 2010, p. 308). As ideias principais da teoria são, conforme Pogrebinski (2005), o antifundacionalismo, que nega que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua e imutável; o consequencialismo, que traduz o olhar para a frente, para o futuro, e o contextualismo, que reivindica a atenção ao contexto, sejam as ideias derivadas de crenças políticas, religiosas, científicas, etc. Os juízes pragmatistas rejeitam um suposto dever de sujeição em relação ao direito posto e o considera até como uma restrição à atividade jurisdicional.

O expoente dessa teoria, no âmbito jurídico, é Richard Posner. Frise-se, no entanto, que Posner, além de ser um dos principais teóricos da análise econômica do Direito, desenvolveu sua teoria levando em consideração a sociedade norte-americana, tendo salientado a necessidade de se analisar as consequências de uma decisão judicial em todo o contexto do caso, inclusive o econômico.

A teoria, em que pese reconhecer a discricionariedade do juiz, afirma que este deve exercê-la afastado de considerações morais ou políticas, atendo-se aos fatos, sendo que toda a sua análise decorre de um estudo interdisciplinar entre várias áreas, em especial a economia. Então, considera-se no presente trabalho que apenas aparentemente é uma teoria que dá respaldo à discricionariedade judicial, já que o pragmatista questiona as consequências reais de determinado ato ou comportamento.

Conforme Dias e Melo Neto (2018), Posner faz uma clara distinção entre o pragmatismo de cunho filosófico e o pragmatismo cotidiano, aduzindo que o primeiro não contribui necessariamente, de forma operacional, para o direito. Por isso, também se denomina de antifundacionista, ressaltando que não há premissas apriorísticas que formem uma base universal. Na verdade, para o pragmatismo, é preciso tudo desconstruir, a começar pelo entendimento de que haveria uma teoria unificada que poderia vir a servir como base para decisões judiciais.

Para os pragmatistas, a solução de controvérsias, em uma democracia, não deve partir de um posicionamento abstrato para alcance de eventual consenso sobre modelo ideal, porque inalcançável, mas sim da análise da situação como ela se apresenta. A solução do caso concreto afastaria o *dever ser* que não esteja em acordo com a realidade concreta.

2.2 O Poder Judiciário como mecanismo de contrapoder e a separação dos poderes como mecanismo da democracia.

Depois do registro, no item anterior, das teorias jurídicas mais relevantes que orientam o tipo de Estado e a respectiva relação com a jurisdição, em especial no que tange à evolução do papel do Poder Judiciário, cumpre aqui examinar como esta desenvolve a função de contrapoder, bem como de que maneira se atribui ao mencionado Poder este papel, diante da teoria da separação dos poderes, e de como tal atribuição pode afetar a democracia.

No Brasil, a função de contrapoder decorre do papel de guardião constitucional, reservada ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, posto que em se tratando de uma federação, fazia-se mister uma justiça constitucional, para controle de todas as normas, em especial às advindas dos demais entes da federação, de forma a dar unidade ao ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Assim, toda a normatividade, devidamente escalonada, encontra seu fundamento de validade na própria Constituição.

Paralelamente à ampliação dos pilares da democracia, a justiça constitucional ampliou sua função de *check and balance*, trazendo para sua proteção, inclusive em face do próprio Estado, todas as novas ações de tutela dos direitos fundamentais e de proteção dos direitos das minorias, com significativa ampliação do papel do juiz.

É indiscutível o papel de contrapoder atribuído ao Poder Judiciário, que se expressa no exercício do controle de constitucionalidade das leis e de atos administrativos. Porque assim o quis o constituinte originário, é o Poder Judiciário o escolhido para a missão, e aí reside sua legitimidade, em tese, para atuar como contrapoder em relação aos outros dois poderes. Todavia, para o desiderato acima a própria Constituição delineou instrumentos prévios (instrumentos políticos, incidentes na fase da elaboração da norma, tais como aprovação na respectiva Comissão de Constituição e Justiça e o Veto, pelo Presidente da República) ou posteriores (de exclusiva competência do Poder Judiciário). Este último pode ser via controle difuso e concreto ou concentrado e abstrato.

Desde a primeira constituição republicana (1891) há previsão de controle de constitucionalidade de leis. Conforme Caggiano (2010), a gênese do controle pode ser apontada na possibilidade de intervenção federal nos casos de violação da ordem constitucional, e que sobreviveu na Constituição de 1988 como ação de intervenção¹⁰, ou ação direta de inconstitucionalidade interventiva, cuja competência para processar e julgar é do Supremo Tribunal Federal, apesar de ter perdido a importância atualmente.

Atualmente, o modelo adotado na Constituição de 1988 traz diversos instrumentos de controle, e incorporou por emendas mais alguns, inspirados mais no direito americano do que no direito

européu, o que pode trazer certa perplexidade, na medida em que o Brasil, como a maior parte dos países europeus, pertence ao *civil law*.

No direito americano, cuja Constituição tem cerca de 200 anos, é justificável a necessidade de sua atualização, para trazê-la para o momento presente, de modo a fazê-la corresponder aos anseios da realidade social contemporânea.

No Brasil, no entanto, a Constituição é muito jovem, datada de 1988, razão pela qual não se justifica o controle exacerbado, sob o pretexto de atualização à realidade social, controle esse que vem se transformando em ativismo.

O menu de opções de instrumentos constitucionais é grande: ações de controle direto e controle difuso de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, Arguição de descumprimento de preceito fundamental e até os remédios constitucionais do mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular, além das Súmulas vinculantes, posto que estas últimas, quando no âmbito criminal, passam também a ser fonte formal do Direito penal.

De acordo com alguns doutrinadores, é o déficit democrático da política, decorrente da omissão dos demais poderes, que impulsiona a intervenção do Poder Judiciário de forma ativista. No entanto, quanto à omissão legislativa, a Constituição previu remédio específico para combatê-la: o mandado de injunção.

Bem por isso, Caixeta (2015) aduz:

A propósito, a atenção maior é dada aos instrumentos processuais positivados no nível constitucional para combater o silêncio do legislador. Há, é certo, discussão sobre a inclusão das normas programáticas no rol de imposições constitucionais e outras envolvendo os direitos que podem motivar a impetração de mandado de injunção. Mas ainda não se elaborou uma resposta definitiva, ou pelo menos segura, sobre o que deve entender por um silêncio vulnerador da Constituição (CAIXETA, 2015, p.13).

¹⁰ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (EC nº 14/1996 e EC nº 29/2000)

(...)

VI- prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

De forma que, além do mandado de injunção, inexistente na Constituição regra que permita ao Poder Judiciário, diante de uma omissão legislativa, invadir a esfera do Parlamento. Assim, a autorização genérica contida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que mais do que uma autorização, constitui um direito fundamental estabelecido em cláusula pétrea, esbarra com a

também cláusula pétrea de proteção à separação dos poderes, conforme o parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Ferreira Filho (2012) reconhece, não sem crítica, o novo papel político do Supremo Tribunal Federal:

É preciso registrar que o Supremo Tribunal Federal, particularmente na última década, vem assumindo um papel político que não decorre estritamente do texto constitucional. Isto se manifesta, ora ao assumir o papel de legislador, substituindo-se ao Congresso Nacional, ora ao desempenhar o papel de poder constituinte derivado, estabelecendo normas constitucionais que não estavam inscritas na letra da Carta. (...) Na verdade, esse fato insinua uma importante transformação no sistema constitucional brasileiro. Ademais, por um lado, manifesta um certo ativismo – que hoje está presente em todo o Judiciário brasileiro (que bem analisa o Prof. Elival Ramos no livro *Ativismo judicial*, Saraiva, 2010). Por outro, traz um grave risco de politização que fere a imparcialidade sempre necessária à Justiça. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 206).

Quanto à separação de poderes, importa salientar que a teoria de Montesquieu para muitos está ultrapassada. Caggiano (2010) ressalta que ela é alvo de críticas desde o século passado, quando então o Poder Judiciário passou a produzir decisões de conteúdo político, fazendo com que esse Poder crescesse em importância, especialmente no Brasil.

Dallari (1995) é um dos críticos à vetusta teoria. Afirma ele que a separação de poderes foi concebida em um momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Hoje, ao contrário, a evolução social criou novas exigências, reconhecendo novos direitos e passando a exigir a ampliação da ação do Estado.

Ferreira Filho (2012) registra que a tripartição de poderes de Montesquieu não tem rigor científico, e retratou uma realidade da Inglaterra que nem mais permanecia a mesma quando retratada pelo filósofo no século XVIII, uma vez que ali vigorava o parlamentarismo, onde inexistia a independência do Executivo.

Aqui se defende que apesar desses argumentos, e ainda que se considere que a separação dos poderes não é absoluta, o fato é que o mecanismo tem por objetivo não apenas limitar a ação do Estado, mas assegurar, com a limitação, a liberdade individual, que é um dos fundamentos da democracia moderna. Continua a ser, portanto, importante instrumento de equilíbrio entre os pilares da democracia.

Efetivamente, é com a limitação do Estado, especialmente quando se cuida de um Estado com o sistema de governo presidencialista, que se consegue alcançar o objetivo primordial de garantir a expressão do primeiro pilar da democracia, a liberdade, impedindo que o Estado a usurpe dos cidadãos.

Tanto é assim que é considerado como um dogma, positivado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ainda que com o objetivo de afastar o despotismo do *ancien régime*, o outro lado da moeda é, e continua sendo, o de assegurar a democracia. O princípio foi idealizado por Montesquieu, inspirado na teoria esposada por John Locke (1994), e preconiza que as atribuições dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial deveriam ser adjudicadas a pessoas diferentes, de forma a limitar cada um desses Poderes. Hoje, o mundo jurídico conhece a teoria explanada na obra “Do Espírito das Leis”, de Montesquieu (2000), como base fundamental da democracia moderna.

De se registrar que o Poder Judiciário não foi idealizado pelo filósofo como ora se apregoa. Ressalta Lembo (2019a, s/p.) que “Montesquieu concebia o juiz como mero aplicador das leis criadas pelos legisladores. O magistrado não podia inovar o texto positivo de acordo com as circunstâncias e suas peculiaridades”.

Para Montesquieu (2000), que examinou os princípios sobre os quais se fundamentava a Constituição da Inglaterra, a técnica serviria para impedir que o detentor de cada uma das funções extrapolasse no exercício delas. Assim, deveria existir verdadeira harmonia entre eles, o que se conseguiria pela atuação conjunta e indivisível de três órgãos, cada um com as suas funções definidas.

De se ressaltar que a separação de poderes, mais do que um dogma, é a verdadeira pedra de toque da democracia. Mesmo que a teoria, em sua origem, não tenha sido concebida como um modelo fechado, onde cada poder exerceria única e exclusivamente sua função. Hodiernamente, o modelo atribui, em todas as constituições contemporâneas, funções típicas e atípicas aos poderes constituídos.

A função atípica é o resultado do exercício de atribuições que não lhe são primordialmente próprias, e que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm agregado, de forma cada vez mais crescente, às suas competências de origem, até como decorrência da transformação do Estado de Direito (liberal) em Estado do bem-estar social (*welfare state*), não se desconhecendo que tal transformação arrefeceu, mas não eliminou, o princípio da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário.

O exercício de funções atípicas, em especial pelos poderes políticos, torna-se cada vez maior na medida em que o Estado Democrático se transforma em Estado Social, pela exacerbação dos encargos da intervenção legislativa, transferidos ao Poder Executivo e seus órgãos derivados, e toda uma série de entidades e agências, com funções normativas secundárias.

Evidentemente que tal exacerbação se refletiu também no Poder Judiciário. As funções dos magistrados se multiplicaram, com um incremento desmedido dos poderes do juiz, que passou a exercer funções antes atípicas (em especial a de legislar), como se típicas fossem. Assim, as funções atípicas que sempre foram manejadas como mecanismos que a doutrina denomina de “freios e contrapesos” (*check and balance*), e estão estabelecidas em diversos artigos da Constituição Federal, passaram a ser exercidas ordinariamente.

O juiz assume uma nova missão, em virtude da ampliação da esfera de interpretação. A justiça constitucional dirige-se a um papel de orientação e de proteção das regras soberanas insculpidas na Constituição, e encontra-se em constante mutação.

Para parte da doutrina, como acima se destacou, o escopo da Constituição é o de tutelar os direitos fundamentais e servir de obstáculo a alterações políticas de interesse da maioria, tendo por principal elemento protetor o princípio da legalidade.

Mas o constitucionalismo passa por remodelações, e hoje defende-se que o Judiciário passe a ser também o guardião da democracia, especialmente diante dos novos contornos dos direitos de cidadania, trazidos pelo neoconstitucionalismo, que assume postura descompromissada com o princípio da segurança jurídica, como se essa fosse alheia às necessidades democráticas.

No entanto, a segurança jurídica é elemento vital em uma democracia, havendo uma dicotomia contraditória em se afirmar, ao mesmo tempo, a posição de guardião da de democracia pelo Judiciário, e a postura descompromissada com o princípio da segurança jurídica, já que esse princípio é também um suporte para a pedra fundamental da democracia, que é a liberdade.

É que a segurança jurídica é uma das faces do princípio da legalidade, que está sacramentado no art. 5º, II da Constituição Federal, uma vez que é a lei que retira a incerteza em relação ao que se está obrigado, ou não, a fazer. Deixar a criação de regras ao alvedrio do juiz traz em si, especialmente diante da cambiante jurisprudência dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal (vide a mudança de jurisprudência sobre a prisão em segunda instância, em curto espaço de tempo), um alto grau de incerteza e de insegurança jurídica.

Os processos deliberativos democráticos estão sendo conduzidos pelas instituições judiciais, o que transforma os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas e negativas dos cidadãos. No entanto, o canal da democracia representativa nunca deixou de ser o Parlamento.

3. JUDICIALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA

Toda e qualquer expressão de poder, em canal diverso do usualmente utilizado em uma democracia representativa, pode redundar em perigo para a democracia, especialmente quando a justificativa é exatamente a defesa da mesma. De fato, toda e qualquer instituição que exerça o poder fora dos limites constitucionais, invadindo a esfera de outro, em especial quando a invasão se dá na esfera parlamentar, estará se apropriando da vontade do povo, sem que permita a sua efetiva manifestação e representação.

No presente capítulo conceitua-se os fenômenos mencionados, abordando as sutis distinções e semelhanças entre eles. Após, indica-se os princípios judiciais que informam uma democracia, traçando um retrato do Poder Judiciário no Brasil, para concluir que tais princípios democráticos, manejados de forma exacerbada e perigosa, o que ocorre sob a ótica dos fenômenos apontados, pode representar um risco para a democracia.

3.1 Conceitos e diferenças entre judicialização, judicialização da política e ativismo judicial

Primeiramente, é importante conceituar cada um dos fenômenos, porque efetivamente são distintos, em que pese serem concêntricos, desdobramentos um do outro, e que se retroalimentam entre si, gerando desequilíbrio entre os Poderes e trazendo consequências nefastas para a democracia.

Os fenômenos se entrelaçam, mesmo que catalogados em vocábulos distintos, especialmente no que diz respeito ao fato de que todos eles contribuem para o esvaziamento da democracia, cuja análise é o objeto do presente trabalho. A judicialização é o mais abrangente. Traduz um fenômeno mundial, quiçá consequência do globalismo, como mencionado no item 2.1.3, pelo qual toda e qualquer questão, ao invés de ser solucionada pelo poder competente, seja o Poder Legislativo, seja o Poder Executivo, é levada ao Poder Judiciário.

No Brasil o fenômeno é muito forte, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é extremamente abrangente, tratando não apenas de questões de organização do Estado, mas também de temas que permeiam todos os debates sociais da atualidade, fazendo com que praticamente todas as demandas da sociedade se transformem em matéria prima constitucional, excluindo-as do Parlamento.

Barroso (2012), aponta três fatores que levam à judicialização no Brasil: a redemocratização, o constitucionalismo abrangente e a incorporação de um sistema híbrido ou eclético de controle de constitucionalidade.

O movimento, no Brasil, tardio em relação aos demais países da América Latina, veio em especial a partir da Constituição de 1988, depois do largo período do regime militar.

De fato, é importante frisar que a redemocratização foi um dos fatores que fez eclodir a judicialização no Brasil, porque depois de mais de vinte anos de regime militar, o país clamava por democracia, que veio sedenta e impregnada do constitucionalismo de outras plagas. Era preciso tudo regrar para que não se vivesse novamente, em figura de linguagem adotada em todo o mundo para designar regimes autoritários, os “anos de chumbo” passados.

A partir de 1985 a sociedade pediu eleições diretas. Mas foi ainda um Colégio Eleitoral o responsável pela escolha do primeiro Presidente civil, depois de os militares permanecerem durante 21 anos no Poder, a quem coube a tarefa de instalar a Assembleia Constituinte em 1º de fevereiro 1987, tendo a Constituição sido promulgada em 5 de outubro de 1988.

Paradoxalmente, em razão de tudo ali estar regrado, o resultado foi outro: a Constituição demasiadamente abrangente fez do Poder Judiciário o guardião de praticamente tudo que se passa no país, pela via de controle de constitucionalidade de quase tudo, assumindo um exorbitante papel de contrapoder, limitador dos demais poderes, sempre justificando a sua legitimidade no art. 5º XXXV.

Para Barroso (2012), é possível concluir que a judicialização é algo inevitável, já que decorre da constatação do que vem acontecendo na contemporaneidade, justamente em razão da consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que viabilizam um maior número de demandas, que sempre escoarão para o Judiciário. É antes de tudo, uma questão social, que independe da vontade do órgão julgante.

Tassinari (2013) ao citar Tate e Valinder (1995) acrescenta as seguintes condições que justificam o fenômeno:

a) Transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria” (...), adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante; b) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização; c) a (falta de) implementação de políticas públicas, apesar da existência de um vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; d) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na Constituição; e) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político (...) f) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa

um problema na condução da administração; e, por último, g) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador), ao invés de definir lei que proíba (ou permita) certas questões de grande divergência social, atribui-se tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 194, apud TASSINARI, 2013, pos. 794-806).

Assim, é certo que a crescente judicialização nasceu principalmente do fenômeno da constitucionalização. Hirschl (2009), aponta que o movimento, que denominou de “empoderamento” do Judiciário, veio com o movimento de reconstrução política no pós-guerra (Segunda Guerra Mundial), que trouxe, por exemplo, a revisão constitucional no Japão, em 1946, a nova Constituição da Itália, com a implementação de sua Corte Constitucional em 1948, a adoção da Lei Fundamental da Alemanha e o estabelecimento do Tribunal Constitucional Federal de 1949, o surgimento da Constituição Francesa e do Conselho Constitucional de 1956. Esse movimento foi ampliado também com os processos de descolonização do pós-guerra no mundo, com proclamações de novos Estados soberanos, em especial os ocorridos no séc. XX, com o surgimento de novas constituições, muitas delas já implementadas sob o modelo da democracia ocidental e incorporação de padrões supranacionais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que deram relevo especial ao controle de constitucionalidade.

Hirschl (2009) classifica a judicialização em categorias abrangentes. A primeira dissemina discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos ambientes de elaboração de políticas públicas.

Na segunda categoria, a judicialização da própria elaboração dessas políticas públicas, pela via do controle judicial de constitucionalidade de leis e atos administrativos e a terceira espécie, a que o autor denomina de “judicialização pura”, que traduz a transferência, para os tribunais, de assuntos de natureza nitidamente política, como por exemplo, o debate sobre regimes e identidades coletivas que muitas vezes dividem comunidades inteiras.

Barroso (2012) aduz que até a adoção de ritos e padronizações administrativas buscam se utilizar do que denominam de “judicialização orgânica” e “juridificação”. O último termo é mencionado por Habermas (1999) como uma tendência que se observa nas sociedades modernas de um aumento na produção do direito escrito, pela regulação jurídica de novos temas sociais, mesmo os já reconhecidos de maneira informal, ou os já regulados por uma lei global, que é desdobrada em várias matérias específicas e individualizadas.

Assim, conclui-se que o excessivo regramento e atomização da respectiva origem, que deixou de ser apenas o Parlamento, bem como o fenômeno da constitucionalização, e depois o

neoconstitucionalismo, introduziram na sociedade a esperança de um pacto de concretização das “promessas constitucionais” democráticas, buscada no âmbito do Judiciário, o que certamente trouxe, como consequência, fissuras no próprio pacto democrático.

O Poder Judiciário se transforma em estufa dessas promessas, que muitas vezes necessitariam do debate político no âmbito que lhe é próprio para amadurecerem de forma democrática, com escolhas políticas exercidas pela representação dos interesses do povo.

Quanto à judicialização da política, fenômeno que algumas vezes é designado pelo gênero “judicialização”, afirma-se que seu conceito engloba os elementos direito, política e jurisdição. Da articulação do elemento político com o jurídico, atuando esse último como limitador do primeiro, surge o fenômeno. O Poder Judiciário, por sua vez, surge como instituição aplicadora desse limite.

Para Tassinari (2013), com a judicialização da política,

A política deixa de ser a mola propulsora para a constituição jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de argumento corretivo do Direito, o que ocorre pela via judicial, naquilo que Lenio Streck denomina de “predador externo da autonomia do Direito” (TASSINARI, 2013, pos. 398).

É um fenômeno que decorre da fragilização do Poder Legislativo e do Poder Executivo, com a concomitante ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno se espalhou a partir da Segunda Guerra, e decorreu do descrédito do Poder Legislativo, em razão das transformações do Estado de Direito em Estado social de Direito e, posteriormente, no Estado democrático de Direito, gerando movimentos constitucionalistas e neoconstitucionalistas em todo o mundo, especialmente em países em transição democrática, pós regimes autoritários, ciosos em adotar constituições modernas.

O fenômeno, nos Estados Unidos, é antigo, verdadeiro legado do exercício do controle de constitucionalidade desde o emblemático caso *Marbury v. Madison*, em 1803, com a criação do “judicial review”⁹. Contudo, não se deve ignorar que a Constituição americana é pequena, originalmente com apenas sete artigos, foi emendada, desde 1789, apenas 27 vezes, e a interpretação jurisprudencial mais ativa faz-se necessária dentro do próprio sistema de direito

⁹ Conforme Stern (2016), “o *judicial review*, cujo *leading case* é inquestionavelmente o caso *Marbury v. Madison*, apesar de sua construção e consequências jurídicas fundamentais, nasce como um artifício político das hábeis mãos do *chief justice* Marshall” (p. 194).

da *common law*, no qual a jurisprudência ocupa o papel de fonte principal de Direito, e também para fazer a necessária atualização da vetusta Constituição à realidade social.

No entanto, tal justificativa não condiz com a realidade brasileira. De fato, a Constituição de 1988, comparativamente recentíssima, é extremamente analítica, e já sofreu acréscimos por intermédio de 116 emendas, sendo 108 emendas constitucionais ordinárias, 6 emendas de revisão e 2 tratados internacionais aprovados e incorporados a ela.

O terceiro fenômeno abordado na presente seção é o ativismo judicial, o que para Barroso (2012), é uma forma de interpretar a Constituição, extraindo a máxima potencialidade do texto constitucional, expandindo seu sentido e alcance. Acrescenta-se se tratar de uma experiência subjetiva e cambiante do Poder Judiciário, na análise do caso concreto, em uma interpretação proativa.

A doutrina, conforme Barroso (2012), aponta várias situações que configuram, em tese, o ativismo. As mais lembradas são: 1) a que anula ato normativo cuja constitucionalidade é defensável, afastando a presunção da constitucionalidade da lei (*in dubio pro legislatore*); 2) a que atua criando ou ampliando judicialmente o direito; 3) a que adota metodologia interpretativa diferente da geralmente aceita; 4) quando os Juízes e Cortes julgam orientados pelo resultado e 5) quando a atividade judicial não se enquadra à orientação consolidada pela jurisprudência.

Barroso (2012) aponta três condutas adotadas por um juiz ativista: 1) aplicação direta da Constituição, ainda que diante da inexistência de disposição legislativa; 2) declaração de inconstitucionalidade, com base em critérios menos rígidos e 3) imposição de condutas ao Poder Público, havendo uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Analisando os argumentos acima, Ferreira Filho (2020) aduz que o ativismo judicial é uma verdadeira militância contra o direito positivo, e considera que as condutas mencionadas traduzem verdadeira confissão de que:

- 1) o ativista despreza o Estado de Direito, cujo primeiro princípio é o da legalidade;
- 2) a declaração de inconstitucionalidade fica à mercê de critérios subjetivos;
- 3) o ativismo invade a esfera dos demais Poderes, portanto, da governança, contrariando a separação dos poderes. (FERREIRA FILHO, 2020, p. 180)

Na prática, o ativismo judicial traduz, conforme Ramos (2010), o avanço, pelo Poder Judiciário, na função legislativa e na função administrativa. De forma que uma decisão judicial é ativista quando usurpa o papel do legislador e do administrador. Muitas vezes, de ambos. De outro ponto de análise, conforme Francisco (2012), o conflito se dá entre a visão kelseniana do direito (da estrutura normativa da lei) *versus* a aproximação do direito normativo à realidade. No entanto, segundo a visão de Kelsen (2006), quando existe um fundamento de validade de uma lei contido na Constituição, o Tribunal Constitucional deve aplicá-la, ainda que existam outros fundamentos extraídos da realidade que poderiam indicar uma solução diversa e que pareça mais justa.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal visivelmente vem se afastando da visão kelseniana, apesar de membros da própria Corte reafirmarem a atualidade das teorias de Kelsen, usando em várias decisões ¹⁰, quando assim o desejam, o bordão nitidamente kelseniano: *não cabe ao juiz atuar como legislador positivo*.

Basile (2011) entrevistou alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal para o jornal Valor Econômico, sobre a atualidade da teoria de Kelsen. O Ministro Ricardo Lewandowski¹¹, reconhece que o professor alemão, considerado o pai do constitucionalismo, era mais comprometido com a letra da lei. E se questiona se não seria a hora de se retomar uma releitura de suas ideias.

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado cada vez mais de decisões aditivas, que consistem nas decisões de acolhimento que não só julgam a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio gerador da inconstitucionalidade.

Veja-se como exemplo o estabelecimento de condições, pelo Supremo Tribunal Federal, para que se efetive pesquisas com células-tronco. Também a definição de regras para a

¹⁰ Entre outras, nas decisões RE 1259614, AI 494225, RE 709315 AgR e ARE 787994 AgR, na primeira página de pesquisa de jurisprudência com as palavras “legislador positivo”, no site do STF. Disponível em https://eur05.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fjurisprudencia.stf.jus.br%2Fpages%2Fse-arch%3Fbase%3Dacordaos%26pesquisa_inteiro_teor%3Dfalse%26sinonimo%3Dtrue%26plural%3Dtrue%26radicais%3Dfalse%26buscaExata%3Dtrue%26page%3D1%26pageSize%3D10%26queryString%3Dlegislador%2520positivo%26sort%3D_score%26sortBy%3Ddesc&data=02%7C01%7C%7Ce49bcda2e37b466871fe08d85d85d484%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637362176654885915&sdata=d0qYTEJ1Q0ixRbAYGstrMIxOK%2FcXGYfckZvclPh%2FnOA%3D&reserved=0. Acesso 22 set. 2020.

¹¹ Em entrevista ao jornalista Juliano Basile, do jornal Valor Econômico, os ministros do Supremo foram ouvidos acerca de Hans Kelsen, pai das Cortes constitucionais. Em 29 de agosto de 2011. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/140248/ministros-do-stf-comentam-atualidade-das-teorias-de-hans-kelsen>. Acesso 21 set. 2020.

demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, casos emblemáticos lembrados pelo jornalista.

As sentenças aditivas podem ser consideradas como invasão do Poder Judiciário na esfera do Poder Legislativo e do Executivo, respectivamente quanto à normatização primária e secundária.

Nobre Jr. (2006), ao citar Zagrebelsky (1977), acrescenta mais um ingrediente ao problema da intromissão nas competências alheias de poderes diferentes: a intromissão *interna corporis*, pela qual a Corte Constitucional invade competência reservada aos juízes ordinários:

Em suma, não parece possível sair deste dilema: se a norma está presente no sistema, compete aos juízes (todos os juízes) extraí-la; caso não exista, compete ao legislador (somente ao legislador) estabelecê-la. Intervindo, ao invés, a corte constitucional, no primeiro caso, viola a esfera de competência dos juízes; no segundo caso, a do legislador. Quanto à possível usurpação da função legislativa – que, diga-se de passagem, até bem pouco não vem encontrando maiores resistências do Parlamento – , a doutrina engendrou dualidade de argumentos que tornam tal alegação com viabilidade apenas aparente. (ZAGREBELSKY, 1977, p.161 apud NOBRE JR., 2006, p.124)

Nobre Jr. (2006) vai além, afirmando que, ainda que superadas as críticas acima mencionadas, a atuação monopolista do Legislativo em alguns espaços legais é uma realidade, o que ocorre em matéria penal, tributária e de extensão de benefícios que implica criação de despesas a serem cobertas pelo orçamento público ¹².

Vistos tais conceitos, e ressaltando que estão todos intimamente relacionados ao ponto de se concluir que um deriva do outro, em processo de moto-contínuo, de retroalimentação constante, aborda-se a seguir os pontos de divergência entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Primeiramente, registre-se que os critérios usados na conceituação de cada um dos fenômenos nem sempre permitem fazer a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial, especialmente quando se considera que os fenômenos estão intrinsecamente ligados, decorrendo do fenômeno mais amplo da judicialização.

¹² Conforme Leitão (LEITÃO, 2020, p.15), o Tribunal de Contas da União, entre 2017 e 2018, apurou que o total de despesa oriunda de benefícios judicializados foi de R\$ 92 bilhões, o que corresponde a 15% do pagamento total de benefícios (TC 022.354/2017-4 e apensos). O custo processual do sistema de judicialização, no ano de 2016, foi de R\$ 4,66 bilhões, valor equivalente a 59% do custo operacional do INSS, que foi de R\$ 7,76 bilhões.

A principal distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial diz respeito à circunstancialidade e temporalidade do primeiro fenômeno, e cuja ocorrência se daria apenas quando as manifestações dos demais Poderes fossem insuficientes. O ativismo judicial, ao

contrário, conforme Tassinari (2013), não é circunstancial e tampouco temporal, já que decorre de postura interna, do elemento volitivo do juiz, individual ou coletivamente, no exercício da jurisdição.

Em que pese se mencionar que ambos nascem do excesso de judicialização, e que esta tem como sustentação teórica o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, não se pode imputar, no Brasil, apenas ao controle de constitucionalidade a origem dos fenômenos, já que o mecanismo existe desde a primeira Constituição republicana, sendo que inexistia antes de 1988 esse viés de excessiva judicialização ou os fenômenos de judicialização da política e ativismo judicial.

De fato, os três fenômenos são bem atuais e ganharam força a partir da Constituição de 1988, assumindo o Estado um papel centralizador e dirigente, cuja concepção fora apregoada pelo constitucionalista português Canotilho, na teoria do dirigismo constitucional.

De se registrar que mesmo CANOTILHO (2008) (apud TASSINARI, 2013 pos. 659), mudou sua posição e revelou uma espécie de desencanto e de decepção com o dirigismo constitucional, que teria elevado a Constituição ao patamar de uma bíblia de promessas, muitas delas não cumpridas, reconhecendo que o problema do dirigismo constitucional é justamente o de ter imputado ao Estado a direção. A autora registra:

Para Canotilho, o problema do dirigismo constitucional é ter colocado o Estado como “homem de direção”, causando uma excessiva centralização estatal, que, segundo o autor, traz prejuízos: tanto por desconsiderar o alto grau de diferenciação da estabilidade pluralisticamente organizada, bem como por esquecer-se, assim, de outros meios de direcionamento social (TASSINARI, 2013, pos. 653)

Maia e Costa (2015), analisando o dirigismo constitucional, teoria que conferiu excessivo poder ao Judiciário, registraram a incapacidade de resposta do modelo ao pluralismo cultural típico das democracias, especialmente no Brasil, país periférico de dimensões continentais e de escassos recursos.

A judicialização da política e o ativismo judicial, decorrem da atuação invasiva do Judiciário, sendo parentes próximos, decorrentes que são de uma mesma origem: o excesso de judicialização.

Um fator que leva à percepção de que se trata de fenômenos equivalentes nasce da análise da teoria de Konrad Hesse, da força normativa da Constituição.

Hesse (1991) defende que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas, já que reflexos das relações dos reais fatores manejados pelos grupos de poder dominantes em determinada sociedade, como se estivéssemos diante de duas Constituições: a real e a jurídica, devendo prevalecer, para ele, a jurídica, sob pena de descaracterização da própria ciência jurídica.

No entanto, a relação entre a judicialização e o ativismo judicial é claramente do tipo causa e efeito: o ativismo nasceu da excessiva judicialização, resultado da prevalência da Constituição e da excessiva constitucionalização de praticamente tudo, inclusive de matéria política, e com o uso de princípios abertos e de conteúdo vago, com direitos fundamentais, sociais e individuais, neles escorados.

Hesse (1991) observa que a simples ideia de uma Constituição real, que alberga o elemento político, não significa coisa diversa do que a própria negação da Constituição jurídica, e que tal negação ressalta a contradição existente entre o Direito Constitucional e a própria essência da Constituição.

Não obstante, os pressupostos de eficácia da Constituição devem ser analisados de modo a diminuir a dicotômica separação entre o ser e o dever ser, para que tenha uma força ativa dirigida à concretização de direitos. A própria Constituição tem uma vontade própria, de onde retira sua força normativa, para além da vontade do poder político que a gestou.

Todavia, é questionável até que ponto, no âmbito do regime democrático, a vontade própria da Constituição, especialmente quando muitos dos direitos ali estabelecidos são vazados em princípios abertos, e diuturnamente vem sendo aplicados de forma direta, pode anular a expressão da vontade do poder político, expressa na democracia representativa.

Quando da análise das teorias jurídicas, viu-se que algumas aduzem que a norma jurídica não se encontra em um texto legal, como afirmam os positivistas, mas é criada pelo juiz quando interpreta e aplica-a no caso concreto, pensamento este abraçado pela teoria estruturante do Direito, no bojo do neoconstitucionalismo, que afirma a existência de um ordenamento jurídico aberto a valores interdisciplinares, estranhos ao sistema jurídico, ou pelo pragmatismo, que foca no resultado, desconstruindo os caminhos existentes *a priori*.

Essa ampliação desmesurada e o exercício do poder político pela magistratura foi denominada por alguns de “juristocracia”, e até mais especificamente, por Vieira (2008) de “Supremocracia”.

Vieira (2008) registra que alguns veem a ampliação do papel do judiciário como uma decorrência do encolhimento da democracia representativa e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas Constituições contemporâneas, em razão do fenômeno do constitucionalismo, movimento esse exacerbado com o neoconstitucionalismo.

Pode-se afirmar que hoje a situação é ainda mais gritante e paradoxal. Recorre-se em excesso ao Poder Judiciário, como se fosse ele o último guardião da democracia. Aí reside o paradoxo: ao mesmo tempo em que se busca a efetivação de direitos fundamentais constitucionais, ainda não regulados e regulamentados pelos Poderes Legislativo e Executivo, ou mesmo para, em tese, suprir lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Poder Judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia.

Esta, aliás, é a tese de Garapon (1999). Dessa postura ativista decorre o que se pode vislumbrar como “populismo judicial”, registrando-se que no Poder Judiciário o fenômeno é distinto do que ocorre nos demais poderes e ocorre pela apropriação do discurso populista no âmbito da própria jurisdição.

Com efeito Garapon registra a íntima ligação do fenômeno com a transformação da própria democracia. Registra ele:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. O que aconteceu, então, nesta última década? A origem desse movimento se encontra mais no investimento do direito no imaginário democrático do que no próprio direito. Ele converteu-se na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça. (GARAPON, 1999, p. 39).

Tassinari (2013) apregoa a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial, registrando que o último é ato de vontade do juiz, dentro do próprio Judiciário, enquanto a excessiva judicialização nasce externamente, não dependendo dele, portanto, a solução do problema.

No entanto, pondera-se aqui que, como se disse alhures, além de nascer da excessiva judicialização, o ativismo é instrumento que dá alento ao fenômeno. Incentiva-o a crescer, retroalimentando-o e instrumentalizando-o com remédios que, em tese, seriam democráticos,

mas cuja aplicação tem efeito contrário, fazendo a régua democrática pender para extremos, danificando a insipiente democracia brasileira.

Afirmou-se acima que os fenômenos da judicialização, da judicialização da política e do ativismo judicial estão intrinsecamente ligados e que se retroalimentam, o que foi observado por Pierdoná (2019), que sustenta:

A excessiva judicialização, ao menos no que tange aos direitos integrantes da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), é fruto, principalmente, do ativismo judicial. Isso porque, embora a Constituição determine que cabe ao Poder Legislativo definir os benefícios e serviços, o Poder Judiciário tem determinado a concessão de prestações mais generosas, divergentes daquelas previstas nas leis e implementadas pelo Poder Executivo. (...). Efetivamente, não há porque não tentar. Isso também contribui para o aumento significativo da judicialização dos direitos sociais. (PIERDONÁ, 2019, p.175).

Tassinari (2013), trazendo mais elementos para fazer a distinção entre ativismo e judicialização da política, afirma que o problema do primeiro é exclusivamente jurídico, enquanto o da segunda, não.

É fato que o ativismo decorre da manifestação de vontade do julgador. Mas, em escala maior, a judicialização da política outra coisa não é do que o Poder Judiciário, seja um membro isolado, seja a instituição como um todo, pelos seus colegiados, tomar para si a vontade do legislador, fazendo-a sua.

É possível concluir a presente seção aduzindo que os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial se equivalem, ainda que distintos, para fins de percepção de que contribuem para o esvaziamento da democracia. Retroalimentam-se continuamente, de forma que se pode afirmar que são um só, em determinadas situações.

Ambos nascem da excessiva judicialização e contribuem para aumentá-la ainda mais. Todos, de alguma maneira, conduzem ao desequilíbrio dos pilares da democracia, na medida em que descumram de princípios democráticos.

De fato, como um verdadeiro inimigo íntimo da democracia, porque engendrados dentro do próprio Estado e no seio da democracia, pela apropriação de seu discurso, termo tomado de empréstimo de Todorov (2012), instrumentos que foram gerados para democratizar a jurisdição têm se prestado ao ativismo.

3.2 Princípios democráticos no Poder Judiciário

O regime democrático é aquele fundado na soberania popular, que se expressa principalmente, mas não exclusivamente, pelo voto. De fato, com o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo foram acrescentadas novas exigências para que se afirme que um determinado Estado vive sob um regime democrático. A partir dessas teorias é preciso que o objetivo primeiro do Estado seja o respeito, sem reservas, aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Todavia, um requisito não exclui o outro. De forma que se questiona qual o fundamento que compatibiliza o Poder Judiciário com a democracia, uma vez que os juízes não são eleitos pelo povo. Assim, é necessário refletir sobre os princípios gerais que regem uma democracia bem como sobre os princípios específicos dirigidos ao Poder Judiciário.

Comparato (2004) admite que a ausência do sufrágio pode ser suprida pelo respeito moral e prestígio público que o Poder Judiciário goza na sociedade, o que os romanos denominavam de *auctoritas*. Assim, para ele, a compatibilidade da jurisdição com o espírito democrático funda-se especialmente na independência e na responsabilidade da instituição e dos juízes que a compõem, assim como na própria prestação da jurisdição, que deve estar sempre atenta aos ditames constitucionais, estabelecidos pelos constituintes eleitos pelo povo. No entanto, o direito legitimamente posto pelo Parlamento muitas vezes é deixado de lado, em interpretações aleatórias e subjetivas dos magistrados, que comprometem o princípio da segurança jurídica, em nome de uma justiça concreta e com o manejo de princípios abertos e direitos elencados de uma maneira vaga, como em um catálogo de ideário, na Constituição Federal. É o que constata Guedes (2012), conforme aduz:

Entretanto, diante da específica qualidade do afazer judiciário, caracterizado nas democracias ocidentais por uma independência institucional e legal no poder de proferir decisões, essa maior desenvoltura política dos órgãos jurisdicionais acaba por suscitar uma série de graves problemas à vida das democracias, entre os quais, certamente, se destaca a incapacidade do público para lidar com agentes públicos que passam a tomar decisões políticas sem que, entretanto, estejam submetidos a um regime de “political accountability” (responsabilização política). De fato, na clássica conformação do poder judiciário, a independência dos juízes na tomada de decisões funda-se em garantias institucionais e constitucionais que visam assegurar, precisamente, aos magistrados imparcialidade entre os litigantes, mas sob uma estrita vinculação, formal e substancial, à lei. (GUEDES, 2012, p. 1).

Os requisitos para que se afirme que um Estado é democrático, no que diz respeito ao Poder Judiciário, são decorrentes de dois tipos de liames: um subjetivo, qual seja, o respeito moral e prestígio público da instituição, e um objetivo, que seria o respeito à Constituição e às leis,

elaboradas por parlamentares eleitos pelo povo. A credibilidade da instituição e a segurança jurídica são importantes princípios democráticos do Poder Judiciário.

Assim, para verificar o quão democrático é o Poder Judiciário no Brasil, devemos analisar a sua organização e o seu funcionamento bem como o que a sociedade pensa dele e como age em relação às leis elaboradas pelo Parlamento.

Registre-se que aos dois liames intrínsecos ao Judiciário, juntaram-se outros, entre eles o respeito absoluto aos direitos fundamentais, que foi colocado como ingrediente básico na receita democrática.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, conforme Cappelletti (1999) o acesso à justiça passou a ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, porque diz respeito à igualdade, princípio solar, juntamente com a liberdade, da democracia, e um sistema jurídico democrático deve promover a igualdade.

Porém, a mesma garantia democrática, quando usada de forma abusiva, pode ser remédio em excesso, induzido pela judicialização da política e pelo ativismo judicial, havendo o perigo de ganhar contornos de inimigo da democracia.

Caixeta (2015, p.11) lembra, quanto à questão, que “a liberdade de conformação do legislador é essencial à democracia”, esclarecendo que “essa liberdade compreende tanto o conteúdo legislado, quanto, principalmente, a decisão de legislar ou não (ou quando legislar)”.

E esclarece:

O constitucionalismo moderno, no entanto, é também produto da democracia e do pluralismo político que desta é conseqüência natural. A Constituição deve ser aberta a todas as formas de pensamento político - desde que condizentes com a própria democracia, claro está - justamente para abarcá-las e, portanto, deve permitir que o governo do dia possa ser livre a fazer escolhas conforme o programa vencedor nas urnas. Por isso mesmo, e para conferir a maleabilidade que essa ordem aberta requer, é que não se pode olvidar que há normas constitucionais que deixam maior espaço para a ponderação política que permeia toda decisão do legislador. E isso permite a escolha de vários tipos de comportamentos, inclusive o silêncio, sem que possa haver ingerência judicial (CAIXETA, 2015, p.11).

Veja-se que a pesquisa, conhecida como “as tábuas de maré” do sistema jurídico, levada à efeito em Florença, na Itália, na década de 1970, pelos pesquisadores Cappelletti e Garth (1998), identificou quais os obstáculos que deveriam ser ultrapassados para que o acesso à justiça se transformasse em um direito fundamental democrático. Os principais obstáculos apontados na pesquisa foram, entre outros, os custos judiciais elevados e a limitação cultural e educacional para que os indivíduos reconhecessem seus direitos quando estivessem sendo violados, inclusive no que diz respeito aos interesses coletivos e difusos.

Conforme os pesquisadores, as soluções práticas para os problemas identificados deveriam vir em “ondas”. A primeira onda, seria a assistência judiciária gratuita, para assegurar o acesso democrático à Justiça. A segunda, a concretização da representação jurídica para os interesses difusos, sejam eles ambientais ou de consumo, e a terceira onda, consolidando as duas primeiras e concretizando o acesso efetivo à Justiça, conduziria à adaptação dos regramentos processuais aos tipos de litígios.

Os professores, no relatório da pesquisa, concluem que, embora o acesso à justiça fosse considerado como um direito natural fundamental e democrático, precisaria do Estado para ser exercido, e este não podia fazer ouvidos moucos ao clamor dos que não tinham condições de arcar com os seus custos.

De nada adiantava, afirmavam Cappelletti e Garth (1998), existir de forma retórica no ordenamento jurídico o reconhecimento do acesso à justiça. Era necessário que existisse uma realidade compatível com o direito apregoado. A efetividade se expressava na igualdade de armas, na garantia da condução final do processo.

Registre-se que o acesso à justiça, de direito humano que era, passou a ser tido como um direito fundamental, e seu conteúdo material se fez cada vez mais necessário, na medida em que o Estado se transformava. As sociedades modernas deixaram o caráter mais individualista para adotar o caráter coletivo, e passaram a reconhecer constitucionalmente os direitos humanos, transformando-os em direitos fundamentais, individuais, sociais, coletivos e difusos, a depender da geração de que se cuida.

O acesso à justiça pertence à primeira geração de direitos fundamentais, como a outra face do direito à dignidade humana, uma vez que é instrumento de concretização do direito à igualdade e à liberdade. Apesar de não corresponder a uma prestação negativa do Estado, como de regra ocorre com os direitos fundamentais de primeira geração, o amplo acesso à justiça atua como cláusula negativa de limitação estatal, na medida em que o Judiciário não pode se negar a prestar a jurisdição.

Sob o foco dos direitos fundamentais sociais, Cappelletti e Garth (1998) definem o direito à tutela jurisdicional como sendo de cunho positivo, cabendo ao Estado suprir as necessidades humanas que a positivação dos direitos de primeira geração não foi capaz de suprir. Para eles, é aquele que corresponde ao dever estatal de garantir o efetivo acesso à justiça, cabendo ao Estado operacionalizar ações concretas para tal, estabelecendo procedimentos para fomentar a igualdade material e processual entre todos os que buscam a tutela jurisdicional.

Como uma verdadeira exortação aos juízes, os autores aduzem:

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p.5)

Todavia, o acesso à justiça nos moldes apregoados pela pesquisa de Cappelletti e Garth (1988), e cujo objetivo era apontar alternativas para democratizar a jurisdição, revelou-se, na prática, como um elemento desestabilizador na balança da democracia.

De fato, as conseqüências práticas do Projeto de Florença no Brasil não necessariamente apontam para o incremento da democracia, na prática, uma vez que não trouxeram apenas boas conseqüências à jurisdição e à democracia.

É o que se pode observar nas conclusões da pesquisa feita pelo Tribunal de Contas da União, que levantou dados do Poder Judiciário e do Instituto Nacional do Seguro Social, além de tabular pesquisa de opinião entre juizes de diversos estados do país, no Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 2894/2018¹³, o qual se examinará mais detidamente no próximo item do presente trabalho

Mesmo os Juizados Especiais Federais, cuja criação veio na esteira dos estudos da Escola de Florença, como mais um instrumento democrático colocado à disposição dos jurisdicionados para tornar mais célere a prestação jurisdicional, foram detectados, na pesquisa, como estruturas que estimulam e incentivam a litigiosidade.

Como se pode constatar, os instrumentos criados para o mais amplo acesso à Justiça, nos moldes da experiência de Florença, foram manejados, conforme a pesquisa do Tribunal de Contas da União, de forma a conduzir ao excesso de judicialização e, em conseqüência, ao crescimento do ativismo judicial.

Frise-se que os próprios autores da experiência de Florença reconheceram a distância existente entre o ideal e o real:

¹³ Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/ACORD%25C3%2583O%25202894%25202018%2520RELAT%25C3%2593RIO%2520DE%2520L EVANTAMENTO/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=f85ac0c0-d36b-11ea-8599-ed5fe1f1c972>, Acesso em 30/07/2020.

Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p.6).

Como mencionado na seção precedente, Barroso (2018) enfatiza o papel representativo do Poder Judiciário, que afirma decorrer do atendimento de demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas. Todavia muitas delas buscam concretização de direitos reconhecidos na Constituição que estão ainda no mundo utópico do “dever ser”.

Em tal hipótese, precisam de maturação política para a transformação, pois quando esta se dá em ambiente distinto do político, mais especificamente, no âmbito da prestação jurisdicional, em conduta ativista do magistrado, corre-se o grande risco de, em nome de uma justiça democrática, ferirem-se outros princípios que formam a espinha dorsal da democracia, como o princípio da legalidade, suporte direto da liberdade, e a igualdade, bem como os princípios democráticos específicos do Poder Judiciário, em especial o da segurança jurídica e o da credibilidade institucional.

Saliente-se que muitas vezes o Poder Judiciário assume o papel de representação política, que é do Parlamento, mesmo diante de regras constitucionais explícitas, como ocorre na área dos direitos sociais, em matéria de seguridade social, como reporta Pierdoná (2019):

Em relação ao subsistema assistencial, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE (julgada em conjunto com os Recursos Extraordinários nº 580.963/PR e nº 567.985-3/MT, na sistemática de repercussão geral) autorizou que cada julgador (juiz ou membro do tribunal), no caso concreto, avalie o atendimento do requisito miserabilidade. Isso, além de ter estimulado a judicialização, tem gerado uma multiplicidade de decisões, com tratamento desigual para situações semelhantes, uma vez que tem prevalecido o subjetivismo do julgador, em detrimento de critérios objetivos (PIERDONÁ, 2019, p. 176)

Na esteira da experiência de Florença, e na busca de um sistema jurídico democrático, surgiu um movimento nos países do leste europeu, denominado socialismo processual, que teve por objetivo, e por intermédio da simplificação procedimental, utilizar o processo civil como instrumento do Estado do bem-estar social, e do qual resultou uma enorme intervenção do juiz, visando a uma alegada aplicação social e política do direito, conforme NUNES (2011) (apud TASSINARI, 2013, pos. 763).

O fato de a jurisdição ser uma das formas de reconhecimento dos direitos fundamentais é visto por muitos como sinônimo de um Poder Judiciário democrático. Efetivamente, grande parte da doutrina indicada em vários tópicos do presente trabalho registra que o fenômeno do ativismo, muitas vezes manejado sob tal alegação, é inevitável e até salutar justamente por isso. No entanto, é importante frisar que não se pode deixar de aferir a capacidade econômica do Estado para que se reconheça direitos subjetivos cujas políticas públicas não foram ainda reguladas, papel do Poder Legislativo, e definidas de forma mais concreta, papel do Poder Executivo. Essa inquietação existe mesmo para os doutrinadores que se ocupam com o tema dos direitos fundamentais, como Haberle (2019):

Colocar um direito fundamental em seu *status positivus* contra o Estado prestacional sob reserva de conformidade relativiza-o muito pouco, como é o caso dos direitos fundamentais sob reserva de medida legislativa do tipo tradicional. Em razão dessa reserva, o Estado prestacional não pode dispor de nenhuma maneira do direito fundamental. A pressão normativa de efetivar os direitos fundamentais existe, sem que do Estado prestacional seja exigido o impossível. (...). Não há prestações públicas sem prestações das pessoas! (...) e de que servem as garantias dos direitos fundamentais sem o crescimento do produto nacional bruto e sem uma redução simultânea da pobreza pública? (HABERLE, 2019, p 120-122, em livre tradução).¹⁶

Afirma-se na presente dissertação que o ativismo e a judicialização da política descumram princípios democráticos fundamentais da jurisdição. O principal deles, é a liberdade individual em todas as suas dimensões, que precisam ser usufruídas diretamente, para o bem e para o mal, pelo próprio cidadão.

Não é essa a visão da Supremo Tribunal Federal, como se pode denotar das afirmações do seu ex-Presidente, ao atribuir ao Tribunal o papel de editor da sociedade, conforme amplamente divulgado pela mídia em todo o país.¹⁷

O princípio jurisdicional democrático de relevo é o da segurança jurídica, de difícil consecução na presença dos fenômenos do ativismo e da judicialização da política, tendo em vista o menoscabo à legalidade e apreço a princípios abertos e vagos, bem como à cambiante jurisprudência, fruto do subjetivismo de cada juiz, cada um delineando os respectivos conteúdos ao seu talante.

Ressalte-se que o princípio da segurança jurídica é decorrência do princípio da legalidade, cujo conteúdo democrático mais evidente é o da proteção do pilar fundamental da democracia, a liberdade.

¹⁶ “Colocar un derecho fundamental en su status positivus contra el Estado prestacional bajo reserva de conformidad lo relativiza muy poco, como es el caso de los derechos fundamentales bajo reserva de medida legislativa de tipo tradicional. A causa de esta reserva, el Estado prestacional no puede “disponer” de ninguna manera del derecho fundamental. La presión normativa de efectivizar los derechos fundamentales existe, sin que al Estado prestacional le sea exigido lo imposible. (...) ¡No hay prestaciones públicas sin prestaciones de las personas! (...) ¿y de qué sirven las garantías de los derechos fundamentales sin el creciente producto nacional bruto y sin una reducción simultánea de la “pobreza pública”? (HABERLE, 2019, p 120-122).

¹⁷ REVISTA ELETRÔNICA CONJUR, Edição de 28 jul. 2020. Supremo e Judiciário atuam como “editores” do país, diz Dias Toffoli. Disponível em <https://eur01.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2F2020-jul-28%2Fdias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news&data=02%7C01%7C%7C505635078d194674c28a08d86eea65ca%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637381300287767179&sdata=Jbj%2FL0AAk%2B5ds9ItXKqrMHI%2Bn3trRil11HI%2BB67rhjM%3D&reserved=0>. Acesso em 12 out. 2020.

A cambiante jurisprudência deve-se a diferentes interpretações, que são ínsitas à atividade jurisdicional, mas que se exacerbam nos fenômenos do ativismo e da judicialização da política, diante da baixa densidade normativa dos princípios constitucionais sem maiores detalhamentos, mas largamente usados no manejo ativista. Um exemplo concreto disso é o princípio da dignidade humana que, apesar de relevante, tem um enunciado vago e superficial na Constituição Federal.

O desafio democrático é grande e se estabelece, já de partida, na dicotomia entre a visão kelseniana, com matriz na estrutura normativa da lei, e a do direito como resultado da moldagem da realidade, que busca em elementos estranhos ao sistema jurídico, a solução para o problema. Vencendo o conflito a segunda abordagem, tem-se uma justiça tendente à judicialização da política e ao ativismo judicial, sendo exemplo concreto dessa vitória a concessão de liminares para fornecimento de medicamentos caríssimos, via Sistema Único de Saúde, conforme aduzem Francisco (2012) e Leitão (2020).

Sob argumento de que a saúde é um direito de todos, calcado no art. 196 da Constituição Federal, os juízes descuram os demais preceitos constitucionais relativos à saúde, bem como às regras do orçamento público, também constitucionais. De forma que o fundamento da decisão decorre de uma posição subjetiva do julgador, e não de um escalonamento de valores definidos no ordenamento jurídico.

Do que se conclui que muitos dos instrumentos, que vieram para concretização e efetividade dos direitos fundamentais e aparentemente são utilizados em prol da democracia, estariam agindo em dose desequilibrada, gerando os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, o que pode levar à debilidade da democracia, especialmente a incipiente democracia brasileira. Repete-se a lição de Todorov (2012): os inimigos da democracia por vezes nascem no seio dela própria.

3.3 Retrato do Poder Judiciário brasileiro

Francisco (2012), analisando a força do neoconstitucionalismo no Brasil, traz um retrato do Poder Judiciário brasileiro, feito pelos próprios juízes, lastreado na pesquisa de Maria Tereza Sadek, cujo relatório, intitulado “A crise no Judiciário vista pelos juízes”, traça algumas conclusões importantes sobre o tema. A pesquisa de Sadek é de 2010. Mas a situação parece continuar a mesma, quiçá tenha até se agravado, o que se verá a seguir, em análise de pesquisas mais recentes sobre a magistratura brasileira.

A pesquisa levantou que 83% dos juízes acreditam que o Poder Judiciário não é neutro e que o juiz deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la da realidade social, apesar de apenas 37,7% opinarem que o compromisso com a justiça social deveria prevalecer em relação à estrita aplicação da lei.

A pesquisa permite constatar que os juízes brasileiros passaram a se utilizar da abertura de princípios constitucionais e de conceitos jurídicos indeterminados para a construção de soluções que entendem justas, fazendo surgir uma nova concepção de constitucionalismo vinculada a ideais de justiça, gerando o ativismo judicial.

Em trabalho mais recente, publicado em dezembro de 2019, elaborado conjuntamente pela Associação do Magistrados Brasileiros (AMB), Fundação Getúlio Vargas (FGV) e o Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE), foi delineada a imagem do Judiciário brasileiro.

Na pesquisa da AMB-FGV-IPESPE (2019) dados qualitativos e quantitativos foram levantados junto à sociedade, usuários ou não dos serviços da Justiça, e à comunidade jurídica, formada por advogados, defensores públicos e formadores de opinião.

A primeira parte do trabalho buscou elucidar qual das instituições do Estado era percebida pelos pesquisados como a que dá maior apoio à democracia. Entre as questões estão as abordadas pela pesquisa do Pew Research, ratificada pelo Global Barometer Surveys, de 2018, cujos dados levantados na América Latina (baixos níveis de confiança nos tribunais e na função pública), sugerem uma “falha em longo prazo no cumprimento do Estado de Direito e na governança efetiva” (GLOBAL, 2018, p. 64, apud AMB/FGV/IPESPE, 2019, p. 12)¹⁴. Na

¹⁴ Para aferir os índices de confiança nos tribunais e na função pública na América Latina, a pesquisa indica ter se utilizado do conceito de igualdade, uma vez que conclui que a confiança nas instituições seria prejudicada por níveis extremos de desigualdade. As referidas pesquisas internacionais são as PEW Research Center. Many across the globe are dissatisfied with how democracy is working. For release April 29, 2019. Disponível em <https://www.pewresearch.org/global/2019/04/29/many-across-the-globe-are-dissatisfied-with-how-democracy-is-working/> e a GLOBAL Barometer Surveys. Exploring Support for Democracy Across the Globe. June 2018.

pesquisa AMB-FGV-IPESP (2019), o conceito de “justiça justa” ficou estabelecido como sendo aquela que trata a todos de maneira justa, deixando no imaginário dos que responderam à pesquisa a interpretação do que seja “maneira justa”. O Brasil ficou com 72% de respostas positivas, no sentido de que perceberam como verdadeira a afirmação de que o sistema judicial brasileiro trata a todos de maneira justa.

No entanto, a investigação de 2018 (Pew Research, ratificada pelo Global Barometer Surveys), mencionada na pesquisa da AMB-FGV-IPESP (2019), indica que os países em desenvolvimento tendem a avaliar de forma pragmática a democracia, de forma que, para os que responderam a pesquisa, essa se baseia no que o regime pode proporcionar para si, sem atentar para os valores e ideais democráticos.

A pesquisa da AMB-FGV-IPESPE (2019), no entanto, conclui que o índice de confiança no Poder Judiciário no Brasil é maior em relação aos demais Poderes (em nível Federal), confiança esta que é inversamente proporcional à faixa etária e à escolaridade dos entrevistados. Assim, são os mais jovens e de pouca escolaridade os que confiam mais no Poder Judiciário. Questiona-se então: o elevado índice de confiança no Poder Judiciário faz dele uma instituição democrática? A resposta indica que não, pois a avaliação do desempenho dos regimes democráticos, tema de estudo do Global Barometer Surveys, efetuado em 2018, citado no relatório da pesquisa da AMB/FGV/IPESPE (2019, p. 11-12), constata o declínio do apoio à democracia, bem como a visão pragmática e instrumentalista das pessoas que opinaram nas pesquisas efetuadas, nos países em desenvolvimento.

Na verdade, tal confiança pode até ter uma interpretação inversa, na medida em que pode indicar que se confia no Poder Judiciário porque se quer algo em troca e acredita-se conseguir, não necessariamente porque se tenha direito (às vezes, o simples interesse e um princípio genérico são suficientes), especialmente diante do ativismo judicial.

Uma confiança assim expressa pouco tem a ver com a democracia. Ao contrário, a avaliação pode sugerir que o Poder Judiciário vem satisfazendo os anseios pragmáticos e interesseiros das pessoas e de corporações, sem que precisem levá-los ao crivo dos debates políticos.

Disponível em: <https://www.globalbarometer.net/FileServlet?method=DOWNLOAD&fileId=1532652452008.pdf>. Acesso em 17 jan. 2021.

Efetivamente, nada tem de democrático e flerta com um tipo diferenciado de populismo, a satisfação de anseios individuais e coletivos (coletivos, que não se confundem com os anseios da sociedade, mas apenas de parte dela, como ocorre com o corporativismo) ainda não debatidos ou, se debatidos, sem que se tenha conseguido lograr aprovação no Parlamento, para serem transformados em lei, como vem ocorrendo sob os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

A ameaça à democracia é ainda mais sentida quando se constata que tal confiança se estende também, e com mais força, às instituições de segurança pública. A força e a caneta, de tinta delével, tendo em vista a jurisprudência volúvel e cambiante, e que depende da subjetividade de cada juiz, podem se tornar os novos inimigos íntimos da democracia.

Outro dado levantado na mencionada pesquisa diz respeito ao conflito e interferência entre os Poderes. Já se viu acima, no tópico referente à teoria de Montesquieu, que hoje a separação de Poderes ainda é condição *sine qua non* para que se considere um Estado como democrático, a despeito de alguns doutrinadores, como Dallari (1995), entenderem-na ultrapassada.

A pesquisa apontou (2019, p. 16) que 60% dos entrevistados reconhecem existir interferência entre os Poderes, e que seria o Legislativo (25%) o Poder que mais interfere, seguido do Judiciário (22%). E mais: a interferência do Poder Legislativo se dá com maior ênfase (33% dos entrevistados) sobre a atuação do Poder Judiciário.

No entanto, o Poder Legislativo não dispõe de instrumentos constitucionais de intervenção no Judiciário, à exceção dos processos de entrada e saída de integrantes de Cortes Superiores do Poder Judiciário¹⁹. Fica difícil imaginar, e isso a pesquisa não esclarece, de que modo os entrevistados entendem que o Poder Legislativo interfere no Judiciário.

A mesma pesquisa afirma que o tema “judicialização da política” tem sido considerado polêmico e que para alguns (a pesquisa não informa o percentual), indicaria “a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para os tribunais e magistrados” ou a “difusão de argumentos e decisões jurídicas em espaços tipicamente políticos” (p. 17).

Por fim, há o entendimento da utilização dos processos ou decisões judiciais como instrumento de ativismo político, concluindo que “a hipótese de interferência do Judiciário sobre assuntos do Legislativo e do Executivo é vista de forma predominantemente negativa” (AMB/FGV/IPESPE, 2019, p. 17).

Das considerações acima é possível concluir que a interferência do Legislativo e do Executivo no Poder Judiciário se daria por omissão dos primeiros, o que obrigaria o último a tomar à frente dos debates, que deveriam, em uma democracia, se estabelecer no Parlamento.

¹⁹ BRASIL. Constituição Federal

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

II-Processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

(...)

II- Aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

Todavia, a omissão de um Poder não outorga a outro o respectivo exercício, exceto nos casos e na forma estabelecida na Constituição.

Outro ponto que se mostra contraditório nas respostas apontadas na pesquisa foi a adesão, dos que responderam ao questionário, a conceitos negativos sobre o Judiciário. Pelo perfil delineado nas respostas, a Justiça é lenta, só protege os ricos, não é eficaz, não tem um funcionamento moderno, usa uma linguagem jurídica pouco compreensível, entre outros conceitos negativos (p. 28).

Entre os fatores percebidos pelos entrevistados (p. 29) foram relacionados (exceto pelos próprios magistrados participantes), como geradores de dificuldades para o bom funcionamento do Judiciário, nas quatro primeiras posições: o acesso caro à Justiça, o excesso de formalidades e burocracia, o distanciamento em relação à população e a legislação ultrapassada.

Acrescenta-se a isso o foco negativo da mídia, especialmente das mídias sociais em relação ao Supremo Tribunal Federal. Durante o período avaliado, agosto de 2019, o referido Tribunal concentrou mais da metade dos *posts* das redes sociais avaliados pela pesquisa. Dessas postagens, 73% são de conteúdo superlativamente negativo, 5% são positivas e 22% são neutras (p.32). Todavia, apesar de tudo isso, 65% dos usuários entendem que vale a pena recorrer à Justiça e 53% confiam no Poder (p. 38).

Tais contradições são patentes, inclusive no âmbito da avaliação interna do Judiciário, em relação aos próprios serviços. Embora melhore entre os usuários, não acompanha ao menos a média da avaliação dos seus serviços.

Segundo a pesquisa AMB/FGV/IPESPE (2019), isso se deve ao que a ciência denomina de “espiral do silêncio”¹⁵. Conclui o relatório:

Aplicada a teoria à análise desse Estudo, reforça-se a hipótese de que parte do contingente de avaliação “intermediária” sobre a atuação do Judiciário brasileiro seja composto por pessoas envolvidas na espiral do silêncio, diante do quadro de notícias maciçamente negativas sobre esse Poder, agravado naturalmente pelo cenário de desconfiança nas instituições democráticas em geral. (AMB/FGV/IPESPE, 2019, p. 42).

Vale registrar um outro trabalho de relevo para o estudo do tema, elaborado pelo Tribunal de Contas da União, entre 2017 e 2018, que apontou os problemas advindos do excesso

de judicialização de demandas previdenciárias e assistenciais, já mencionados sumariamente no item anterior do presente trabalho.

De acordo com o relatório, parte integrante do Acórdão 2894/2018, o levantamento se deu em uma auditoria que teve por objetivo primordial a identificação dos riscos relacionados à judicialização dos benefícios geridos pelo INSS, bem como os fatores que levaram à judicialização dos mesmos, mensurando suas consequências e identificando ações que as mitiguem.

Segundo o relatório,

Em dezembro de 2017 havia 34,3 milhões de benefícios na folha de pagamento de benefícios do INSS (Maciça), sendo que 3,8 milhões (11,1%) foram benefícios com marca de despacho judicial (despacho 04). Durante o ano de 2017, foram pagos R\$ 609 bilhões em benefícios previdenciários e assistenciais, sendo R\$ 92 bilhões (15,1%) pagos a benefícios concedidos ou reativados por decisão judicial, incluindo precatórios e RPV, conforme estimativa na Tabela 3 (BRASIL – TCU, 2018, tópico 4.1 do relatório, p. 3).

De se salientar que a maior parte dos processos previdenciários e assistenciais se desenvolve nos Juizados Especiais Federais, criados, no âmbito da Justiça Federal, pela Lei 10.259/2001 com o objetivo de elevar o acesso à justiça ao patamar de direito fundamental efetivo, contornando os principais problemas apontados como óbices ao acesso: os custos e a morosidade dos processos.

¹⁵ De acordo com a pesquisa (p. 42), este conceito foi resgatado nos estudos da cientista alemã Elisabeth Noelle-Neumann, na obra *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Paidós. Barcelona, 1955, e defende que, em determinados contextos, e para evitar o isolamento social, as pessoas que discordam de uma opinião maciçamente manifestada tendem a não emitir a sua opinião ou vão, aos poucos, transformando a sua opinião para que se adéque à majoritária.

De fato, nos Juizados Especiais, cuja competência é absoluta em relação às causas de valor de até 60 salários-mínimos, as ações são gratuitas, têm trâmite rápido, suprimidos que foram os prazos em dobro, com audiência de conciliação célere e na maior parte das vezes exitosa, dispensada a presença de advogados. A sentença tem eficácia de título executivo para pagamento direto, pelo INSS, por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV) e eventual recurso dirige-se à Turma Recursal própria.

Tudo isso parece, em tese, indicar a concretização do ideal preconizado por Cappelletti e Garth (1998), mencionado no item precedente. Todavia, conforme a auditoria do Tribunal de Contas da União BRASIL – TCU (2018), as medidas não geraram o resultado indicado na teoria.

De fato, a pesquisa demonstra que entre as principais causas da excessiva judicialização encontram-se justamente nos instrumentos idealizados para que o acesso à justiça fosse um direito fundamental efetivo: a gratuidade judicial (para os autores das ações, porque para a sociedade inexistente gratuidade, tendo em vista que os advogados recebem os honorários dos cofres públicos), a possibilidade de nova perícia, mesmo que esta já tenha sido realizada às expensas da Autarquia, a admissibilidade de prova testemunhal em situações nas quais o Instituto não a aceita, problemas na legislação e erros do INSS na análise administrativa.

No mencionado Acórdão, às fls. 39, há menção a incentivos processuais à litigância, concluindo a pesquisa que, na percepção dos próprios magistrados e procuradores, vários instrumentos colocados à disposição da sociedade, como forma de garantir uma justiça democrática, entre outros a gratuidade de acesso e a ausência de riscos ou de ônus à parte vencida, no caso do beneficiário, repercutiram no aumento da litigiosidade e da judicialização excessiva.

Por exemplo, a pesquisa aponta que a gratuidade da Justiça, quando passou a ser regida pelos art. 98 a 102 do CPC, com as alterações trazidas pela Lei 13.105/2015, que dispensou de forma mais extensiva o pagamento das custas e das despesas processuais, inclusive os exames periciais, acrescido da dispensa de sucumbência, foi considerada, entre os magistrados e os procuradores que responderam o questionário, como fator que contribuiu para a judicialização. Registre-se que o ônus existe, especialmente diante da excessiva judicialização. Apenas não é assumido pela parte, mas sim por toda a sociedade, uma vez que a instância administrativa tem um custo de cerca de quatro vezes menor do que a instância judicial, em conformidade com o relatório do AC 2894/2018-TCU.

Com efeito, o mencionado relatório registra que, em média, no ano de 2016, os requerimentos administrativos referentes a benefícios previdenciários custavam R\$ 894,00, enquanto no

âmbito judicial, apenas na primeira instância, atingiam o valor de R\$ 3.734,00. Situação semelhante em relação ao custo médio da perícia: administrativamente, o valor da perícia é de R\$ 158,55, enquanto a perícia judicial tem valor que varia, dependendo da unidade da federação onde é feita, entre R\$ 205,93 e 658,61.

Na mencionada auditoria foi reconhecido, por um dos magistrados que participou da pesquisa, que a estrutura dos Juizados Especiais Federais, a despeito de efetiva celeridade no julgamento, encoraja a judicialização dos benefícios previdenciários e incentiva a litigiosidade.

Consta expressamente no relatório (p. 29) do Acórdão:

160. Outro ponto destacado pelos respondentes é a ausência de sucumbência, ou seja, a parte perdedora, no caso do segurado, não fica obrigada a arcar com os honorários da parte vencedora.

161. Além disso, a atual jurisprudência torna pouco provável que o segurado que recebeu valores do benefício em sede de antecipação de tutela tenha que devolver esses recursos em caso de decisão final favorável à autarquia. Em regra, é reconhecida a boa fé e os pagamentos realizados pelo INSS até a data de cancelamento do benefício não podem ser ressarcidos. (BRASIL – TCU, 2018, p. 29)

Em que pese a pesquisa ter focado tão somente a judicialização dos benefícios previdenciários, é provável que conclusões semelhantes, ao menos quanto aos custos, se apliquem nos demais litígios que nascem da excessiva judicialização.

Com efeito, a excessiva judicialização de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, como o direito à saúde e aos benefícios previdenciários e assistenciais, traduz também uma espécie de judicialização da política e, eventualmente, de ativismo judicial, na medida em que o Poder Judiciário toma à frente das políticas públicas que deveriam estar a cargo do Poder Executivo.

Aliás, foi o que aconteceu com a recente judicialização do auxílio emergencial, criado pela União para enfrentamento dos efeitos da pandemia covid-19 na economia. O referido auxílio foi criado pela Lei 13.982/2020, sancionada e publicada aos 02 de abril de 2020, sob intensa pressão da pandemia. Tudo foi feito de forma muito rápida, tendo em vista a urgência. Seria impossível que não surgissem alguns problemas, justificáveis em razão da pressão com que foi idealizado e implementado imediatamente, perfeitamente sanáveis na seara administrativa, o que certamente teria um custo inferior, de modo semelhante aos casos levantados pelo Tribunal de Contas da União.

No entanto, muitos foram judicializados e, em razão da emergência, o Conselho Nacional de Justiça elaborou diretrizes e acordos com os órgãos envolvidos para dar celeridade aos pleitos, inclusive de cooperação técnica, que na prática autorizam a atuação do Poder Judiciário na

identificação dos cidadãos que entraram na Justiça para pleitear o benefício, com acesso aos respectivos cadastros na empresa pública DATAPREV e no CAD-Único, o que viabiliza a concretização de conciliações exitosas, nos diversos aparatos do Sistema de Conciliação nas unidades jurisdicionais em todo o país.

Assim, o Poder Judiciário exerce atribuições que, em tese, deveriam ser exercidas pelo Poder Executivo, aceitando o papel de órgão homologador de acordos. Do que se conclui que se houvesse um canal oferecido pelo próprio Poder Executivo, tais casos seriam solucionados a um custo bem menor.

A abordagem da pesquisa sobre o retrato do Judiciário foi mais além, levantando os sentimentos dos entrevistados em relação à instituição, concluindo que a sociedade tem sentimentos negativos quanto ao Judiciário e à Justiça no Brasil (BRASIL – TCU, 2018, p. 19).

3.4 Exacerbação da atividade jurisdicional e lesão aos princípios democráticos decorrentes da judicialização da política e do ativismo judicial. Populismo judicial?

Como se mencionou no item precedente, a judicialização, que traduz a exacerbação da atividade jurisdicional, faz crescer a judicialização da política e o ativismo judicial. Os fenômenos se retroalimentam, porque os resultados positivos obtidos por alguns demandantes, muitas vezes desprovidos de direitos efetivamente tuteláveis pela jurisdição, mas que se encontram na posição de detentores de interesses jurídicos, impulsionam o surgimento de demandas de massa, como ocorreu até 2019, com a judicialização da saúde. Como observado por Pierdoná (2019), citando Dimoulis (2012, p. 268),

os membros do Poder Judiciário, em razão do ativismo, têm contribuído para o fenômeno da judicialização, uma vez que tem aumentado “o número de decisões do Judiciário brasileiro que atendem pedidos dos cidadãos, de organizações da sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo” (DIMOULIS, 2012, p. 268 apud PIERDONÁ, 2019, p.154).

Siqueira Neto (2020) aborda questões relevantes e atuais que pairam como críticas sobre o Poder Judiciário: o ativismo judicial e a morosidade da prestação jurisdicional. Diz ele que o juiz vem sendo constantemente criticado por extrapolar suas funções, invadindo competências que não são suas, judicializando a política. Ao mesmo tempo, e concomitantemente, surge o problema da morosidade na prestação jurisdicional. São coisas que caminham juntas.

De fato, afirma o autor que a expansão do capitalismo trouxe consigo a massificação dos litígios e a necessidade de novos instrumentos jurídicos para equacioná-los: ações de massa (ação civil

pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, entre outras) e adoção da súmula vinculante, soluções que têm por objetivo dar maior celeridade à prestação jurisdicional. A questão que se impõe, conforme Siqueira Neto (2020), é a resolução do conflito que existe entre as concepções que ainda vigoram na seara jurídica, e especificamente, no Poder Judiciário, mesmo depois do séc. XVIII: a visão normativista do direito e do Poder Judiciário, conjugada com o individualismo exacerbado *versus* a visão institucional e organizacional da Justiça como lugar também de política, de discussões de políticas públicas.

Aduz o mencionado autor que o conflito se exacerbou com a incorporação dos direitos sociais ao rol dos direitos fundamentais e o momento, mais do que de tensões e conflitos de normas e de ativismos e morosidade na prestação jurisdicional, traduz uma autêntica oportunidade histórica na busca de definições sobre o papel do Poder Judiciário.

Siqueira Neto (2020), aponta o embate entre as visões kelseniana (o direito como um sistema de regras jurídicas vigentes, sem preocupações com o impacto social das decisões judiciais) e a weberiana (o direito nasce das relações sociais e por isso tem natureza política), daí surgindo o dilema do Poder Judiciário: deve continuar/voltar à matriz analítica ou deve se considerar como o *locus* de formação de decisões políticas?

Considera ele que problemas estruturais não justificam a retração dos juízes, ao ponto de se transformarem em meros aplicadores da lei. Tampouco que se abrace o ativismo judicial, pois apenas o juiz aberto ao diálogo com a sociedade é capaz de resolver os inúmeros problemas ligados aos direitos fundamentais.

Todavia, tal mister, por diversas razões, sendo as principais, como se afirmou alhures, a crescente introdução de novos direitos e a transformação paulatina do Estado, com a consequente judicialização de todo e qualquer interesse (e não necessariamente direito), bem como a ribalta do Poder Judiciário, demonstram a efetiva necessidade de mudanças.

Ademais, a atuação legislativa também se exacerbou, redundando em normas que se valem cada vez mais de princípios abertos, cabendo ao Poder Executivo a tarefa de especificar as leis, em normatividade subordinada. Seja porque não a faz, seja porque a faz de maneira insatisfatória, o Poder Judiciário tem açambarcado também as funções do Poder Executivo. Não se pode imputar o fenômeno do ativismo apenas ao Poder Judiciário. Em todo e qualquer poder pode haver detentores de cargos que excedam suas próprias competências, invadindo a reservada a outrem. Todavia, é certo que o fenômeno é mais forte no Poder Judiciário.

De fato, o Poder Judiciário tem anulado ato normativo cuja constitucionalidade é defensável, afastando o brocardo jurídico *in dubio pro legislatore* e, interpretando com foco no resultado, tem criado ou ampliado o direito.

O acima exposto é resumido por Ramos (2010), que esclarece que a observância da separação de poderes implica a manutenção dos órgãos do Poder Judiciário nos limites da função jurisdicional. A ressalva fica por conta da aplicação dos freios e contrapesos previstos na própria Constituição e no exercício das funções atípicas, também previstas constitucionalmente.

No contexto do exercício do controle dos demais Poderes, duas vertentes explicam e justificam o papel ampliado que vem sendo desempenhado pelo Judiciário: a vertente substantiva e a procedimental.

Pela vertente substantiva, o Poder Judiciário tem que agir como garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e deve exercer a função política para os fazer valer. O não exercício indicaria omissão, especialmente quando chamado para atuar como garantidor de um direito fundamental previsto constitucionalmente, descumprido pelos demais Poderes. Por essa vertente, a exacerbação da atividade jurisdicional traz implícita a judicialização da política e o ativismo judicial, justificada e até acolhida como uma intromissão positiva e desejada. Até porque, conforme Castells (2018), vive-se hoje uma grave crise de legitimidade política no mundo.

Para o referido autor, “a desconfiança nas instituições, em quase todo o mundo, deslegitima a representação política e, portanto, nos deixa órfãos de um abrigo que nos proteja em nome do interesse comum” (CASTELLS, 2018, pos. 50). Em razão inversa à deslegitimação da representação política cresce a pretensa legitimação do Poder Judiciário.

Todavia, há fortes argumentos contrários à vertente substantiva no ordenamento jurídico brasileiro, seja porque a jurisprudência não é considerada como fonte formal, uma vez que não pertence ao *common law*, seja porque o sistema de repartição de poderes foi adotado como cláusula pétrea na Constituição de 1988.

Nesse sentido, conjectura-se que a função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente ou deve, igualmente, interpretar construindo, formulando novas regras, para acomodar a legislação em face das influências do sistema político?

Os que defendem a ampliação da atuação dos juízes respondem à indagação acima afirmando que, sem que se precise romper com o sistema jurídico em uma democracia, que exige

imparcialidade, legalidade e papel constitucional preciso, a magistratura, bem como todo o sistema jurídico, são cognitivamente abertos ao sistema político.

Afirmam os que se filiam a essa corrente que a ampliação e a politização da atuação da magistratura seria algo inevitável, mesmo em países filiados ao sistema da *civil law*, especialmente considerando que as diferenças entre os sistemas de *common law* e *civil law* vem diminuindo, em decorrência da mutação do próprio Estado, conforme atesta Cappelletti (1999). Já a vertente procedimental insere o Judiciário como agente institucional que deve garantir as regras do processo democrático. Todavia, reconhece que os juízes não estão habilitados a tomar decisões substanciais em uma democracia, uma vez que a legitimidade da escolha das políticas públicas e da condução do Estado é própria dos representantes eleitos pelo povo.

Assim, para que a autonomia dos cidadãos seja exercida, a participação do Judiciário deve se resumir a controlar e fiscalizar o processo democrático e a reequilibrar possíveis distorções, ao invés de tomar decisões que não lhe são típicas (como as tomadas no lugar de outro Poder), exceto diante das hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988. Seu papel democrático é o de construir canais de comunicação que permitam a real participação dos atores sociais nas decisões democráticas.

Teorias constitucionais têm sido manejadas para justificar a excessiva politização do Poder Judiciário, algumas delas mencionadas nas seções precedentes do presente trabalho. Aqui se mencionam outras, que se dirigem mais especificamente à interpretação constitucional, entre outras a do constitucionalista alemão Häberle (2014).

O referido autor tem uma visão, considerada pela doutrina como republicana e democrática da interpretação da Constituição, centrada na ideia de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta. A teoria foi introduzida no Brasil, e atualmente é largamente utilizada em razão da grande aceitação no mundo jurídico, em especial nos tribunais e na academia, da obra *Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*.

Haider e Scriboni (2011) entrevistaram para a revista digital Consultor Jurídico, o jusfilósofo e constitucionalista alemão, que esclareceu ter escrito seu livro em 1975, e a ideia principal, fundada na teologia do protestantismo alemão, era de que toda e qualquer pessoa que leia livremente a Constituição acabe sendo cointérprete do texto. Todavia, mesmo Häberle não é enfático quanto à defesa da usurpação do papel do legislador pelo juiz.

Na ótica dos doutrinadores que defendem essa perspectiva, a Constituição traz um ideal de justiça a ser concretizado no tempo, como um processo político em constante realização, sendo o Poder Judiciário um importante ator para a implementação deste ideal de justiça. Assim,

para eles, a atuação do Judiciário em substituição ao Legislativo, com escolhas políticas, não agrediria a democracia. Ao contrário, quando o Judiciário leva em consideração princípios políticos maiores, inscritos no texto constitucional, contribuiria para uma elevação do debate democrático, resguardando-o de meras circunstâncias das decisões da maioria.

Por isso, os grandes representantes desta vertente, que preconiza uma atuação judicial substancial, e não meramente procedimental, colocam a defesa dos direitos fundamentais como justificção para uma atividade judicial ativista. A ideia é a de que o Judiciário deve agir na defesa dos direitos fundamentais, mesmo contra deliberações majoritárias. Os juízes estariam autorizados a aderir ao ativismo para dar eficácia a tais direitos.

Barroso (2018) registra a função contramajoritária como o esforço de justificção democrática da jurisdição constitucional, aduzindo que no modelo real de relação entre direito e política as superposições entre ambos são inevitáveis. Para ele, no mundo democrático, as Supremas Cortes e Cortes Constitucionais assumem três papéis diversos:

contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório (BARROSO, 2018, p. 2173).

No entanto, é questionável se o reconhecimento desses papéis traduzirá efetivamente a realidade democrática ou um novo tipo de regime, completamente distinto. Como outorgar ao Poder Judiciário, especialmente quando seus membros não são eleitos e gozam de vitaliciedade, o papel representativo em demandas sociais, por que as instâncias próprias não as satisfazem? Afastando as instâncias políticas e assumindo como seu o papel do Parlamento, valendo-se de princípios genéricos e abertos e de sofisticadas teorias de interpretação originadas em outros ordenamentos jurídicos?

Além disso, no papel representativo, nos moldes apontados por Barroso (2018), entra a questão do subjetivismo, que é um elemento que retirará a legitimidade da atuação ativista, transformando a jurisdição em um elemento desagregador da democracia representativa.

Nem mesmo Dworkin (2001), cuja teoria eleva os princípios à normatividade, sem que precisem se subordinar a regras de reconhecimento, defende que o Judiciário deva agir como ativista, quando a questão diga respeito a direitos coletivos ou políticas públicas.

Outra teoria de interpretação que vem sendo utilizada como instrumento de ampliação do Poder Judiciário é a da “mutação constitucional”, que afirma, grosso modo, a possibilidade de o referido Poder mudar informalmente a Constituição. O caminho político para mudanças constitucionais não é nada fácil, já que exige um quórum especial no Congresso Nacional para

que uma emenda constitucional seja aprovada. Ao Poder Judiciário, no entanto, por esta teoria, o instrumento de mudança está ao alcance mediante simples exercício de interpretação.

Mesmo a classificação de normas constitucionais em formais e materiais pode ser vista como uma forma de ampliação do Poder Judiciário. Sendo a Constituição brasileira extremamente analítica, traz matéria que nada tem a ver com a estrutura do Estado, veiculada em dispositivos apenas formalmente constitucionais. Tais regras submetem-se à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, gerando enorme concentração de poder no referido Tribunal.

A exacerbada prevalência do Poder Judiciário tem sido tratada como etapa necessária para concretização de direitos fundamentais. É fato que a judicialização da política levou às portas do Judiciário constantes apelos no sentido de efetivação de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, o que diuturnamente se traduz como fator de extrema importância na redemocratização do país, e no Brasil, especialmente a partir da constituição de 1988.

No entanto, para muitos doutrinadores, como Hirschl (2009), os direitos fundamentais só se prestariam para justificar a judicialização da política se houvesse uma estrutura de suporte à mobilização jurídica em torno da demanda.

É o que acontece em relação às *class actions* do direito norte-americano, que correspondem às ações coletivas brasileiras, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública, o dissídio coletivo, a ação de impugnação de mandato eletivo e a ação direta interventiva, previstas em diversos dispositivos da Constituição de 1988¹⁶.

Efetivamente, é necessário que exista uma estrutura organizacional por trás das reivindicações, para que se obtenha a efetiva concretização de direitos fundamentais sociais, pois só assim semeará mudanças na sociedade civil, hipótese na qual o caráter político da judicialização eventualmente poderia, em tese, justificar o ativismo judicial.

Todavia, quando se cuida de concretização de um direito fundamental social por decisão judicial ativista, em uma ação individual, nenhuma mudança social daí advirá e, ao contrário, a decisão ferirá também o princípio da igualdade, fundamento da democracia.

Além disso, na prática, a tendência à reprodução de ações individuais fundadas em direito coletivo traduzirá apenas um instrumento de barganhas de grupos de interesse, que deveria ser manejado na esfera política. Assim, deixam de acontecer necessários e corriqueiros debates políticos, o que enfraquece a democracia.

¹⁶ A Constituição brasileira de 1988 tratou da proteção coletiva dos direitos transindividuais, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. As ações mencionadas no texto estão previstas, respectivamente, no art. 5º, LXX, art. 5º, LXXI, art. 5º, LXXIII, art. 129, III, art. 114, § 2º, art. 14, §§ 10 e 11 e art. 36, III.

O empobrecimento da democracia ocorre na medida em que reforça a imagem de integridade e incorruptibilidade do processo judicial, em detrimento do processo político, este último em franca decadência, conforme anotado por Castells (2018). Para HIRSCHL (2009, p. 144) “isso pode levar à expansão de um ‘discurso de direitos’ populista e ao correspondente empobrecimento do discurso político”, traduzindo perigoso movimento contra a democracia, pois se é certo que o excesso de demandas nasce de vazios deixados pelos demais poderes, não há qualquer determinação constitucional que outorgue ao Judiciário o poder de preenchê-los ao seu talante.

Ainda que sob argumento da inafastabilidade da jurisdição, diante da inexistência de disposição normativa de qualquer espécie, e desde que não se possa extraí-la do ordenamento jurídico, não cabe ao juiz preencher lacuna que não é jurídica, e sim política, manejando princípios vagos e abstratos, em situação que demanda intermediação legislativa.

A ausência, ou mesmo a existência de disposição normativa considerada ineficaz pelo juiz, pode até não ser politicamente satisfatória. Todavia, não significa que não seja uma solução jurídica. É o que o Bobbio (1997) denomina de “lacuna ideológica”. Nesse sentido esclarece o autor:

Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas de iure condendo (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são de iure condito (do direito já estabelecido) (BOBBIO, 1997, p. 140).

O resultado da excessiva judicialização sequer se justifica pela participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais. Até porque a maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, ao contrário, afasta o amadurecimento da decisão política, que exige debates plurais, imprescindíveis em uma democracia. Acrescente-se que a pluralidade exigida em um regime democrático requer mais do que onze Ministros do Supremo Tribunal Federal e cada juiz do país decidindo, ao seu talante, no seu gabinete.

Na polêmica envolvendo o exercício do controle de constitucionalidade das leis e de atos administrativos, e assim o quis o constituinte originário, realmente colocam o Poder Judiciário,

e aí reside, para os que defendem a judicialização da política e o ativismo judicial, a sua legitimidade, como o destinatário da função de contrapoder em relação aos outros dois poderes. No entanto, pondera-se no presente trabalho que o controle de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana, sem que existisse o viés ativista ou de judicialização da política que existe hoje. O que demonstra que o fenômeno, ainda que ligado ao constitucionalismo e à função de contrapoder outorgado ao Poder Judiciário, não é resultado direto apenas desses elementos, havendo o elemento volitivo dos membros do Judiciário e da própria instituição, para que exista.

Vieira (2008), observando a crescente ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal, diz que a judicialização exacerbada é hoje uma realidade que levou o referido Tribunal aos lares dos brasileiros, a tal ponto que o mencionado autor criou um vocábulo para designar o novo regime político vivido: a “Supremocracia”, que Hirschl (2009, p.146) denomina de juristocracia, que seria o resultado da transformação de cortes supremas no mundo em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas.

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que a sociedade tem dedicado ao Tribunal, mas apenas como mero espectador, quando é o real detentor do poder para decidir sobre muitos dos temas lá discutidos, em especial no Supremo Tribunal Federal. A cada decisão polêmica, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas.

Assim, a Justiça vem sendo transportada para fora dos tribunais. Há um deslocamento dos processos, que deixam de ter um espaço próprio, havendo uma espécie de substituição das instituições, com a subtração de competência de outros poderes e até sua transferência para a mídia.

Quanto ao tema, Lunardi (2020) registra que no Brasil sequer há coesão entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, diante da opinião pública, para que se a veja como uma instituição confiável. Por certo que este deslocamento traz consequências nefastas para a democracia.

A opinião pública pode até ser considerada como uma ameaça à independência judicial. Daí questiona-se até que ponto é benéfica a mutação constitucional sob argumento da necessidade de defender a voz rouca das ruas, como asseverou um Ministro do Supremo Tribunal Federal²², em rumoroso caso do decreto de indulto do Presidente da República, impondo novas regras para concessão do benefício, criadas pelo próprio Ministro, qual seja, a alteração do que era um quinto para um terço da pena e imposição do mínimo de oito anos de encarceramento.

Literalmente, o Poder Judiciário, além de transferir para as ruas o *locus* do debate, invadiu competência do Legislativo, ao criar mais uma hipótese para a obtenção do indulto, e

²² MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.874 DISTRITO FEDERAL

Em trecho do seu voto, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso, referindo-se à defesa do papel da voz das ruas, destaca que o decreto de Temer não correspondia à “vontade manifestada pelos cidadãos” e que apresentava “manifesta falta de sintonia com o sentimento social”. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313902271&ext=.pdf>. Acesso em 11 jun.2020.

do Executivo, ao afastar o decreto presidencial, cuja competência privativa encontra-se estabelecida no art. 87, inc. 12, da Constituição Federal.²³ .

A mudança do espaço de debates não é nova e nem brasileira. Já aconteceu em tempos passados e alhures, em circunstâncias excepcionais, como narra Garapon (1999):

Nos processos políticos, por exemplo, onde encontra o espaço necessário em teatros, como aconteceu durante a revolução francesa, no processo de Luís XVI ou, mais recentemente, no de Demanjuk, em Israel, ucraniano de nacionalidade americana, suspeito de ser Ivan o Terrível do campo de extermínio de Sobibor, e que foi absolvido pelo Supremo Tribunal de Justiça. Os grandes processos stalinianos desenrolaram-se na sede dos sindicatos, em Moscou. Hoje, porém, assistimos ao deslocamento de alguns processos para a mídia: não apenas os processos deixam de ser realizados nos tribunais, como também não têm um lugar próprio (...). Cada órgão da imprensa, além de informar sobre o trabalho da justiça, adota o ponto de vista de uma das partes, pronto para mudar em caso de necessidade no decorrer do processo, revela aos leitores elementos de prova, antes mesmo que a justiça deles tenha conhecimento, analisa o trabalho de cada um e, finalmente, julga em lugar dos juízes. (GARAPON, 1999, p. 77).

Ainda Garapon (1999):

à mídia interessa o homem, acima do magistrado. Os juízes se prestam ao jogo, aliás de bom grado, que considera que apresentar o magistrado através de suas funções atenta contra a liberdade de informação. Em uma democracia, no entanto, o magistrado expressa a sua opinião quando a sociedade requer a sua palavra de autoridade (GARAPON, 1999, p. 85).

Diuturnamente ganham as manchetes de jornais embates entre representantes dos demais Poderes, incomodados com o ativismo judicial ²⁴. Porém, o enfoque do tema nem sempre é uniforme, uma vez que abarca atitudes que flertam com a omissão voluntária de membros do Parlamento ou de simples descontentamento quanto aos resultados da atividade jurisdicional.

O dissabor pode ser fruto de descontentamento de alguns parlamentares, já que para outros parece, em nível individual, se tratar de uma situação vantajosa, na medida em que se eximem das consequências de determinadas decisões de grande impacto social, frente aos

²³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SEÇÃO II- DAS ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ART. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XII – concede indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

²⁴ G1- JORNAL NACIONAL 14/02/2019. Parlamentares da base governista atuam para limitar o que consideram ‘ativismo judicial’. Vídeo disponível em <https://globoplay.globo.com/v/7383312/>. Acesso em 23 set. 2020.

respectivos eleitores. O fato é que perde o Parlamento, como instituição, e perde a democracia, como regime que se fragiliza a cada investida ativista do Poder Judiciário.

Tampouco é salutar para a democracia brasileira a adaptação de experiências, como o por exemplo o *judicial review*, de outros países, em especial as de países que adotam sistemas jurídicos distintos do *civil law*.

Lunardi (2020) registra que o *judicial review*, que é a forma de judicialização da política do direito americano, é um fenômeno ali tolerado e até incentivado por autoridades políticas eleitas, que se utilizam dele sob o disfarce de interpretação constitucional. Sustenta o autor:

(...) que as cortes constitucionais tiveram ascensão nas últimas décadas em razão da capacidade dos seus juizes, de que foram criadas e se mantêm em razão da necessidade de assegurar os direitos protegidos nas Constituições escritas, ou de que o chefe do Executivo e os parlamentares seriam contrários ao *judicial review*. Ao revés, mostram que o componente político é determinante para o fenômeno do aumento do poder dos tribunais constitucionais e para a ampliação, em âmbito mundial, do controle judicial de constitucionalidade (LUNARDI, 2020, p. 31-32).

No Brasil não é diferente, seja porque os agentes políticos não querem enfrentar agendas que os afastem do eleitorado, seja porque são impedidos de implementar a própria agenda, apegando-se à autoridade judicial e até se colocando como seus aliados, sempre com o olhar voltado para as próximas eleições.

O fenômeno é analisado pelo mencionado autor:

Essa conduta, que transfere a responsabilidade da decisão política para o Judiciário, beneficia um interesse de curto prazo dos políticos – de evitar decisões impopulares e perder apoio eleitoral – às custas da sua responsabilidade política e da legitimidade democrática (considerando a concepção de democracia representativa). Contudo, como a decisão é tomada pela instituição que não tinha essa atribuição, os efeitos dinâmicos podem ser devastadores, por não resolver problemas estruturais, de modo que, como consequência, podem piorar a estrutura organizacional. Ademais, ainda que, na questão de fundo, a atuação judicial seja bem-sucedida, isso não resolverá os problemas subjacentes da abdicação e do enfraquecimento da responsabilidade política. (LUNARDI, 2020, p.46).

Tudo isso atenta contra a democracia e demonstra que é da própria democracia que nascem seus inimigos. Isso acontece diuturnamente, por exemplo quando se arrisca a matar a autoridade

da pessoa pública, e todos passam a se ver nela muito de perto, onde cada um terá a sua própria razão, sem qualquer sinal de superioridade hierárquica incontestável (e institucional) entre elas. Para Garapon (1999, p. 85), “esta confusão lamentável e perigosa sobre a transparência democrática acaba por conduzir a uma espécie de privatização da palavra pública”.

Vieira (2008) registra que questões cruciais, sejam elas de natureza política, moral ou econômica, são decididas diuturnamente por Tribunais cujos membros não foram escolhidos pelo povo, no caso do Brasil, que se utilizam de uma linguagem de difícil compreensão por quem não é versado em direito, como apontado na pesquisa apontada no item precedente. A sociedade assiste, atônita, os julgamentos como a uma partida de futebol da qual não conhece sequer as regras.

Registre-se que as observações de Vieira são de 2008 e que o fenômeno, no cenário de hoje, foi ampliado sobremaneira, em especial durante a pandemia de Covid-19¹⁷.

A judicialização da política também assumiu atribuições precípuas do Poder Executivo, em particular depois da proliferação das Agências reguladoras, que se expandiram com a transformação do Estado de Direito em Estado do bem-estar social. O controle dos atos administrativos cada vez mais deixou de se concentrar na substância e passou a tudo monitorar, do planejamento urbano às privatizações, da elaboração de políticas públicas dedicadas à saúde e proteção do consumidor, sempre sob o viés do devido processo legal, transparência, razoabilidade, etc., ao ponto de Hirschl (2009) afirmar:

seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro “governo com juízes” (HIRSCHL, 2009, p.145)

A crítica que se faz à judicialização e ao ativismo judicial não significa desconhecer que novos direitos sociais foram acrescentados à Constituição, dando diferente dimensão ao Estado Constitucional, mas sim no fato de que tais transformações estejam sendo operadas no âmbito do Judiciário, sem o amadurecimento do necessário debate político em torno de como, quando e especialmente, a que custo devem ser operadas, bem como sobre uma hierarquia temporal para implementá-las, invadindo o espaço estritamente político.

Frise-se que o fenômeno é mundial, decorrência do movimento globalista. Disputas de comércio internacional, solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio e

¹⁷ A Organização Mundial da Saúde, por intermédio de seu diretor-geral, declarou, em 11 de março de 2020, o covid-19, doença causada pelo vírus Sars-Cov-2, como sendo uma pandemia mundial, tendo em vista os casos globais e a larga escala de contaminação. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>. Acesso 21 jan. 2021.

comissões internacionais quase judiciais são os ingredientes da judicialização da política. Hirschl (2009) observa que a judicialização da política coloca como responsáveis pela “megapolítica” controvérsias que muitas vezes dividem comunidades inteiras. Isso acontece em processos eleitorais, na supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional, como uma espécie de justiça de recomposição, sempre sob o argumento de salvaguarda da própria Constituição e da democracia.

O ativismo judicial muitas vezes aparece instrumentalizado por interpretações calcadas em teorias neoconstitucionalistas, surgindo como mutação constitucional, sem que tenha passado pelo crivo do legislador reformador, sempre justificado pela alegada defesa da democracia.

Um exemplo de ativismo com uso da teoria da interpretação no Brasil foi a mutação interpretativa do art. 226 da Constituição Federal, que trouxe alteração no conceito de família (e aqui, sem qualquer juízo de valor, apenas se constata o fato), pela ADI 4277 DF, sem que o mencionado dispositivo constitucional efetivamente tivesse sido alterado, posto que continua com a mesma redação.

Outra situação fática que indicou invasão de competência, e por isso apontada como ativista, foi a decisão do juiz de primeiro grau, em rumorosa ação da 13ª. Vara Federal de Curitiba, Paraná, de publicar ligação telefônica de autoridade que detinha foro por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente¹⁸.

O ativismo foi patente, pela usurpação de atribuição *interna corporis*, dentro do próprio Poder Judiciário, uma vez que o juiz do primeiro grau subtraiu competência do Supremo Tribunal Federal, considerando que uma das partes na conversação telefônica era autoridade com prerrogativa de foro, nos termos do art. 102, I, alínea “b” da CF.

No mencionado caso, o ativismo se deu também pela invasão implícita nas atribuições do chefe do Poder Executivo, na medida em que a escolha de Ministro é privativa do Chefe do Poder Executivo.

¹⁸ A controvérsia nasceu da decisão do então Juiz Sérgio Moro de divulgar o teor das gravações telefônicas interceptadas com autorização judicial, no âmbito da Lava Jato, operação que unificou quatro investigações que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos. A gravação polêmica cuidava de um diálogo estabelecido entre a Presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Na Rcl 23457 MC-Ref, Relator Min. Teori Zavascki foi reconhecida a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, tendo em vista o envolvimento, na comunicação telefônica, de autoridade com prerrogativa de foro. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RCL%2023457%20MC%20FPR&sort=_score&sortBy=desc. Acesso 21 jan. 2021.

Salgado (2018), quanto aos eventos acima narrados, aduz:

A moralidade toma o lugar da Constituição e de legalidade também quanto às faculdades do Presidente da República. A Constituição estabelece que “compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado” (art. 84, I), entre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos

políticos (art. 87), sem participação ou autorização dos demais órgão de soberania. Para anular uma nomeação de um ministro de Estado tida como “imoral”, um magistrado considerou direito líquido e certo para defesa da ordem institucional da interceptação e divulgada em nome do interesse público, aquela mesma divulgação contrária à Constituição e que não trouxe consequências ao magistrado que lhe deu causa. Ilícito atípico é algo que não encontra lugar em um Estado de Direito (SALGADO, 2018, p. 208).

Caso semelhante, de intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, repetiu-se recentemente, pelas mãos de ministro do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, quando impediu que o Presidente escolhesse o Diretor Geral da Polícia Federal, atribuição do chefe do Poder Executivo.¹⁹

A amplitude constitucional e concentração de resolução de problemas políticos pela via judicial podem ser exemplificadas com várias ações de polêmicas decisões, tais como o julgamento da descriminalização do aborto, pelo Supremo Tribunal Federal, que desconsiderou o conceito específico do crime estabelecido no Código Penal, apegando-se a princípios constitucionais genéricos, estabelecendo, inclusive, prazos para a exclusão da criminalidade (primeiro trimestre de gravidez)²⁸. Os curingas são quase sempre os princípios da dignidade humana e o da moralidade.

Vários outros exemplos podem ser vistos como decorrência do fenômeno da politização do judiciário. Caggiano (2010) cita o da limitação do número máximo de Vereadores por Município, ainda que tenha sido estabelecido diversamente por Lei Orgânica de cada município. Tal aconteceu como resultado do julgamento do Recurso Extraordinário (RE 197917)²⁰, interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela. A reação por parte do Legislativo foi imediata: diante

¹⁹ STF – Ministro Alexandre de Moraes suspende nomeação de Alexandre Ramagem para o comando da PF. Notícias do Supremo Tribunal Federal, em 29 abr. 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442298&ori=1>. Acesso em 12 jun.2020. ²⁸ Há várias ações no STF sobre o tema, entre outras: HC 124306. Data de julgamento: 09/08/2016. Data da publicação: 17/03/2017. Órgão julgador: Primeira Turma. Rel.: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>. Acesso 23 set.2020.

²⁰ RE 197917 / SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Data do julgamento: 06/06/2002. Data da publicação: 07/05/2004. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12989/false>. Acesso 24 set. 2020.

da clara regulamentação do número de vereadores pelo Judiciário, surge a Emenda Constitucional 58/2009, também conhecida como a “PEC dos vereadores”.

Leitão (2020) cita exemplos no sistema da seguridade social, mais especificamente no subsistema saúde, decorrente da crescente judicialização da matéria, cujas demandas quase

sempre giram em torno de pedidos para que o Estado se encarregue da compra de medicamentos, alguns usados ainda em caráter experimental e de elevadíssimos custos, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Exemplos concretos têm surgido na área da saúde e de benefícios previdenciários, e mesmo em matéria tributária. De fato, a doutrina e a jurisprudência apontam os fenômenos como judicialização da saúde e ativismo judicial, temas que passaram a ser objetos de estudos e controvérsias, como decorrência do crescente número de litígios envolvendo a matéria, tais como fornecimento de medicamentos e leitos hospitalares, principalmente a partir de 1990. Não é demais registrar que os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceram na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançaram a cifra de R\$ 3,9 bilhões, segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS)²¹.

No campo dos direitos sociais a intervenção é ainda mais forte. Conforme Pierdoná (2019),

a pretexto de fazer ‘justiça social’, muitos membros do Poder Judiciário brasileiro, incluindo os membros dos tribunais superiores, estendem prestações não previstas em lei, flexibilizam critérios legais etc., sem a devida observância do conjunto dos princípios de seguridade social (PIERDONÁ, 2019, p. 176).

Via de regra, tais pedidos, na área da seguridade social, invocam o princípio da universalidade e o da dignidade humana, olvidando-se, entretanto, que universalidade não significa impedir o legislador de restringir a amplitude do direito. Até porque a ideia de universalidade, conforme Pierdoná (2009) só faz sentido quando analisado conjuntamente com o princípio da igualdade. Como um dos exemplos desse menosprezo, e indicando outros princípios desrespeitados, Pierdoná (2019) relata a inclusão dos boias-frias (contribuintes individuais) como segurados especiais, por decisões judiciais, concluindo que

A excessiva judicialização, ao menos no que tange aos direitos integrantes da seguridade social (saúde previdência e assistência social), é fruto, principalmente, do

²¹ Disponível em <https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f/1/>. Acesso 23 set. 2020.

ativismo judicial. Isso porque, embora a Constituição determine que cabe ao Poder Legislativo definir os benefícios e serviços, o Poder Judiciário tem determinado a concessão de prestações mais generosas, divergentes daquelas previstas nas leis e implementadas pelo Poder Executivo (PIERDONÁ, 2019, p. 175).

O tema é, sem dúvida, controverso. O Poder Legislativo tem atuado buscando limitar os poderes do Poder Judiciário, como é possível vislumbrar pela redação original da PEC nº 6/2019²², que tratava da reforma da Previdência, em tentativa de impedir o Judiciário, e os demais poderes, de criar, majorar ou estender benefícios, por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio. O dispositivo, no entanto, não foi aprovado com essa redação.

A menção expressa à decisão judicial traduz clara tentativa de colocar limites ao ativismo e à judicialização de política. No caso concreto, a desnecessidade é patente, uma vez que todo o arcabouço constitucional relativamente à seguridade social já indicava não ser possível criar, majorar ou estender benefícios sem a correspondente fonte de custeio, sendo desnecessário constitucionalizar o que já se encontrava constitucionalizado. Até porque a constitucionalização de todos os problemas de um Estado não tem o condão de resolvê-los. Já se disse que a judicialização da política não implica apenas usurpação de funções do Poder Legislativo, mas também as do Poder Executivo. Um exemplo concreto é a recente judicialização do auxílio emergencial, benefício de assistência social temporário criado para enfrentar os problemas econômicos e sociais advindos da pandemia de Covid-19²³.

De fato, ainda que o Poder Judiciário tente descaracterizar o movimento de judicialização do auxílio emergencial, criando mutirões de conciliação em todas as regiões, junto a cada Tribunal Regional Federal, o fato é que tal se dá com a utilização da máquina do Poder Judiciário, que é, conforme aduzido pelo Tribunal de Contas da União, cerca de quatro vezes mais onerosa do que se o problema fosse resolvido administrativamente.

²² A redação original da mencionada PEC 06/2019, trazia modificação na redação do art. 195, parágrafo 5º., estabelecendo que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio total. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC-6-2019. Acesso em 22 de jan. 2021.

²³ O Auxílio Emergencial é um benefício temporário, de natureza assistencial, criado pela Lei 13.982/2020 e regulamentado pelo Decreto 10.316/2020, para minorar os efeitos econômicos decorrentes da pandemia mundial de covid-19, doença causada pelo vírus Sars-Cov-2. Teve previsão de pagamento por três meses, prazo esse prorrogado pelo Poder Executivo até dezembro de 2020.

O Poder Judiciário tem aceitado, sem tergiversar, esse papel de executor e implementador de políticas públicas, sobre o qual não detém a efetiva titularidade.

O exemplo mais recente e polêmico de ativismo judicial a ocupar as manchetes de jornais foi a decisão sobre o inquérito das denominadas *fake news* ²⁴.

De se salientar que é indubitável que tanto as notícias falsas quanto a pós-verdade, essa última um fenômeno pelo qual os fatos objetivos tem menor poder de influência na opinião pública do que as emoções, impactam de forma negativa a democracia, regime que deve ser pautado, para que se mantenha íntegro, na verdade, que, aliás, é quase sempre relativa.

O impacto decorrente do tipo de informações recebidas pelo indivíduo, sujeitas à manipulação de *fake news*, são as que formam a sua opinião, expressa nas urnas, quando elege seus representantes. Portanto, tem grande influência na qualidade da democracia de um Estado. A propagação de notícias falsas e a desinformação ocasionada pelas mídias sociais, em especial na América Latina, é de tal maneira relevante que o tema tem sido debatido nas Universidades. Por exemplo, o Knight Center, na Universidade do Texas, que colocou o tema em sua grade de cursos, aborda o fenômeno, denomina-o, em alusão à pandemia, de “desinfodemia” ²⁵.

Todavia, as mentiras e pós-verdades sempre existiram. São especialmente deletérias para a democracia quando praticadas pelo próprio Estado, de difícil desvelamento pelas respectivas instituições, e que repercutem inclusive em outros países, em razão da interdependência complexa decorrente da globalização ²⁶.

No entanto, no âmbito de cada país, o filtro pode e deve ser manejado pela educação e geração de conhecimento, que viabilizam ao indivíduo o acesso à informação e ao desenvolvimento do

²⁴ Foi um inquérito aberto em 14 de março de 2019, pelo Supremo Tribunal Federal, para investigar a existência de notícias falsas, denúncias caluniosas, ameaças e infrações que podem configurar calúnia, difamação e injúria contra os membros da Suprema Corte e seus familiares.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>. Acesso 21 jan. 2021.

²⁵ Disponível em: <https://journalismcourses.org/course/desinformacao-e-fact-checking-em-tempos-de-covid-19na-america-latina-e-no-caribe/>. Acesso 21 jan. 2021.

²⁶ Conforme ESTRE (2011), o reconhecimento de uma interdependência complexa, estudada por KEOHANE & NYE, 1989, baseada ainda no que denominou de “retórica da segurança nacional”, balanceada pelo reconhecimento da existência de custos ou constrangimentos, passa a ser fonte de influência para os Estados que se relacionam, restringindo as respectivas soberanias, inclusive por intermédio da ação de organismos internacionais. ESTRE, Felipe. Poder, Interdependência e Desigualdade. III Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais. São Paulo, 2011, in www.academia.edu/37266806/Poder_Interdependência_e_Desigualdade?auto=download. Acesso 25/01/2021.

espírito crítico. Só assim ele terá discernimento para submeter *fake news* e pós-verdades à própria apreciação criteriosa, formando sua opinião.

Tocqueville (1997), analisando o fenômeno revolucionário, afirmou que a circulação de ideias e de opiniões é tão necessária aos corpos políticos como a circulação do sangue nos

corpos físicos e nada deveria existir que não se pudesse falar, discutir e enfrentar, mesmo que para isso se produza uma agitação contínua na sociedade.

Quanto mais envolvida estiver a sociedade nessa agitação participativa, menor o risco de se criar uma imagem ideal de uma estrutura perfeita, mas apartada da realidade e da liberdade. De forma que, a despeito dos malefícios da mentira para uma democracia, o malefício maior será a criação dessa imagem ideal, apartada da realidade.

Bem por isso, o papel de censor ou editor da sociedade não deve ser exercido por nenhum dos poderes, menos ainda pelo Poder Judiciário, porque é tênue a fronteira existente entre a liberdade de expressão e a censura prévia, linha essa que jamais deve ser ultrapassada em uma democracia, especialmente na brasileira, considerando que a Constituição de 1988 veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística ³⁶. Assegura tão somente, *a posteriori*, o direito de resposta diante de eventual agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Grillo (2020), não considera que a decisão judicial no âmbito do inquérito das *fake news* seja expressão de ativismo, mas sim ausência total do ato jurídico. No entanto, considera-se importante a inclusão da mencionada decisão como exemplo do fenômeno, uma vez que o Poder Judiciário, manejando-a sob justificativa de defesa da democracia, atua como um seu inimigo íntimo, lesionando o princípio democrático matriz de todos os outros – a liberdade. O ativismo judicial traduz, afinal, invasão do juiz no campo da discricionariedade dos demais poderes, o que não se coaduna com a natureza jurisdicional que deveria ser intrínseco ao ato do Poder Judiciário.

Garapon (1999) afirma, se referindo à tentação populista, que o ativismo jurisdicional nos sistemas burocráticos revelou um novo risco, o da desagregação da justiça, já que ao entrar na cena política, a justiça subverteu seu funcionamento tradicional, que lhe assegurava coesão institucional, unidade e segurança jurídica.

Frisa ele, referindo-se à França, mas perfeitamente cabível no Brasil:

A magistratura fica parecendo menos um poder instituído do que uma soma de individualidades. Esse relaxamento da pressão hierárquica é sensível na França, onde

³⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TÍTULO VIII

Capítulo V – Da Comunicação Social

ART. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) §2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

se constata que a pirâmide atual afasta, para a grande maioria de juízes, qualquer perspectiva de promoção significativa. (GARAPON, 1999, p. 65)

Justamente por observar que a judicialização da política e o ativismo judicial manejam com maestria o discurso da defesa da democracia, o presente trabalho reflete sobre a advertência de Todorov (2012), quanto aos inimigos íntimos da democracia, especificamente o populismo, que usa esse mesmo tipo de discurso.

Como mencionado na seção 1.4, o decálogo do populismo formulado por Krauze refere-se ao populismo político. Afiança-se, contudo, que é perfeitamente aplicável quando praticado por membros de qualquer dos Poderes, inclusive do Judiciário, quando exercitam funções políticas, que não lhe são próprias, como ocorre quando se judicializa a política e diante do fenômeno do ativismo judicial. Ainda que o fenômeno não tenha os mesmos contornos do populismo exercido pelo chefe do Poder Executivo, a apropriação do discurso populista é uma realidade.

Vale repetir a lição de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 985), referindo-se ao “populismo”: “as fórmulas populistas renascem, sempre que ocorre uma rápida mobilização de vastos setores sociais, uma politização à margem dos canais institucionais existentes”.

De acordo com Salgado (2018):

Decisões judiciais recentes evidenciam o argumento: usa-se a gramática da exceção para permitir que magistrados atuem para além do Direito em nome do interesse público ou de sua visão perfeccionista e até para restringir prerrogativas de agentes públicos eleitos democraticamente. O mesmo ocorre com o controle abstrato de constitucionalidade, com a suspensão de Emenda Constitucional por decisão monocrática sem fundamento jurídico e com o apelo a uma fictícia origem democrática de uma lei que ofende diretamente a Constituição – as normas constitucionais tornam-se irrelevantes. Um Estado de Direito não combina com heróis, ainda que togados: falta modéstia ao Poder Judiciário no cumprimento de sua função constitucional (SALGADO, 2018, p. 193-194)

Garapon (1999), analisando o fenômeno da judicialização da política, tece considerações válidas também para o ativismo judicial. Afirmar tratar-se de um deslocamento do eixo da

democracia, que saiu do campo político e passou a integrar o campo jurídico, tornando o Poder Judiciário um espaço de exigibilidade da democracia, seja porque as instituições políticas passam por período de descrédito, seja em razão de ausência, na visão da sociedade, de princípios éticos que deveriam basear a ação política.

Afirma o mencionado autor que a mudança do centro de gravidade da democracia teria ocorrido por dois fenômenos que estão interligados: a desnacionalização do direito e o esgotamento da soberania parlamentar.

O primeiro tem a ver com o fenômeno da globalização e o segundo, como consequência jurídica do referido fenômeno. Com efeito, o neoconstitucionalismo, que decorre da globalização, conduz, via de regra, ao fenômeno da judicialização da política. Questiona-se até que ponto o fenômeno, que retira o centro de gravidade do espaço político e coloca-o no espaço jurídico, pode ser considerado apenas como uma mudança de eixo da democracia, ou se na realidade está transformando-a em um novo regime de governo.

Pela visão de Garapon (1999), e esse é o subtítulo do seu livro, o juiz torna-se “o último guardião das promessas”, alimentando-se do descrédito do lado político do próprio Estado, e torna-se uma espécie de colegislador, já que considera a lei como um produto inacabado, sendo ele também legislador e atualizador da Constituição ou mesmo reformador desta. Para o autor, a justiça concluiria o processo de despolitização da democracia.

Todavia, afirma-se que tal pretensão, ao contrário dos que encontram justificativas democráticas para judicialização da política e para o ativismo judicial, a de exercer o papel do legislador, em nada engrandece a democracia, pois ao tomar o lugar dos debates democráticos, retira do cidadão o poder de atuar. O poder já não mais emana do povo. Na verdade, cria-se, com a pretensa despolitização da democracia, um novo regime de governo.

Conforme Toqueville (2005), é justamente a participação política constante e consciente do cidadão um dos pressupostos da democracia. Como justificar a judicialização da política sob alegação de defesa da democracia, ou da necessidade de despolitizá-la, quando justamente tal proceder alija o povo da participação política constante e consciente?

Comparato (2004) ressalta que hoje se introduziu o respeito integral aos direitos fundamentais como um dos pilares da democracia, ao ponto de se afirmar que apenas seriam democráticos os regimes que, além da soberania popular, colocassem os direitos fundamentais da pessoa humana como objetivo último do próprio Estado, e que a soberania do povo, não dirigida à realização deles, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo.

O mencionado autor, no entanto, reconhece o paradoxo: diferentemente dos demais poderes públicos, o Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, os magistrados, na maior parte dos países, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular.

No entanto, apesar de afirmar que o desiderato é inalcançável quando o poder político não pertence ao povo, Comparato (2004) aduz ser possível buscar a legitimidade democrática do Poder Judiciário no prestígio público, baseado no respeito moral e confiança que os juízes inspiram no povo.

Tais atributos, segundo o autor, são aferidos na independência da respectiva instituição e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui, de modo que é forçoso analisar a organização e o funcionamento do Poder Judiciário no Brasil para se concluir tratar-se de uma instituição verdadeiramente democrática.

Da análise do retrato do Judiciário brasileiro, objeto da seção precedente, já se teve oportunidade de conferir que tal prestígio se encontra atualmente bastante abalado.

De se salientar a crescente adoção, na jurisprudência e doutrina brasileira, de doutrinas estrangeiras, especialmente as norte-americanas, adaptadas ao cenário pátrio, o que nem sempre é salutar para a paz social buscada em uma democracia.

É o que constata Lembo (2018), observando o crescente apego, no Brasil, o que se reflete no cenário acadêmico, às teorias e exemplos jurisprudenciais americanos, porque se considera que os Estados Unidos caracterizam a modernidade. Segue o autor em suas reflexões:

Nem todas as decisões da Suprema Corte, contudo, merecem elogio.
Há acórdão considerado infame.
Proferido em 1857.
Trata-se do caso Dred Scott v. Sandford.
Neste malfadado julgamento, o Chief de Justice Roger Taney decidiu:
Negro é propriedade de seus titulares.
Não é cidadão.
Considera-se esta decisão fator da eclosão da Guerra de Secessão.
Causou imensa revolta entre os antiescravagistas do norte.
Lição amarga.
Decisão judicial equivocada leva a graves rupturas.
A decisão de 1857 acentuou o amargo racismo.
Colocou em risco a unidade nacional.
Causou derramamento de sangue e sofrimento.
Desastrada decisão.
Lição aos ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil.
Muitas vezes, dão se ar de pequenos semideuses.

Agem sem captar a realidade social.
Podem causar efeitos desastrosos.
Lição vinda do norte. (LEMBO, 2018, s/p).

Quando se cogita de lesão à democracia decorrente de fatores internos, logo se remete ao populismo, que é um dos inimigos íntimos da democracia, que se apropria do papel e do discurso popular. Trazendo o fenômeno político ao seio do Judiciário, como ocorre com a judicialização da política e o ativismo judicial, o fenômeno traslada-se simultaneamente.

É importante frisar que essa concepção de liberdade como pilar da democracia é muito atual e explica vários debates que hoje são levados ao Poder Judiciário, o que não justifica a forma como são conduzidos, sem a participação política e sem que tenha havido qualquer alteração na Constituição.

Ao pretender manejar um dos pilares da democracia, a igualdade, ou no manejo da função de contrapoder, o Poder Judiciário vem alterando a Constituição, mesmo que se escude na bandeira de proteção dos direitos fundamentais e na defesa da democracia, sem um debate democrático amplo, mas apenas com um debate circunscrito aos membros de um Poder que não são eleitos pelo povo, indica ter o Judiciário se travestido de herói e paladino da democracia, sem que efetivamente a tenha defendido, uma vez que esta tem ágora própria no ordenamento jurídico pátrio. Tal postura pode ser vista como uma espécie de populismo.

O solapamento da democracia é uma realidade, e não acontece apenas no Brasil. Ferrajolli (2006) inclusive, aponta que há um déficit democrático da União Europeia, que se manifesta antes de todos, retroagindo sobre os próprios ordenamentos jurídicos de cada Estado participante, dos quais as novas fontes começam a fazer parte, apesar do distanciamento dos respectivos cidadãos e Parlamentos nacionais.

Brandindo bandeiras da democracia e da paz, alija-se o cidadão do próprio poder originário de decidir seu destino, expressão máxima da liberdade, no plano do ordenamento comunitário, cujos órgãos não diretamente representativos são fortemente condicionados por lobbies das potências mais endinheiradas e organizadas. Nesse contexto, resulta enfraquecido o controle de constitucionalidade sobre as fontes comunitárias, que, inclusive, entram diretamente em vigor nos ordenamentos nacionais, por delimitação voluntária da própria soberania.

CONCLUSÕES

A presente dissertação parte da análise do que seja democracia, sua origem, conceitos, princípios e evolução, com foco especial na sua constante mutação e fragilização, decorrente de eventuais desajustes entre seus principais pilares, a liberdade e a igualdade. A análise serve de base para a reflexão sobre a judicialização da política e do ativismo judicial e o quanto esses fenômenos influem no equilíbrio desses pilares.

O Estado, por ser criação da ideia, é como um ser vivo, em permanente transformação. Houve momento em que o foco era o indivíduo. Ampliou-se e passou a ser o grupo, a nação, a comunidade, a humanidade. Antes, teocrático, com o poder de origem divina, passa a ser Estado de Direito, com a busca de proteção do indivíduo, tendo a lei como expressão do poder e, ao mesmo tempo, sua limitação, em prol da liberdade de cada um.

Paulatinamente, transformou-se sob os ideais iluministas, ampliando a proteção do homem, agora como indivíduo e como membro de um grupo maior, também protegido, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial. O Estado passa a gerir o bem-estar social, com o reconhecimento da necessidade de proteção de direitos considerados fundamentais, já esboçados com os ideais revolucionários perseguidos durante a Revolução Francesa, aos quais outros foram acrescentados e elevados, com o constitucionalismo, à posição de pilares da democracia.

Depois, sob a batuta do neoconstitucionalismo, a globalização, paradoxalmente estimulada pelos próprios Estados, desestabilizou as economias de cada um deles. As fronteiras, menos rígidas, tendo em vista os efeitos da comunicação, se expandiram na prática e regulações internacionais reduziram a capacidade de cada Estado-nação de responder, internamente, a problemas que são globais, uma vez que originados da própria globalização, entre outros a diuturna violação de direitos humanos.

As consequências negativas da globalização estão se fazendo sentir, sem que tenha havido elevação no cobiçado ideal de igualdade social. As principais entre elas é o desencanto político e o enfraquecimento da democracia.

A resposta encontrada na doutrina neoconstitucionalista foi a de transferir para o Poder Judiciário a busca de soluções de todos os problemas sociais, fomentando uma judicialização exacerbada e aceitando implicitamente o esvaziamento do poder político.

Desse esvaziamento dos canais próprios do poder político em uma democracia representativa e sua usurpação pelo Poder Judiciário é que surgem os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Os fenômenos, no entanto, empunham bandeiras de defesa da democracia. Por isso podem ser vistos como seus inimigos íntimos, já que nascem dentro dela mesma, e conduzem a desajustes entre os seus pilares. Os mais difíceis de serem combatidos são os inimigos internos, dentro do próprio Estado, entre os quais o populismo, que traduz um movimento que, em nome da própria democracia, dilui o poder do povo e esgarça os limites de cada poder, se apoderando imperceptivelmente de todos.

Analisa-se que, em que pese o fenômeno populista ter um cunho eminentemente político, pode ele permear também o único poder que não é político, aquele em que seus membros, pelo menos no Brasil, não são escolhidos pelo povo e não fazem parte do rol da democracia representativa. Isso ocorre justamente quando exercitam atribuições políticas, se apropriando de funções que lhe são alheias, desequilibrando os pilares da democracia e os princípios inerentes à prestação jurisdicional democrática, em especial a segurança jurídica e a igualdade de todos perante a lei, como ocorre com a judicialização da política e o ativismo judicial.

A Constituição determina as regras que dão formato ao Estado. Cria órgãos do Estado, determina competências e procedimentos, estabelece orientações normativas, regula procedimentos destinados a superar conflitos que surjam na comunidade, impõe tarefas e procura garantir à sociedade pluralista a convivência solidária em um regime democrático. O Poder Judiciário, na exata medida em que começa a se politizar, a jurisdicionar como se estivesse legislando, fazendo escolhas políticas e desprezando a separação de poderes, contribui para o desequilíbrio entre a liberdade e a igualdade, fenômenos abordados na presente dissertação.

Ainda que se reconheça a ruptura entre cidadãos, governos e Parlamentos, é na tentativa de atar de novo o cidadão ao seu próprio poder, pelo fortalecimento dos canais próprios para tal, que reside a solução para superar a crise da democracia, e não na tentativa de substituir os poderes políticos.

O reconhecimento de novos papéis desempenhados pelo Poder Judiciário não implica acreditar que os processos deliberativos democráticos devam ser conduzidos por instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades dos cidadãos e de estandarte da democracia, mesmo quando se cogita que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais tem acontecido diuturnamente por intermédio do Poder Judiciário. É

que, em uma democracia, a concretização de direitos sociais depende de políticas públicas e de recursos econômicos, cujas existência e gestão estão fora do alcance da atuação do Poder Judiciário. A decisão sobre a disponibilidade deles estaria localizada no campo das decisões governamentais e dos Parlamentos, por meio da composição dos orçamentos públicos, e do desenho e planejamento de políticas públicas.

A elevação do nível de realizações dos direitos sociais, via políticas públicas, está sempre condicionada ao volume de recursos suscetíveis de serem mobilizados para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais.

Buscar concretizá-los no Judiciário sem que tenha havido debates no Parlamento, inclusive quanto às escolhas políticas na definição dos respectivos limites e abrangências, e sem que se maneje os instrumentos constitucionais próprios, quando então estaria autorizado a atuar com essa feição, traduz clara escolha política do Judiciário, ferindo a cláusula pétrea da separação de Poderes, além de desequilibrar os pilares da democracia da liberdade e da igualdade.

É indubitável que a razão de ser da teoria da separação de poderes é, primeiramente, a limitação do poder do Estado, para que o cidadão não se veja tolhido na sua liberdade, em todas as suas expressões, entre outras, no direito à intimidade, à honra, imagem, liberdade de expressão e todos as que dela se originam, inclusive a dignidade e a igualdade. Viver dignamente e em igualdade em relação aos outros pressupõe a liberdade individual, de escolhas existenciais e suas expressões.

Desequilibra-se o pilar da igualdade quando, por exemplo, o juiz concede, ao seu alvedrio, direitos sociais, muitas vezes inexistentes, em ações individuais, nas quais a prestação jurisdicional deveria ser eminentemente dirigida para solucionar conflitos, e não para criar direitos ou políticas públicas que os concretizem, papel do Parlamento.

Situações de manifesta injustiça são criadas, na medida em que a concessão do bem jurídico pleiteado beneficiará apenas o autor da ação, deixando a descoberto milhares de casos idênticos, além de deixar um largo espaço de subjetivismo na concretização do direito. Certamente, isso não se coaduna com o sentido de Justiça, impregnando a atividade judiciária de ideologia política pessoal do juiz que está julgando, o que coloca em xeque a própria democracia, na medida em que subtraída do legislador parte da função de legislar.

Não é por ser guardião da Constituição que o Poder Judiciário detém a última palavra, quando dada de maneira diversa à prevista constitucionalmente, mormente quando esta for de natureza política, decorrente da omissão dos demais poderes.

O espaço de atuação foi definido pela própria Constituição, de modo que nem sempre a omissão do Parlamento indicará a necessidade de atuação do Poder Judiciário, especialmente porque muitas vezes essa omissão traduzirá um silêncio eloquente do legislador, uma vontade política de silenciar.

Todavia, reconhece-se que não se pode imputar tão somente ao Poder Judiciário as mazelas da exacerbação ativista da atuação judiciária. Em que pese o fenômeno repercutir no aumento do poder exercido pela magistratura, com a consequente diminuição do poder político do Legislativo e do Executivo, parece haver algum tipo de ganho para os detentores desses poderes, haja vista que se livram do ônus de medidas que os prejudiquem eleitoralmente.

O presente trabalho não defende que a democracia direta deva substituir a democracia representativa, de difícil execução com a complexidade dos novos tempos, e tampouco o esfacelamento do *welfare state* e sua evolução, como forma de combater o Estado e seus excessos e de preservar a democracia. Clama-se tão somente pela reflexão quanto aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial e suas consequências para a democracia, em especial quando se cogita de um Estado presidencialista.

Ademais, não se pode desconhecer que a democracia precisa estar constantemente vigiada para que sobreviva ao menos no seu conceito mínimo, aquela que facilita a participação o mais ampla possível dos cidadãos, com o amplo e livre debate das ideias e a formação da maioria, o que certamente, quando se transfere atribuições do Parlamento e do Executivo para o Poder Judiciário, não acontece.

Em suma, se observa que o Poder Judiciário tem judicializado a política e atuado de forma ativista, sob pretexto de fazer valer direitos fundamentais que muitas vezes constam na Constituição de forma retórica, como um catálogo de pretensões futuras, um ideário a ser perseguido, e sempre declamado por meio de princípios vagos, sem que existam normas objetivas que lhes retirem a vacuidade semântica e lhes delineiem os contornos para que se apliquem em casos concretos.

O Poder Judiciário tem decidido, sem pejo, questões de grande envergadura política, que deveriam ser submetidas e decididas no Parlamento que, afinal, é o canal apropriado para o exercício da democracia representativa, em que pese a transferência de poder acontecer sob uma alegada necessidade de preservação das instituições, ou em nome de valores de conceituação aberta e da própria democracia.

Na crescente invasão do Judiciário na conflitualidade das relações sociais de forma tão intensa, afastando os demais centros de poderes democráticos do necessário debate público, reside o perigoso flerte com o inimigo íntimo da democracia.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro. Forense, 3ª edição, 2011.
- AMB/FGV/IPESPE. *Estudo da imagem do judiciário brasileiro*. Sumário Executivo. Coordenação técnica do Professor Antonio Lavareda. Recife: 2019.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BARBOSA, Oriana Piske de A. e SARACHO, Antonio Benites. Estado Democrático de Direito – Superação do Estado Liberal e do Estado Social. *Revista Jurídica Luso-Brasileira -RJLB*, Ano 4 (2018), nº 5, p. 1305-1317. Brasília, 2018. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1305_1317.pdf. Acesso 10/jan/2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies (Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas). Rio de Janeiro: *Revista Direito & Práxis*. v. 9, nº 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em <https://orcid.org/0000-0003-3407-2304>. Acesso 14/jan/2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: *Revista (SYN)THESIS*. Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. v. 5, nº 1 (2012). Disponível em <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso 3 ago. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo: Centro de Estudos da PGE, 63/64: 1-49, jan./dez. 2006. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso 3 ago. 2020.
- BASILE, Juliano. Um juiz para os juízes. *Revista Valor Econômico* edição de 26 ago. 2011. Disponível em <https://valor.globo.com/coluna/um-juiz-para-os-juizes.ghtml>. Acesso 22 set. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol I, 11ª edição. Brasília: Editora UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1982

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *ACÓRDÃO n. 2894/2018*. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ACORD%25C3%2583O%25202894%252F2018%2520RELAT%25C3%2593RIO%2520DE%2520LEVANTAMENTO/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=f85ac0c0-d36b-11ea-8599-ed5fe1f1c972>. Acesso em 30/07/2020.

CAGGIANO. Monica Herman Salermo. *La Politisation de la Justice - le phénomène au Brésil*. Em livre tradução. Disponível em https://www.umk.ro/images/documente/publicatii/mas-arotunda2010/la_politisation.pdf.

CAGGIANO, Monica Herman. Democracia x constitucionalismo. Um navio à deriva?. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*. Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP nº 1. São Paulo. 2011.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. *Silêncio Legislativo, Liberdade para legislar e omissão inconstitucional*. Dissertação de Mestrado USP, 2015. São Paulo. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-110351/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_SILENCIO_LEGISLATIVO_LIBERDADE_PARA_LEGISLAR.pdf. Acesso em 14 ago.2020.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

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

CARVALHOSA, Modesto. *Da cleptocracia para a democracia em 2019. Um projeto de Governo e de Estado*. São Paulo: Thonson Reuters, 2018.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura. A crise da democracia liberal* (ebook). Rio de Janeiro, 2018.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO. Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. São Paulo: Revista Estudos Avançados. Vo. 18 no 51. Mai/ago. versão online 2004. Disponível em <https://doi.org/10.1590//S0103-40142004000200008>. Acesso em 10 ago.2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, Jean Carlos e MELLO NETO, Ridivan Clairefont de Souza. A democracia pragmática em Richard Posner e o papel do pragmatismo cotidiano na seara democrática. *Revista Direitos*

Fundamentais e Democracia. v. 23, n. 3, p. 310-332, set./dez. 2018. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1415/565> Acesso em 22 set.2020.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Roberto Limia. *O império inca e a economia da América pré-colombiana*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências

Econômicas. Porto Alegre: 2010. Disponível em

<https://eur04.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.lume.ufrgs.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F10183%2F25450%2F000751012.pdf%3Fsequence%3D>.

1&data=02%7C01%7C%7C14fd2f2275ee4a8ebc9108d846de0af1%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637337266915274630&sdata=5dx%2BIBBKZrPQYDtUMWa%2FkMjEz464GvNZ3hNWrDB6v24%3D&reserved=0 Acesso em 23 ago.2020.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp 417-464

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A ressurreição da democracia*. Santo André: Dia a dia Forense, 2020.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. In: José Carlos Francisco. (Org.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. 1ªed.Belo Horizonte/MG: Editora Del Rey, 2012, v. 1, p. 47-88.

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

GRILLO, Ludmila Lins e outros. *Inquérito do fim do mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro*.Org. por Piovezan, Cláudia R. de Moraes. Londrina: Editora E.D.A.- Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. *Revista Consultor*

Jurídico edição de 23 jul. 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?pagina=2> Acesso 12 out. 2020.

HABERLE, Peter. *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Lima: Palestra Editores, 2019.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madri. Ed. Taurus Humanidades, 1999.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª. Edição, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fundação Getúlio Vargas. Biblioteca digital. V. 251. Ano 2009. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/7533/6027. Acesso aos 5 ago./2020.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editora Digital LeBooks. 1ª edição 2019.

KAISER, Axel e ÁLVAREZ, Gloria. *El engaño populista. Por qué se arruinan nuestros países y como rescatarlos*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2016. (e-book).

KRAUZE, Enrique. *El Pueblo soy yo*. México: Debate, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITÃO, André Studart. *O lado oculto da judicialização da previdência social* (e-book). Fortaleza: Edição do Autor, 2020.

LEMBO, Cláudio. Decisão judicial infame. *Revista CEPES*. Centro de Estudos Políticos e Sociais. Publicado em 3 dez. 2018. Disponível em <https://cepes.org.br/site/index.php/2018/12/03/decisao-judicial-infame/>. Acesso 20 set. 2020.

LEMBO, Cláudio. Bobbio e a lição de Montesquieu. *Revista CEPES*. Centro de Estudos

Políticos e Sociais. Publicado em 19 ago. 2019a. Disponível em <https://cepes.org.br/site/index.php/2019/08/26/bobbio-e-a-licao-de-montesqueiu/>. Acesso em 11 mai. 2020.

LEMBO, Cláudio. Como conhecer um Populista. *Revista CEPES*. Centro de Estudos Políticos e Sociais. Publicado em 4 nov. 2019b. Disponível em <https://cepes.org.br/site/index.php/2019/11/04/como-conhecer-um-populista/>. Acesso 19 ago. 2020.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil- e outros escritos. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAIA, Isabela Rebouças e COSTA, Frederico Magalhães. O constitucionalismo dirigente brasileiro está morrendo?: uma breve análise sobre os 25 anos de Constituição, promessas não cumpridas e as manifestações de 2013. Salvador: *Revista Direito UNIFACS*. Universidade Salvador n. 175 (2015). Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3439>. Acesso 15 jan.2021.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant, barão de La Brède e de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MUNIZ, Antônio Walber Matias e MUNIZ, Fernanda Eduardo Olea do Rio. Teorias de Justiça Social aplicadas a políticas públicas no Brasil para redução de desigualdades. Uberlândia: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 2006. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFU_v.44_n.01.03.pdf. Acesso em 12 set. 2020.

NOBRE Jr., Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*. a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p111.pdf. Acesso em 22 set. 2020.

NORTH, Douglas. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018, 256 p.

OLIVEIRA, Heron José Castro. Estado de direito e estado democrático de direito (estado social): o que há de novo? *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação

Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3o quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica . Acesso em 30 jan.2021.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais. Publicado nos *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em São Paulo, de 04 a 07 de nov. 2009. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2307.pdfAcesso em 29 ago. 2019.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. *Católica Law Review*, v. 3. p. 159-182, 2019.

PLATÃO. As grandes obras (e-book). Editora Mimética, 2019.

PLATÃO. *As leis*. Domínio Público. In <https://www.baixelivros.com.br/dominio-publico>. Acesso 16 set. 2020.

PLATÃO. *Diálogos suspeitos e apócrifos VI*. São Paulo: Edipro, 2010.

PLATÃO. *Diálogos suspeitos e apócrifos VII*. São Paulo: Edipro, 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo. *Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. Belo Horizonte: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 117. Jul./dez. 2018. p. 193-217. Disponível em <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/download/17593/14377/> . Acesso em 12 ago.2020.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito, Judiciário e Política: um diálogo mais que necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: O nascimento do Judicial Review como artifício político. Natal: *Revista Direito e Liberdade RDL – ESMARN*. Vol 18. N.3, p. 193-212, set./dez.2016. Disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf.

Acesso 05 ago./2020.

STRATHERN, Paul. *Platão em 90 minutos*. São Paulo: Zahar, 1997.

STRATHERN, Paul. *Locke em 90 minutos*. Lisboa: Editora Inquérito. 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3., n. 1, p. 52-70, jan./abr. 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1805-1859). *O antigo regime e a revolução*. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de, (1805-1859). *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. São Paulo: Martins Fontes, 2005 - (Paidéia)

TODOROV, Tzevan. *Os inimigos íntimos da democracia*. (e-book). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TORRES, André Castelo Branco Alves. O utilitarismo é um ascetismo. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, CFCH. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Recife, 2017. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25656/1/TESE%20André%20Castelo%20Branco%20Alves%20Torres.pdf>. Acesso em 05 jan./2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 10 out. 2020.