

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ULTRAPASSANDO O MODELO TRADICIONAL DE SEPARAÇÃO DE PODERES

THE LEGALIZATION OF POLITICS BEYOND THE TRADITIONAL
MODEL OF SEPARATION OF POWERS

Sidraque David Monteiro Anacleto¹
Janete Ricken Lopes de Barros²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Judicialização da Política; 2 A Democracia e o modelo de Estado; 3 Democracia representativa; Considerações Finais. Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo pretende associar o fenômeno da judicialização das políticas públicas ao modelo de Estado Social adotado pela Constituição de 1988 e à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais como fatores que potencializaram a atuação do Poder Judiciário, ultrapassando o modelo tradicional de separação de poderes, resultando na necessidade de um diálogo institucional entre legislativo executivo e judiciário para o equilíbrio do Estado Democrático de Direito. A ideia trabalhada identifica a Judicialização da política como a atuação funcional do Poder Judiciário, como órgão do Estado, sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas, comportamento que implica em um novo paradigma.

PALAVRAS-CHAVES: Judicialização da política; Separação dos Poderes; Modelo de Estado; Democracia.

ABSTRACT

This article aims to link the phenomenon of judicialization of public politics the welfare state model adopted by the 1988 Constitution and the need for enforcement of fundamental rights as factors that increased judicial power, overcoming the traditional separation of powers, resulting the need for an

¹Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Área de concentração **Constituição e Sociedade**. Email: sid.anacleto@gmail.com.

² Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Área de concentração **Constituição e Sociedade**. Email: janetericken@gmail.com.

institutional dialogue between the executive and legislative judiciary to balance the state and democracy. The idea developed identifies the Judicialization of politics as the functional role of the judiciary as an organ of the State, on topics previously restricted to the political, behavior that implies a new paradigm.

KEY WORDS: Judicialization of politics; Separation of Powers; State Model; Democracy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa compreender a judicialização da política no contexto brasileiro, partindo de um novo paradigma³ do modelo da separação dos poderes, para buscar na abertura de um diálogo institucional entre executivo legislativo e judiciário o retorno do equilíbrio do próprio Estado.

Na primeira parte do artigo, identificaremos a judicialização da política como processo histórico e conseqüente produto da necessidade de efetivar os direitos fundamentais, pois atestamos na Constituição de 1988 uma ampla proteção aos direitos fundamentais de todas as dimensões sem que o Estado agisse na mesma direção.

Acresce-se a esse quadro a adoção do mais completo e abrangente sistema de controle de constitucionalidade, coexistindo os sistemas difuso e concentrado, elevando o papel de intérprete do juiz.

A segunda parte do trabalho perpassa a ideia de que a modificação do modelo de Estado repercute no papel dos órgãos estatais que passam a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias, fenômeno que modifica a divisão estanque da tripartição do poder.

³ KUHN (XIMENES Julia Maurmann. **A Judicialização da Política como problemática de Pesquisa**, p. 1) define paradigma como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (p. 13). O paradigma é um grande “quadro teórico” que guia o cientista durante um tempo, até que um novo paradigma surja e os cientistas adotem novos instrumentos e orientem seu olhar em novas direções, no que ele chama de revolução científica. (p. 13).

Desse modo, o presente artigo pretende associar o fenômeno da judicialização de políticas públicas ao modelo de Estado Social Democrático adotado pela Constituição de 1988 e à busca da efetivação dos direitos fundamentais.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Poder Judiciário ganha maior relevância na sociedade brasileira após a Constituição de 1988, pois esta plasmou no ápice da pirâmide normativa várias prerrogativas legislativas, garantias funcionais, além de competências privativas para seus órgãos e membros, inclusive com a regulamentação de direitos individuais, sociais e políticos. O que o transformou do poder voltado inicialmente para resoluções de conflitos individuais para importante agente político no cenário social pós-moderno⁴.

Para Luís Roberto Barroso⁵, a judicialização da política envolve transferência de poder, do Executivo e do Legislativo, para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Pode-se, assim, identificar a Judicialização da política como a atuação funcional do Poder Judiciário, como órgão do Estado, sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas, e essa atuação anômala sob a perspectiva clássica de separação de poderes implica em um novo “paradigma” da adotada doutrina desenvolvida por Montesquieu⁶.

O modelo criado por Montesquieu tem como pano de fundo a experiência política inglesa, de estruturação de poderes do Estado capaz de prevenir o absolutismo

⁴ O uso da expressão (pós-moderno) demonstra a visão do autor na identificação da superação do Estado moderno e suas instituições como separação de poderes, democracia etc.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 20/09/2011.

⁶ **O espírito das leis** é a obra máxima de Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu. No capítulo VI do seu livro XI, intitulado Da constituição da Inglaterra, estão algumas das páginas que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 54).

por meio de “um mecanismo institucional onde ‘o poder freie o poder’ (*le pouvoir arrête le pouvoir*)”, [...], “pois todo homem que tem poder é tentado a abusar dele”⁷, conforme leciona José Levi do Amaral.

Especificamente quanto ao poder de julgar, por ser um poder “terrível entre os homens”, Montesquieu concebeu uma estrutura que possibilitaria sua auto contenção ou sua neutralização por força de duas características: “(1) modo de formar os tribunais (2) modo de decidir dos juízes”⁸.

A primeira ecoa, como reminiscência histórica, na estrutura do Tribunal do Júri e ficou restrita aos crimes dolosos contra a vida. A segunda característica por sua maior relevância reverberou em nossa cultura jurídica na ideia de que “o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença de julgar já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto”⁹.

O Judiciário, na evolução constitucional brasileira, no primeiro momento foi concebido com a missão de aplicar a Lei “contenciosamente a casos particulares”, como expressão da vontade geral¹⁰ e caracteres distintivos¹¹, nos termos trazidos por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

1º) as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2º) só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas, ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios, 3º) não tem iniciativa, agindo – quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar.

Essa ideia do judiciário, como a boca da lei, foi se distanciando da realidade jurídica e social brasileira quando órgãos do próprio Estado passaram a agir

⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 54.

⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 57.

⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, p. 57.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**. Revista de direito administrativo, p. 2.

¹¹ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**, p. 2.

como agentes de violações a direitos, ou como instrumentos para concessão de benefício para poucos em detrimento de toda a sociedade. Tal situação fomentou a criação de remédios constitucionais que limitassem a ação e a inércia do próprio Estado.

A atuação do Poder Judiciário, em face dos atos de outro Poder quando ferirem direitos individuais, reconhecido como o princípio da inafastabilidade do controle judicial, de modo algum defere ao Judiciário o exame ou interferência no “mérito” do ato de outros Poderes, ou seja, a conveniência ou a oportunidade dos atos comissivos ou omissivos do Poder Legislativo ou do Executivo, denominados por “ato político” ou “ato de governo”¹².

Isso não significa, porém, que tais atos seriam insindicáveis pelo Judiciário em decorrência de um simples nominalismo na denominação do ato praticado. Nesse sentido a lição de Rui Barbosa¹³ “se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar, é questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica”. E sumária: “O Congresso julga da utilidade. O Supremo Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal é o direito escrito”¹⁴. A atuação do Poder Judiciário ficaria, desse modo, restrita ao exame da contenciosidade no caso concreto.

Nessa esteira, o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública surgiram como tentativas de limitar a ação estatal e exigiram a manifestação do juiz em face de atos do próprio Estado, apontando para a atuação judicial fora dos baldrames inicialmente estabelecidos de “boca da lei”.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**, p. 5-6.

¹³ BARBOSA, Rui. **O Estado de Sítio**, p. 162.

¹⁴ LESSA, PEDRO; *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**, p. 3.

O mandado de segurança decorreu da experiência pretoriana com a ampliação do escopo do *habeas corpus* para incluir outros direitos violados por ato do Estado que não o de liberdade, consubstanciando na famosa doutrina brasileira do *habeas corpus* que possuía objeto mais dilargado que seu precursor inglês.

A ação popular, por seu turno, surgiu, com a Constituição de 1934¹⁵ e trouxe para o Judiciário a discussão sobre a lesividade do ato do administrador em relação ao patrimônio público. Sendo que “patrimônio público” teve seu campo semântico alargado para incluir não apenas “o conjunto de bens de valor monetário, mas também outros, como os bens artísticos, culturais, históricos, o meio ambiente etc”.

A Lei nº 7.347/1985, por sua vez, criou a ação civil pública com o intento de responsabilizar os agentes¹⁶ por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com a legitimidade principal conferida ao Ministério Público.

No entanto, outras variáveis e condicionantes também influenciaram na atuação funcional do Poder Judiciário brasileiro fora do modelo liberal de separação de poderes como a ideia de rigidez da Constituição e o controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade, que mesmo no sistema difuso, na síntese de Ferreira Filho¹⁷ é a recusa pelo Judiciário de ato por excelência do Legislativo, com a contribuição do Executivo pela sanção tendo como parâmetro de controle a Constituição em face da lei, diante do aparente conflito entre as espécies normativas. O juiz determina a lei aplicável ao caso concreto com a aplicação da primeira¹⁸.

¹⁵ **BRASIL. Constituição Federal de 1934.** Art. 113, 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

¹⁶ Esclarece que “frequentemente é o próprio Estado, por suas projeções, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, o acusado por esses danos. Assim, por meio da ação civil pública – pode-se dizê-lo – é a própria atuação do Estado que é contestada” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça, p. 7).**

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça, p. 3.**

¹⁸ Essa doutrina surgiu no famoso caso *Marbury versus Madison* relator por Marshall.

Ferreira Filho¹⁹ explana que a modificação no perfil da atuação do Judiciário, na revisão dos atos administrativos que violassem não apenas direitos individuais, mas também em prol do interesse geral, defere ao juiz de primeira instância a competência para optar diante de conceitos indeterminados: economicidade, moralidade, legitimidade, a criar o direito, “segundo sua cosmovisão”, dotadas de generalidade sobre questões para as quais não existe resposta “certa” ou errada mas alternativas de política.

Isso significa que a atuação judicial sai dos baldrames da aplicação da lei ao caso concreto, que pressupõe um conflito valorativo presente nos autos, restrito por um procedimentalismo formalista, para a ideia da nomogênese jurídica de Reale²⁰ em que o “mundo jurídico é formado de contínuas ‘intenções de valor’ que incidem sobre ‘uma base de fato’, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, um das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do Poder”, em que o procedimentalismo judicial tem o condão de plasmar a norma jurídica resultante da decisão judicial sob o manto da coisa julgada ou imutabilidade.

Como ressalta ainda Reale²¹ os valores e os fatos sociais mudam e tais alterações, por seu turno refletirão nas normas jurídicas produzidas com o caráter geral. Como conciliar a imutabilidade da decisão proferida nos autos da ação popular ou da ação civil pública, com a mutabilidade da sociedade e de seus valores.

A ampliação dos institutos acima mencionados como também, a restauração das garantias individuais e políticas perdidas ao longo do regime militar, além da “ampliação do espaço de atuação dos intérpretes e agentes jurídicos alocados em diversas carreiras de estado como magistratura, promotoria, procuradorias, defensorias públicas, etc”, e da “diversificação social no recrutamento dos

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**, p. 12.

²⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**, p, 124.

²¹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**, p. 125-126.

agentes que atuam nestas profissões”, conforme preleciona Engelmann²², permitiram a explosão de ações no Poder Judiciário.

A judiciliação da política no contexto brasileiro envolve temas amplos e dispares como o modelo de Estado, o sistema de controle de constitucionalidade, a Justiça Eleitoral, além de instrumentos judiciais como a ação popular e a ação civil pública. Essas manifestações isoladas, que refletem sobre a atuação judicial, surgem na história brasileira em momentos de extrema volatilidade política e imensas transformações. Em 122 anos de república, a sociedade brasileira passou por 7 (sete) constituições²³, 2 (duas) participações em guerras mundiais, 29 (vinte e nove) anos de ditadura, além de uma revolução social e econômica resultante do processo de industrialização e de migração interna de criação das cidades.

Ao contexto histórico e à criação dos remédios constitucionais para efetivação dos direitos fundamentais somam-se ainda o surgimento de novos atores que condensam e titularizam os valores atuais da sociedade moderna. Como destacado por Engelmann²⁴ “os promotores públicos e os procuradores da República [...] passam a atuar em nome da ‘moralidade pública legítima’”, o que resulta numa crítica aos canais tradicionais de mediação política, como os partidos políticos e sistema representativo como um todo.

Sendo que a atuação desses agentes se faz também fora do contexto judicial, por meio da mídia, que falam “em nome da sociedade” para um amplo público, com instantânea repercussão no mundo da política, conforme Engelmann²⁵.

Nesse contexto, os agentes políticos e suas entidades representativas não concentram mais a interlocução com a sociedade.

²² ENGELMANN, Fabiano. **A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica**, p. 193-194.

²³ O Autor considera a EC n. 01, de 1969, como uma carta constitucional e não uma simples emenda diante de sua extensão quanto ao número de artigos modificados e sua identidade.

²⁴ ENGELMANN, Fabiano. **A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica**, p. 195.

²⁵ ENGELMANN, Fabiano. **A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica**, p. 196.

2 A DEMOCRACIA E O MODELO DE ESTADO

Para Paulo Márcio Cruz²⁶ a percepção do desenho institucional da democracia moderna passa pela compreensão de sua articulação com o Liberalismo, em especial com as técnicas implantadas no Estado Constitucional Moderno para garantir a liberdade do cidadão consubstanciadas na separação de poderes e no reconhecimento dos direitos dos membros da comunidade política.

No modelo liberal existe uma sobrevalorização dos direitos civis ou individuais, o que é natural diante do processo histórico de resistência à centralização monárquica e aos excessos da autoridade estatal. Desse modo, o Estado em sua soberania pública encontra-se limitado pela soberania individual. A tripartição de poderes é instituída para restringir a competência estatal e evitar a concentração de poderes num único órgão ou pessoa, conforme afirma Lucília Delgado²⁷.

Implantado com dificuldades e precedido de conflitos e revoluções, o modelo não proporcionou, segundo Lucília Delgado²⁸ “a ampliação dos direitos civis para todos os segmentos da sociedade e a representação política também se limitou a setores sociais específicos”.

O modelo liberal-democrático decorre de críticas ao liberal, sem contudo, suplantá-lo, pois desejava seu aperfeiçoamento. A universalização do direito de voto, que no anterior era censitário, e a expansão da democracia representativa para além dos limites das instituições políticas adentrando na sociedade civil são exemplos claros desse aprimoramento. O conflito é institucionalizado através da via eleitoral. O dissenso e o pluralismo, para Lucília delgado²⁹, constituem suportes básicos da ampliação democrática e passam a ser elementos naturais na vida política e social.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia**, p. 10.

²⁷ DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **Cidadania e república no Brasil; história, desafios e projeção do futuro**. In: PEREIRA, Flávio Henrique unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.), p. 325-327.

²⁸ DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **Cidadania e república no Brasil; história, desafios e projeção do futuro**. In: PEREIRA, Flávio Henrique unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.), p. 326.

²⁹ “É o modelo de realidade social em que “as várias dimensões éticas, morais e religiosas, bem como os ativismos complexos e os grupos de interesses insurgentes” (WOLKMER, 2007, p. 98) convivem pacificamente.

Na social-democracia, estado por excelência de sobrevalorização dos direitos sociais, estes prevalecem sobre os direitos individuais. O Estado, diante da expectativa social por proteção ao trabalho e de garantia à saúde e à educação, amplia sua intervenção ativa na sociedade e multiplica suas funções. O Estado passa a ser tanto protetor da sociedade como gerenciador de políticas públicas.

No entanto, conforme Cláudio Henrique da Cruz Viana³⁰, o modelo de Estado-providência também entrou em crise, devido, basicamente, à incapacidade financeira do Estado para satisfazer seu “papel social”, o que fez ressurgir as ondas do modelo neoliberal, com as sucessivas revoluções tecnológicas, o credo desregulamentador da economia e a globalização.

A democracia “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. O que significa não ser a democracia um instituto político jurídico absoluto e acabado, mas sempre interligado a um modelo de Estado, numa sociedade e em determinada época histórica, conforme José Afonso da Silva.³¹

A questão política mais importante atualmente, por si só, na lúcida visão de Bobbio³² “o envelhecimento das nossas instituições políticas e governamentais mais elementares, entre elas a Democracia Parlamentar Representativa”.

A crise do Estado liberal traz como consequência natural a crise da democracia, em especial a representativa.

3 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Para Bovero³³ democracia é um termo que carrega uma ambiguidade inerente em face dos substantivos gregos, *dêmos* e *krátos*, que resulta no sentido do poder

³⁰ VIANA, Cláudio Henrique da Cruz. **A judicialização da política**, p. 50.

³¹ SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 94.

³² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**, p. 149.

político, como o poder de tomar decisões coletivas, atribuído a uma comunidade política, “povo”. A palavra povo, como “conjunto de cidadão” abarca duas imagens opostas:

a imagem de um corpo coletivo orgânico , do qual os indivíduos são membros, no mesmo sentido que os braços ou as pernas são membros do organismo físico, [...], ou então a imagem do conjunto, da simples somatória de todos os indivíduos como entes singulares, que têm ou pretendem ter valor como tais.

Tais visões, conseqüentemente, repercutem no modo de identificação do verdadeiro sujeito de decisão, pois a ideia de membro orgânico coletivo, dotado de vontade unitária já foi refutado pela evolução social, prevalecendo a ideia de identificar no indivíduo a titularidade do poder político e não como membro de determinada sociedade. Nesse sentido, Bovero³⁴ define democracia, numa primeira análise, de maneira lacunar e arcaica, como “o poder (*krátos*) de tomar decisões coletivas,[...], exercido pelo povo (*dêmos*), [...], mediante (soma de) livres escolhas individuais”.

Nessa linha, Bovero³⁵ traz que o que pode ser condensado nos substantivos: igualdade e liberdade, que indicam os valores últimos nos quais se inspira a democracia. Por igualdade, como elemento característico da democracia moderna o cidadão, “indivíduo membro da coletividade, sem distinção de classe ou de patrimônio³⁶, considerado simplesmente como sujeito capaz de vontade racional, e por isso mesmo dotado de dignidade política”.

Por liberdade, Bovero³⁷ a identifica na conjugação da liberdade em sentido liberal condensadas por Bobbio nas “quatro grandes liberdades dos modernos: a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação”, e a liberdade democrática expressa-se na participação dos cidadãos no poder político. Pois, sem as liberdades civis ou

³³ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**, p. 15.

³⁴ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**, p. 17.

³⁵ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**, p. 17.

³⁶ Sexo, cor e origem.

³⁷ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**, p. 88.

liberais, o exercício da liberdade democrática é uma ilusão, e aquela sem esta, ou seja, “os princípios de liberdade liberal codificados nas constituições ficam privados de uma eficaz defesa”.

Quanto ao verdadeiro sujeito de decisão, o povo, remanesce a dúvida entre o corpo coletivo composto da simples somatória de todos os indivíduos capazes de vontade racional, ou aquele, também do povo, mas posicionado num “terraço do poder” que o olha reunido do alto para plasmar sua opinião, conforme afirma Bovero³⁸.

Para José Afonso da Silva³⁹ a democracia representativa⁴⁰ tem por pressuposto essa ideia, ou seja, alguém escolhido pelo povo para condensar sua vontade coletiva, além do que um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político.

Prossegue José Afonso da Silva⁴¹ afirmando que a representação é montada sobre o mito da “identidade entre povo e representante popular”, que tende “a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo; (...) que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos: o povo, destinatário das decisões, e o representante, autor, autoridade, que decide para o povo”.

A Constituição Federal estruturou o exercício do poder, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴² com a democracia representativa, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente

³⁸ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**, p. 16-18.

³⁹ Para José Afonso da Silva a democracia representativa “é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado, diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente” (SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 97).

⁴⁰ José Afonso da Silva identifica em Sieyes o idealizador da teoria do governo representativo em sua obra *Qu est-ce que le Tier État?* (SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 97).

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 99.

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**, p. 33.

nas hipóteses por ela aduzidas (CF, art. 1º, parágrafo único). O modelo adotado conferiu máxima importância à realização periódica de eleições gerais ou parciais sem levar em consideração outros temas relevantes, como a circulação das elites e a fiscalização do exercício do poder pelo povo.

Da mesma forma do que ocorre com a separação de poderes, José Afonso da Silva⁴³ explica que a teoria da representação política que se concretiza no mandato representativo, é criação do Estado liberal burguês, e significa que “o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; esse mandato se diz geral, livre irrevogável e não comporta ratificação dos atos do mandatário. E, por isso, há muito de ficção no mandato representativo, prevalecendo a noção de “simples técnica de formação dos órgãos governamentais” e de uma “ideia de igualdade abstrata perante a lei”.

Assim, para não nos afastarmos da síntese poética de Bovero⁴⁴, o verdadeiro sujeito de decisão quem decide é aquele que olha o povo do alto do terraço do poder e plasma as suas opiniões, como representantes daquele.

Segundo Cruz⁴⁵ a democracia, seja qual for as suas formas, para funcionar na sociedade atual, não pode ser de “métodos ou procedimentos”, mas acima de tudo um valor interligado a aplicação de outros princípios.

No entanto, para José Afonso da Silva⁴⁶ a democracia representativa não se resume apenas a eleições periódicas, procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais, por meio do voto, mas, também, significa “expressar preferência entre alternativas”.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 98.

⁴⁴ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**, p. 16-17.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia**, p. 9.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 97/98.

Desse modo, José Afonso da Silva⁴⁷ leciona que as eleições ultrapassam a mera função designatória “para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais”. O povo, pelas eleições, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e adere à política de governo.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁸ a adoção do princípio democrático por determinada constituição não transforma a democracia jurídica em uma “*verdadeira democracia política*”. Porque, mesmo quando cumpridos os critérios formais do sistema pode ainda o representante do titular do poder soberano, segundo as regras estabelecidas, carecer de legitimidade.

Estabelecidas as regras pelo legislativo, não raras vezes, o judiciário, no *Welfare State*, segundo Viana⁴⁹:

É chamado para interpretar as normas, decidir sobre sua legalidade e aplicação, enfim, passa a ser visto como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Estado, intervindo em questões eminentemente políticas e sociais. “A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nesta forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”. O Poder Judiciário acaba sendo investido, pelo próprio caráter da lei no estado social, no papel de “legislador implícito”.

Some-se, à ideia de legislador implícito uma constituição analítica, rígida e extremamente inclusiva quanto a direitos e o uso de expressões com conceitos abertos que exigem uma forte atuação interpretativa. Assim, o modelo de Estado Social adotado pela Constituição de 1988 e os demais aspectos listados elevaram em termos exponenciais a atuação do Poder Judiciário.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, p. 98.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**, p. 31.

⁴⁹ VIANA, Cláudio Henrique da Cruz. **A judicialização da política**, p. 44-45.

Ressalta-se ao final, que é na obra de Tate e Vallinder⁵⁰, ao tratar do conceito das condições institucionais para a expansão do poder judiciário no processo decisório em estados democráticos, que encontramos a introdução da expressão “judicialização da política”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, o Poder Judiciário brasileiro extrapolou as margens de apenas dizer o direito e aplicar a lei contenciosamente a casos particulares.

Afirma-se que a atuação do Poder Judiciário fora do alicerce traçado pela separação de poderes do modelo liberal surge da necessidade de efetivar os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 voltados para os interesses da coletividade.

Assim, conforme Viana⁵¹, a modificação do modelo de Estado voltado agora para o social repercute no papel dos órgãos estatais que passaram a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. Ademais, não podemos perder a perspectiva da necessidade de proteção do próprio Estado da “ação da incúria, inépcia e má-fé do administrador, eventual detentor do poder político” como ressaltado por Jucá (1999, p. 45), pois o Estado diante da necessidade de prestar ações concretas necessita de condições materiais para fazê-las.

Temos, portanto, um amplo espectro de atuação do Judiciário, especialmente na primeira instância, na definição de políticas públicas. Fabio Konder Comparato (p.43), ao se referir ao Estado Social, afirma que “a atribuição prioritária dos Poderes Públicos, torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país.”

⁵⁰ TATE, N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, N.; VALLINDER, T. (org). **The Global Expansion of Judicial Power**.

⁵¹ VIANA, Cláudio Henrique da Cruz. **A judicialização da política**, p. 44.

Nessa esteira, parece inevitável a abertura de um diálogo institucional entre o legislativo executivo e judiciário, que não estão mais autorizados, na atual sociedade complexa, a se esconderem no manto da rigidez da separação dos poderes, paradigma que resulta cada vez mais na judicialização da política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, vol. 868, São Paulo: RT, 2008, p. 53-68.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 20/09/2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. 2ª ed. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES. Paulo. **Política e Constituição. Os caminhos da Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores uma gramática da democracia**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CERQUEIRA, Marcello. "Recado ao Tempo: Democracia e Segurança Jurídica" . In: **Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, por Cármen Lúcia Rocha, 415, Belo Horizonte, MG: Fórum, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Disponível em www.senado.gov.br/web/cegraf/bil/Pdf/pdf_-138-04. Acesso em 20/09/2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia**. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 31, n. 366, p. 5-27, jun., 2009.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. Cidadania e república no Brasil; história, desafios e projeção do futuro. In: PEREIRA, Flávio Henrique unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Cidadania e inclusão social**: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANACLETO, Sidraque David Monteiro; BARROS, Janete Ricken Lopes de. A judicialização da política ultrapassando o modelo tradicional de separação de poderes. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ENGELMANN, Fabiano. **A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 22 – Porto Alegre: UFRGS, Set./2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro; v. 198, out./dez. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Judicialização da política e politização do judiciário**. *Ciência Jurídica*, v. 13, n. 85, p. 39-54, jan./fev., 1999.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova: revista de cultura e política, n. 57, p. 113-133, 2002.

PAUPERIO, A. Machado. **Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 161.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. No caminho da sociedade participativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**. Revista do advogado, v. 23, n. 73, p. 94-108, nov., 2003.

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

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O povo e o poder. O Conselho do Planejamento Nacional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIANA, Cláudio Henrique da Cruz. **A judicialização da política**. Revista do Ministério Público, n. 27, jan./mar. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

ANACLETO, Sidraque David Monteiro; BARROS, Janete Ricken Lopes de. A judicialização da política ultrapassando o modelo tradicional de separação de poderes. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

XIMENES Julia Maurmann. **A Judicialização da Política como problemática de Pesquisa**, 2011 (artigo apresentado na reunião de fevereiro do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC, cadastrado junto ao Conselho Nacional de Pesquisa – CNPq, ainda não publicado)