



**Coordenadores**  
**Luiz Rodrigues Wambier**  
**Fábio L. Quintas**  
**Georges Abboud**

# Entre a cruz e a espada

o Supremo Tribunal Federal diante  
do Presidencialismo de Coalizão e da  
Judicialização da Política

**Prefácio**  
**Gilmar Ferreira Mendes**

**Kayo César Araújo da Silva**

2020

## 4

# A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, SUA ORIGEM, EXPANSÃO E O FORMATO DE DESENVOLVIMENTO

Estima-se que, durante as duas grandes guerras, cerca de 90 milhões de pessoas acabaram morrendo, levando os direitos humanos quase a extinção em todo o mundo. Buscando afastar esse cenário marcado pela redução da condição humana, países ao redor do mundo, tendo como fundamento básico “[...] reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana e nos direitos iguais de homens e mulheres de nações grandes e pequenas [...]”<sup>1</sup>, acabaram fundando a Organização das Nações Unidas (ONU) e, mais tarde, proclamando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento responsável por posicionar os direitos humanos no centro do ordenamento jurídico internacional.

Enquanto o texto internacional registrava, na declaração, diversos direitos básicos e intrínsecos à condição de ser humano, exemplos como a luta de Martin Luther King, entre 1950 e 1960, contra a segregação racial dos negros dos brancos em alguns estados americanos, de Nelson Mandela que, após anos de opressão institucionalizado pelo *apartheid* na África do Sul, seguia lutando, além da igualdade, pela justiça social, e no Brasil,

---

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, [S.l.], 1945.

entre 1964 a 1985, o povo buscava desinstitucionalizar a violência como diálogo possível, mostravam que o simples registro, por si só, não bastava.

Foi imerso nessa realidade que o Muro de Berlim veio ao chão em 1989, o que fez gerar, rumo a diversos países, como os que viviam sob o regime totalitário<sup>2</sup>, os que possuíam economia periférica na Europa<sup>3</sup> e na América Latina<sup>4</sup>, bem como os países socialistas<sup>5</sup> e ex-socialistas<sup>6</sup>, a expansão de um surto democrático<sup>7</sup>.

---

2 Segundo Tonelli, “[...] por volta da metade da década de 20 do século XX, o termo totalitário foi utilizado para significar, no nível de avaliação, as características do estado fascista em oposição a um estado liberal. Normalmente, utiliza o termo totalitarismo como referência aos regimes fascista da Itália, Nazista da Alemanha e Stalinista na união Soviética. Não se deve confundir Estado Totalitário com Estado Autoritário. O Totalitarismo caracteriza-se, fundamentalmente, por constituir-se numa ideologia oficial que diz respeito a todos os aspectos da atividade do homem; por um partido de massa dirigido tipicamente por um ditador, por ser um sistema de terrorismo polícia, o monopólio tendencialmente absoluto nas mãos do partido, o controle e uma direção central de toda a economia através de coordenação burocrática das unidades produtivas e uma utilização dos meios de comunicação para propaganda do regime. obsta diferenciar totalitarismo de autoritarismo.” TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 43.

3 Chipre de 1960, a Turquia de 1961, em Malta de 1964.

4 A exemplo da Guatemala de 1965 e do Chile de 1970/1980, Bolívia com a emenda de 1994, Colômbia de 1991 e Peru de 1993

5 A Checoslováquia de 1968 e a Polônia de 1982/1985.

6 Albânia em 1998, Bulgária de 1991, Bósnia-Herzegovina em 1995, Croácia de 1990, Eslovênia de 1991, Hungria de 1989, Iugoslávia de 1992, Macedônia de 1991 e Polônia de 1997.

7 Hobsbawm, falando acerca do ideal de Democracia que se buscava ao final do século XX, explica que deveria ser um: “Estado constitucional, que oferece a garantia do império da lei e de vários direitos e liberdades civis e políticas e é governado por autoridades, que devem necessariamente incluir assembleias representativas, eleitas por sufrágio universal e por maiorias numéricas entre todos os cidadãos, em eleições realizadas a intervalos regulares entre candidatos e/ou organizações que competem entre si.” HOBBSAWNM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 98.

Hobsbawn, falando desse ideal de Democracia<sup>8</sup>, explica haver um fio condutor que, em tese, uniria as seguintes características:

Um Estado constitucional, que oferece a garantia do império da lei e de vários direitos e liberdades civis e políticas e é governador por autoridades, que devem necessariamente incluir assembleias representativas, eleitas por sufrágio universal e por maiorias numéricas entre todos os cidadãos, em eleições realizadas a intervalos regulares entre candidatos e/ou organizações que competem entre si.<sup>9</sup>

Nesse avanço democrático, fomentado pelo ideal de proteção dos direitos humanos e dos direitos civis que se buscava criar um ordenamento alinhado a um novo ideal de justiça, garantido por instrumentos que pudessem proteger o ordenamento e, conseqüentemente, superar a ideia de afastamento e/ou indiferentismo do Estado em relação ao fato social<sup>10</sup>, que o sistema jurídico da

---

8 Frühling é categórico em dizer que havia, à época, certa verdade disseminada pelos juristas de toda região. Segundo ele “[...] estariam de acordo com a afirmação de que um sistema judiciário independente e efetivo seria o principal atributo de uma sociedade democrática.” FRÜHLING, Cecília Hugo. Reforma judiciária e democratização na América Latina. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 1, p. 91, 2014.

9 HOBBSAWNM, op. cit., p. 98.

10 Santos, falando sobre essa crise democrática doutrina tem o seu nascimento nesse século. O autor denomina essa característica, inerente à sociedade moderna, de indolência, passando a propor modelos para a modificação desse atual estágio. Ele sistematiza, num paradigma epistemológico e social, denominado de Paradigma do Conhecimento-Regulação, os sintomas da eminente falência do Estado Liberal, marcado pelo direito individualista, legitimados por uma democracia representativa que pouco sofria pressão pela sociedade apática, indolente. O autor declara que há, aqui, um descrédito do direito em garantir validade ética às normas da sociedade, e, por não se sentir representada, essa mesma sociedade acaba se afastando da política, piorando, assim, a qualidade da Democracia, tendo em vista que o poder é do povo e dele emanará. Como resposta a esse questionamento, ele elege, como fundamental para a superação desse quadro cético, outro paradigma epistemológico e social denominado de Conhecimento-Emancipação, que indica, para a superação desse modelo, a revalorização do pluralismo social, deixando de lado a exclusividade da normatização dos fatos sociais, abrindo margem para o compartilhamento de autoridade, lançando a ideia de que: ninguém é melhor pra saber de suas necessidades do

Common Law e o modelo de *judicial review* acabou sendo posto em clarividência.<sup>11</sup>

Em ambos os modelos, pugnavam-se pela “[...] proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial.”<sup>12</sup> Vieira, repercutindo a necessidade de proteção destes direitos, explica que:

[...] embora a discussão em torno do fundamento último dos direitos e de sua conseqüente superioridade de frente às deliberações do sistema político não tenha sido filosoficamente resolvida, a necessidade de sua proteção parece ser consenso [...] mais do que saber qual a natureza dos direitos, hoje é necessário protegê-lo.<sup>13</sup>

Era essa a pedra de toque que embasaria a noção democrática que ao longo dos anos tocaria nos outros Estados. A visão tradicional que, até então, seguia mostrando-se ultrapassada e incapaz de

---

que a própria sociedade, chamando-a para vim deliberar esse novo modelo de democracia, denominada de Democracia Político-Deliberativa. Revalorizando os problemas dos grupos sociais, a sociedade iria ter, para si, o que o paradigma anterior havia sido lhes retirado: a crença de que é por meio dessa democracia, que se exigem direitos, dentre eles, os de revolução. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 62-88.

- 11 Trindade e Oliveira registra que, após a segunda guerra mundial, operou-se o processo de americanização do mundo, uma vez que, ao longo de todo o século em questão, pode-se observar “[...] uma gradativa mudança nos padrões culturais – mesmo na Europa – para incorporar elementos americanizados que vão das artes, passando pela arquitetura e chegando nos costumes.” TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JR., Nelson. **Crise dos poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 13.
- 12 VERBICARO, Loiane Prado. **O protagonismo judicial e a ilegitimidade democrática da judicialização da política**. 2011. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas do Pará, Belém, 2011. p. 447.
- 13 VIANA, Luiz Werneck; VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 72, 1994. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p70-77>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

resolver os conflitos sociais, teve de ser questionada, fazendo nascer um novo modelo de Direito questionador do paradigma positivista. No lugar do privilégio à lei<sup>14</sup>, valorizou-se o texto constitucional.

O positivismo jurídico teria se instalado, justamente, porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continuaria “[...] trabalhando com a perspectiva de um direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais.”<sup>15</sup>

- 
- 14 Rocha e Barbosa explicam que “[...] no contexto da modernidade, o ideário da Ilustração estabeleceu vinculação estreita entre cientificidade, neutralidade e racionalidade que encontrou expressão perfeita no positivismo e, no campo do Direito, no positivo jurídico”. Foi, no curso do século XX, que o positivismo “representou a principal expressão da consciência da historicidade do Direito. Até então, a materialidade do direito havia sido ocultada pela visão do direito como um dever ser esvaziado de conteúdo. Assim, a positividade e a juridicidade, como características do direito moderno, tornaram possível a formação da moderna ciência jurídica, esvaziando-se o direito de toda contingência.” Ao final, concluem explicitando que o ideal positivista pautava-se “[...] na suficiência da lei para a solução de conflitos e, por isso, afirmou a existência de sistema jurídico completo (todas as respostas poderiam ser dadas pela lei) e coerente (haveria uma decisão correta para cada caso levado à Justiça), cabendo ao juiz tão somente aplicar a lei.” ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 119, 2015.
- 15 Streck aponta, ainda, que esse ambiente de crise do direito é inflado, também, pelo “excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo”. Segundo ele, o primeiro se traduziria pela “convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas”. Já, com relação ao segundo, “decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da ‘segurança do processo’. Não prepara técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdic-**

É nesse ambiente que o paradigma pós-positivista exsurge, a fim de superar o positivismo normativo de cariz *kelsiano* que, em diversos aspectos, acaba por se relacionar “[...] com o positivismo de Hart, em que a norma *ante casum* e o silogismo para aplicação do direito [...]”<sup>16</sup> acabam por ser elementos desse modelo teórico.

A instrumentalização do silogismo como fundamento para a resolução de conflito, trouxe, para dentro do ambiente, grande limitação, uma vez que ele acabara excluindo, de sua cognição, qualquer tipo de conteúdo não positivado “[...] limitando-se a descrever e organizar apenas o direito produzido pelo convívio humano, chamado direito positivo [...]”<sup>17</sup>, fator que acabaria por evidenciar quão obsoleto era o silogismo e, conseqüentemente, a norma em abstrato. Explicando essa virada paradigmática, Abboud diz que:

A norma deixa de ser um ente abstrato, ou seja, ela passa a inexistir *ante casum*, uma vez que não se equipara mais ao texto legal, conseqüentemente, a norma passa a ser constitutiva da formulação do caso concreto. Essa nova concepção de norma jurídica demanda uma visão do direito que abandone os dualismos irrealistas tais como norma/caso e direito/realidade, bem como o silogismo como mecanismo de aplicação do direito.<sup>18</sup>

Agora, tendo o giro linguístico como principal fundamento à viabilização da superação do positivismo e, conseqüentemente, da relação sujeito e objeto, libertando “[...] a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência [...]”<sup>19</sup>

---

**ção constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 34, 37-38.

16 ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

17 Ibid.

18 ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

19 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 7.

(grifo do autor), acabando por deslocar a estrutura constituidora de mundo para a própria linguagem.<sup>20</sup>

É da dimensão interpretativa do direito que nos antecede, que o intérprete se vê obrigado a tomar uma posição histórico-interpretativa “por trás de cada conceito jurídico”<sup>21</sup> exigindo, para cada decisão jurídica, uma dimensão linguística do direito<sup>22</sup>, tornando claro uma das premissas do paradigma pós positivista: a impossibilidade de cisão entre a interpretação e a aplicação. Abboud, sobre essa dimensão, explica que:

[...] linguagem e compreensão são fatores que estão complicados, numa estrutura circular própria daquilo que se chama círculo hermenêutico. O pano de fundo hermenêutico é essencial para a apreensão da concepção pós-positivista de norma jurídica que intrinsecamente se relaciona com a hermenêutica, partindo de uma cisão radical entre texto normativo e a norma jurídica. [...] se o direito é linguagem e na linguagem e se o problema do

---

20 Abboud, repercutindo o a nova estrutura que deveria, em tese, constituir o mundo, explica que não “[...] se trata mais de perguntar pela essência das coisas, tampouco por aquilo que o sujeito tem certeza de que saber (no caso do conceito subjetivista), mas, sim, perguntar pelas condições de acesso ao universo simbólico e significativo produzido pela linguagem.” Para exemplificar, cita Gadamer objetivando justificar a posição da linguagem não mais ao lado da arte, do direito e da religião, mas, sim, representando “[...] o *médium* sustentador de todos esses fenômenos”, indicando, de maneira clara, que a linguagem não pode ser mais “um ferramental que podemos escolher quando usar ou deixar de usar.” ABBLOUD, op. cit.

21 Ibid.

22 Streck explica que a invasão promovida pela linguagem no campo da filosofia acaba por transferir “[...] o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade ‘assujeitadora’, e não o sujeito da relação de objetos (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência [s-o] com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos).” STRECK, op. cit., p. 7.

compreender é determinante para a formação do sentido que se projeta dos enunciados jurídicos (textos normativos), toda questão jurídica deve passar pela exploração deste ‘elemento hermenêutico’ que caracteriza a experiência jurídica.<sup>23</sup>

É importante registrar que a visão tradicional, descrita no positivismo legalista, seria refratária “[...] ao acesso hermenêutico, por que ignora que o direito deve ser concretizado na singularidade de cada caso, e não, apenas, através de uma subsunção de fatos a previsões normativas [...]”<sup>24</sup>, ignorando a particularidade de cada caso.

Assim, distanciando-se do paradigma positivista, que se funda na lei como premissa centralizadora do debate nacional e faz uso do silogismo como instituto essencial à resolução de conflitos, Friedrich Muller, partindo de “[...] uma concepção autoritária para uma concepção que pode fazer melhor justiça a esses direitos em nível teórico moderno [...]”<sup>25</sup>, anunciou sua Teoria Estruturante do Direito que a buscava, além da superar os problemas deixados pelo paradigma tradicional, conferir maior coerência e integridade ao ordenamento jurídico.

Muller explica que sua teoria seria uma nova concepção de jurídica por que acabaria partindo “[...] pela primeira vez – de um conceito pós-positivista da norma jurídica [...]”<sup>26</sup>, não estando ela, reduzida, a um direito escrito no qual acabariam por figurar “[...] apenas formas precedentes (*Vorformen*), distintas da norma jurídica no plano dos princípios [...]”<sup>27</sup> (grifo do autor). Agora, a norma jurídica seria “[...] produzida (*hervorgebracht, produziert*) em cada

---

23 ABBOUD, Georges. **Discrecionariade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

24 *Ibid.*

25 MULLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretado dos direitos fundamentais. Especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [s.l.], n. 7, p. 316, 2003.

26 *Ibid.*, p. 319.

27 *Ibid.*, p. 319.

processo individual de solução de um caso jurídico, de uma decisão jurídica.”<sup>28</sup> (grifo do autor).

Em suas palavras, a norma jurídica de cada caso (real ou fictício) seria um conceito complexo composto por dois itens: o programa e o âmbito da norma. Abboud, esclarecendo-o, explica que “[...] a prescrição juspositiva é, apenas, o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve, em regra, para a elaboração do programa de norma [...]”<sup>29</sup>, não devendo confundir o texto normativo com a norma:

O texto normativo é o *programa da norma*, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto etc.), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo.<sup>30</sup> (grifo do autor).

Esse entendimento gera para o observador a conclusão de que os textos normativos possuiriam, apenas “[...] virtualmente o direito, ou seja, textos de normas enquanto pontos de partida do trabalho jurídico prático [...]”<sup>31</sup>, o que acaba evidenciando ser, a norma jurídica, sempre maior que o seu próprio texto.

O intérprete só consegue extrair sentido do que o texto quer, diante da “problematização do caso concreto, seja real ou fictício”, justamente, por que é ele que introduz (de maneira consciente ou não), conforme ensina a experiência, “[...] fatos individuais do caso e fatos genéricos do tipo de caso.”<sup>32</sup> Assim, a norma acabaria surgindo:

28 Ibid., p. 320.

29 ABBOUD, Georges. **Discrecioniedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

30 Ibid.

31 Ibid.

32 MULLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretado dos direitos fundamentais. Especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [s.l.], n. 7, p. 321, 2003.

[...] como produto mediado pela linguagem a partir da concretização do texto normativo. O programa da norma (*Normprogramm*) e o âmbito da norma (*Normbereich*) possuem uma estreita conexão. Para a teoria estruturante do Direito, não há raciocínio jurídico criado para um direito puro desassociado da realidade, isso porque a realidade é elemento integrante da composição da norma jurídica (âmbito normativo) em conjunto com os dados linguísticos representados pelo programa normativo.<sup>33</sup> (grifo do autor).

A fim de se evitar, nesse exercício o nascimento de decisões, que acabem suspendendo a vigência do texto normativo, é importante registrar que a teoria estruturante acaba por estabelecer um claro impedimento ao intérprete quando nega, ao âmbito normativo, o direito do mesmo ir de encontro ao que disciplina o programa da norma, sendo, o texto constitucional, óbice intransponível à atividade interpretativa:

Toda norma alcançada pela atividade interpretativa deve obrigatoriamente estar em conformidade com o texto constitucional. Somente é lícito ao intérprete se afastar do texto normativo infraconstitucional mediante controle de constitucionalidade, tendo por escopo conformar sua interpretação com o texto constitucional.<sup>34</sup>

Para além do respeito as regras de direito admitida, uma interpretação racional seria aquela construída em conformidade com os temas da legislação em sentido lato. Era, esse, o formato paradigmático que ajudaria a superar o Estado de Direito, pautado no paradigma positivista<sup>35</sup>, instruído pelo modelo de subsunção do fato à norma.

33 ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

34 ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

35 Barroso suscitando um dos motivos da crise deste Estado de Direito explicita ser a “falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser”, o que, em

Assim, o leque das formas de Direito, tentando “[...] prever, decidir, regular, agir em simultaneidade com os processos econômico-sociais [...]”<sup>36</sup>, se ampliou e, junto das formas tradicionais, iniciou a discursão sobre a indeterminação do direito e, conseqüente reflexo, disso, no tipo de atuação judicial, uma vez que esse novo paradigma iluminado por “[...] constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os poderes, ensejando a inclusão do poder judiciário no espaço da política [...]”<sup>37</sup>, modificando, assim, os contornos democráticos.

Dessa forma, a Democracia – paulatinamente – passou a ser invadida ou governada pelo Direito, colocando em questão “o princípio da soberania popular na Democracia”<sup>38</sup>, uma vez que o Poder Judiciário, ao manusear esse espaço, passa a ser questionado, em face dos mais variados fatores, enquanto poder político. Tal situação será melhor avaliada nos tópicos abaixo.

## 4.1 CONDIÇÕES FACILITADORAS À EXPANSÃO JUDICIAL: O CASO BRASILEIRO

É um fato da vida moderna que os textos constitucionais, objetivando garantir a efetividade do texto constitucional, passem a dar mais espaço à atuação do Poder Judiciário que, muitas vezes, acaba sendo convidado a exercer suas funções, com maior frequência, nos

---

outras palavras, legitimaria a atuação do poder jurisdicional no intuito de manter os termos da norma constitucional. BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 28.

36 VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 2014. p. 22.

37 Ibid., p. 22.

38 TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 40.

mais variados temas, situação essa que convencionou-se chamar de judicialização da política.<sup>39</sup>

Segundo Tate e Wallinder, nos diversos sistemas políticos pelo mundo, há, em curso, uma expansão global do poder judicial, traduzida – por elas – como judicialização.<sup>40</sup> Há, para essa denominação, dois significados centrais:

1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and
2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.<sup>41</sup>

Para elas, judicializar seria o processo pelo qual os a) tribunais e os juízes passariam a dominar, cada vez mais, a elaboração de políticas públicas que, antes eram tomadas pelas agências governamentais, especialmente legislaturas e executivos; bem como seria o processo pelo qual b) os foros de negociação e de decisão não-

39 Ao lado da Judicialização da política, a politização do judiciário tomou forma. Como, agora, a carta constitucional passou a autorização que juízes, quando questionados, adentrassem em assuntos, até então, relegados ao político, um outro caminho passou a pegar corpo na essência da atuação judicante, incorporando, para além dos compromissos democráticos, a colocação de outros eixos influenciadores, tais como ideologias, aspectos religiosos, interesses ou objetivos pessoais. Quando age assim, o intérprete politiza a justiça, suspende os acordos legais e, no lugar, incorpora aquilo que bem quer. Ao, assim, fazer, acaba por colocar em questionamento a funcionalidade e a credibilidade da judicialização da política “[...] uma vez que ao revelar um acentuado crescimento de sua força em face da política, coloca também em questão a regra da separação, ou do equilíbrio dos poderes.” TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 40.

40 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. Nova York: New York University Press, 1995.

41 *Ibid.*, p. 28.

-judiciais passariam a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciais (legalistas).

Independentemente das significações, ambas formas de judicialização acabam por carregar, em seu DNA, algumas condições políticas que facilitariam – em tese – a expansão da atuação judicante.

Para Tate e Vallinder<sup>42</sup>, a i) Democracia seria a primeira condição facilitadora, justamente, porque, nesse sistema político, haveria um ambiente que permitiria aos juízes o poder de participação do processo de tomada de decisão. Estava, na Democracia, o *locus* ideal para a ocorrência deste fenômeno.

A ii) fundação do ordenamento orientada na separação dos poderes destaca, para os tribunais, a função de julgar. Ao invés de privilegiar o cerne de sua função, ao invés de julgar, os juízes e/ou tribunais passam a criar direitos, sem esquecer do iii) acesso universal ao sistema de justiça que acaba por não constituir tantos óbices a proteção de qualquer tipo de eventual violação.

A iv) presença de uma carta de direitos, na ótica do autor, acaba se apresentando como fator relevante a disseminação desta expansão do poder judicial. Isso se dá, em essência, por que indivíduos e/ou minorias, detentores de direitos, acabam vindo a opô-los diante das escolhas produzidas pela maioria ocasional. Essa situação, acaba convidando os juízes a se manifestarem sobre.

Não só isso, o uso dos tribunais v) por grupos de interesses que, ao perceberem que a atuação dos juízes não se dá de maneira isolada dos interesses socioeconômicos, entendendo os processos decisórios como reflexo da dedicação da agenda de diversos atores políticos que – de maneira quase que contínua – tentam promover os direitos humanos, bem como vi) pela oposição, que, ao discordar de todas as políticas nacionais de Estado, passam a

---

42 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics.** Nova York: New York University Press, 1995. p. 27-36.

judicializar as mais variadas questões, acabam por ser as outras condições que facilitaríamos a expansão do poder judicial.

Segundo as autoras, a corte constitucional, de maneira frequente, acaba vindo a ser colocada como uma espécie de terceira via de debates do Poder Legislativo, ao tentar obstruir, travar e criar embaraços ao caminho regular das agendas de governo.

Por fim, a vii) ineficácia das instituições majoritárias acaba sendo, também, razão ao desenvolvimento desse fenômeno. No entendimento das autoras, há, no mínimo, dificuldade na efetivação das demandas sociais e, diante dessa constatação, restariam aos tribunais a função pacificadora desses conflitos sociais. Ao se posicionarem, acabam atraindo, para si, os custos políticos da decisão viii) conferida mediante delegação dos outros poderes.

Essas condições globais de expansão do poder judicial que, além de muito diversificadas, tendem a aparecer dentro dos ordenamentos jurídicos, com uma moldura mais ou menos flexível. Cada país acaba tendo suas peculiaridades absolutamente “[...] próprias (estrutura institucional, formação histórica, configuração da Carta Constitucional), não sendo capaz de seguir linear, simultânea e sincronicamente, o modelo de judicialização [...]”<sup>43</sup>, como é o caso brasileiro.

A Assembleia Nacional Constituinte, ao tentar construir um texto fundamental que reequilibrasse o poder estatal, valorizasse os direitos fundamentais do homem, balanceando a relação existente entre o poder central e os poderes regionais e locais, e reequilibrando a relação e nas formas de atuação entre os poderes, notadamente, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, promulgou a Constituição Federal de 1988, trazendo, em 4 (quatro) eixos centrais, as primeiras condições facilitadoras ao toque judicial às demandas.

O primeiro eixo central reside no fato de que, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, o Constituinte teria rodeado de

---

43 VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. São Paulo: Lumen Juris, 2017. p. 331.

normas de cunho programático<sup>44</sup> que, segundo Verbicaro, teria levado o intérprete “[...] a assumir o centro das principais reflexões políticas, jurídicas e filosóficas do debate contemporâneo [...]”<sup>45</sup>, sendo, assim, o principal facilitador à judicialização da política.<sup>46</sup>

Conjuntamente com a constitucionalização abrangente, a Constituinte teria registrado “[...] para dentro da CF, inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária [...]”<sup>47</sup>, acabando por influenciar, de maneira pontual, expansão da atuação do poder judiciário no cenário brasileiro.

Conforme já foi dito, tentando reequilibrar o exercício do poder estatal, a Constituição Brasileira acabou prevendo a separação dos poderes, de maneira independente e harmônica, bem como a organização da República Federativa do Brasil por entes federados, cada um com suas competências.

Ao final, registrou um rol de direitos e garantias fundamentais, inaugurou a previsão de direitos sociais, bem como reconheceu a

---

44 De acordo com Branco e Mendes “[...] as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

45 VERBICARO, op. cit., p. 334.

46 Cittadino explica que o Constituinte, quando discutia os termos da Constituição Federal de 1988, decidiu adotar uma linguagem de direitos. Segundo a autora, base para adoção do seu texto estava na incorporação no sistema de direitos fundamentais, a internalização de todos os direitos da Declaração Universal dos Direitos humanos da ONU, atraindo, para eles, a categoria de “normas-princípios”, passando a orientar a própria interpretação do ordenamento constitucional. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG: IUPERJ, 2002. p. 25.

47 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et al. **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 3.

existência de direitos coletivos, reinventando, assim, a Democracia. Parte desse diagnóstico foi feito por Tonelli ao registrar que, nesse novo ambiente, “[...] a conservação de direitos, a luta e a criação de novos direitos [só] seria possível através do reconhecimento das divisões sociais e dos conflitos.”<sup>48</sup>

Faltava, então, municiar um órgão capaz de proteger as previsões constitucionais. Imbuído nesse espírito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu à Suprema Corte brasileira o dever de guarda do texto constitucional por meio das formas abstratas e controle de constitucionalidade dos atos normativos.<sup>49</sup>

---

48 TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 39.

49 Viana e Vieira explicam que “[...] o sistema constitucional brasileiro instituído em 1988, ao ampliar as matérias que não podem se quer ser objeto de emenda como direitos individuais e o voto direto e secreto, também pode ser incluído nesse grupo de democracias constitucionais com constituições super-rígidas. Como consequência da adoção desse modelo constitucional, houve uma significativa alteração no papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. Embora a Constituição de 1988 tenha mantido a estrutura e a composição do tribunal, as mudanças nas relações entre a democracia e o constitucionalismo, incorporado pela Constituição impuseram ao STF uma série de novas e complexas atribuições.” Sampaio, falando sobre esses espaços, subdivide em seis categorias nas quais lhe caberia a proteção do ordenamento jurídico. Sendo elas os contenciosos de (i) de constitucionalidade, como no caso da possibilidade do parlamentar questionar a constitucionalidade de uma Proposta de Emenda à Constituição ou de um Projeto de Lei que viole o devido processo legal, ou pela possibilidade de se afastar, por meio das ações constitucionais, Lei em sentido amplo ou Emenda Constitucional que viole dispositivo constitucional, (ii) de órgãos e poderes, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, solucionar os conflitos de competência nos moldes do 102, I, alínea o, CF, (iii) entre órgãos territoriais central e local e o contencioso federativo, como nas situações que envolvam conflitos entre os entes federativos na forma como está disposta no art. 102, I, alínea f, CF, (iv) penal ou de responsabilização constitucional, exemplificado pelas ações penais contra parlamentares, ministros de estado, vice-presidente, procurador-geral da república ou contra o Presidente da República nos crimes comuns, (v) eleitoral, quando se especializa o papel desta justiça para julgar casos concernentes as eleições, porém, não invalida, caso a parte sinta a necessidade, o acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário (arts. 102, II, alínea a, III, CF) e (vi) a jurisdição

Por último, e tão importante quanto, percebendo a superação do modelo formalista de interpretação, o ordenamento jurídico exigiu um novo paradigma interpretativo que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade.

Há, ainda, o segundo eixo que viabiliza a facilitação da judicialização da política no cenário brasileiro se dá, justamente, na adoção do sistema político pela Assembleia Nacional Constituinte. Ao conferir ao Presidente da República o direito de editar, em caso de relevância e urgência, Medidas Provisórias, percebeu-se que os significados de seus requisitos acabaram vindo a ser construídos ao longo dos últimos 30 (trinta) anos, o que acabou demonstrando, também, que, por várias vezes, questionamentos acabaram sendo endereçados à Suprema Corte brasileira, tema, este, abordado oportunamente no penúltimo capítulo.

O terceiro eixo constitui-se no fato de ter, o texto constitucional, tornado novas forças sociais visíveis, situação que acabou possibilitando acesso ao Poder Judiciário, a fim de garantir, não só voz, mas, também, participação política.

Por fim, a superprodução legal<sup>50</sup> rumo às dimensões da vida social acabou gerando, para o Poder Judiciário, possibilidade de

---

constitucional das liberdades, quando se destina ao mesmo tribunal, por meio de um instrumento processual, possível violação dos direitos fundamentais, como o Mandado de Segurança (art.; 5º, LIX e LXX, CF). VIANA, Luiz Werneck; VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 75, 1994. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p70-77>>. Acesso em: 23 jan. 2018; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 132.

50 Quanto a esta questão, Teubner, falando sobre a juridificação das esferas sociais, entende ser, esse fenômeno social, um pressuposto da própria sociedade moderna. Segundo ele, “[...] entonces, si es cierto que la política internacional en todo caso está en condiciones de promover su propia constitucionalización, pero no la del conjunto de la sociedad mundial, si además es cierto que ante la deriva evolutiva de los procesos globales de racionalización existe la necesidad normativa de garantizar espacios de autonomía para la reflexión, se plantea la ulterior cuestión de si los sectores sociales globales tienen el potencial de autoconstitución. En este punto se trata de destacar una importante relación

judicializar diversos assuntos, como a política, saúde, ciência, educação, esportes, bem como a religião.<sup>51</sup>

Agora, esse espaço, ampliado pelos termos da constituição, admitiu, “[...] por conta da exagerada regulação estatal, principalmente com a constitucionalização dessas esferas da vida como direitos econômicos e sociais [...]”<sup>52</sup>, maior margem à atuação judicial.

É nesse ambiente que infla a quantidade de leis e, consequentemente, questiona a legitimidade da política, que os atos do Poder Executivo, cada vez mais, são colocados na berlinda pela arquitetura constitucional, afastando, assim, qualquer dúvida de que a Democracia, paulatinamente, estaria sendo guiada pelo Direito.

Destarte, opções políticas, agora, passam a ser juridicizadas gerando o “[...] deslocamento do centro das decisões do legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.”<sup>53</sup> Isso, por si só, não macula o exercício da atuação judicial, devendo, para tal, distinguir a Judicialização da Política do Ativismo Judicial.

---

entre juridificación. Todo proceso de juridificación contiene necesariamente simultáneamente normas constitucionales latentes.” TEUBNER, Günther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Lima: ARA Editores, 2005. p. 89-90.

- 51 Verbicaro, falando sobre isso, explica que “[...] a intensa produção de leis (hipertrofia legislativa), ao tentar atender s mais contingentes, antagônicos e nunca conciliáveis conflitos e aspectos da vida em sociedade, ao invés de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídica, resolve-se em esvaziamento da eficácia da própria lei”, gerando um problema claro: o da falta de “coerência interna do ordenamento jurídico, que não consegue manter um padrão de logicidade, integração e coesão.” VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. São Paulo: Lumen Juris, 2017. p. 359.
- 52 SODRÉ, Habacuque Wellington Sodré. As deficiências da atuação legislativa como fator de ativismo: hipertrofia e omissão legislativa: uma análise da sociologia jurídica sobre o caso brasileiro de ativismo judicial. **Direito Público (IOB)**, Brasília, ano 8, n. 43, p. 179, jan./fev. 2012.
- 53 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 64.

## 4.2 UMA DISTINÇÃO MAIS QUE NECESSÁRIA: DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL

Há, atualmente, uma “[...] tendência judicializante que se verifica nas sociedades atuais (e não é diferente quanto ao contexto brasileiro) [...]”<sup>54</sup>, fenômeno que, além de ser global, porque centraliza os direitos essenciais à pessoa humana no centro do debate jurídico, “independe dos desígnios dos membros do Poder Judiciário”<sup>55</sup> e, sim, da expansão da sociedade, sendo, então, um fato consumado nas democracias contemporâneas.

Ricoeur, no prefácio do livro de Antonie Garapon, acaba por justificar a ocorrência do fenômeno como sendo eminentemente social e que a demanda por justiça nasceria do desamparo da política, passando a localizar, no Direito, “[...] a última moral comum em uma sociedade que não a mais possui.”<sup>56</sup>

Barcelos, aliando-se a esse entendimento, explica que, no âmbito político, o dirigismo constitucional e a inflação legislativa acabam aumentando o espaço de “[...] interferência (possível) do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo, lato sensu (Leis, Medidas Provisórias, Regulamentos, Portarias etc.)”<sup>57</sup>

O citado autor explica que o ativismo judicial acaba por ter sua marca nos “[...] fatores de caráter comportamental, dependendo de um ato volitivo (ou de vontade) do órgão judicante [...]”<sup>58</sup>, substituindo à autonomia do Direito pelas convicções pessoais do

---

54 BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da política e ativismo judicial**. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 29.

55 Ibid., p. 29.

56 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 14.

57 BARCELOS, op. cit., p. 30.

58 Ibid., p. 36.

jugador, quando, o mesmo, faz uso de “[...] argumentos de moral ou de política e afins.”<sup>59</sup>

Andando um pouco mais na construção da conceituação deste fenômeno, Abboud lembra haver, no Brasil, variadas formas no emprego de seu sentido. Fazendo uso das lições deixadas pelo filósofo alemão Wolfgang Stegmüller, registrou-se haver uma espécie de poluição semântica, justamente por que ora o termo servia para descrever “[...] fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado.”<sup>60</sup>

A este exemplo, Branco<sup>61</sup> traz, rapidamente, algumas das diversas acepções quanto ao fenômeno do ativismo judicial, chegando, até, a comparar, com relação ao significado débil de conteúdo, com a dignidade da pessoa humana. Segundo ele:

A falta de precisão no emprego do conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno, o qual, antes como agora, não se rende à ótica míope com que examinado.<sup>62</sup>

Conclui o autor que essa imprecisão<sup>63</sup> acaba reproduzindo, na esfera da realidade, “[...] um imponderável finório, ao sabor das

---

59 Ibid., p. 36.

60 ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson. *Ativismo Judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a Justiça não pode ser medida pela vontade de alguém*. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 527.

61 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

62 Ibid., p. 387.

63 Fato é que, a essa pluralidade de sentidos não possui lastro, apenas, no Brasil. Branco, conversando sobre, explica que a primeira vez que a expressão ativismo judicial veio a ser usada, padeceu de “indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias.” O autor, então, localiza o nascimento da expressão num contexto não-técnico, em que Arthur Schlesinger Jr, jurista

circunstâncias do auditório que o recebesse, muitas vezes começava com defesa e acabava em confissão, sempre ao serviço das inclinações do público.”<sup>64</sup>

Ao longo dos tempos, inúmeros autores buscaram trazer uma conceituação que indicasse o real significado daquilo que viria ser o ativismo judicial. Branco sintetiza bem esse caminho:

Michael Perry defende o ativismo como meio para que os tribunais forneçam respostas moralmente corretas a questões políticas e axiológicas fundamentais, rejeitando o que denomina de ceticismo moral. Já Dworkin, apesar de repreender o passivíssimo – doutrina que admitiria, ‘como questão de justiça, que os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas’ –, sustenta não ser tampouco o caso de se adotar um ativismo que se expresse por meio de um pragmatismo jurídico virulento, que despreze ‘o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer outra prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por meio de um fiat, querendo com isso dizer que suas decisões

---

respeitado na época, buscou descrever, sem ter nenhuma motivação em indicar qualquer papel a ser desempenhado pela justiça, “as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947.” Segundo Branco, “[...] em cinco páginas, o autor separava os juízes em dois grupos diferenciados pelos rótulos de “ativistas judiciais” e de ‘campeões da auto-contenção [...]’ (self-restraint). A nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual ou metodológica. Não havia explicação por que, por exemplo, Hugo Black e William Douglas haviam recebido o carimbo de ativistas, senão, no que é interpretado como um impulso de rivalidade universitária. Schelesinger, de Harvard, atribuiu a Black laços com o ‘cinismo sobre um Judiciário objetivo, particularmente dominante na Escola de Direito de Yale.’ Ibid., p. 388-390.

64 Ibid., p. 387.